

ROBERTO GARGARELLA
SEBASTIÁN GUIDI

Directores

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA COMENTADA

TOMO I

 INCLUYE
VERSIÓN *eBook*

THOMSON REUTERS
LA LEY

Portada	Pág:
Constitución de la Nación Argentina comentada - Tomo I	
Prólogo	Pág: 4
CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA	Pág: 6
PREÁMBULO	
• El preámbulo: la "antorcha" de la Constitución	Pág: 7
PRIMERA PARTE	
• Capítulo primero - Declaraciones, derechos y garantías	Pág: 34
• Capítulo segundo - Nuevos derechos y garantías	Pág: 878



**ROBERTO GARGARELLA
SEBASTIÁN GUIDI**

Directores

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA COMENTADA

TOMO I

Constitución de la Nación Argentina comentada / comentarios
de Roberto Gargarella; Sebastián Guidi. - 1a ed. - Ciudad
Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019.

Libro digital, Book "app" for Android

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-03-3832-1

1. Derecho. I. Gargarella, Roberto, com. II. Guidi, Sebastián, com.

CDD 342.8202

© Gargarella, Roberto, 2019

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2019

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

ISBN 978-987-03-3832-1

SAP 42630619

Las opiniones personales vertidas en los capítulos de esta obra son
privativas de quienes las emiten.

ARGENTINA

PRÓLOGO

La obra que aquí presentamos es el fruto de largos años de estudio, en torno al sentido y significado de nuestra Constitución. La misma se propone servir como material de trabajo para miembros de la comunidad jurídica —jueces, abogados, juristas, personas interesadas en el derecho, en general—. A ellos les ofrecemos el análisis de cada uno de los artículos de la Constitución Nacional, por medio de un examen puntilloso, informado por la jurisprudencia, la práctica y la teoría constitucional de nuestros días. Estos volúmenes representan el producto final de una tarea colectiva que llevamos a cabo desde el interior de la Cátedra que nos agrupa, y que se ha ido expresando periódicamente a través de una diversidad de libros que dan cuenta de nuestras persistentes preocupaciones en torno al derecho argentino. Por ello, y desde este mismo ámbito co-editamos *El derecho a la Igualdad*, en el 2007; publicamos los dos volúmenes de *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, en el 2008, y también el *Homenaje a Carlos Nino*, en el mismo año; así como produjimos los dos tomos de nuestros *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, en el 2016, que constituyen el principal antecedente de la obra que hoy presentamos.

En todos los trabajos citados, diferentes en cuanto a su contenido, encontramos sin embargo los trazos de una común identidad. El primer rasgo en común es el *compromiso con la igualdad*, esto es, el "valor cardinal" o la "virtud soberana" de la que hablara Ronald Dworkin en su conocido estudio sobre el tema (*Virtud Soberana. La Teoría y la Práctica de la Igualdad*, 2000). Esta lectura igualitaria de la Constitución implica asumir que la misma es y debe ser entendida como un pacto entre iguales. En la Constitución —asumimos aquí— se definen las reglas de juego básicas de nuestra vida constitucional, a la vez que se incluyen —en la forma de derechos— los intereses fundamentales que nuestra comunidad se compromete a garantizar (derechos de las minorías desaventajadas; derechos a los bienes materiales indispensables para llevar adelante una vida autónoma; etc.). Entender a la Constitución como producto de un pacto entre iguales, destinado a hacer posible nuestra vida en común, implica reconocer en el corazón del constitucionalismo al valor de la *autonomía individual*: cada persona vale; vale con independencia de los demás; y tiene un valor igual a cada uno de los otros —una

igual dignidad moral—. Nadie, en tal sentido, puede ni merece ser sacrificado en nombre de los demás; así como nadie está autorizado a tomar ventajas indebidas en relación con cualquiera de los restantes.

Otro rasgo distintivo de los escritos que venimos realizando de modo colectivo se vincula con una particular aproximación a la democracia, a la que definimos como un *diálogo entre todos*: una deliberación inclusiva. En este sentido, pensamos a la Constitución (no solo, pero especialmente, a la parte orgánica de la Constitución o la "sala de máquinas" de la misma), como el documento que organiza y establece los alcances y límites de esa conversación colectiva. En términos constitucionales, esa conversación se concentra pero no se limita a un debate entre los diversos poderes de gobierno —un permanente ida y vuelta entre las distintas ramas del poder—. De allí también el compromiso constitucional manifiesto con el contexto y las precondiciones de ese debate colectivo: su explícita adhesión al republicanismo; sus insistentes referencias al debate público; el subrayado respeto a la diversidad y el pluralismo; la exaltación de la libertad de pensamiento; o el valor que la Constitución le otorga a las manifestaciones públicas y al derecho de peticionar frente a las autoridades. Se expresa de este modo el doble y simultáneo compromiso que encierra toda Constitución: con los *derechos* y con la *democracia*; con la *autonomía individual* y con el *autogobierno colectivo*.

Finalmente, y a partir del doble compromiso citado, es que proponemos también un modo particular de entender la interpretación constitucional. Asumiendo que la Constitución pretende hablarle a cada uno de los miembros de nuestra comunidad como a un igual, entendemos a la interpretación jurídica como una tarea que corresponde al conjunto de la comunidad, y no como una misión reservada con exclusividad para los especialistas —jueces, doctinarios, especialistas en el derecho—. Nos interesa entonces, con esta obra, contribuir con esa tarea compartida de interpretación legal, a la que asociamos con una *común e inacabada conversación en torno a cómo entender el significado de la Constitución*.

Si en nuestra obra anterior —*Comentarios de la Constitución*— nos concentramos en el más completo examen de todos y cada uno de los grandes conceptos y temas definidos por la Constitución (llámense "recurso extraordinario"; "amparo"; "presidencialismo"; "control judicial"; "acciones colectivas"; etc.), en esta decidimos examinar, ordenada y exhaustivamente, cada uno de los artículos de la Constitución, en sus detalles, y ordenadamente —conforme al modo en que aparecen en el texto constitucional hoy vigente—.

Realizamos este examen abordando tanto las facetas descriptivas como evaluativas propias de cada artículo. Es decir, en cada caso nos ha interesado revelar qué dice el artículo en cuestión; como ha sido entendido en la práctica; cómo lo ha pensado la doctrina; cómo ha sido revisado por los tribunales; y —al mismo tiempo— nos hemos preocupado por reflexionar críticamente acerca de cada uno de esos artículos, a la luz de principios fundamentales, y de la mano de la teoría constitucional, la teoría del derecho y la filosofía política de nuestro tiempo. Esta aproximación (igualitaria, democrática, dialógica, crítica, y a la vez informada por la práctica jurídica contemporánea) distingue a nuestra mirada sobre la Constitución y —así lo esperamos— nos permite diferenciar a esta obra de otras de temática similar.

Finalmente, queremos dedicar esta obra a la memoria de nuestra joven colega María Verónica Tarzia, con enorme gratitud por su comprometido y solidario trabajo con todos nosotros.

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

PREÁMBULO

Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que

quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.

EL PREÁMBULO: LA "ANTORCHA" DE LA CONSTITUCIÓN

Comentario por Roberto Gargarella

Ni la Constitución de 1819, ni la de 1826 fueron acompañadas por un Preámbulo, como lo sería la de 1853. Aquellas dos primeras Constituciones fueron precedidas por Manifiestos que destacaban parte de su contenido frente al público o soberano. Por ello, resulta una novedad la aparición del Preámbulo de la Constitución, que emerge en el proyecto de Constitución elaborado por Juan Bautista Alberdi para su obra *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. El texto del Preámbulo propuesto por Alberdi difiere de un modo interesante del Preámbulo finalmente adoptado por los Constituyentes de 1853, y ofrece algunas claves interpretativas de valor a la hora de pensar el constitucionalismo argentino. Veamos en primer lugar la propuesta alberdiana, que rezaba lo siguiente:

"Nos, los representantes de las Provincias de la Confederación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente, invocando el nombre de Dios, Legislador de todo lo creado, y la autoridad de los pueblos, que representamos, en orden a formar un Estado federativo,

establecer y definir sus poderes nacionales, fijar los derechos naturales de sus habitantes y reglar las garantías públicas de orden interior, de seguridad exterior y de progreso material e inteligente, por el aumento y mejora de su población, por la construcción de grandes vías de transporte, por la navegación libre de los ríos, por las franquicias dadas a la industria y al comercio y por el fomento de la educación popular, hemos acordado y sancionado la siguiente (Constitución de la Confederación Argentina)".

El texto de Alberdi es rico, y resulta atractivo pensar tanto sobre las coincidencias como sobre las diferencias finalmente surgidas entre su propuesta de Preámbulo y el finalmente adoptado. Nos detendremos, primero, sobre las continuidades existentes entre el Preámbulo alberdiano y el actualmente vigente, y luego sobre las diferencias. Al respecto —y en torno a las continuidades entre ambos Preámbulos— podrían decirse muchas cosas, pero aquí vamos a destacar en particular dos cuestiones que refieren a dos claves fundamentales de la filosofía alberdiana, y que ofrecen —todavía hoy— un material notable para la reflexión en teoría constitucional.

Pensar la Constitución a partir de los grandes "dramas" y las grandes aspiraciones de la época. Alberdi defendió la necesidad de encabezar la Constitución con un Preámbulo, al que concibió como "antorcha" que alumbre el sendero de la legislación y señale el rumbo de la política del Gobierno"⁽¹⁾. Él consideraba esencial la utilización de este tipo de encabezamientos, a los que consideró como un manifiesto laico destinado a marcar la orientación o rumbo autodefinido por la comunidad⁽²⁾.

Ahora bien, al escribir su primera versión del Preámbulo, Alberdi se preocupó por "atar" el Preámbulo (como "ataría" toda la Constitución por él propuesta) a los grandes problemas y las necesidades de la época. Según él, la Constitución debía orientarse a confrontar los "dramas" fundamentales del tiempo, procurando dar una respuesta a ellos. Las "metas" que Alberdi identifica en el Preámbulo, y con las cuales orienta a su proyecto constitucional, son todas metas que dialogan con los grandes temas o "dramas" del momento. Era necesario, entonces, "reglar las garantías públicas de orden interior" o dar "seguridad exterior", procurar "el aumento y mejora" de la población, construir o reconstruir las "grandes vías de transporte", favorecer la "navegación libre de los ríos", etc., porque urgía salir de la situación del atraso económico y "desierto" poblacional que regía en nuestros países. Conviene subrayarlo antes de seguir: se trata de "dramas" o problemas identificados y de metas u objetivos que resultan no total, pero sí esencialmente compartidos por el Preámbulo definitivo de nuestra Constitución ("consolidar la

paz interior", "proveer a la defensa común", "promover el bienestar general", "asegurar los beneficios de la libertad" tanto para los locales como para los extranjeros que vinieran a vivir a nuestro suelo, etc.).

En el capítulo 2 de su obra más influyente— *Bases...* —, Alberdi realiza algunas aclaraciones al respecto. Por un lado, se trataba de objetivos destinados a confrontar problemas que habían sido desplazados en un primer momento por los "dramas" propios de la primera etapa de la vida independiente del país, más precisamente, por la guerra de la independencia (volveremos enseguida sobre este punto). Es decir: "la riqueza, el progreso material, el comercio, la población, la industria, en fin, todos los intereses económicos" habían resultado en aquella primera etapa de consolidación de la independencia, cuestiones "accesorias, beneficios secundarios, intereses de segundo orden, mal conocidos y mal estudiados" (Alberdi 1981, 27). En esta nueva, segunda etapa de la vida independiente, los grandes objetivos desplazados en la primera hora cobraban todo su vigor.

Por otro lado —agregaba Alberdi— en el remedio de los problemas citados, "América del Sur" no podía olvidarse de "su situación y circunstancias" para seguir, por caso, las soluciones que se intentaban en la "América del Norte" (ibíd., 29). Agregaba entonces Alberdi: Estados Unidos había atraído siempre "pobladores a su suelo, en gran cantidad, aun antes de la independencia; pero nosotros, herederos de un sistema tan esencialmente exclusivo, necesitamos de una política fuertemente estimulante en lo exterior" (ibíd.). Es decir: era necesario reflexionar tanto sobre los "*grandes dramas/objetivos*" a enfrentar/cumplir, como sobre los *medios* o las soluciones para atenderlos, y siempre teniendo en cuenta las propias realidades locales.

La reflexión es de gran interés para el constitucionalismo, porque nos permite en parte *explicar* y entender, y en parte *evaluar* y repensar críticamente la historia y el presente constitucional de nuestros países. Dicho razonamiento nos invita a pensar sobre las virtudes y los defectos de la reflexión de nuestros antecesores, en relación con los *fin*es y *medios* del constitucionalismo en el que ellos pensaron. Se trata de un tipo de reflexión que había sido distintivo del pensamiento del gran constitucionalista de la era, esto es, de James Madison.

En efecto, la aproximación ofrecida por Madison a estas cuestiones —visible, por caso, en papeles de *El Federalista*— resulta bastante ejemplar acerca de cómo pensar la Constitución conforme a parámetros como los señalados. Así, en *El Federalista* nro. 10, Madison dejó bien en claro el *por qué* y *contra qué* de la Constitución.

Madison identificó entonces, de manera precisa, un grave problema que aparecía socavando las bases de la organización común y que exigía a los diversos estados federales un replanteo acerca del acuerdo que definía a la Unión. Según el político virginiano, el gran problema que estaba poniendo en crisis la vida institucional de la Confederación era el problema de las *facciones*, definidas como grupos mayoritarios o minoritarios, movidos por la pasión o el interés común, y orientados a actuar de modos contrarios al interés del conjunto o los derechos de los particulares⁽³⁾. Toda la Constitución, entonces, quedaría orientada a enfrentar a aquel gran "drama". Como sugiriera en *El Federalista* nro. 51, debían saberse combinar, entonces, las "motivaciones personales" de los gobernantes con los más apropiados "medios constitucionales" para alcanzar una respuesta apropiada frente a los problemas reconocidos. El federalismo, el sistema representativo y el modelo de los *checks and balances* representarían, en ese sentido, las principales respuestas o los "medios" destinados a dar respuesta, desde la Constitución, a los "dramas" identificados.

Por supuesto, en todos los casos, necesitamos distinguir entre el "método" y los "resultados propuestos". Desde la teoría constitucional podría argumentarse a favor del "método" propuesto por los primeros pensadores constitucionales americanos —esto es, pensar el constitucionalismo en relación con y en respuesta a los grandes "dramas" del tiempo— pero otra cosa es determinar si la definición de los "dramas" y "medios" de remedio escogidos resultaron, en cada caso, los más apropiados. Esto debe analizarse caso por caso.

Por ejemplo, prominentes pensadores del conservadurismo constitucional latinoamericano, como el chileno Juan Egaña o el ecuatoriano Gabriel García Moreno concibieron al constitucionalismo a la luz del mismo —apropiado— método, pero con resultados, podría decirse, claramente contraintuitivos. De un modo u otro, ambos consideraron que el gran "drama" que enfrentaban sus países —y toda la región, en definitiva— era el de la no consolidación de la "religión uniforme" y la fe católica, y propusieron dirigir todas las energías constitucionales a tales objetivos⁽⁴⁾. El "drama" regional que identificaban no era el drama principal que afectaba a la región, menos aún en los tiempos de la crisis de la independencia. En este sentido, por ejemplo, otra gran figura constitucional de la época, Simón Bolívar, parecía estar más en lo cierto al identificar a la crisis de la independencia como gran problema de su tiempo. Resulta mucho más difícil de aceptar, en cambio, la peculiar selección de "medios constitucionales" por él propuesta, concentración del poder

político y militar en el Ejecutivo, cargos vitalicios u honoríficos para los héroes de la independencia, etcétera.

Lo mismo se aplica, por supuesto, a las propuestas de Madison o de Alberdi. Las preguntas que debemos hacer, en ambos casos, son las siguientes: ¿es que ellos supieron identificar, entre los diversos problemas que enfrentaban sus respectivos países, los principales (al menos, algunos de los más importantes)? ¿Y qué decir de los "medios constitucionales" que escogieron para hacerles frente? La respuesta, para cada caso, es dudosa. Por ejemplo, es difícil considerar razonable que el constitucionalismo norteamericano pusiera a un costado de su principal reflexión jurídica, el problema o "drama" de la esclavitud. Tampoco parece razonable que el constitucionalismo alberdiano dejara de lado, para más adelante y de modo explícito, el tratamiento de problemas tales como el de las graves faltas vigentes en materia de "libertades políticas" o dificultades tan profundas como las referidas a la "cuestión social".

No resulta necesario, a esta altura, dar respuesta positiva o negativa a tales interrogantes. Podemos contentarnos, por el momento, con el reconocimiento de un "método" o modo de pensar al constitucionalismo propuesto por nuestros constituyentes originarios, inscripto en nuestra vida constitucional desde tiempos muy tempranos y plasmado en nuestra Constitución en el propio Preámbulo.

Pensar al constitucionalismo como un proyecto inacabado, en permanente evolución. La otra gran lección que se desprende del alberdiano Preámbulo de la Constitución, tanto en su primera versión como en su redacción definitiva, tiene que ver con la comprensión de la Constitución como proyecto inacabado y en continua evolución (*ongoing, unfinished project*). En efecto, Alberdi consideraba que los problemas identificados ("dramas"), tanto como los medios de solución propuestos, respondían a un particular contexto y una coyuntura histórica. Esto es lo mismo que decir que otro contexto y otra coyuntura histórica pueden requerir un cambio de Constitución, de forma tal que la última se ajuste a los nuevos requerimientos de su época.

Como vimos, Alberdi dejaba traslucir de modo transparente en el Preámbulo, una diversidad de objetivos y propuestas de orientación constitucional que respondían a los "dramas" del atraso económico y el "desierto" territorial. En su opinión, en su tiempo urgía orientar todas las energías constitucionales en la dirección del crecimiento y el desarrollo nacionales. Pero conviene no quedarse exclusivamente en la superficie de este tipo de recomendaciones, sino adentrarse en la sustancia de la visión constitucional propuesta. Lo que aquí se

señala, finalmente, es que —contra lo sostenido por una parte amplia y consistente de la doctrina— la Constitución no debe ser pensada "una vez y para siempre". En otros términos, la Constitución no merece tener pretensiones de eternidad —convirtiéndose entonces en la respuesta legal de la comunidad—. Ella debe ser entendida como una propuesta destinada a ser modificada sustantivamente, si es necesario, conforme a las peculiares necesidades o "dramas" de la época en que le toque actuar.

En los hechos, Alberdi se reconocía como miembro de una "segunda generación" constitucional, que cargaba con la responsabilidad de repensar el "primer constitucionalismo" regional surgido al calor del "drama" de la independencia y su crisis. Él —a diferencia de muchos de sus congéneres— reconocía los méritos de ese "primer derecho constitucional" de la región, al que elogiaba en los siguientes términos:

¿Cuáles son, en qué consisten los obstáculos contenidos en el primer derecho constitucional? Todas las constituciones dadas en Sudamérica durante la guerra de la independencia fueron expresión completa de la necesidad dominante de ese tiempo. Esa necesidad consistía en acabar con el poder político que la Europa había ejercido en este continente, empezando por la conquista y siguiendo por el coloniaje: y como medio de garantizar su completa extinción, se iba hasta arrebatarle cualquier clase de ascendiente en estos países. La independencia y la libertad exterior eran los vitales intereses que preocupaban a los legisladores de ese tiempo. Tenían razón: comprendían su época y sabían servirla (Alberdi 1981, 26)⁽⁵⁾.

Alberdi reconocía, por supuesto, que las preguntas y respuestas encontradas por el constitucionalismo, en distintas áreas y frente a problemas parcialmente diferentes, no habían sido unívocas. En ocasiones, decía:

Se han hecho con miras interiores, unas veces de robustecer el poder en provecho del orden, otras de debilitarlo en beneficio de la libertad; algunas veces de centralizar la forma de su ejercicio, otras de localizarlo; pero nunca con la mira de suprimir en el derecho constitucional de la primera época lo que tenía de contrario al engrandecimiento y progreso de los nuevos Estados, ni de consagrar los medios conducentes al logro de este gran fin de la revolución americana (ibíd., 25-6).

En todo caso, lo cierto es que ya era tiempo de modificar las búsquedas iniciales, conforme a las nuevas necesidades y de modificar las respuestas constitucionales entonces dadas, conforme a estas nuevas inquietudes. El proyecto de un nuevo (o "segundo") derecho constitucional debía comenzar. Decía entonces Alberdi:

En aquella época se trataba de afianzar la independencia por las armas; hoy debemos tratar de asegurarla por el engrandecimiento material y moral de nuestros pueblos. Los fines políticos eran los grandes fines de aquel tiempo: hoy deben preocuparnos especialmente los fines económicos (ibíd., 123).

De lo que se trataba ahora—y según su particular opinión— era de poblar el país asegurando su crecimiento económico, lo cual requería de un ordenamiento constitucional por completo diverso, orientado a atraer a la población extranjera y capacitado para limitar los excesos de un Estado opresivo, amenazante. Esos son los propósitos que — todavía hoy— reconocemos en nuestro Preámbulo. Este hecho, en principio, denuncia un problema: *la aceptación* no cuestionada del texto inicialmente elaborado por Alberdi sugiere, al mismo tiempo, *el rechazo* o la desconsideración de la filosofía que lo inspiraba. Claramente, y en consistencia con lo expresado, el propio Alberdi entendía que, enfrentado a nuevos desafíos y necesidades (nuevos "dramas") el constitucionalismo debía estar preparado para adaptarse.

En efecto, Alberdi rechazaba la posibilidad de considerar como problema crucial de su tiempo, la limitación ostensible, grave, de las libertades políticas⁽⁶⁾. La expansión de las libertades políticas — asumía él— debía quedar para el futuro —podemos decir, para una "tercera" etapa del constitucionalismo—. Lo mismo —podría agregarse— que la confrontación de los "dramas" provenientes de la desatendida "cuestión social".

Otra vez, llegados a este punto, conviene distinguir entre "método" o concepción, y "resultados" o lecturas posibles. Uno puede cuestionar al proyecto de Alberdi en cuanto a lo que este implicara en materia de prioridades escogidas. Tal vez —podría decirse—, los problemas de la falta de libertades políticas o los vinculados con la irresuelta "cuestión social" eran los más urgentes y él no supo verlos a tiempo. Sin embargo, más allá de esa razonable polémica nos queda también y, ante todo, otra cosa, y ello tiene que ver con otro rasgo fundamental de la filosofía alberdiana, visible de modo claro desde el Preámbulo. El Preámbulo da cuenta de un modo de pensar el constitucionalismo ajustado a los grandes problemas de la época y abierto a la necesidad de una nueva reflexión profunda, a la luz de otros "dramas" sobrevinientes y postergados. El Preámbulo, en definitiva, da cuenta de la idea de *la Constitución como proyecto abierto, en cambio, inacabado*.

I. HISTORIA Y PUEBLO

En la sección anterior prestamos atención a algunas continuidades entre el Preámbulo propuesto por Alberdi y retomado por nuestra Constitución. Se trataba de continuidades que arrojaban algunas luces interesantes en torno a la filosofía subyacente a ambos documentos. En esta sección, en cambio, enfocaremos el análisis sobre algunas novedades introducidas por el Preámbulo de 1853, que marcan diferencias de relevancia en relación con el que propusiera Alberdi. De las varias novedades aparecidas, aquí nos detendremos en particular en dos de ellas, muy relacionadas entre sí, que tienen que ver con la historia invocada y la noción de "pueblo" incorporada en el Preámbulo.

El (nuevo) Preámbulo, finalmente anexo a la CN, hace referencia a que la Convención Constituyente surge de la "voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes". La invocación a la historia es importante por varias razones. En primer lugar, de ese modo se recupera y reafirma un rasgo del pensamiento constitucional nacional que habíamos reconocido antes, esto es, que la Constitución no es un documento que aparece como *Deus ex machina* (como un Dios incorporado en la escena central del teatro, desde la "máquina"), sino que—en nuestros términos— es el resultado de una *conversación extendida en el tiempo*. Se trata, podría decirse, del punto más alto alcanzado por una conversación que se viene desarrollando históricamente, que sigue abierta y que seguirá abierta, inacabadamente. La historia explica la emergencia de la Constitución, como explicará su continuidad o sus modificaciones —modificaciones que deberán basarse, en todos los casos, esperablemente, en acuerdos o pactos colectivos, que involucren a todas las facciones o los grupos sociales relevantes—. La razón, mientras tanto, basada y expresada en acuerdos inclusivos, deberá justificar cada una de sus partes.

Por otro lado, las referencias que el Preámbulo hace a la historia que precedió a la Constitución, subrayan de un modo significativo que la Constitución representa una creación humana, descartando entonces la idea de que el texto constitucional pueda o merezca ser visto como una serie de "mandatos" naturales, que las personas "descubren" pero no crean. El punto se refuerza con la supresión de ideas presentes en la previa redacción del Preámbulo, como la que señalaba que la Constitución venía a fijar los "derechos naturales de sus habitantes". La ruptura con la tradición de los "derechos naturales" es relevante, entre otras razones, porque reafirma, en los hechos, el *componente democrático* de la Constitución, dejando de lado la posibilidad de concebirla como un texto reservado para clarividentes o científicos del derecho, dotados de capacidades

epistémicas que no se les reconoce al resto de los mortales. Dicha tradición elitista era muy fuerte en la época, como había sido común en los "momentos fundacionales" del constitucionalismo norteamericano. Alexander Hamilton, por ejemplo, en *El Federalista* nro. 31, hablaba de "derechos naturales" en su versión más crudamente elitista: en teoría, tales derechos eran "auto-evidentes" pero en la práctica —agregaba— no lo eran, en razón de "algún defecto o desorden en los órganos perceptivos (de la mayoría) o la influencia de algún interés, pasión o prejuicio muy fuerte".

Todo lo cual nos remite a otra de las ideas fundamentales del Preámbulo de la Constitución argentina —tal vez la más importante—. Nos referimos aquí a la invocación que aparece, justamente, en el mismo comienzo de la declaración, cuando los firmantes del documento se presentan como "Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina". La escueta afirmación es por demás importante y peculiar. Se trata de un "avance" significativo, en relación con el Preámbulo albertiano, que hablaba, de modo más distante, si se quiere, de "Nos, los representantes de las Provincias de la Confederación Argentina". Y se trata, a la vez, de un "retroceso" respecto de la declaración más directa de los constituyentes en los Estados Unidos, que inauguraron su propio Preámbulo —influencia directa del argentino— con los términos de "Nosotros el pueblo" —"*We the people of the United States*"— (volveremos sobre esta influencia enseguida).

La alusión al "pueblo" es crucial porque deja en claro lo que debiera ser obvio pero no lo es, y es que la primera y última autoridad detrás de la Constitución es el pueblo mismo. La Constitución deriva su legitimidad y autoridad desde allí, y resulta entonces legítima —y su palabra autoritativa— en la medida en que corporice, exprese y siga honrando ese vínculo. La cuestión resulta fundamental a la luz de desarrollos demasiado habituales en el derecho constitucional, que presentan a la Constitución desvinculada, en los hechos, de la fuente que le da vida y, como tal, sujeta al tratamiento exclusivo por parte de técnicos o expertos virtualmente independizados de la voluntad popular. Así concebida, la relación del texto constitucional con el debate colectivo es marginal o discrecional, y la distancia del intérprete con el pueblo es mejor valorada cuanto mayor resulta. Finalmente, de eso es lo que parece tratarse el control de constitucionalidad (mal concebido, como parece serlo en su formulación más común): la virtud del control judicial aparece de ese modo basada en la amplitud que separa a los jueces de la propia ciudadanía⁽⁷⁾. La Constitución parece zanjar, así, y desde su Preámbulo, una disputa que todavía ocupa un lugar central en

nuestros debates constitucionales en torno al lugar que le corresponde al "pueblo" en la creación e interpretación del derecho. Ella parece reivindicar, junto con buena parte de la doctrina contemporánea, que la última autoridad interpretativa efectiva no reside en los jueces sino en la propia ciudadanía o, eventualmente, en sus representantes políticos (Waldron 1999; Tushnet 2000).

Y algo más, en el mismo sentido: tomar en serio al pueblo como origen y creador de la Constitución —verdadero soberano detrás de ella— implica dejar de lado la ficcional traslación a través de la cual otros órganos —en particular, órganos políticos como el presidente, el Congreso, o la misma Asamblea Constituyente— quieren tomar como propia la autoridad que es exclusiva del pueblo-autor. Reconocer la superioridad de este último no equivale a suscribir la autoridad sustituta de aquel (presidente, Congreso o Constituyente) como si fueran idénticos o como si el primero no existiese, o como si solo fuera una entidad a la que se invoca a sabiendas de que en la práctica no ejerce su poder. En todo caso, el gobierno "del pueblo, por y para el pueblo" debe constituirse en un ideal regulativo que nos permita someter a crítica a las prácticas concretas que padecemos, expresadas a través de poderes e instituciones que ejercen su autoridad "en nombre del pueblo, pero sin el pueblo" y habitualmente a favor de sus propios intereses. Siempre existieron, como hoy existen (y cada vez más) medios que nos permiten mantener ese papel protagónico de la ciudadanía-pueblo en la *conversación colectiva* —la conversación constitucional— en torno a los temas públicos fundamentales que la atraviesan y acerca de cómo decidir los desacuerdos interpretativos relativos a los pactos que el mismo pueblo ha firmado.

II. EL DEBATE ALBERDI-SARMIENTO EN TORNO AL DERECHO EXTRANJERO: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

Hemos visto hasta aquí algunos elementos fundamentales que parecen derivarse de la filosofía de la Constitución —una filosofía que tuvo a Alberdi como uno de sus principales articuladores—. En lo que sigue vamos a adentrarnos en algunas de las ásperas discusiones que se dieron entre el principal ideólogo de la Constitución —Alberdi— y Domingo Faustino Sarmiento, futuro presidente de la Argentina, en razón del valor de aquel debate para enriquecer nuestro entendimiento en torno al Preámbulo. En particular, nos concentraremos aquí en un punto crucial de la polémica entre ellos, a partir del Preámbulo, que es el vinculado con la relación entre el derecho local y el extranjero.

En el contexto de sus estudios sobre la Constitución recién aprobada, Sarmiento presentó algunas interesantes reflexiones acerca del Preámbulo, en el que vio encerrada su propia concepción del constitucionalismo. En sus *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, sostuvo: "El preámbulo de la Constitución Argentina en particular encierra una doctrina que debemos señalar. Haciendo a un lado indicaciones novedosas, renunciando la comisión de Constitución a toda vana pretensión de originalidad, adoptó la letra del preámbulo de la Constitución federal de los Estados Unidos".

Sarmiento citaba, línea por línea, los Preámbulos de la Constitución de la Argentina y de los Estados Unidos para mostrar las continuidades y fuertes similitudes entre ambos textos:

Nos los Representantes del Pueblo con el objeto de constituir

We Me People in order to form

la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz

a more perfect union, establish justice, insure domestic

interior, proveer a la defensa común, promover el

tranquility, provide for the common defence, promote the

bien general, y asegurar los beneficios de la libertad para

general welfare and secure the blessings of the liberty to

nosotros, y nuestros hijos... ordenamos, decretamos y

ourselves, and our posterity, do ordain and

establecemos esta Constitución para la Confederación Argentina.

establish this Constitution for the United states of America.

Este tipo de comparaciones bastaban para que Sarmiento diera por buena y cierta su propia lectura de la Constitución argentina, a la que entendía como una reproducción, en esencia, de la Constitución de los Estados Unidos —un hecho que celebraba, y del que extraía consecuencias tan drásticas como relevantes—. En sus términos:

De esta declaración y del texto literal del preámbulo y principales disposiciones resulta un hecho de consecuencias inmensas. Por él, el derecho constitucional norteamericano, la doctrina de sus estadistas, las declaraciones de sus tribunales, la práctica constante, en los puntos análogos o idénticos, hace autoridad en la República Argentina, pueden ser alegadas en juicio, sus autores citados como autoridad reconocida, y adoptada su interpretación como interpretación genuina de nuestra constitución. El Congreso quiso que la joven federación, inexperta en la práctica de la forma

de gobierno que abrazaba, no se lanzase en la nueva carrera a tientas, y sin guía, y la dotó desde luego de toda la ciencia y de toda la práctica de la única federación que existe. Una redacción del preámbulo, o del tenor de las primordiales disposiciones, revestida de nueva fraseología o perifraseda y apartada de su letra actual, habría dejado a la especulación novicia de nuestros estadistas, o a las tentativas de una práctica incipiente, el fundar la legítima interpretación que debe darse a los conceptos y frases, dando así entrada al arbitrario de las opiniones y a los errores de la inexperiencia. Pero si la Constitución norteamericana ha producido ya resultados que todas las repúblicas acatan, y las viejas monarquías envidian, si sesenta años de ejercicio han fijado sus quilates al crisol de la discusión, la crítica y las decisiones judiciales ¿qué arbitrario o error puede admitirse en la ejecución de las mismas disposiciones, concebidas en los mismos términos?

Fascinado frente al ejemplo proveniente de los Estados Unidos, Sarmiento extrema su posición y sostiene, provocativamente, que no hay antecedentes reales, de peso, en el derecho local (ellos "*se han borrado de la memoria de los pueblos, como caracteres trazados en la arena*")⁽⁸⁾. El único ejemplo digno por seguir, entonces, es el norteamericano, que merece ser trasplantado directamente, por su carácter comprobadamente exitoso. En sus palabras:

Existe para los pueblos libres un evangelio político, una moral política, principios fijos que tienen el carácter de dogma, los cuales si bien pueden modificarse en su aplicación, no es posible alterar en su esencia (...) siendo hasta el presente, el gobierno democrático de los Estados Unidos, el último resultado de la lógica humana (...) hay tanta presunción como ignorancia el pretender innovar en materia de derecho constitucional desconociendo las leyes dadas por la experiencia, las verdades aceptadas por la conciencia del género humano (Pérez Guilhou 1989, 46).

Ningún sentido tenía, para él, "invocar nosotros el capcioso pretexto de la originalidad o de las especificidades nacionales, porque la verdad es una, y sus aplicaciones solo tienen autoridad cuando cuentan con la sanción del éxito" (ibíd., 46). Explicitando y resumiendo su filosofía en la materia, Sarmiento sostuvo entonces que "*los pueblos deben adaptarse a la forma de gobierno, y no la forma de gobierno a la aptitud de los pueblos*" (Sarmiento 1926, 29, énfasis agregado). Y también "el legislador debe propender siempre a levantar los hechos a la altura de la razón, poniendo a la ley de parte de ésta, en vez de capitular con los hechos que no tienen razón de ser" (ibíd., 40). El ejercicio propuesto por Sarmiento era,

digámoslo así, racional-deductivo, muy distinto al enfoque historicista avanzado por Alberdi —un enfoque que pretendía estar anclado en lo más propio de la historia nacional—.

Contra Sarmiento y, ante todo, Alberdi desconsideraba las continuidades establecidas por aquel, entre las Constituciones de la Argentina y de los Estados Unidos. En sus corrosivas palabras, Sarmiento "confunde Constituciones diferentes porque se parecen los preámbulos". De modo similar, en su *Examen sobre la Constitución argentina de 1853*, Alberdi le responde a Sarmiento, sosteniendo que "(p)ara falsear y bastardear la Constitución nacional (...) no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos". Ve allí "un comentario y (...) un ataque a la Constitución" y aconseja entonces "no dejar nacer la costumbre de arruinar la ley so pretexto de explicarla" (Alberdi 1886, 149). Dice que Sarmiento se basa en los trabajos de Story y de Blackstone pero que "esos sabios fueron comentadores, porque conocían la ciencia del derecho que comentaban" (ibíd., 150)⁽⁹⁾, y lo critica por el modo en que dejara de lado los antecedentes nacionales a la hora de pensar la Constitución: "Ni la historia colonial, ni los trabajos constitucionales del nuevo régimen, ni los escritos preparatorios de los publicistas, ni las discusiones y motivos del legislador argentino, encuentran cabida en su sistema de jurisprudencia constitucional, que se reduce a la autoridad estricta, seca y pura de los Estados Unidos" (ibíd., 153). En ese sentido —lo acusa— dice que Sarmiento no hizo como Story, sino que puso "a un lado la vida anterior de la República Argentina; se apodera del texto desnudo y seco de su Constitución (...) lo sacude (...) de sus antecedentes argentinos, y emprende su comentario sin más auxilio que el comentario de la Constitución de Estados Unidos" (ibíd., 154).

Más aún, contra la pretensión de Sarmiento de vincular al derecho constitucional local con el de los Estados Unidos, Alberdi reclama que el argentino "mil veces más se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos" y señala (pensando, en particular, en la organización política del texto constitucional argentino) que "debía preferirse la imitación de lo que era más análogo y adaptable a nuestra condición de ex colonia española y de habitantes de la América del Sur" (ibíd., 157)⁽¹⁰⁾.

Influido por el historicismo francés, por los escritos de Guizot y sobre todo de Savigny, a quien conociera a través del estudio de Lemminier, Alberdi rechazaba la idea de que se pudiera importar un constitucionalismo "ajeno" a las tradiciones locales (Terán 2005). El buen constitucionalismo, por el contrario, era el que resultaba capaz de reconocer las propias realidades del poder local. Se trataba de

pensar al derecho como un "fenómeno vivo", de llegar al conocimiento del "espíritu de la ley", saber de dónde surgen esas leyes, cuál es su misión. En definitiva, para Alberdi, el buen constitucionalismo requería del experimentalismo, del ensayo y error basado en el estudio de las costumbres y los medios locales, más que la reverencia frente a "teoremas" ajenos, provenientes de experiencias exitosas, pero incomparables con la propia.

Son varias las lecciones que pueden derivarse del debate Alberdi-Sarmiento hasta aquí entrevisto. Ante todo, y como sugiriera Sarmiento, es claro que el derecho local, necesariamente, va a estar vinculado siempre con el derecho extranjero, y que por tanto tiene sentido escoger entre las fuentes inspiradoras, las que ofrezcan las mejores promesas. En otros términos, no es concebible hoy, como no era posible entonces —hace más de 200 años— un constitucionalismo "local", por completo independiente del derecho extranjero. Todo lo que somos y tenemos, institucionalmente, se origina en el diálogo local-internacional y la experiencia comparada que hemos ido conociendo y de la que hemos ido aprendiendo. Ello así, ya sea que hablemos de federalismo, "*checks and balances*" bicameralismo o unicameralismo, ejecutivos fuertes o débiles, consejos de la magistratura, debido proceso, listas de derechos, amparos, etc., etc. Lamentablemente, y en todo caso —como señalara alguna vez Adam Przeworski— hemos perdido "imaginación institucional", lo que se demuestra por la inercia que llevan nuestras instituciones desde hace más de dos siglos y sin mayores cambios.

En segundo lugar, y como señalara Alberdi, tiene sentido hacer el mejor esfuerzo por adaptar el derecho que se toma de afuera a las realidades locales. Es lo que vimos más arriba: los arreglos legales básicos merecen ser pensados conforme a los "dramas" y las aspiraciones fundamentales que definen a nuestro tiempo. Lo dicho, sin embargo, y como ya debiera resultar claro, tiene varios problemas.

Por supuesto, todos podemos proclamar como obvio el valor de adaptar el derecho a las necesidades, urgencias o aspiraciones locales. Pero no es obvio cuáles son ellas, ni es claro que los constituyentes o sus intérpretes estén en condiciones de reconocerlas. Es común, por lo demás, que se invoquen las tradiciones locales sin razones que las respalden, lo que resulta en un mero conservadurismo: lo local no es valioso por ser local, sino en todo caso porque hay razones en su respaldo. Por ejemplo, puede ocurrir que tengamos como práctica local extendida, la del machismo, pero sin dudas hay razones para deshacerse del mismo. Puede

formar parte de las costumbres argentinas el presidencialismo, pero tal vez haya razones para erradicarlo. Puede que dentro de las tradiciones locales esté la de las relaciones de poder asimétricas, de sometimiento, pero el hecho de que sean tradiciones no nos dice nada a favor de ellas.

Por otro lado, la historia nos dice también que, de modo más que habitual, líderes políticos y doctrinarios hablaron a favor de "lo local" y en contra de "lo importado" solo como un modo para camuflar sus propias preferencias, indudablemente asociadas—inevitablemente— a la experiencia extranjera. Simón Bolívar ofrece un ejemplo paradigmático al respecto.

En efecto, y de modo inequívoco, Bolívar manifestó su desconfianza hacia los principios y las teorías⁽¹¹⁾, a la vez que enalteció "lo real" y "propio" frente a los ideales "abstractos" extranjeros⁽¹²⁾. Asimismo, él manifestó su repudio frente a los arreglos institucionales propuestos desde la experiencia europea y, claramente y sobre todo, los provenientes de la experiencia revolucionaria francesa⁽¹³⁾. "No quieren monarquía, ni presidentes vitalicios, menos aún aristocracia, ¿por qué no se ahogan de una vez en el estrepitoso y alegre océano de la anarquía?" —se preguntaba el Libertador—⁽¹⁴⁾. Ahora bien, como no podía ser de otro modo, la prédica encendida de Bolívar en contra de las abstracciones importadas desde territorios extraños y ajenos se contradecía con su propio programa constitucional que, inequívocamente, encontraba inspiración en modelos foráneos, aunque de distinto tipo de los criticados. Así, en una temprana etapa de su biografía como constitucionalista, Bolívar apareció decididamente influido por el modelo de la Corona Británica, con autoridad concentrada, vitalicia y poderosa, y legisladores representativos de las elites influyentes. Dicha influencia se advierte, por caso, en su célebre *Carta de Jamaica*, de 1815. En 1826, de todos modos, Bolívar aparecía mucho más claramente influido por el ejemplo francés y, más precisamente, por la Constitución consular francesa: él propuso entonces emular el modelo napoleónico de autoridad presidencial fuerte y concentración territorial extrema. Finalmente, lo que parecía estar en juego en el razonamiento bolivariano no era una disputa contra la importación de ideas, ni contra la inspiración que pudieran proveer determinados modelos constitucionales extranjeros, sino el enfrentamiento con *cierto tipo* de influencias institucionales. En su caso, la gran *bête noire* a combatir era el radicalismo originado en la revolución francesa, que Bolívar había llegado a temer a partir del cercano ejemplo de la sangrienta revolución "negra" haitiana de 1791 y que

había creído entrever en la insurrección pro-española que encabezara Juan Boves en Venezuela.

III. LA DISPUTA DE ALBERDI Y SARMIENTO EN MATERIA INTERPRETATIVA, VISTA DESDE EL PREÁMBULO

Entre las disputas que se entrevén en el debate Alberdi-Sarmiento, una que resulta crucial —tal vez la más crucial de todas— es la que se refiere a los modos de interpretación del Preámbulo y, menos directa pero más centralmente, los modos de interpretación de la Constitución. Continuando con su propuesta de recuperar directamente el derecho constitucional norteamericano (en buena medida a partir del Preámbulo), Sarmiento citaría largamente al juez Joseph Story, uno de los primeros y más influyentes comentaristas de la Constitución de los Estados Unidos. En su visión, invocar una fuente semejante para reflexionar sobre el lugar, el sentido y el alcance del Preámbulo de la Constitución norteamericana, terminaba siendo una forma de reflexionar sobre el lugar, el sentido y el alcance del Preámbulo de la Constitución de la Argentina. Decía entonces Sarmiento:

Es máxima admitida, dice, comentando este mismo preámbulo el juez Story, en el curso ordinario de la administración de la justicia, que el preámbulo de un estatuto es la llave para entrar en la mente del legislador, en cuanto a los males que requieren remedio y a los objetos que han de alcanzarse, mediante las disposiciones del estatuto. Acúdese a él cuando la parte dispositiva ofrece dudas o ambigüedades... Pero el preámbulo no debe, según el mismo comentador, ser citado para ensanchar los poderes confiados al gobierno general o a alguno de sus departamentos. No confiere per se poder alguno, ni puede por implicancia, extender los poderes dados expresamente. No puede deducirse de él facultad alguna de las que la constitución no ha otorgado expresamente. Su verdadera función es explicar la naturaleza, extensión y aplicación de los poderes que la constitución confiere; sin crearlos en su esencia.

Esto es, Sarmiento retoma a Story para definir el lugar del Preámbulo que —conforme al comentarista norteamericano— no debe ser utilizado para expandir los poderes del gobierno, sino para entender "la naturaleza, extensión y aplicación" de los poderes constitucionalmente establecidos.

Alberdi, mientras tanto, critica el recurso al derecho norteamericano como fuente (directa), en los modos habitualmente agrios que distinguieron a su disputa con Sarmiento y aprovecha

entonces —al desplazar a Story como fuente— para criticar a Sarmiento en su capacidad de comentarista. Agrega Alberdi, entonces, que su rival se basa en los trabajos de Story y de Blackstone, pero que "esos sabios fueron comentadores, porque conocían la ciencia del derecho que comentaban" (Alberdi 1886, 150)⁽¹⁵⁾ y lo critica por el modo en que dejara de lado los antecedentes nacionales, a la hora de pensar la Constitución: "Ni la historia colonial, ni los trabajos constitucionales del nuevo régimen, ni los escritos preparatorios de los publicistas, ni las discusiones y motivos del legislador argentino, encuentran cabida en su sistema de jurisprudencia constitucional, que se reduce a la autoridad estricta, seca y pura de los Estados Unidos" (ibíd., 153). En ese sentido, afirma que Sarmiento no hizo como Story, sino que puso "a un lado la vida anterior de la República Argentina; se apodera del texto desnudo y seco de su Constitución... lo sacude... de sus antecedentes argentinos, y emprende su comentario sin más auxilio que el comentario de la Constitución de Estados Unidos" (ibíd., 154).

La propia Corte argentina, retomando las referencias a Story a través de un voto del juez Bermejo, en autos "José Horta c. Ernesto Harguindeguy" (CS, Fallos 137:47/70 - 1922) señaló que "El Preámbulo nunca puede ser invocado para ensanchar los poderes conferidos al gobierno general o 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 a la Constitución, y no crearlos substancialmente". La lectura de la Corte, que en parte sigue las recomendaciones de Sarmiento, y termina por allanarse a lo señalado por Story, no resulta obviamente razonable, y nos involucra en una discusión sobre cómo interpretar el Preámbulo, y cómo interpretar, más en general, la Constitución⁽¹⁶⁾.

IV. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DERIVADOS DEL PREÁMBULO Y SU EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Aunque, de algún modo, la Corte pareció seguir el consejo de Sarmiento al leer el Preámbulo conforme al criterio sugerido por Story, lo cierto es que la cuestión de fondo sigue abierta en su máxima expresión. No tenemos todavía razones definitivas ni contundentes para interpretar el Preámbulo de un modo u otro. Mucho menos, cuando prestamos atención al peculiar lenguaje que distingue al Preámbulo, que de alguna manera radicaliza ciertas formas que son en definitiva propias de toda la Constitución.

Separándonos paulatinamente del debate Alberdi-Sarmiento, nos iremos internando en el examen detallado de los problemas interpretativos propios y derivados del Preámbulo e iremos buscando respuesta a los mismos, ahora, tomando como punto de partida la jurisprudencia local.

Dificultades interpretativas: un primer catálogo. Conforme a lo dicho, el Preámbulo ofrece peculiares problemas interpretativos, que son problemas propios de la mayoría de los textos escritos y, claramente, de nuestra Constitución. Hablamos de problemas vinculados con la generalidad, vaguedad y ambigüedad propia del lenguaje utilizado que obviamente complica la lectura de los textos del caso y obliga al intérprete a embarcarse en un ejercicio de lectura más activo. Típicamente, palabras como "justicia" o "libertad" de modo habitual generan ese tipo de dificultades y hacen un llamado a que desentrañemos la concepción de filosofía política con la que vamos a leer la Constitución. Junto a las fuentes de dificultad enunciadas, comunes en el lenguaje escrito, nos encontramos con al menos un problema adicional, vinculado con el modo en que se escribió la Constitución.

La dificultad peculiar en la que estamos pensando tiene que ver con el problema (que podemos llamar) de la "acumulación", esto es, la habitualidad con que los creadores de nuestra Constitución incluyeron en su texto —"acumularon"— pretensiones opuestas o en tensión entre sí. Es decir, frente a la presencia de demandas contradictorias o en tensión, nuestros constituyentes acostumbraron, no a seleccionar una ni a hacer silencio sobre la cuestión ni mucho menos a buscar una síntesis entre ambas, sino a incluirlas a todas ellas. Típicos casos de "acumulación", en la Constitución argentina aparecen en la "sumatoria" de un artículo como el 2º, que otorga un estatus especial a la religión católica, como querían los conservadores; y el 14º, que consagra la tolerancia religiosa, tal como pretendían los liberales. El importante art. 19 es otra muestra de esa "acumulación" que, en este caso, se da dentro del mismo artículo porque incluye, en efecto, componentes fuertemente liberales (un "principio del daño" como el sugerido por John Stuart Mill) y, al mismo tiempo, su contrario, que se refleja en las referencias conservadoras al "orden y la moral pública".

El Preámbulo de la Constitución argentina es una muestra más del criterio de "acumulación" que tendió a primar en la Convención local, propia del liberalismo-conservador que primara en la época y que el propio Alberdi, en su persona, representara como pocos. El Preámbulo incluye así compromisos liberales, como el de "afianzar la justicia", "asegurar los beneficios de la libertad" o el "bienestar

general" con llamados al orden y el resguardo de la "paz interior" o la "defensa común" que son más propios del repertorio conservador. Esta preferencia por la "acumulación" como modo de decidir las tensiones entre visiones opuestas, entonces, agrega problemas interpretativos a los ya existentes, relacionados con el carácter abierto y vago de los términos que se incluyen en el Preámbulo.

La jurisprudencia frente a los problemas de interpretación existentes. De modo habitual, la jurisprudencia argentina quedó atrapada en dificultades como las expuestas. Los tribunales, por lo demás, no han ofrecido respuestas sólidas o contundentes ante los múltiples problemas de interpretación derivados del Preámbulo. Si tuviéramos que resumir en breves líneas cuáles han sido los criterios de lectura dominantes, en nuestros tribunales, a la hora de pensar en torno al Preámbulo de la CN, podría presentarse el siguiente análisis.

Ante todo, podría decirse que el Preámbulo ha sido utilizado relativamente poco. *Alguna de sus expresiones, típicamente, la de "promover el bienestar general" ha protagonizado una de las principales disputas interpretativas surgidas en la tradición jurídica local.* Más allá de este tipo de excepciones, *el Preámbulo ha sido empleado, de modo común, como "apoyo" o "refuerzo" de lo que aparecía ya definido por otros artículos constitucionales.* En otros casos, también comunes, *el intérprete ha utilizado el carácter "abierto" —la generalidad, vaguedad o ambigüedad— de sus cláusulas para "completarlas" del modo preferido, se ha aprovechado de la buscada ambigüedad de las cláusulas o —sobre todo— de la tensión interna propia del Preámbulo para "escoger" sobre la base de razones no siempre sólidas, el sentido preferido dentro de las alternativas en tensión ofrecidas por el mismo Preámbulo.* Veamos a continuación, y con cierto detalle, de qué modo nuestros jueces leyeron las distintas líneas del Preámbulo.

Constituir la unión nacional; consolidar la paz interior; proveer a la defensa común: la opción por una lectura conservadora. En algunos casos, la Corte, amparada en el carácter general y abierto de muchos de los términos empleados en el Preámbulo, y haciendo un uso "selectivo" e ideológico del texto —a partir de las tensiones internas que se registran al interior del Preámbulo— recuperó ideas como las de "consolidar la paz interior", "proveer a la defensa común" o "constituir la unión nacional" para afirmar su lectura conservadora del derecho⁽¹⁷⁾. Notablemente, en tiempos de la última dictadura militar, y en casos como "Pérez de Smith, Ana M. y otros s/efectiva privación de justicia", Fallos 200:1282 (1978), LL 1979-A-430, la Corte urgió al gobierno de turno a contribuir con la justicia frente a los reclamos que recibía para dar información sobre el paradero de los desaparecidos

pero amparando también la reticencia a actuar del poder militar bajo la comprensión de que existían otros objetivos, como el de lograr la unión nacional, la paz interior o la defensa común, que —por mandato constitucional— obligaban al Ejecutivo. Sostuvo entonces la Corte, por ejemplo:

Que dado que la privación de justicia antes mencionada obedece a causas ajenas a las funciones y competencia específicas de los magistrados, quienes no están en condiciones de remediarla por su mera actividad jurisdiccional, esta Corte considera un deber inexcusable ponerla en conocimiento del Poder Ejecutivo nacional y exhortarlo urja las medidas necesarias a su alcance a fin de crear las condiciones requeridas para que el Poder Judicial pueda llevar a cabal término la decisión de las causas que le son sometidas, en salvaguarda de la libertad individual garantizada por la CN, sin que ello importe, desde luego, preterir los objetivos de unión nacional, paz interior y defensa común perseguidos también por la voluntad constituyente, de la que no es lícito se desvíe el poder constituido.

Asimismo, en su decisión del 16/11/1976, la Corte citó las ideas de "consolidar la paz interior" y "proveer a la defensa común" como base de su interpretación del derecho, sobre todo en tiempos en que primaba un "estado de conmoción interna desencadenado por grupos armados que mantienen en lucha represiva a las fuerzas de seguridad".

En el caso *Peralta*, Fallos 313:1513, la Corte volvió a aprovechar la buscada ambigüedad del Preámbulo para avanzar una interpretación conservadora de la Constitución. Entonces, respaldó una autoexpansión de sus poderes promovida por el Poder Ejecutivo. La Corte subrayó entonces, y en particular, la necesidad de impedir la "desarticulación del Estado (...) en detrimento de la *unidad nacional*" requerida por el Preámbulo (énfasis añadido). Avaló, con argumentos como el citado, el fortalecimiento de los poderes presidenciales, de un modo que terminaría teniendo un notable impacto en la vida pública del país.

Afianzar la justicia: la cláusula más citada. Seguramente, la cláusula más habitualmente citada por los tribunales, de las incluidas en el Preámbulo, ha sido la referida a la noción de "afianzar la justicia". La idea de *afianzar la justicia* apareció en algunos de los casos más destacados y polémicos de la jurisprudencia argentina, en particular para dar respaldo o "refuerzo" a decisiones ya adoptadas sobre la base de otras expresiones de la Constitución.

En el citado caso *Pérez de Smith*, como también en otro importante fallo presentado durante la vigencia del gobierno militar —

"Recchia de Schedan s/hábeas corpus", Fallos 305:504—, la Corte exhortó a actuar al Ejecutivo militar. Así, en relación con los informes requeridos al mismo por los tribunales inferiores en torno al destino de las personas desaparecidas. La demanda al Ejecutivo tomó como base, otra vez, la noción de "afianzar la justicia" incluida en el Preámbulo.

La Corte recurrió a la noción de "afianzar la justicia" en otro caso relevante, como "Saguir y Dib, Claudia", Fallos 302:1284 (1980) relacionado con la demanda de una familia, destinada a permitir que su hija, menor de 18 años, contribuyera con un trasplante para su hermano, aun cuando el derecho exigía al donante tener al menos 18 años. Aquí, el uso de la noción del Preámbulo vino en parte como "apoyo" a otros argumentos constitucionales y en parte como criterio-guía, destinado a "teñir" la lectura de todo el resto del derecho constitucional. De modo similar, en "Bramajo", CS, 5/12/1989, la idea de afianzar la justicia fue citada para apoyar la idea de que la justicia debía ponderar con cuidado los principios constitucionales en tensión, a los fines de evitar la aplicación mecánica de las normas.

El uso de "afianzar la justicia" como "apoyo" o soporte de lo afirmado por otros artículos aparece también, por ejemplo, en casos como "Valdez c. Gobierno Nacional", LL 1976-D-248, donde el Máximo Tribunal recurrió a dicha noción en un caso de actualización monetaria, y en apoyo a otros artículos constitucionales, como el 17, referido a la propiedad, y el 14 bis, relacionado en un punto con un criterio de retribución justa.

Promover el bienestar general. Según adelantáramos, la línea del Preámbulo en la que se hace referencia a la promoción del bienestar general estuvo en el centro de uno de los debates más trascendentes en la historia de la jurisprudencia nacional. Ello así, por el papel que llegó a jugar dicha idea como sostén de un nuevo entendimiento del derecho. El modo en que pasó a leerse la cláusula del "bienestar general" implicó también la ruptura drástica de un entendimiento anterior: el derecho pasaría en su nueva etapa a comprometerse con la reconstrucción económica del país, a través de activas regulaciones sobre la propiedad. Se trató de un debate jurídico de crucial importancia en la Argentina, un debate que tuvo lugar en las primeras décadas del siglo XX, y que fue paralelo —en tiempo y fundamentos— al que se diera en los Estados Unidos en torno al mismo tema. En el caso norteamericano, dicho debate se concentró de modo especial en el período de tiempo que fuera desde la producción del fallo "Lochner v. New York", 198 U.S. 45 (1905) hasta el dictado de la sentencia "West Coast Hotel Co. v. Parrish", 300 U.S. 379 (1937), bajo una intensa discusión pública encabezada por el

propio presidente de la Nación, Franklin Roosevelt. A partir de entonces, la extrema crisis económica, social y política desatada en buena parte de Occidente a los inicios del siglo XX recibió también una respuesta jurídica, expresada en un Estado regulador, "intervencionista" en economía, y canalizada —tanto en los Estados Unidos como en la Argentina— a través de un cambio radical en la teoría interpretativa dominante dentro de la Corte.

En la Argentina, de un modo paralelo, la Corte dejó de lado su posición más bien "Spenceriana" que acostumbrara a adoptar en la primera etapa de su funcionamiento. Dicha postura inicial era favorable al libre mercado, propiciaba el respeto estricto del derecho de propiedad y sostenía la "abstención" estatal, asentada en una lectura "originalista" del derecho. Esta interpretación "originalista" proponía interpretar al Preámbulo y a toda la Constitución resolviendo las dudas que pudieran surgir en el camino a partir del ideario de los doctrinarios y líderes políticos que, originariamente, debatieron en torno a tales textos. Esta interpretación implicaba —de modo muy habitual— la defensa de una lectura del derecho favorable al *laissez faire* que había sido defendido, en su momento, por muchos —pero no todos— de los pensadores de la Constitución.

La posición interpretativa que comenzó a predominar, luego de la asunción por parte del Estado de un papel diferente, más activo e intervencionista frente a la crisis fue otra más cercana a lo que en el derecho norteamericano se denomina el *living constitutionalism*, esto es, una posición preocupada por mantener "vivo" al derecho y actualizado en el tiempo conforme a las necesidades y demandas sociales emergentes. Esta postura, a diferencia de la anterior, propone resolver los desacuerdos interpretativos no mirando al pasado y a las figuras de la "época fundacional", sino prestando atención al presente y tomando así en cuenta los criterios renovados surgidos dentro de la sociedad en torno a los compromisos asumidos por la Constitución. En dicho tránsito y en la justificación del cambio interpretativo, términos como "afianzar el bienestar general" incorporados en el Preámbulo cumplieron un papel fundamental. Repasemos brevemente este pasaje desde el "originalismo" y hacia el "constitucionalismo viviente" y veamos el protagonismo que tuvo la cláusula del "bienestar general" en dicho cambio.

La etapa "originalista" de la Corte argentina estuvo muy marcada por la presidencia del juez Bermejo y quedó expresada de modo muy especial en fallos como "Nougués Hnos. c. Provincia de Tucumán" (9/5/1903), en el que se sostuvo que la regulación económica estatal podía llevar a transformar al país en un "estado comunista", donde el gobierno reine sobre la industria y el comercio y arbitre el uso de la

propiedad privada y el capital. Más notablemente aún, en fallos como "Hileret", Fallos 98:20, 1903, la mayoría de la Corte dejó en claro que no estaba dispuesta a interpretar la Constitución de acuerdo con teorías y precedentes que no estuvieran en armonía con sus fuentes más inmediatas, las necesidades y aspiraciones del tiempo en que el derecho se había escrito y el modo en que la norma era entendida en precedentes judiciales y documentos históricos. Las referencias del voto mayoritario incluyeron, en particular, la cita del trabajo de Joseph Story y Thomas Cooley, reconocidos también por su postura crítica de la regulación estatal del derecho de propiedad. Así también, en "Horta c. Harguindeguy", la Corte habló de la "santidad e intangibilidad de los contratos" contra toda interferencia restrictiva de parte del Estado. En "Passera", Fallos 139:358, 1923, la Corte volvió a adoptar dicha postura favorable al libre cambio, citando nuevamente a Cooley y Story. En su decisión final, la Corte negó que los impuestos pudieran convertirse en un instrumento regular por parte del Estado, con el objeto de dirigir la economía de la Nación.

La orientación de las opiniones de la Corte comenzó a cambiar en fallos como "Avico c. de la Pesa", Fallos 172:21, 1934, en donde el tribunal sostuvo que la Constitución debía interpretarse de un modo tal que fuera posible adaptarla "a las realidades y requerimientos de la vida moderna", sin tratar de atarla obstinadamente a los pensamientos de sus "padres fundadores, un siglo atrás". Remitiéndose al Preámbulo de la Constitución, la Corte sostuvo además que

De las doctrinas contrapuestas antes referidas, aceptamos la más amplia, porque ella es la que está más de acuerdo con nuestra Constitución que no ha reconocido derechos absolutos de propiedad, ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa (arts. 14, 28 y 67 de la Constitución) lo estime conveniente, *a fin de asegurar el bienestar general*; cumpliendo así, por medio de la legislación, los elevados propósitos expresados en el Preámbulo (énfasis añadido).

En el conocido fallo "Ercolano", Fallos 136:161, 1922, la Corte insistió con la necesidad de adaptar la Constitución a las nuevas necesidades de la época. El juez Bermejo, quien ahora había quedado en minoría, firmó entonces un voto disidente que dejó en claro la ruptura entre las dos grandes visiones interpretativas utilizadas por el Tribunal. En su voto minoritario, Bermejo citó como apoyo los trabajos de Juan Bautista Alberdi (sobre todo en *Sistema*

económico y rentístico...) para recuperar lo que reconocía como la lectura apropiada —originalista— de la Constitución. Más aún, en su voto, Bermejo desafió el recurso de la idea de "afianzar el bienestar general" como apoyo para justificar la intervención estatal en la economía.

En todo caso, ya en esta etapa, y bajo la presidencia de Roberto Repetto, la Corte abrazó su nuevo credo —cercano al "constitucionalismo viviente"— con convicción y sostuvo las iniciativas del Estado en la regulación de contratos, control del comercio, persecución de la especulación económica, cobro de impuestos, etcétera.

V. INTERPRETAR EL PREÁMBULO, INTERPRETAR LA CONSTITUCIÓN: UNA RESPUESTA DIALÓGICA

En la sección anterior, describimos el modo en que la Corte argentina tendió a interpretar el Preámbulo argentino que, según vimos, se encuentra redactado de un modo (consistente con buena parte del resto de la Constitución) que plantea muchos problemas de lectura. Las respuestas ofrecidas por la Corte frente a tales dificultades interpretativas no resultan, en general, particularmente iluminadoras: encontramos usos equívocos, a veces contradictorios y no siempre bien justificados, de las diferentes partes del Preámbulo. En particular, la Corte ha oscilado de un modo algo caprichoso entre lecturas "originalistas" y de "actualización del sentido" del Preámbulo. Frente a dicho panorama, regado de dudas interpretativas, resulta posible proponer criterios de lectura más sólidos. En lo que queda de este ensayo vamos a ofrecer algunos caminos interpretativos diferentes o alternativos, que pueden tener algún sentido para interpretar el Preámbulo y, más allá de él, el resto de la Constitución.

Una lectura igualitaria. Para quienes concebimos a la Constitución como un pacto entre iguales, no es difícil entender la interpretación constitucional como una tarea abierta, en evolución y permanente en el tiempo —ello, en línea con todo lo que hemos discutido hasta aquí—. La interpretación de la Constitución, como la de cualquier texto con características como las señaladas, genera permanentes *desacuerdos*. En una sociedad de iguales, tales desacuerdos, según entendemos, merecen ser resueltos de modo horizontal y conversacionalmente: ninguna persona ni ninguna institución se encuentra por encima de todo el resto. No hay razones para pensar que los razonables desacuerdos que pueden surgir en la lectura del Preámbulo deban ser definidos por alguna persona o institución particulares, como si estuvieran dotados de capacidades

epistémicas diferenciales. Por supuesto, este es —otra vez— el ideal regulativo, que debe luego ajustarse a una práctica institucionalmente mediada. Pero se trata de un ideal que tiene mucho para decirnos sobre los detalles de la tarea interpretativa y cómo llevarla a cabo.

Para reconocer lo dicho, podemos pensar en un ejemplo en escala menor y solo para facilitar la reflexión en torno al complejo problema al que nos enfrentamos. Imaginemos, por caso, que nos comprometemos con otros congéneres, en un complejo emprendimiento común de varios días, como el de escalar una montaña, salir de pesca o realizar un extenso seminario. Imaginemos también que escribimos algunas reglas básicas destinadas a guiar y ordenar la tarea que llevaremos a cabo con gente a la que no conocemos pero con la que vamos a compartir un trabajo intenso. Podemos escribir entre nuestras reglas, por ejemplo, "los horarios de pesca quedan agrupados en los siguientes turnos", "los peces que se recojan se distribuirán del siguiente modo" o "los encargados de la cocina prepararán el almuerzo entre las 12 y la 1", y muchas otras reglas similares, destinadas a la organización de las tareas compartidas. No sería extraño que encabezáramos aquellas reglas con una declaración o Preámbulo que dijera, por caso, "Con esfuerzo y espíritu solidario emprendemos esta expedición..." o cosas por el estilo. Cuando alguien, llamémoslo S, en el segundo día de convivencia, no quiera distribuir lo que ha pescado, le señalaremos el acuerdo firmado y le exigiremos que lo haga conforme a lo que en él hemos establecido. Y si S nos pregunta por qué, tendremos disponible una respuesta contundente y fácil: "Porque así lo decidimos., ¿no te acuerdas? Aquí está tu firma". Ahora, imaginemos que S sale a pescar con dos colegas en el turno que le corresponde pero uno de ellos, durante la noche, se lastima, y S sigue pescando sin ayudar a quien se ha lastimado. Al día siguiente, S no puede presentarse ante nosotros y decirnos "yo he cumplido con lo pactado: salí de pesca a la hora programada y distribuí los peces para su cocina, conforme al pacto que firmara". La respuesta de S es inadecuada, porque nuestro compromiso también incluye al Preámbulo, que refiere al esfuerzo y espíritu solidario que íbamos a poner en la empresa compartida: el Preámbulo no es transparente, invisible, inexistente. Se trata de una parte integral de nuestro pacto fundante. La razón es, otra vez, clara: todos firmamos ese pacto, que abarca de la primera a la última hoja. Es interesante notar, en este respecto, que la idea de "espíritu solidario" —como la idea de "asegurar los beneficios de la libertad" en el Preámbulo Nacional— tiene fuerza por sí, además de que se constituye en principio que tiñe

la lectura de todo el pacto restante⁽¹⁸⁾. Por ello, el turno de pesca de cada uno debe desarrollarse con ese espíritu solidario. Del mismo modo, y a luz del Preámbulo de nuestra Constitución, resulta esperable que las medidas que tome el Estado argentino sean consistentes con el principio de "asegurar los beneficios de la libertad".

Un mismo valor. Por lo demás, de lo anterior se deduce que no todas las normas de la Constitución ni todas las normas del "pacto" del ejemplo imaginario son idénticas, en cuanto a sus implicaciones finales. Por ejemplo, la afirmación del art. 18 según la cual "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo" es tan específica como categórica, y en tal sentido diferente del art. 75, inc. 19, por ejemplo, cuando habla de "proveer lo conducente al desarrollo humano". Esta última regla es compatible con una amplia diversidad de conductas que no aparecen disponibles en el caso del art. 18, que resulta menos ambiguo, y que no se abre a un abanico amplísimo de opciones, como sí lo hace el art. 75, inc. 19. Ahora bien, el hecho de que en nuestra Constitución convivan cláusulas muy específicas con otras más abiertas no sugiere que las últimas tienen menos fuerza o gozan de un estatus menor que las primeras. Lo mismo debe decirse cuando hablamos de las cláusulas del Preámbulo. En efecto, es tan relevante, y merece tomarse tan en serio, una cláusula como la del art. 75, inc. 19, y la de "proveer a la defensa común" o "promover el bienestar general" que dispone el Preámbulo⁽¹⁹⁾.

Ni originalismo, ni "interpretación actual". Solo para avanzar algo más en nuestra reflexión sobre interpretación constitucional, volvamos por un instante sobre el ejemplo de la pesca. Imaginemos ahora que, en razón de que nuestro acuerdo imaginario funcionó bien, volvemos a utilizar ese esquema al año siguiente, cuando nuevamente realizamos una convocatoria para salir de excursión. Ocurre entonces que los nuevos integrantes de la salida conjunta llegan, leen el acuerdo, lo firman y salimos de pesca. Al día siguiente, volvemos a tener un inconveniente semejante al del año anterior: S1 se niega ahora a pescar en los horarios asignados. La situación nos ayuda a pensar acerca de lo que podemos razonablemente decirle a él, y lo que no —por más de que sean cosas que muy habitualmente se afirman desde las teorías interpretativas dominantes—. Por ejemplo, y dado que S1 es nuestro par, alguien que tiene nuestra misma dignidad moral y al que le debemos el mismo respeto que a todos los demás, no podemos imponerle una decisión bajo la razón de que "esto fue lo que decidimos el año pasado". El argumento es otro, en todo caso: "esto es lo que Ud. mismo ha firmado". De modo

similar, si disintiéramos sobre el significado de "salir a pescar por turnos" tampoco valdría como argumento suficiente: "esto es lo que pensaban quienes escribieron el texto el año anterior;" o "esto es lo que tenía en mente el organizador del evento el año pasado;" ni tampoco "esto es lo que se decidió el año pasado cuando tuvimos un conflicto". Es decir, la mayoría de los argumentos de tipo "*originalista*" que campean en nuestro derecho, no deberían estar al uso.

Lo mismo puede decirse en relación con una mayoría de argumentos basados en el "*sentido actual*" si ellos implican, por caso, algo así como que "esto es lo que todos los demás piensan". Del mismo modo, resultaría absurdo recurrir a argumentos "*textualistas*" del tipo "el verdadero significado del término 'pescar' o 'turno' es el siguiente" o "los científicos del lenguaje sostienen que la idea de 'pesca' refiere a tal cosa". No se trata, entonces, de invocar argumentos de "autoridad" de ningún tipo —ni referidos al pasado, ni al presente, ni a lo dicho por algún grupo de expertos— sino razones.

La cuestión es: ¿qué razones podemos darle a un igual para que acepte el sentido del texto que creemos más apropiado? Podríamos decirle, por ejemplo: "firmamos/ha firmado el pacto para distribuirnos la carga entre todos y esta es la hora que le corresponde a Ud., salvo que tenga una buena justificación o excusa para no ir —por ejemplo, que se encuentra enfermo o lesionado—, que perfectamente entenderíamos porque son dificultades que pueden afectar a cualquiera de nosotros".

El punto es: la interpretación del Preámbulo en particular, y del derecho en general, en una sociedad de iguales y a la luz de los esperables desacuerdos que surjan en torno al contenido preciso de los acuerdos compartidos debe llevarse a cabo en un proceso colectivo y dialógico. Se trata de un proceso abierto siempre a la aparición de nuevas razones y en el cual muchos de los argumentos habituales en la teoría constitucional contemporánea merecen dejarse de lado. No podemos aceptar, simplemente, los argumentos de autoridad, invocaciones vacías de razones o argumentos impropios y ajenos en una sociedad de iguales.

Finalmente, la traducción institucional de este diálogo entre iguales no debe frustrar los principios igualitarios, horizontales, conversacionales de los que se parte. Ningún órgano debe tomar para sí la "última palabra" de lo que es un diálogo entre iguales. Ninguna lectura puede reclamarse como la definitiva en un diálogo abierto y continuo en el tiempo. El Poder Judicial, en particular, debe ser en principio deferente frente a las decisiones sustantivas tomadas por los órganos políticos, en respeto de las reglas básicas de la conversación democrática. Los poderes políticos, mientras tanto,

deben asumirse como representantes de un "pueblo" que es origen y medida de la legitimidad democrática que tienen. Y las dificultades naturales que, en sociedades de masas, limitan la participación protagónica de la ciudadanía en la reflexión sobre sus propios asuntos, no deben servir como excusa para restringir esa intervención: el diálogo sobre cómo se interpreta la Constitución debe abrirse y estimularse tanto como sea posible y existen múltiples medios para facilitarla (audiencias públicas, en el Congreso o en los tribunales, debates en los medios públicos de comunicación, formas de democracia más directa, etc.). Dialogar entre iguales, entonces, no es lo mismo que autorizar la decisión irrevisable de los órganos políticos. Tampoco significa —conviene subrayarlo— hacer llamados a votaciones masivas sin reparar en lo que resulta crucial: la posibilidad de discutir informadamente, intercambiar argumentos, responder a las objeciones que se reciben, decidir, en definitiva, a través de un genuino proceso de reflexión colectiva institucionalmente mediado.

* * *

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO PRIMERO - DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTÍAS

Art. 1º.—

La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

Comentario por Roberto Gargarella

El art. 1º de la Constitución establece la forma que la Nación Argentina "adopta" para su gobierno. Tanto por el contenido sustantivo del artículo, como por el lugar que este ocupa en la Constitución, se hace merecedor de una consideración muy especial. Se establecen allí los tres rasgos definitorios de la organización política nacional a través de tres términos claves: la forma de gobierno —se nos dice— será "representativa", "republicana" y "federal". Para comprender el significado e implicaciones de cada uno de estos términos es necesario llevar a cabo un ejercicio que nos exige, tempranamente, enfrentar dos preguntas que serán cruciales para todo el resto del análisis constitucional que se incluye en esta obra. La primera pregunta se relaciona con la *interpretación* constitucional y la segunda se encuentra vinculada con la *autoridad* que interpreta. En lo que sigue, nos abocaremos en primer lugar en el análisis de problemas teóricos vinculados con la interpretación, como los recién planteados, para luego adentrarnos más plenamente en una investigación más atenta sobre los tres conceptos fundamentales incorporados por la Constitución en su artículo primero.

I. PROLEGÓMENOS: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y AUTORIDAD INTERPRETATIVA

La pregunta por la interpretación es tan difícil —de tan difícil respuesta— que se hace imposible abordarla de un modo completo en el contexto de este escrito. El hecho es que, luego de más de 200 años de reflexión sobre la materia, seguimos sin tener un acuerdo medianamente compartido en la materia. Aquí, por lo tanto, nos limitaremos a decir que los caminos más habitualmente transitados para responder la pregunta por la interpretación constitucional son muy poco promisorios. Ante todo, para reconocer qué es lo que *realmente* significa, por ejemplo, la adopción de un gobierno representativo, republicano y federal, no basta con señalar, como es habitual en nuestro derecho, qué es lo que pensaban Juan B. Alberdi o Domingo Sarmiento al respecto, cuál era el debate argentino sobre el tema en los años fundacionales o qué es lo que decían sobre la cuestión otros influyentes textos, como por caso los papeles de *El Federalista*. Tales indagaciones resultan, en principio, interesantes

pero también —y en un sentido relevante— arbitrarias (*i.e.*, por qué recurrimos a tal autor —digamos, George Washington— en lugar de a tal otro —digamos, Thomas Jefferson—), si es que no somos capaces de justificar apropiadamente el "recorte" de textos y autores que hacemos a la luz de los miles de "recortes" alternativos posibles que podríamos haber hecho hasta alcanzar, previsiblemente, resultados opuestos. Este es, sin embargo, el problema que aparece recurrentemente cuando pretendemos entender el sentido presente de un texto recurriendo al pasado.

En principio, las técnicas "originalistas", que son las que se proponen recurrir al pasado para decidir cuestiones interpretativas presentes, se enfrentan a un problema de muy difícil solución. El "originalismo", por supuesto, realiza esa apelación al pasado en busca de certeza —en otros términos, él no quiere que los problemas interpretativos sean resueltos por los intérpretes actuales apelando a sus propios, discrecionales criterios—. Sin embargo, cuando se le pide que recurra al pasado, cualquier intérprete debe tomar innumerables decisiones de muy improbable justificación, incluyendo: a qué autor/es recurrir en busca de orientación, en qué período de la historia buscar las respuestas (¿el "período fundacional"?, ¿el año de la Constituyente?, ¿toda la historia constitucional pasada?), los ámbitos y materiales sobre los que va a concentrarse (las discusiones de comisión relacionadas con el artículo referido, todo el debate en la Asamblea Constituyente, los debates públicos en torno a la Constitución, los artículos periodísticos aparecidos aún luego de los debates constituyentes —como los papeles de *El Federalista*—, los textos influyentes sobre la Constituyente, aun cuando sus autores no hayan formado parte de ella —como las *Bases de Alberdi*—), etcétera⁽²⁰⁾.

Ahora bien, si el recurso al pasado no ayuda, en definitiva, a resolver de modo concluyente nuestras dudas interpretativas, el recurso al presente tampoco mejora las cosas. Sin embargo, es demasiado habitual que los intérpretes del texto (comúnmente, luego de rechazar la posibilidad de "dejar a la Constitución anclada en el pasado") apelen, en cambio, al "sentido de la época", para "actualizar" así el significado de la Constitución. Este ejercicio resulta, en definitiva, tan arbitrario como el anterior, particularmente si —tal como anticipáramos— no resolvemos de modo previo la pregunta pendiente, en torno a la *autoridad* de quien realiza esa interpretación.

Para dar un ejemplo del tipo de problemas que aquí están en juego, tomemos el término "federalismo". Si, frente a una situación difícil (determinar, p. ej., la constitucionalidad de un cierto esquema de coparticipación federal) queremos resolver nuestras dudas

interpretativas recurriendo al "entendimiento actual" de la Constitución, debemos decidir en primer lugar a qué fuente "actual" es que debemos recurrir en busca de una respuesta: ¿nos apoyamos en los debates de la Constituyente más cercana en el tiempo? ¿Investigamos, más bien, las opiniones dominantes dentro de la sociedad en su conjunto? ¿Tratamos de determinar, en cambio, cuál es el pensamiento prevaleciente dentro del Congreso? (¿O dentro del Senado quizás?) Y luego, una vez escogida la fuente, ¿cómo definimos cuál es la opinión dominante dentro del ámbito elegido (ya sea la sociedad, el Congreso, el Senado, etc.)? ¿A través de una encuesta? ¿A través de lo que inferimos de las actuaciones del Congreso (o el Senado)? ¿A través de lo que es nuestro parecer sobre cuál es el pensamiento dominante en la materia?⁽²¹⁾

Es aquí cuando la pregunta acerca de la autoridad que interpreta gana mayor importancia. De modo más específico: cuanto más serias son las dificultades propias de la interpretación (qué camino interpretativo transitar, qué particulares "recortes" realizar, cómo reconocer el significado de la "voluntad presente", etc.), más importante es la definición acerca de quién interpreta y de la autoridad propia de quien interpreta⁽²²⁾. Piénsese, por caso, en lo que ocurre cuando tratamos de definir el sentido de un término ("federalismo") "actualizando" el significado de la Constitución y dejamos dicha tarea de "actualización" —como es habitual— en manos del Poder Judicial. Cuando obramos de este modo, lo que hacemos en los hechos es delegarle la misión de desentrañar el "pensamiento actual" de la comunidad, justamente, al órgano al que hemos elegido separar, más que a ningún otro, de la ciudadanía, buscando que la justicia no se vea influida por las pasiones o los impulsos colectivos del momento⁽²³⁾. Luego, encargarle precisamente a dicho órgano que reconozca cuál es el pensamiento colectivo presente sobre temas de primera importancia pública, parece por completo desatinado.

Dificultades interpretativas como las señaladas son de muy difícil resolución y prometen impedirnos todo avance en investigaciones como la presente. Podemos procurar avanzar, de todos modos, a partir de algunos acuerdos mínimos. Ante todo, nuestra propuesta sería la de ir dejando de lado muchas de las principales fórmulas interpretativas que nuestros tribunales utilizan, abiertamente o no, sin dar mayores explicaciones acerca de por qué y cómo las utilizan. En segundo lugar, necesitamos descartar toda pretensión de cerrar nuestros desacuerdos interpretativos citando a algún autor o texto particular, como si dicho señalamiento pudiera reemplazar al tipo de meditado razonamiento que todo ejercicio interpretativo requiere.

Dichas citas, en todo caso, pueden realizarse como el *primer paso* (y nunca el último) en un ejercicio de argumentación y persuasión que desde allí debe encararse: no se trata, entonces, de encontrar las mejores citas ni basta con invocar la voz de una determinada fuente de poder (un tribunal, una autoridad política prominente) para dar por terminada una discusión interpretativa: el debate allí solo comienza y de lo que se trata es de ofrecer los argumentos más concluyentes. En tercer lugar, resulta imperioso "activar" la pregunta acerca de la autoridad interpretativa, muy particularmente a la luz de los profundos desacuerdos que tenemos acerca de cuál es la mejor interpretación del texto constitucional. Finalmente, poco queda más allá de razonar y tratar de convencer, mostrando cuáles son las razones para que nuestra comunidad acepte como válida una determinada lectura del texto constitucional, frente a otras. Ello así, por lo demás, sin abandonar la reflexión acerca de quién debe guardar la "última palabra" constitucional que, en principio —sugeriríamos aquí— debe estar en la propia comunidad que va a verse directamente afectada por la decisión del caso. Llegados hasta aquí, nos adentraremos ahora en un examen más pormenorizado de cada uno de los tres conceptos fundamentales del art. 1º de la Constitución.

II. "REPRESENTATIVA". DOS VISIONES SOBRE LA DEMOCRACIA

Como primer paso en nuestra indagación, podemos señalar que, en numerosas oportunidades, la Corte Suprema argentina dejó en claro cuál es el modo en que entiende la idea de representación política incorporada en la CN. En Fallos 168:130, por ejemplo, sostuvo que, conforme a la noción constitucional de "sistema representativo de gobierno", el pueblo es la fuente originaria de la soberanía. Asimismo, en Fallos 310:804, ella mantuvo que la idea constitucional de representación debe ser acatada junto con los principios que fueron adoptados por todos los firmantes (en representación de sus respectivas provincias) al momento de concurrir a la sanción de la CN. En un caso más reciente (la causa U. 58. XLIX, "Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c. Santiago del Estero, Provincia de s/acción declarativa de certeza"), que data de noviembre de 2013, la Corte agregó que "la soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación" (íd., consid. 34).

Contamos entonces con una serie de ideas importantes esbozadas por la Corte a lo largo de su historia, que podemos tomar como punto de partida del razonamiento que sigue⁽²⁴⁾. La idea de representación remite, ante todo, a la soberanía del pueblo, que aparece como fuente originaria del poder y se muestra vinculada, a su vez, a una serie de procedimientos y principios que tienen su origen en los momentos fundacionales de nuestro constitucionalismo (y cuyo contenido no podemos tomar simplemente como obvio). A su vez, al Máximo Tribunal le ha interesado insistir en una idea aclaratoria de lo expuesto recién, y que resulta del aprendizaje y la experiencia que ha tenido en el ejercicio de su función controladora del poder. Ha sostenido la Corte, en tal sentido, que "no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional" (íd. consid. 35)⁽²⁵⁾.

Tomando estos criterios generales establecidos por la Corte provisionalmente como buenos, nos queda por delante, sin embargo, la tarea más compleja, relacionada con la necesidad de dar contenidos específicos a los mismos. Al respecto, nuestro derecho parece oscilar entre dos aproximaciones más bien antitéticas acerca del significado preciso de la representación.

La primera de estas alternativas, a la que llamaremos "restrictiva", se basa en una concepción estrecha sobre la democracia. Esta primera visión se basa en un principio de desconfianza hacia la ciudadanía, considera que el pueblo solo gobierna a través de sus representantes, entiende que la democracia se favorece con bajos niveles de involucramiento ciudadano en los asuntos públicos, concibe que el principal propósito del sistema institucional es evitar la confrontación, la guerra, la mutua opresión. En términos constitucionales, esta concepción hace su centro en el art. 22, que sostiene que "el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución". Esta afirmación propone la lectura más restringida imaginable del principio arriba expuesto, referido a la "voluntad popular" como fuente originaria de poder: en los hechos, la "voluntad del pueblo" queda confinada así a la periódica elección de aquellos que van a decidir en su nombre. Peor aún, según lo establecido por el mismo art. 22, cualquier fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione en nombre de este, cometería una falta de máxima gravedad pública: el delito de sedición.

Esta lectura limitativa acerca de la idea de representación encuentra respaldo, en primer lugar, en un texto constitucional que,

desde su mismo preámbulo, parece mostrar resistencias frente a nociones en verdad muy modestas de la representación, como las expresadas por el texto constitucional norteamericano, en buena medida fuente de nuestra Constitución. Así, frente al "*We the people*" ("Nosotros el pueblo") con que se inaugura la Constitución de los Estados Unidos, la Argentina opta por un principio de intermediación mucho más marcado, para hablar de "Nosotros, los *representantes* del pueblo". La visión restrictiva encuentra apoyo, por lo demás, en una parte significativa de la historia constitucional de nuestro país: Juan Bautista Alberdi —ideólogo principal detrás de la Constitución de 1853— dejó en claro en numerosos escritos producidos en el período fundacional de nuestro derecho público (y en particular en su influyente texto *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*), que la Constitución era concebida bajo la fórmula de "libertades económicas amplias, libertades políticas restringidas"⁽²⁶⁾. En otros términos, para autores como Alberdi, la idea de representación parecía implicar derechos políticos muy escasos y limitados para la mayoría del pueblo⁽²⁷⁾.

La lectura restrictiva es consistente, por lo demás, con parte de la jurisprudencia nacional —aún contemporánea— que ha insistido en la idea de que la soberanía del pueblo debe ser entendida, en la práctica, como limitada a la elección de los representantes que van a decidir luego en nombre del pueblo. Para esta postura jurisprudencial, cualquier desafío a dicha concepción estrecha debe entenderse —siguiendo de modo muy estrecho al texto del art. 22— como un acto sedicioso. Esta lectura jurisprudencial no merece ser considerada dominante, pero en todo caso ha resultado influyente en casos de especial relevancia. Por caso, esta visión muy limitativa sobre la democracia ha encontrado expresión, de modo recurrente, en la jurisprudencia nacional referida a las situaciones de protesta social. Una ilustración acabada de esta postura es la que aparece en el caso "Schiffrin", decidido por la Cámara Nacional de Casación Penal (con citas a la Corte Suprema —Fallos 304:1524—). En la parte central de su decisión, la Cámara hizo referencia a una visión de la democracia muy estrecha para terminar condenando a Marina Schiffrin, una docente que había asumido un rol de liderazgo en la protesta. Citando al constitucionalista Miguel Ekmedjián, la Cámara sostuvo entonces que, de acuerdo con la Constitución argentina, solo existía una forma legítima para la expresión de la soberanía del pueblo: el sufragio periódico. "Por medio del sufragio —dijo entonces el tribunal— el pueblo rechaza o acepta las alternativas que le propone la clase política. Otros tipos de presunta expresión de la voluntad popular, distintos del sufragio —tales como reuniones

multitudinarias en plaza, reuniones en lugares públicos, encuestas, huelgas u otros medios de acción directa, vayan o no acompañados por las armas—, no reflejan la opinión mayoritaria del pueblo sino, a lo sumo, la de un grupo sedicioso".

Frente a la anterior, puede ofrecerse una lectura alternativa, menos restrictiva o más amplia en torno a la idea de representación, que se encuentra apoyada a su vez en una robusta concepción de la democracia. Esta visión no entiende a la democracia solo en sentido negativo ("evitar la mutua opresión") sino positivo ("asegurar los beneficios de la libertad y la igualdad"). Se trata de una postura basada en la confianza hacia la ciudadanía que favorece, en lugar de desalentar, la intervención ciudadana en los asuntos públicos, que considera que las decisiones públicas más relevantes deben tomarse a través de procesos inclusivos y deliberativos, a través de formas caracterizadas por la conversación entre "todos los potenciales afectados", antes que por la "imposición" desde arriba. La concepción amplia confronta con y rechaza, por una diversidad de razones, a la posición restringida. Ante todo, quienes defienden esta postura consideran que argumentos como los que respaldan a la posición restringida (y que apelan a los orígenes de la Constitución, a los dichos expresados por los "padres fundadores" o a similares citas de autoridad), pueden resultar atractivos o vistosos en un comienzo pero no alcanzan para asegurar, por sí solos, el respaldo definitivo a una determinada postura sobre interpretación constitucional. Así, y por caso, la Constitución no merece entenderse como más o menos abierta, políticamente, *porque* Alberdi tuviera en mente tal o cual visión sobre la representación⁽²⁸⁾. Por lo demás, y en relación con el apoyo constitucional que alega en su favor la posición restringida, debe señalarse que el mismo resulta curioso. En efecto, la invocación de normas constitucionales como las mencionadas (el Preámbulo, el art. 22 referido en *Schifrin*) a los fines de sostener una lectura restrictiva sobre el principio de la soberanía popular genera perplejidad, a la luz de muchos otros artículos y normas de relevancia constitucional (como el derecho de peticionar a las autoridades, del art. 14) y, en particular, tomando en cuenta cualquiera de las novedades constitucionales introducidas con posterioridad a la Constitución de 1853. Tales innovaciones van, desde el derecho de huelga del art. 14 bis (que siguió a las reformas constitucionales impulsadas por el peronismo en 1949) hasta las nuevas disposiciones sobre participación y democracia introducidas por la reforma de 1994 (por caso, las referidas a la iniciativa popular —art. 39, ley 24.747— y a la consulta popular —art. 40—). Teniendo en cuenta normas como las recién mencionadas resulta sorprendente

que se pretenda asociar el concepto constitucional de representación con una visión tan restringida de democracia: ¿cómo alegar —como lo ha hecho la justicia argentina— que representación implica limitarse a votar cada varios años, cuando la propia letra de la Constitución habla, de modo diáfano e insistente, de otras —múltiples y variadas— formas de la participación democrática?

Por lo demás, esta lectura más demandante sobre la representación y la democracia no solo encaja con lo sostenido por los fallos más importantes de la Corte Suprema en la materia y se vincula bien con la letra explícita de nuestra Constitución y el modo en que ella se ha ido reformando (en el texto y en la práctica), sino que además acomoda bien la larga historia política, social y jurídica de nuestro país⁽²⁹⁾. Esta historia incluye, por supuesto, a los hitos más salientes de nuestra vida pública, como los relacionados con las movilizaciones populares y las políticas que culminaron con el dictado de la Ley Sáenz Peña (ley 8871, del 10/2/1912, consagrando el voto secreto, universal y obligatorio), el yrigoyenismo y el ascenso de las clases medias al poder, la reforma universitaria de 1918, la reivindicación de los derechos de los trabajadores y el fortalecimiento de los sindicatos impulsados por el peronismo, la consolidación del movimiento por los derechos humanos que comenzara a darse en tiempos del alfonsinismo y las luchas de las comunidades indígenas por sus derechos. Mojoneros de la vida pública argentina como los señalados, nos llevan a pensar en lo que resulta en una democracia en constante cambio y expansión, y en el consiguiente robustecimiento de los derechos ciudadanos. Frente a esta notable y persistente evolución de la práctica constitucional argentina, basada en una sociedad fuertemente movilizadora, resulta claro que no puede considerarse vigente una noción de la representación política propia del siglo XVIII y una lectura estrecha de la Constitución de 1853 no reformada⁽³⁰⁾.

¿Qué es lo que significa, entonces, el compromiso que nuestra Constitución ha ido tomando con ideas más amplias e inclusivas de representación y democracia? Los límites y el alcance preciso de tales términos están por determinarse todavía pero tenemos ya, en todo caso, algunos indicios muy relevantes sobre su contenido. Esta concepción constitucional reivindica a la "voluntad popular" como fuente y legitimación del poder, y por tanto avala que se tomen decisiones orientadas a que la ciudadanía gane en poder de decisión y control. Esta concepción constitucional afirma también el valor de las movilizaciones populares, a las que ve como un homenaje —antes que (como en "Schiffrin") como una amenaza— frente a una larga y continuada historia de activismo cívico: se trata de formas de

expandir la frontera de los derechos y de modos de dotar de sentido profundo a la democracia.

La visión más amplia de la representación y la democracia, aquí sostenida, repudia una larga lista de decisiones judiciales (que culminan en casos como "Peralta", Fallos 313:1513) destinadas a reconocer, favorecer y consagrar una expansión de los poderes del Ejecutivo en nombre de la ciudadanía pero dirigidas finalmente a socavar la capacidad de decisión y control de la misma, frente al poder. En "Peralta", contra lo que aquí se sostiene, la Corte avaló — en nombre de las urgencias del momento (que hubieran requerido la mayor prudencia, antes que la violación de las reglas institucionales vigentes)— la autoexpansión del poder presidencial, al declarar a los decretos de necesidad y urgencia compatibles con la organización constitucional del país⁽³¹⁾.

En concordancia con lo dicho, la concepción que aquí se sostiene afirma la periodicidad y la rotación de los mandatos como elementos relevantes dentro de la estructura constitucional. La versión amplia da la bienvenida, por lo demás, a formas diversas de la intervención cívica en los asuntos comunes (formas que pueden incluir al derecho de "atar" a través de instrucciones a los representantes, el derecho de revocar sus mandatos, el derecho ciudadano de participar en consultas populares, etc.). El propósito es favorecer, más que obstaculizar, el involucramiento colectivo en las cuestiones públicas, mucho más a la luz de una historia que muestra las dificultades que "quienes están dentro" del sistema institucional construyen, con el objeto de dificultar la intervención de "quienes están fuera"⁽³²⁾. En este sentido, por ejemplo, es que la versión amplia aparece como incompatible, también, con el criterio de "monopolio partidario de las candidaturas" (destinado a impedir la presentación de candidatos por fuera de los partidos políticos reconocidos) que la Corte defendiera en casos como "Ríos Antonio Jesús", Fallos 310:819 (1987).

Esta concepción constitucional pretende tomar en serio, más que como mero enunciado declarativo, la idea —no ajena a la jurisprudencia de la Corte— acerca de la primacía de la "voluntad popular" y su carácter de fuente del poder democrático. Esto significa, por ejemplo, que son constitucionales —como son deseables— los arreglos institucionales destinados a que el poder de decisión sobre todos los asuntos públicos relevantes quede en manos de la ciudadanía. Y otra vez, las exigencias que la ciudadanía pueda realizar, en dicho respecto, deben verse como apropiadamente constitucionales, antes que como actos sediciosos⁽³³⁾.

III. "REPUBLICANA". DIVISIÓN DE PODERES Y "FRENOS Y CONTRAPESOS"

El término "republicanismo" es susceptible (tanto como el de "representación", recién examinado), de interpretaciones más y menos exigentes. En un sentido muy estrecho, la idea de gobierno republicano puede entenderse —simplemente— como antítesis de "gobierno monárquico". Fue teniendo en cuenta este tipo de aproximaciones que John Adams señaló, en su momento, que el concepto de republicanismo ya no revestía mayor interés: "todos somos republicanos ahora" llegó a decir el líder conservador. La noción de republicanismo, sin embargo, es también susceptible de un entendimiento muy exigente, que la asocia con una filosofía política que hunde sus raíces en la antigüedad clásica, y que encuentra expresiones demandantes en muchos de los pensadores más prominentes de la humanidad, desde Jean Jacques Rousseau a Maquiavelo; desde Thomas Jefferson a Thomas Paine. Esta versión del republicanismo refiere, habitualmente, a una ciudadanía puesta de pie, motivada por la *virtud cívica*, y participando activamente en los asuntos públicos⁽³⁴⁾.

El entendimiento sobre "republicanismo" que la Corte Suprema ha ido construyendo con el paso del tiempo parece navegar entre ambos extremos. Por ejemplo, en el caso "Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c. Provincia de Santa Fe" (Fallos 317:1195, consid. 4º), tanto como en "Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c. Santiago del Estero", el Máximo Tribunal sostuvo que la forma republicana de gobierno era susceptible, de por sí, de una amplia gama de alternativas (justificadas por razones sociales, culturales, institucionales, etc.) y que por tanto no exigía necesariamente el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente electos. La Corte sostuvo entonces que las normas que limitan la reelección de quienes desempeñan actividades ejecutivas no vulneran, por tanto, principio alguno de la CN. La afirmación tiene sentido por lo que especifica en materia de reelección, tanto como por lo que consagra en forma de principio más general: la noción de republicanismo es compatible con una diversidad de arreglos institucionales diferentes entre sí, pero con ciertos contenidos mínimos imprescindibles, que todavía operan como límites frente a lo que las autoridades constituidas pueden hacer o no hacer. Hemos visto ya, por caso, el rechazo del Máximo Tribunal frente a la pretensión de los gobernantes de apelar a la voluntad popular para emprender cursos de acción destinados a socavarla (*i.e.*, su pretensión de prolongarse en el poder indefinidamente).

Otra vez: podemos tomar como punto de apoyo este tipo de criterios afirmados a lo largo del tiempo por la Corte —criterios que,

en su carácter ecuménico y general, se muestran como razonables—. Y podemos, a la vez, hacer el intento de desentrañar desde ahí algunas de sus derivaciones posibles. ¿Qué es lo que la noción de republicanismo implica, entonces, y qué es lo que no?

Una manera posible de comenzar este análisis es distinguiendo entre dos principios relacionados directa y habitualmente con el republicanismo, y que pueden ayudar a reconocer su contenido mínimo: la división de poderes y el sistema de controles —controles que nos refieren, en el caso de nuestra Constitución, a un sistema de "frenos y contrapesos"—. La primera noción rechaza la concentración de poder. Ella reunió, desde siempre, un consenso unánime dentro del campo republicano. La segunda, mientras tanto, se refiere al tipo particular de equilibrio que debe distinguir a la relación entre las distintas ramas del poder (en donde cada rama del poder cuenta con herramientas a partir de las cuales debe controlar los previsibles excesos de las demás). Este segundo principio, a diferencia del primero, fue objeto de agudas disputas a lo largo de la historia⁽³⁵⁾.

Básicamente, de acuerdo con una primera aproximación al tema de los controles sobre el poder —un enfoque impulsado inicialmente por James Madison y el grupo de los "federalistas" norteamericanos— los controles al poder debían ser fundamentalmente "endógenos", esto es, controles internos a la organización institucional y dirigidos desde cada una de las ramas del poder, sobre las otras (*i.e.*, el veto Ejecutivo, el control judicial, el juicio político, etc.). Para hacer posibles estos controles se consideraba necesario, por lo demás, que las distintas ramas de gobierno contasen con poderes y capacidades similares. Es decir, ninguna de ellas debía tener la capacidad de prevalecer sobre las demás, doblegándolas.

Mientras tanto, y de acuerdo con una segunda aproximación al tema de los controles al poder —un enfoque impulsado por Thomas Paine y Thomas Jefferson, entre muchos otros—, estos debían ser fundamentalmente "exógenos", esto es, promovidos y asegurados, ante todo, por la propia ciudadanía⁽³⁶⁾. Quienes se alineaban en este campo defendían un sistema de "separación estricta" (y no un sistema de "frenos y contrapesos") conforme al cual las distintas ramas del poder no podían ser "interferidas" por las restantes (lo cual constituía la esencia del primer enfoque revisado, esto es, el que proponía un sistema de "frenos y contrapesos"). Decir esto, de todos modos, no los llevaba a preferir un sistema institucional "carente de controles". Por el contrario, lo que ellos hacían era defender un sistema de controles múltiples, basado en controles "populares" o

"externos" (elecciones anuales, rotación obligatoria en los cargos, instrucciones a los representantes, revocatoria de mandatos, etc.).

Las diferencias y similitudes entre estas dos concepciones sobre cómo controlar al poder son reveladoras de lo que podría denominarse el contenido mínimo del republicanismo. En efecto, las dos visiones examinadas hasta aquí estaban de acuerdo en asociar al republicanismo con un sistema de estrictos controles frente al poder, aun cuando diferían en relación con la modalidad principal que debía caracterizar a tales controles ("endógenos" en un caso, "exógenos" en el otro).

Dicho lo anterior, podríamos concluir este análisis sosteniendo lo siguiente: i) el principio constitucional del republicanismo es compatible —como bien lo señaló la Corte argentina— con una amplia gama de posibilidades; ii) no hay un modelo único de división de poderes ni de controles frente al poder (por lo cual no puede decirse, por caso, que la Constitución exige contar con tres ramas del poder, en lugar de cuatro, ocho o veinte; ni suscribir un modelo tradicional de "frenos y contrapesos"); pero iii) cualquier acción de gobierno o reforma de la organización del poder constituirá una afrenta al principio republicano en la medida en que se dirija se oriente a socavar la vigencia de estrictos controles sobre el poder.

Por lo demás, cabe recordar que, para la primera de las visiones sobre el republicanismo aquí revisadas, las distintas ramas de gobierno debían contar con poderes y capacidades equivalentes. Por ello mismo, y conforme con esta aproximación, debía considerarse impermisible cualquier medida destinada a hacer prevalecer a una de las ramas de gobierno —típicamente el Ejecutivo— sobre las demás. Para la segunda concepción aquí revisada, mientras tanto, el republicanismo era compatible con "desequilibrios", pero de un solo tipo, esto es, los dirigidos a asegurar una mayor capacidad de decisión y control por parte de la ciudadanía. Por ello mismo, podría decirse, ambas visiones veían como incompatibles con el republicanismo cualquier intento de expandir los poderes presidenciales, de modo tal de hacer prevalecer a la rama Ejecutiva sobre las demás⁽³⁷⁾.

Como sostuviera la Corte, un entendimiento mínimo del republicanismo, como el presentado en los párrafos anteriores, es consistente con modalidades muy diversas de la organización del poder, pero dista de ser vacuo o irrelevante en cuanto a sus implicaciones. Fundamentalmente, la particular versión del republicanismo que aquí hemos defendido es incompatible con una importante y desafortunada línea de decisiones ejecutivas, legislativas y judiciales en la materia, destinadas a validar las

interferencias del Ejecutivo sobre los demás poderes o a tornar más complejo el control ciudadano sobre el poder. Ella respalda, sin embargo, la línea jurisprudencial alentada por la Corte en numerosos fallos, enfatizando el valor de la limitación al poder o invalidando los intentos de una rama del poder (en particular el Ejecutivo) por autoexpandir sus capacidades o avanzar sobre poderes que son propios de las otras ramas del gobierno⁽³⁸⁾. Este tipo de decisiones se encuentran ejemplificadas, por ejemplo, en fallos como "Rizzo"⁽³⁹⁾. Allí se sostuvo que los "poderes constituidos" en ninguna circunstancia pueden "desconocer la forma en que los constituyentes organizaron la división del poder estatal en la Argentina" (consid. 25). Dicho desconocimiento se daba, en el caso en cuestión, a través de decisiones del Poder Ejecutivo que ponían en riesgo la independencia judicial. Para la Corte, el Poder Ejecutivo se proponía, en los hechos, reformar la Constitución sin un proceso de reforma para socavar el equilibrio buscado por dicha Constitución (en este caso, a través de la modificación en la composición del Consejo de la Magistratura). La iniciativa del Ejecutivo, para la Corte, rompía el equilibrio creado por la Constitución, disponiendo que todos los miembros del Consejo resultaran, directa o indirectamente, emergentes del sistema político-partidario; tergiversando así lo establecido por el texto constitucional al respecto.

Esta concepción constitucional, por lo demás, apoya otra significativa línea de decisiones de la Corte Suprema, orientadas a afirmar la transparencia en el ejercicio del poder y a la publicidad de los actos de gobierno⁽⁴⁰⁾. En particular, esta visión avala y promueve el camino emprendido por la Corte desde comienzos del nuevo siglo, dirigido a favorecer la intervención ciudadana en el proceso de toma de decisiones, abrir formas de consulta con los sectores afectados a través de audiencias públicas, crear mecanismos de seguimiento de sus decisiones, que incluyeron formas de participación ciudadana, etc. Estas novedades hablan de un saludable movimiento de la Corte hacia formas más "dialógicas" del ejercicio de su poder, es decir, formas que contrastan con los modos tradicionales de decisión (modos "todo o nada", modos autoritativos más que conversacionales). Es lo que se advirtió, por ejemplo, en la Argentina, en casos como "Verbitsky, Riachuelo" o "Clarín", con distinto grado de desarrollo (a veces muy modesto, a veces muy precario) y éxito, y así también en distintos tribunales de Latinoamérica y el mundo⁽⁴¹⁾. Estos desarrollos dialógicos (algunos más justificados que otros, algunos más atractivos que otros) encajan perfectamente con la concepción de la democracia aquí sostenida, y convierten a las decisiones de los jueces en decisiones más justificadas: cuanto más

"conversacional" es la decisión judicial (más inclusiva de los puntos de vista de los afectados, menos dirigida a imponer la propia autoridad sobre el poder político, menos vinculada con la forma tradicional de la "última palabra" judicial), el control de constitucionalidad se torna más justificable, menos vulnerable a la crítica democrática que se le ha dirigido durante más de dos siglos⁽⁴²⁾. Sin embargo, tal como hoy se encuentran funcionando, estos mecanismos conversacionales resultan por completo dependientes de la buena voluntad judicial, y de ningún modo favorecidos por un sistema institucional (un sistema de "frenos y contrapesos") pensado más para evitar o canalizar la guerra civil, que para favorecer el diálogo⁽⁴³⁾. Un compromiso efectivo con un control judicial más justificado requeriría, por tanto, de modificaciones legales y constitucionales sobre la normativa hoy vigente.

IV. "FEDERAL". AUTONOMÍA LOCAL Y AUTORITARISMO

El análisis que lleváramos adelante en las secciones precedentes resulta relevante, también, para comprender el significado del último de los tres términos definitorios del art. 1º de la Constitución, aquí bajo examen: "federalismo". Podemos empezar, nuevamente, con algunos criterios ofrecidos por la Corte Suprema a lo largo de su historia, destinados a precisar el significado de "federalismo". Para la Corte, y tal como ocurriera en los casos anteriores, debe reconocerse un amplio margen de variaciones posibles respecto del significado exacto del principio "federal". Es necesario, en principio, asumir una actitud de deferencia frente a lo actuado por las distintas provincias, aceptando que ellas pueden elegir el desarrollo de prácticas institucionales propias, ajustadas o no a las prácticas más tradicionales en el país. Sin embargo, y al mismo tiempo, la Corte advierte también que, frente al caso de "un evidente y ostensible apartamiento" del sentido inequívoco de la Constitución, se torna justificada la intervención del Máximo Tribunal en defensa del texto magno, y en contra de las decisiones tomadas a nivel provincial. En tales situaciones —agrega la Corte— la actuación del Máximo Tribunal no puede considerarse avasalladora de las autonomías provinciales, sino conforme a los requerimientos del texto constitucional nacional (Fallos 310:804; 314:1915; 330:4797).

El criterio por el que opta la Corte es, nuevamente (podemos llamarlo así) thayeriano. Recordemos que, para James B. Thayer, los tribunales debían ser, en principio, muy deferentes frente a las acciones y decisiones del poder político, salvo que lo que estuviera en juego fuera un caso de "error manifiesto" (*clear mistake*) en donde resultara obvia la existencia de una ruptura entre lo obrado por el

poder político y la Constitución⁽⁴⁴⁾. El criterio general establecido por la Corte parece ser, otra vez, razonable. Ello, muy en particular, a la luz de una práctica constitucional como la de la Argentina, que nació al calor de una guerra desatada, de modo muy especial, a partir de los desacuerdos existentes acerca de cómo zanjar la cuestión federal. Tales enfrentamientos nos refieren a hechos gravísimos, definitorios de nuestra historia política y legal, y merecedores de nuestro máximo esfuerzo interpretativo: necesitamos tomar muy en serio la pretensión de las provincias de organizar su vida interior conforme a sus decisiones autónomas.

Esta pretensión de amplio respeto —*prima facie*— a las autonomías provinciales, contrasta (una vez más) con una contra-tendencia de reverberaciones que también son constitucionales, que se orienta por y hacia la concentración del poder y la centralización territorial. Se trata de una contra-tendencia que es propia de un constitucionalismo de raíz elitista, que marcó la historia constitucional americana desde sus comienzos, y que sigue ejerciendo una enorme influencia sobre países como el nuestro.

¿Qué puede significar, entonces, en un marco como el expuesto (caracterizado por profundos desacuerdos y disputas), el "tomarse en serio" el compromiso federalista asumido por la Constitución? ¿Qué significa, por lo demás, tomarse en serio una historia que incluyó el derramamiento de mucha sangre en nombre de la cuestión federal? Otra vez, para la Corte ello significa, ante todo, no aceptar que se invoque la soberanía del pueblo o la autonomía provincial para socavar, en los hechos, los derechos de los habitantes de cada provincia. Significa no aceptar que "queden lesionadas instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen a la esencia del sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar" ("Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c. Santiago del Estero", consid. 20). Ello así —podríamos agregar— a la luz del análisis desarrollado hasta aquí, y a partir de dos *provisos* adicionales.

La primera cuestión adicional a considerar se refiere al principio prudencial antedicho, de reminiscencias thayerianas. Lo que este principio nos sugiere es asumir —particularmente en este caso— una actitud de deferencia general hacia las decisiones propias de la autonomía de las provincias. La contracara de lo dicho es que la intervención judicial debe reservarse para casos muy importantes y extremos, que pongan en directa crisis el sistema representativo y republicano (entendidos estos términos conforme al análisis realizado en las páginas anteriores), y el respeto más básico de los derechos.

La segunda cuestión a tomar en cuenta nos remite al aprendizaje histórico, esto es, a lo que —como sociedad— hemos ido reconociendo como prácticas habituales y propias de nuestra vida constitucional: prácticas virtuosas tanto como disvaliosas o corruptas. En tal sentido, podemos decir que la historia de nuestro federalismo nos enseña, por un lado, que de forma demasiado habitual las autoridades nacionales se han comprometido con prácticas elitistas, concentradoras del poder y centralizadoras en materia territorial. A la luz de la Constitución y por razón de aprendizajes como el citado es que se justifican decisiones como la adoptada por la Corte en "Partido Justicialista c. Provincia de Santa Fe" (Fallos 317:1195, 1994), en el que el Máximo Tribunal consideró que no se violaban principios básicos sobre el sistema representativo y la igualdad (ni compromisos tales como el Pacto de San José de Costa Rica), cuando una Constitución provincial establecía un principio de no reelección del Ejecutivo⁽⁴⁵⁾. La conciencia de nuestra historia política, marcada, entre otros datos, por episodios de abusos de autoridad, insiste para que permanezcamos en guardia, por un lado, frente al accionar de un poder nacional que usualmente pretende ganar más poder para sí, a costa de la autonomía de las provincias.

Por otro lado, la práctica constitucional argentina nos recuerda también de qué modo las políticas provinciales en la Argentina se han caracterizado por los abusos del poder, llevados a cabo en contra de la ciudadanía local pero invocando a la misma, tanto como a los derechos y poderes propios de la soberanía local. En nombre del federalismo, los poderes locales se han involucrado recurrente y sistemáticamente en prácticas violatorias de derechos y destinadas a ampliar los márgenes del propio poder discrecional. La conciencia de problemas habituales en nuestra historia, como los señalados, nos insta a ser especialmente estrictos frente a tales prácticas que socavan al constitucionalismo y le quitan sentido, y que el paso del tiempo solo contribuye a arraigar.

* * *

Art. 2º.—

El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano.

LA RELECTURA LAICISTA DEL ART. 2º DE LA CONSTITUCIÓN

Comentario por Marcelo Alegre

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué deberes asume el Estado a partir del art. 2º de la Constitución? Tradicionalmente se han dado dos respuestas diferentes: por un lado, la lectura más laicista ha interpretado ese artículo como exigiendo del Estado un sostenimiento económico, por otro lado, la doctrina más conservadora lo ha leído de manera más exigente, como requiriendo además de ese apoyo económico una identificación fuerte con los postulados y propósitos de la Iglesia Católica. Defiendo una tercera lectura de este artículo, más compatible con las exigencias de la libertad e igualdad religiosas y con los derechos humanos. Esta lectura niega que el art. 2º requiera hoy el financiamiento público del catolicismo.

La interpretación que ofrezco se desarrolla en tres niveles: el textual, el histórico y el de los principios. Por empezar, el texto del art. 2º debe ser leído de acuerdo con los usos corrientes del lenguaje. En segundo lugar, para reconstruir el sentido del texto es útil cierta información básica sobre las ideas preponderantes entre quienes redactaron el texto, sobre el contexto que rodeó la discusión de los constituyentes y sobre los rasgos de la relación entre la Iglesia y el Estado hasta el presente. Por último, la lectura del art. 2º debe ser sensible al resto de las cláusulas de la Constitución que resultan pertinentes (en especial, la libertad religiosa del art. 14, la igualdad del art. 16 y las disposiciones de los tratados de derechos humanos constitucionalizados en 1994), así como a los mejores desarrollos del pensamiento filosófico-político que animan al proyecto constitucional.

La interpretación del art. 2º impacta en la posición a adoptar respecto a diversos temas, como la educación religiosa en las escuelas públicas, la exhibición de simbología religiosa en edificios públicos, la pertinencia de la doctrina católica a la hora de regular el acceso a derechos sexuales y reproductivos, etc. Quienes defienden la posición más tradicionalista arguyen que el art. 2º corporiza un compromiso profundo entre el catolicismo y el Estado, incompatible con las posiciones más laicistas. Quienes abogan por una conexión más tenue entre religión y Estado, limitada al financiamiento, se ven desafiados a proveer un límite principista a la influencia religiosa en

la vida civil. No es claro que hoy pueda fundamentarse de manera no arbitraria ese límite una vez que se acepta la clara desigualdad implícita en el financiamiento privilegiado de un credo.

II. TEXTO, TEORÍA E HISTORIA

Un abordaje textualista no resolvería nuestras dudas, toda vez que "sostener" significa tanto "mantener firme, como "financiar" y como "endosar o afirmar". Necesitamos acudir a algunas enseñanzas históricas y a la reflexión filosófico-política. El debate en el Congreso Constituyente de 1853 deja ver dos posiciones muy definidas y opuestas. Por un lado, una posición liberal, ampliamente mayoritaria y partidaria de una amplia libertad de cultos. Por otro, una posición conservadora de una pequeña minoría, contraria a la tolerancia religiosa y que exigía que ser católico fuera requisito para ser, además de presidente, legislador o empleado del gobierno. No parece pues que haya existido ninguna transacción en la regulación de la religión. La única concesión a los conservadores fue inocua: el agregado de la expresión "moral pública" al art. 19. Que las acciones inmorales sí estén sujetas a "la autoridad de los magistrados" no debilita el carácter liberal de la norma, máxime con la aclaración de que se trata de la moral *pública*, es decir la moral crítica intersubjetiva, lo que impide que el derecho imponga una moralidad autorreferente o personal.

Debemos notar algunas claves históricas de relevancia:

i. La debilidad de la Iglesia en el siglo XIX. Los primeros cincuenta años de vida independiente no fueron buenos para la Iglesia. Una parte importante del clero era realista y abandonó el país. Muchas iglesias quedaron vacías y la moralidad de los curas era en general muy cuestionada. Económicamente, la Iglesia estaba en ruinas, sobre todo a partir de la eliminación del diezmo y otras medidas seculares adoptadas por Rivadavia.

ii. El regalismo. Entre la elite dirigente de mediados del siglo XIX dominaba una visión "regalista", heredera de la visión borbónica, que defendía un estricto control de la Iglesia por parte del gobierno.

iii. La valoración instrumental de la Iglesia en el liberalismo de la época. La religiosidad, de acuerdo con el pensamiento más avanzado de la época, era considerada un instrumento imprescindible para la formación moral de la sociedad.

Por lo tanto, resultaba razonable para la dirigencia liberal de la época, que el Estado contribuyera a sostener a la Iglesia para ponerla al servicio del avance moral de la sociedad, como contracara del estricto control de la Iglesia por parte del Estado nacional, y dentro de un marco de amplia tolerancia religiosa.

En la Asamblea Constituyente de 1853 contrastaron dos posiciones definidas y difícilmente conciliables. La mayoría liberal resistió las propuestas intolerantes de los conservadores mediante argumentos nítidamente modernizantes. En los debates, la mayoría articuló una filosofía constitucional de avanzada que hizo eje en ciertos límites inviolables (como una cierta igualdad en materia religiosa) aun para una convención constituyente. También defendió una posición contractualista, en el sentido de exigir una fundamentación dirigida a todos y cada uno de los ciudadanos, rechazando que pudiera fundarse una religión de Estado en la adhesión mayoritaria de la población a un credo determinado. La mayoría adoptó una perspectiva individualista que niega personalidad moral a entidades distintas a las personas, al rechazar que el Estado pudiera "profesar religión alguna" (en palabras de Zuviría). También exhibió una concepción pionera sobre el derecho internacional de los derechos humanos (p. ej., a través del diputado Gutiérrez) al afirmar que la libertad de cultos reconocida por tratado a los ingleses en 1825 no podía derogarse y debía extenderse a todos los ciudadanos. Asimismo, la mayoría —alineándose en lo que hoy conocemos como el principio de la razón pública de Rawls— se opuso a que se distorsionara el carácter secular de la tarea a cargo de la Asamblea, negándose a entrar en disquisiciones teológicas. Además, la mayoría defendió una visión anti-perfeccionista, opuesta a regular la conciencia de las personas. Según Lavaysse, "la Constitución no podía intervenir en las conciencias, sino reglar solo el culto exterior". No faltaron las críticas abiertas a la religión dominante (p. ej., en labios del diputado Seguí), otro rasgo definitorio del liberalismo laicista.

Esta posición liberal predominante en la Convención tenía resonancias con el pensamiento político más destacado y conocido en la época. Según Mark Lilla⁽⁴⁶⁾, un punto inicial para entender el distanciamiento entre Estado y religión es la obra de Thomas Hobbes, quien presenta a la religión como una creación humana al servicio de las necesidades de las personas. De esta manera se abandona la teología política y el Estado deja de depender de la religión o de la interpretación de textos o autoridades sagradas, en sus discursos legitimantes. La religión pasa de ser valorada como fin a ser apreciada como un medio. Para Rousseau, la religión fortalece inclinaciones positivas como la solidaridad. Para Hegel, fortalece los nexos comunitarios. Según Kant, la religiosidad tonifica el sentido del deber. Una consecuencia crucial de la valoración instrumental de la religión es la convicción de un control estatal estricto de la religión⁽⁴⁷⁾. Hemos de entender los debates en la Asamblea como exhibiendo la

tensión entre la concepción premoderna, propia de la teología política cristiana y la visión liberal, más moderna y que rechaza el sometimiento del Estado a un relato religioso, al tiempo que reafirma el valor instrumental de la religión.

La correcta interpretación del art. 2º fue objeto de profundas discusiones en el Congreso tres décadas más tarde, en ocasión de debatirse la que sería la [ley 1420](#) de educación universal, gratuita y laica. Allí, el diputado Lagos García expuso la tesis liberal en términos que resulta difícil mejorar: "somos un país esencialmente católico; el Estado es profundamente católico; lo ha sido desde que el país era colonia; lo siguió siendo después de la emancipación; ahí están nuestros antecedentes constitucionales: el Estatuto del año 15, la Constitución del año 19, la Constitución del año 26, establecían que la religión católica es la religión del Estado.

"Y bien, señor presidente: ¿qué significa esto, de que en nuestras constituciones anteriores se haya establecido que la religión católica es la religión del Estado, y que nuestra constitución actual sólo diga que el Estado costea el culto católico, apostólico, romano?

"Esto significa, señor presidente, que la Constitución del año 53, inspirada en las ideas modernas, teniendo por objetivo la población, el progreso, el adelanto del país en todo sentido, consideró conveniente, imprescindible, innovar en este punto, e innovó.

"La disposición del art. 2º de la constitución que nos rige, debe su existencia a esta clase de consideraciones; la debe también a la circunstancia de que el Estado se había apoderado de los bienes de la Iglesia por la ley de reforma del clero, y al decreto que se dio en su consecuencia, prometiendo costear el culto.

"El Estado había contraído la obligación de sostener el culto católico y se creyó obligado de continuar cumpliendo esa obligación, y la consignó como precepto del código fundamental del país.

"Éstos son los motivos, éstas son las razones, del art. 2º de la CN".

III. DEL LIBERALISMO DEL SIGLO XIX AL DEL SIGLO XXI

Si prestamos atención a la evolución experimentada por el pensamiento liberal en los últimos tres siglos debemos notar, en primer lugar, que el liberalismo del siglo XXI exhibe, a diferencia de el del siglo XIX una mayor tolerancia hacia el ateísmo. En segundo

lugar, el liberalismo contemporáneo asume de forma más nítida la separación entre religión y moralidad, dejando de lado la idea de que la formación moral es inseparable de la religiosa. Bajo esta perspectiva, la respuesta liberal actual a la pregunta sobre la correcta relación entre religión y Estado asume tonos más tajantes.

En primer lugar, debemos rechazar la idea de que la aceptación de ciertos efectos positivos de la religiosidad apunte la identificación estrecha entre el Estado y una religión en particular. Primero, del elogio a los efectos benéficos de la religiosidad se sigue, a lo sumo, la necesidad de que el Estado proteja la libertad e igualdad religiosas, lo que crea las condiciones para el desarrollo y la prosperidad de las distintas creencias. Y si el elogio se limitase a una religión en particular tampoco es motivo suficiente para el establecimiento oficial de esa religión. Por ejemplo, el convencional Seguí abogaba por una amplia tolerancia religiosa a fin de que el protestantismo pudiera florecer e influenciar positivamente a la Iglesia Católica, mejorando mediante la emulación, la moralidad de su jerarquía. Seguí creía que bastaba con garantizar un régimen de libertad de cultos para asegurar ese efecto positivo.

Por lo tanto, un argumento en favor de una religión oficial debe mostrar primero que la religiosidad tiene efectos concluyentemente positivos (es decir, que los efectos positivos, por ejemplo, en materia de promoción de la solidaridad y la participación superan a los negativos, por ejemplo, en materia de intolerancia y actitudes divisivas). Segundo, que hay una religión en particular que produce esos efectos en mayor medida y tercero, que la forma de obtener esos supuestos beneficios consista en la adopción de un régimen de religión privilegiada. Este último paso parece injustificable, sobre todo teniendo en cuenta el costo moral de ofender a los no religiosos y a los fieles de otras religiones, quienes reciben el mensaje estigmatizante de que sus creencias en materia religiosa no son dignas de un respeto igualitario por parte del Estado.

Si a mediados del siglo XIX resultaba plausible pensar desde el liberalismo en un régimen de libertad sin plena igualdad, hoy esto resulta inaceptable, al menos por dos razones: por un lado, aun aceptando una visión acotada de la libertad como no interferencia, no es clara la diferencia entre un esquema hipotético que gravara o penalizara ciertas religiones y otro en el que una religión es subsidiada en forma especial. Si existe interferencia injustificada en el primer escenario, parece que existe también en el segundo. Por otro lado, si entendemos a la libertad religiosa como desagregable en un haz de otras libertades (libertad de asociación, de expresión, derecho a la privacidad e intimidad, etc.), inmediatamente

observaremos que esas libertades son estrictamente igualitarias, es decir, que no admiten ninguna discriminación en su ejercicio. Por lo tanto, no resulta plausible suponer que la suma de todas esas libertades (la libertad religiosa) sea compatible con una distribución desigualitaria de su ejercicio.

¿Es especial la religión? En la filosofía política se discute si la religión es especial. Esta pregunta está dirigida a establecer si se justifica asignar a la libertad religiosa una protección extra sobre otras libertades. Una implicancia práctica de aceptar el carácter especial de la religión, en este sentido, sería que por ejemplo los objetores religiosos recibirían un acomodamiento mayor que los no religiosos. Debemos rechazar la idea de que la religión es especial en este sentido. La libertad en materia religiosa protege en última instancia la conciencia ética de las personas, sean estas religiosas o no. Por lo tanto, cuando la objeción de conciencia tiene fundamentos no religiosos merece la misma protección que cuando se basa en creencias religiosas.

Pero hay otro sentido en el que la religión puede considerarse una esfera especial. La religión suscita adhesiones y reacciones particularmente sensibles. La historia nos muestra que las desavenencias religiosas son especialmente riesgosas. Por tanto, la libertad en materia religiosa puede verse como especial en cuanto se refiere a una esfera de la vida social particularmente vulnerable al riesgo de afectar sentimientos y convicciones de gran importancia para las personas. Ello justifica la existencia de una cuidadosa protección por parte del Estado. Pero el carácter especial de la religión en este segundo sentido determina que esta protección estatal debe ser necesariamente bifronte, ya que debe proteger la libertad en materia religiosa también frente a las amenazas provenientes de la misma actividad religiosa, en cuanto se pretenda el predominio de una perspectiva religiosa sobre el resto. Por lo tanto, proteger la religiosidad implica ponerle límites.

IV. LECTURAS PLAUSIBLES DEL ART. 2º

Si la Constitución encarnaba en sus comienzos un ideario liberal de avanzada, resulta pertinente reconstruir el alcance actual del art. 2º inspirándonos en el ideario liberal contemporáneo (este enfoque tiene algún punto de contacto con el originalismo constitucional, en la medida que busca cierta continuidad entre la filosofía política fundante de la Constitución y la filosofía interpretativa de la misma). Desde este punto de vista, las siguientes propuestas interpretativas son, al menos, plausibles:

4.1. ¿Antigualla?

Tal vez el argumento más radical a considerar es el que sostendría que el art. 2º es una "antigualla" que debe tenerse por no escrita (como la exigencia del art. 43 que requería que para ser senador se disfrutase de una renta anual de dos mil pesos fuertes, o el discriminatorio inc. 15 del art. 67 que mandataba al Congreso a promover la conversión de los "indios" al catolicismo, o el inc. 22 que le atribuía al Congreso el poder para conceder "patentes de corso"). Esta interpretación no puede descartarse de plano, pero tiene el costo de desconocer una porción del texto constitucional. Es posible articular un argumento que preserve el texto asignándole un sentido aceptable, como el que sigue.

4.2. Sostenimiento ya cumplido

Recordemos que, al momento del nacimiento de la Constitución, el estado de la Iglesia local era ruinoso y que el Estado la había privado de sus ingresos (diezmos y primicias). Al mismo tiempo era parte del ideario liberal de la época la creencia en la importancia de la religión para contribuir a los fines del Estado liberal. Por lo tanto, tenía pleno sentido, en 1853, entender el sostenimiento en términos económicos. Pero este sostenimiento económico devino innecesario con el tiempo. Aquella Iglesia en ruinas prosperó inmensamente en términos materiales. Con la organización nacional comenzaría una etapa de fortalecimiento de la Iglesia. Uno de los hitos fue la firma de un nuevo acuerdo entre el gobierno y el Vaticano. El avance educativo y la urbanización también contribuyeron a fortalecer la hegemonía del catolicismo. La Iglesia pasó de ser una institución muy débil a ser una enormemente poderosa, incluso patrimonialmente. Si la interpretación del sostenimiento se centra en el aspecto económico, resulta plausible concluir que la obligación de proveer esa forma de sostenimiento ya está cumplida, y no está vigente. Tengamos presente que una de las razones ofrecidas para fundamentar la obligación estatal de financiar el culto católico era la expropiación de sus bienes y la cancelación de los impuestos que allegaban recursos a la Iglesia. Este enfoque "reparatorio" también respalda mi interpretación, ya que la noción de una reparación económica perpetua suena odiosa, por excesiva e injusta con las generaciones futuras.

La historia enseña que el sostenimiento económico puede resultar en un debilitamiento de la Iglesia. Por ejemplo, Emilio Mignone⁽⁴⁸⁾ ha afirmado que la represión brutal de la última dictadura militar fue posible por el silencio de la jerarquía eclesiástica. Entre las causas

de este silencio, Mignone señala "una tradición de subordinación de la Iglesia al poder político y una dependencia económica del Estado, que la dictadura militar procuró vigorizar como compensación por la actitud complaciente del episcopado frente a sus desafueros". Podría ser que "sostener" en el sentido de financiar fuera incompatible con "sostener" en el sentido de "mantener firme".

4.3. Sostenimiento no económico e igualitario

Otra lectura laicista del art. 2º afirmaría que el sostenimiento debe entenderse en términos no económicos. Es interesante señalar que esta era la lectura de Bidart Campos, quien negaba expresamente que el art. 2º se refiriera a subsidios financieros. El sostenimiento ordenado por el art. 2º referiría, pues, a las diversas garantías y derechos que, combinados, contribuyen a "sustentar, mantener firme" o a "prestar apoyo, dar aliento o auxilio" a la Iglesia, por ejemplo, los derechos de libertad de culto, de asociación, de privacidad y de expresión. Estos serían los modos en que el Estado se compromete a sostener a la Iglesia.

Esta lectura debe complementarse con un estricto requerimiento igualitario en el sentido de que el sostenimiento es debido a la Iglesia católica y a todos los cultos; y con algún tipo de resguardo de la dignidad de los no creyentes. Por ejemplo, toda forma de cooperación con los cultos debe evitar el endoso público de afirmaciones religiosas, y el Estado debe garantizar espacios suficientes para la circulación de las ideas no religiosas en condiciones de no discriminación.

4.4. Sostenimiento económico no discriminatorio (cooperación, tolerancia)

Esta es en parte la propuesta de Nino,⁽⁴⁹⁾ quien alienta la supresión del art. 2º en una futura reforma. Mientras tanto, sostenía, debía interpretarse en términos exclusivamente económicos y que no implicaran la necesaria exclusión de otros cultos. A esta posición yo le agregaría que el sostenimiento debería incluir (no solamente permitir la inclusión) a los demás cultos y también a las posiciones agnósticas o ateas. También restringiría el apoyo económico a actividades de interés general y no sectario (la promoción de la tolerancia religiosa, el cuidado de lugares religiosos de valor histórico, artístico o arquitectónico, etc.).

Legislaciones como la española o la alemana, que articulan un sistema de financiamiento privado a través del Estado, aparecen

como alternativas menos cuestionables una vez que se favorece la interpretación "económica" del sostenimiento del art. 2º.

V. CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, que incluyen consideraciones textualistas, históricas y de filosofía constitucional, el rango de interpretaciones aceptables del art. 2º debe reformularse considerablemente. Por un lado, incluyendo alternativas que no deriven de la lectura de ese artículo una obligación de financiamiento y, por otro lado, excluyendo cualquier propuesta de financiamiento desigualitario o de endoso oficial de un dogma religioso determinado.

* * *

Art. 3º.—

Las autoridades que ejercen el Gobierno federal, residen en la ciudad que se declare Capital de la República por una ley especial del Congreso, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales, del territorio que haya de federalizarse.

Comentario por Julián Rotenberg

En la CN de 1853, el art. 3º establecía que las autoridades del Gobierno federal residirían en la Ciudad de Buenos Aires y que dicha ciudad sería declarada Capital de la Confederación por una ley especial. Esta ley fue sancionada el 6 de mayo de 1853, pero el conflicto entre la provincia de Buenos Aires y la Confederación impidió su cumplimiento efectivo. La reforma de 1860, con la participación de Buenos Aires, modificó el artículo e introdujo el texto que perdura hasta la actualidad.

En 1880, una vez finalizadas las dos décadas de hostilidades entre los gobiernos federal y provincial, tuvo lugar la federalización de la ciudad de Buenos Aires. Dando cumplimiento al [art. 3º](#), la [ley 1029, del 21 de septiembre de 1880](#), declaró Capital de la República al municipio de la Ciudad de Buenos Aires (art. 1º). La [ley 1029](#) ha sido descrita por la Corte Suprema como una "ley-contrato" o "ley-

convenio"⁽⁵⁰⁾, ya que condicionaba su entrada en vigor a la cesión del territorio de la ciudad por parte de la Legislatura de la Provincia (art. 8º), que completó el proceso con la sanción de la ley provincial 1355, del 26 de noviembre⁽⁵¹⁾.

La ley 1029 especificó las competencias de los Estados nacional y provincial respecto de los bienes públicos situados en el territorio federalizado, que hasta entonces habían pertenecido a la provincia. Como regla general, los establecimientos y edificios públicos ubicados en la ciudad quedaron bajo la jurisdicción de la Nación (art. 2º). Sin embargo, el Banco de la Provincia, el Banco Hipotecario y el Banco Monte de Piedad —cedido más tarde a la Municipalidad de la Ciudad, y convertido más tarde en el actual Banco Ciudad— se mantuvieron bajo la dirección y propiedad de la provincia (art. 3º), así como los ferrocarriles y telégrafos (art. 4º).

Esta distribución suscitó conflictos entre los gobiernos nacional, municipal y el provincial en cuanto a las facultades y derechos reservados a cada uno. La Corte Suprema ha dictado una serie de fallos donde interpreta los alcances de la ley 1029 en lo que concierne a organismos como el Banco de la Provincia⁽⁵²⁾, el Telégrafo de la Provincia⁽⁵³⁾ y la Municipalidad de la Ciudad⁽⁵⁴⁾.

I. LA CAPITAL EN EL CONGRESO DE LA NACIÓN

La Constitución de 1853/1860 establecía la representación de la Capital en el Congreso de la Nación por dos senadores (arts. 36 y 46) y por diputados (art. 37). La reforma de 1994 modificó esta estructura, estableciendo distintos criterios de representación para la Capital en tanto ente político y para la Ciudad de Buenos Aires.

De esta manera, la Ciudad de Buenos Aires —y no la Capital— está representada en la Cámara Alta por tres senadores (arts. 44 y 54). La Cámara de Diputados, en cambio, se compone de representantes del pueblo de las provincias, de la Ciudad y de la Capital en caso de traslado (art. 45). En otras palabras, a la Ciudad de Buenos Aires le corresponden tres senadores, independientemente de su carácter de Capital; en caso de traslado, la nueva capital no tendría senadores pero sí diputados⁽⁵⁵⁾.

II. LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA DE LA CAPITAL Y LA AUTONOMÍA DE BUENOS AIRES

De acuerdo con la Constitución de 1853/1860, el Congreso de la Nación ejercía una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital (art. 67, inc. 27). El presidente de la Nación era su jefe inmediato y local (art. 86, inc. 3º), y designaba al intendente municipal

con acuerdo del Senado; la reforma de 1994 suprimió el inc. 3º, por lo cual, en caso de un eventual traslado de la Capital Federal, su intendente sería elegido por su población y no por el Poder Ejecutivo.

En cuanto a la Ciudad de Buenos Aires, la reforma de 1994 incorporó el art. 129, estableciendo para ella un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y cuyo jefe de gobierno será elegido directamente por su población. El artículo también dispuso que el Congreso de la Nación convocaría a los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires para elegir representantes que dictaran un Estatuto Organizativo para sus instituciones, y es así como en 1996 se aprobó la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por último, de cara a delimitar la distribución de competencias entre los gobiernos nacional y local, la reforma previó la sanción de una ley garantizando los intereses del Estado nacional mientras Buenos Aires fuera la capital: esta norma fue la [ley 24.588](#) y no estuvo —ni está hoy— exenta de debate⁽⁵⁶⁾. El art. 129 prevé esta especial autonomía para la Ciudad de Buenos Aires independientemente de su condición de capital (excepto por el mandato de la "ley de garantías"), por lo cual, en caso de un eventual traslado de la capital, conservaría este estatus.

* * *

Art. 4º.—

El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.

LOS RECURSOS DEL ESTADO FEDERAL

I. DENOMINACIÓN Y ORÍGENES

El art. 4º de nuestra Constitución suele ser denominado como la "cláusula del tesoro", dado que en él se encuentran enumerados los recursos económicos con los que cuenta el Estado nacional, y que integran su tesoro, para afrontar los gastos que demande su organización y funcionamiento. Sin embargo, como se verá más adelante, esta norma constitucional posee una implicancia que trasciende los lindes del campo de los recursos financieros.

Los orígenes del texto pueden hallarse en la Constitución de 1853, aunque la actual redacción proviene de la reforma efectuada en 1866 cuando se suprimió, apenas, la fórmula "de las aduanas" luego de hacerse referencia a los derechos de importación y exportación.

En nuestro país, la cuestión financiera ha tenido un importante papel en la historia constitucional y se alzó como un tema central tras la Revolución de Mayo; sobre todo, ante la necesidad de atender los gastos de la guerra de independencia y a la hora de pensar en el diseño de las bases de la nueva organización institucional. Esto se vio exacerbado, a partir de 1820, con el comienzo de las luchas entre unitarios y federales.

Luego de la batalla de Caseros en febrero de 1852, se allanó el camino hacia la organización definitiva del país y la discusión sobre el financiamiento de la Nación no se mantuvo ajena en el seno de la Convención Constituyente reunida en Paraná.

En efecto, al tratarse el texto del art. 4º del proyecto de constitución, casi idéntico al vigente en la actualidad, el diputado santafesino Manuel Leiva expresó su oposición a la solución allí propiciada. Este convencional entendía que la norma en cuestión, tal como se la proponía, dejaba desprovistas a las provincias de los recursos aduaneros —los cuales permanecerían exclusivamente en manos de la Nación—. Así, a los gobiernos locales solo les quedaría financiarse a través de contribuciones directas, las que, en determinadas ocasiones, podrían ser recaudadas, simultáneamente, por el Estado federal.

Tras sus críticas, propuso como alternativa un texto inspirado en el art. 8º del proyecto de Alberdi, según el cual los gastos de la Nación serían atendidos por los fondos del Tesoro Nacional formado con impuestos soportados, proporcionalmente, por todas las provincias⁽⁵⁷⁾.

Paralelamente, José B. Gorostiaga se encargó de defender el texto tal como fue sometido al debate y expresó, en ese sentido, que todo gobierno debía tener poder bastante para cumplir enteramente

con las obligaciones que se le imponen y de las que es responsable. Las rentas, continuó, son el principal resorte para llenar esos objetos, elemento sin el cual la máquina del Estado quedaría paralizada, porque sin la unión y consolidación de las rentas, de ciertos intereses y medios, no podría haber en política existencia nacional, y la creación de aquellas, en relación con las necesidades del país y sus recursos, es una parte esencial de toda Constitución. Por este motivo, defendía que los ingresos de la aduana fueran federalizados, pues, de lo contrario, el Estado federal no sería viable por resultar desfinanciado⁽⁵⁸⁾. Finalmente, se impuso esta última visión y así quedó sancionado el texto del art. 4º en su primera redacción.

En 1860, al acordarse la reforma de la Constitución tras la batalla de Cepeda y la incorporación de Buenos Aires a la Confederación Argentina, la Convención convocada al efecto incluyó, dentro de las propuestas de reforma, a la llamada "cláusula del tesoro". Así se efectuó una enmienda que alcanzó, solamente, a la primera parte del artículo, que resultó con la siguiente redacción: "[e]l Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación, hasta 1866, con arreglo a lo estatuido en el inc. 1º del art. 67".

El art. 67, inc. 1º, disponía, a su turno, que la Nación podría establecer los derechos de exportación, exclusivamente, hasta 1866, año en el que cesarían como impuesto nacional, "(...) no pudiendo serlo provincial (...) "⁽⁵⁹⁾.

Como fue oportunamente previsto, en 1866 se reunió una vez más una Convención Constituyente a los fines de tratar una posible reforma constitucional. En este marco, el art. 4º de la CN sufrió una nueva modificación y, con ella, se descartó la idea que se tuvo en 1860, pues la Convención eliminó las limitaciones temporales impuestas en la reforma anterior. De esa manera, el texto del artículo quedó definitivamente redactado tal como hoy se lo conoce⁽⁶⁰⁾.

II. LAS FINANZAS ESTATALES EN EL ART. 4º DE LA CONSTITUCIÓN

En el apartado anterior, cuando me referí a la denominación de la "cláusula del tesoro" como tal, mencioné que el contenido del artículo iba más allá de la mera enunciación de los recursos públicos. Es cierto que esa función es la que destaca; empero, una lectura más profunda de la norma permite advertir que detrás de las palabras subyace una importante idea: el gobierno tiene un costo económico que requiere la realización de erogaciones para afrontarlo. Así entonces, al referir que "[e]l Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional", la Constitución reconoce que la organización del gobierno es costosa y que para eso

va a ser necesario recaudar y utilizar las rentas obtenidas. En síntesis, el art. 4º de la Constitución tiene en miras no solo al régimen de los recursos públicos sino también a los gastos, dado que reconoce su existencia y necesidad.

Ahora bien, la estrecha relación que existe entre el gobierno y la renta pública ha sido reconocida desde hace tiempo. Alexander Hamilton, por ejemplo, dedicó al asunto una serie de artículos compilados, luego, en *El Federalista*. Allí, afirmaba que

"[e]l dinero está considerado, con razón, como el principio vital del cuerpo político, y como tal sostiene su vida y movimientos y lo capacita para cumplir sus funciones más esenciales. Por consiguiente, una facultad perfecta de allegarse con normalidad y suficiencia los fondos necesarios, hasta donde los recursos de la comunidad lo permitan, debe ser considerado como un elemento componente indispensable en toda Constitución"⁽⁶¹⁾.

En esta misma línea expresaba que sin algún tipo de previsión sobre los recursos, cualquier gobierno se extinguiría en una atrofia fatal y perecería.

En nuestro país, Sarmiento destacó que Joseph Story, en sus comentarios a la Constitución de los Estados Unidos, señaló que todo gobierno debe poseer en sí mismo el poder necesario para cumplir plenamente con sus objetivos y los encargos de los que es responsable. En esta sintonía, agregaba que

"[l]a renta es la máquina esencial para procurarse los medios de responder a las exigencias nacionales; y por tanto el poder de procurársela debe naturalmente estar comprendido en el de proveer a aquellas exigencias de la Nación y los recursos de la comunidad"⁽⁶²⁾.

Juan B. Alberdi, por su parte, a poco de sancionarse la Constitución argentina, se dedicó a analizar el sistema económico y rentístico por ella instaurado. En sus estudios, mencionó que, luego de que se organiza un gobierno, es menester darle medios de existir, formarle un tesoro. Indudablemente, proseguía:

"no puede haber gobierno gratis, ni debe haberle por ser el más caro de los gobiernos. [E]l Tesoro y el gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente. El país que no puede costear su gobierno, no puede existir como nación independiente, porque no es más el gobierno que el ejercicio de su soberanía por sí mismo. No poder costear su gobierno, es exactamente no tener medios de ejercer su soberanía; es decir, no poder ser independiente, no poder ser libre"⁽⁶³⁾.

La práctica interpretativa en nuestra tradición jurídica también ha reflejado el vínculo existente entre rentas, gastos y gobierno. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado en numerosos precedentes que el cumplimiento de las funciones del Estado, que es deber suyo atender, origina gastos y de ahí la importancia de la renta pública para la existencia de la Nación.

En este orden de ideas, ha sostenido el Tribunal que uno de los peores males que el país soporta es el gravísimo perjuicio social causado por la ilegítima afectación del régimen de los ingresos públicos, pues la percepción de las rentas del Tesoro es condición indispensable para el regular funcionamiento del Estado.

Complementando la idea, la Corte entendió que, por el motivo antes señalado, todos los poderes públicos han de colaborar, dentro de la órbita de sus competencias, a fin de garantizar el buen funcionamiento de los procedimientos tendientes a dotar al Tesoro Nacional de los recursos necesarios para que el Estado pueda cumplir adecuadamente con las funciones que, constitucionalmente, les han sido asignadas⁽⁶⁴⁾.

III. LA ACTIVIDAD FINANCIERA PÚBLICA: EL PROCESO INGRESO-GASTO PÚBLICO

La relación dialéctica entablada entre los recursos y los gastos públicos es el núcleo o eje de las finanzas del Estado y recibe el nombre de actividad financiera pública.

La actividad financiera es un proceso que permite al Estado procurarse recursos económicos, gastarlos y, así, cumplir con sus objetivos. Implica la puesta en marcha de un conjunto de acciones destinadas a la obtención de recursos y su aplicación o inversión ulterior para efectivizar los fines de la organización política de la comunidad. Esta es la definición clásica de la actividad financiera estatal.

La breve descripción de la dinámica financiera que acabo de hacer permite advertir que se trata de un fenómeno complejo, ya que se encuentra conformado por dos ámbitos de existencia diferenciados pero íntimamente conectados: recursos públicos, por un lado, y gastos públicos, por el otro. Tal vez sea importante aclarar en este punto que si bien es cierto que a través de la acción financiera se producen consecuencias de orden económico —de cuyo estudio se encarga la economía del sector público—, lo que resulta relevante aquí son las manifestaciones jurídicas de los ingresos y gastos públicos. En especial, aquellos aspectos de este particular fenómeno que aparecen en el texto constitucional.

Son principalmente dos los atributos que caracterizan a la actividad financiera pública: uno de tipo subjetivo y otro objetivo. Con relación al primero de los rasgos indicados, puede afirmarse que, por vía de principio, la actividad financiera es siempre realizada por el Estado.

No obstante el aporte de la faz subjetiva, el verdadero elemento que define e identifica la esencia de la actividad financiera es el aspecto objetivo: su función instrumental o medial. Implícitamente ya ha quedado establecido que la acción financiera no es un fin en sí mismo, sino que se encuentra dirigida a lograr un objetivo determinado; es decir, se trata de un elemento instrumental o un medio para conseguir un fin. Ese objetivo es permitir que, mediante la realización de los fenómenos de gastos y recursos, las medidas adoptadas por la comunidad política puedan llevarse a cabo en el plano de la realidad. Dicho de otra forma, la finalidad de estas operaciones y acciones financieras es lograr que adquieran virtualidad las decisiones que adopte la autoridad colectiva. Precisamente en este punto es que se observa la importancia de la dimensión fiscal dentro de nuestras organizaciones políticas democráticas, ya que el compromiso con el ideal del autogobierno colectivo requiere preocuparse por el andamiaje económico-financiero en el cual va a funcionar.

Entonces, si se avanza un poco más, a partir de la nota instrumental se evidencia una inconfundible y estrecha vinculación entre los dos componentes del fenómeno financiero: ingreso y gasto. Así, la obtención de recursos no puede ser explicada por sí misma, sino que adquiere sentido cuando esos ingresos son aplicados a los gastos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la organización política⁽⁶⁵⁾.

Por esta razón, y más allá de la composición compleja de la actividad financiera, la función ingreso-gasto público, que constituye el objeto de aquella, es un fenómeno unitario, pues, en definitiva, tanto las decisiones y acciones sobre ingresos como las referidas a los gastos, que son actividades instrumentales o de medios, responden a un mismo fin. En suma, todos los dispositivos financieros, sean recaudatorios o erogatorios, se encuentran amalgamados por la unidad de fin, el que es compartido por todos ellos.

Dino Jarach afirmó, en este sentido, que la actividad financiera no era una simple suma de actividades aisladas sino un proceso en el cual ambas instancias se encuentran íntimamente vinculadas. Por eso, entendía que no resultaba posible establecer una sucesión

lógica ni cronológica respecto de los elementos que conforman el fenómeno financiero⁽⁶⁶⁾.

En una similar línea de pensamiento, Corti sostiene que el examen jurídico de los institutos recaudatorios y erogatorios demuestra que ellos no son autónomos o independientes, debido a que existe un entramado de regulaciones que los conecta entre sí. De allí que el estudio de cualquiera de dichas instituciones supone, además de una visión global, una continua remisión al régimen jurídico de las otras. Es entonces sobre la base conceptual de la unidad del fenómeno financiero que cabe referirse a las diversas técnicas mediante las cuales se obtiene y dispone de la renta pública⁽⁶⁷⁾.

Como consecuencia de la visión compleja, pero unitaria, del fenómeno fiscal, dentro de él pueden encontrarse una gran variedad de institutos diferentes (i.e., tributos, presupuesto, crédito público, moneda, etc.) aunque conectados entre sí por cumplir una función destinada al logro de la misma finalidad.

IV. LA CONSTITUCIÓN FINANCIERA

4.1. La construcción de una definición

4.1.1. El planteo del problema

Me voy a ocupar en este apartado de uno de los aspectos centrales del derecho de las finanzas estatales: la constitución financiera.

En una primera y sencilla aproximación, puede definirse a la constitución financiera como el segmento de la constitución que se refiere, valga la repetición, a la actividad financiera pública.

Para comenzar el estudio de sus principales aspectos teóricos, no sería extraño preguntarse cuál es la función de la constitución financiera y cómo se la justifica dentro del contexto de los gobiernos democráticos. Y para responder esta pregunta no queda más que recurrir a la teoría de la constitución, ya que, después de todo, como se dijo más arriba, lo financiero es una porción de ese todo al que se llama constitución.

Aunque pueda parecer extraño, uno de los principales problemas teóricos con los que se encuentra el constitucionalismo aparece cuando se lo pone frente al ideal democrático. Al relacionarse estos dos ideales se genera una tensión que es denominada por Holmes como la "paradoja de la democracia constitucional"⁽⁶⁸⁾.

Como señalaba Nino⁽⁶⁹⁾, las tensiones entre democracia y constitucionalismo se producen cuando la expansión de la primera conduce a un debilitamiento del segundo o, por el contrario, el

fortalecimiento del ideal constitucional se erige en un freno para el autogobierno colectivo.

La democracia implica el autogobierno del pueblo, el cual se ejerce, dado el tamaño de la comunidad, mediante representantes. Asimismo, y teniendo en cuenta la circunstancia antes mencionada, en las comunidades autogobernadas, las decisiones se toman a través de la regla de la mayoría⁽⁷⁰⁾.

Por otro lado, la constitución se relaciona con la idea de límite; un límite a las decisiones democráticas —o, si se quiere, a la voluntad mayoritaria— a los fines de evitar excesos y abusos. Así, la constitución tiene por función básica apartar ciertas decisiones del proceso democrático. De allí que se hable del carácter contramayoritario o "antidemocrático" del constitucionalismo⁽⁷¹⁾.

De lo brevemente expuesto en los párrafos previos, se desprende que el conflicto entre estos dos ideales se produce porque apelan, como destaca Gargarella⁽⁷²⁾, a principios opuestos. Mientras la democracia sigue un principio que, a primera vista, no reconoce límites y según el cual no existe autoridad por encima de la voluntad colectiva, el constitucionalismo se vincula con límites infranqueables, con capacidad suficiente para resistir la presión de los grupos mayoritarios.

Más allá de las posibles tensiones, la idea del constitucionalismo es valorada por las comunidades actuales. Una de las justificaciones más interesantes, destinada a defender la existencia de una constitución como norma con vocación de supremacía dentro de una sociedad democrática, ve en ella una autolimitación capacitadora que vigoriza y asegura el autogobierno colectivo.

Quienes justifican a la constitución mediante este argumento, sostienen que sus reglas son capacitadoras y no incapacitadoras; es decir, las limitaciones establecidas no solamente debilitan a las mayorías, sino que pueden robustecer el procedimiento democrático. Así apreciada, la constitución es un mecanismo del autogobierno colectivo en donde se fijan los procedimientos o "reglas del juego" para la toma de decisiones democráticas⁽⁷³⁾, a la vez que, con la ayuda de ella, se aseguraría el funcionamiento del sistema democrático.

De acuerdo con lo dicho hasta aquí, la democracia constitucional remite a la idea de gobierno limitado. Desde esta óptica, la constitución contiene las precondiciones básicas que permiten el libre juego democrático estableciendo determinados límites.

A los efectos de determinar cómo opera ese límite, Saba⁽⁷⁴⁾ recurre a dos categorías, una negativa y otra positiva. Así, entiende que las decisiones constitucionales que limitan la voluntad democrática del

pueblo no solo alcanzan a las decisiones de lo que el Estado no debe hacer; esto es, un límite negativo. Por el contrario, la idea de límite constitucional puede ser vista, también, desde un punto de vista positivo y referirse a lo que el Estado debe hacer en ciertos casos.

Si se reconstruye todo lo expuesto hasta este punto, se puede advertir que la constitución limita al gobierno, simultáneamente, de un modo negativo y positivo. Así, en algunos casos establece que hay decisiones que no son disponibles para la autoridad colectiva — y que por lo tanto no podrán ser puestas en práctica—; mientras que, en otros, señala y prevé qué es lo que necesariamente debe hacerse. Estas limitaciones, en líneas generales, se edifican a partir del establecimiento de un sistema de derechos individuales y de un esquema de frenos y contrapesos (*i.e.*, división de poderes)⁽⁷⁵⁾.

A modo de conclusión, y desde una perspectiva un tanto más específica, puede afirmarse que la constitución financiera, como componente del sistema constitucional general, se erige como un límite al accionar del gobierno con relación a un ámbito específico de actuación. Es dable recordar que este límite es tanto negativo como positivo, de manera que la constitución financiera, al regular dicha actividad, va a delimitar, precisamente, qué es lo que el gobierno — a cargo de los representantes del pueblo, quienes adoptan las decisiones colectivas por la regla de la mayoría— no puede hacer o disponer y, en paralelo, lo que necesariamente debe realizar a través de sus acciones fiscales. Además, esos límites se van a ver reflejados tanto en el conglomerado de derechos protegidos por la constitución, como en la arquitectura del sistema de frenos y contrapesos institucionales.

Esta lectura, lejos de erosionarlo, robustece el sistema democrático, pues no solo permite que las decisiones adoptadas colectivamente, mediante la adquisición de recursos económicos y su gasto, se puedan efectivizar en el plano de lo concreto, sino que también promueve la difusión de ciertas condiciones de igualdad para todos los individuos, los que, en definitiva, participan, de alguna u otra forma, en el proceso.

Giuseppe Abbamonte, si bien participaba de la idea de constitución como límite negativo y positivo, prefería hablar de las funciones del constitucionalismo como de límite (para referirse al aspecto negativo) y como de orientación (aspecto positivo), por considerarlas categorías "más comprensivas"⁽⁷⁶⁾.

Respecto de la función limitadora, expresaba el jurista italiano que ella se vinculaba con los aspectos del sistema de frenos y contrapesos; principalmente, a través de las normas de

procedimientos para la toma de decisiones públicas y las de distribución de competencias entre los distintos poderes estatales.

Del lado de la función orientadora, Abbamonte sostenía que lo que se destacaba era el compromiso con la idea de la igualdad, "en el sentido no solo de tratar a todos igualmente sino también de eliminar todas las desigualdades de hecho que impidan la plena participación de todos (...) en la vida política, económica y social del país"⁽⁷⁷⁾.

El ideal igualitario, entonces, constituye, en esta visión, un compromiso fundamental tanto desde el punto de vista de la deliberación para la adopción de las decisiones financieras, como desde la perspectiva de su aplicación y puesta en práctica.

4.2. El funcionamiento de la constitución financiera

Acabo de intentar una definición de constitución financiera y de mencionar un posible y apriorístico argumento para tratar de explicar su justificación dentro de la vida política de las comunidades. Según esta construcción, y ya reconocida la importancia de la puesta en práctica del fenómeno financiero como modo de permitir la existencia de la comunidad política organizada, la constitución financiera, parte integrante de la constitución política en general, importa un precompromiso que aporta limitaciones negativas y positivas a las decisiones financieras que se toman colectivamente. De esta forma, la constitución financiera fija las reglas básicas para la deliberación y la toma de decisiones con relación a los recursos y gastos públicos.

Más allá de los contornos delimitados por la constitución, el ámbito para la deliberación democrática en cuanto a la actividad financiera es amplio y deja un vasto campo de libertad de acción en la discusión acerca de cómo orientar las acciones fiscales. En otras palabras, las decisiones sobre dicha materia quedan a cargo del gobierno colectivo y existe un ancho marco de debate para su adopción, aun cuando existan determinadas cuestiones que quedan fuera del ámbito de decisión mayoritario; o bien, en algunos casos, cuando previamente esté indicada en la constitución cierta orientación que deba seguirse en la acción financiera.

Esta concepción que estoy intentando defender con respecto al modo en que funciona el mecanismo de la constitución financiera, conduce a rechazar la idea elaborada por dogmática de la hacienda pública sobre el denominado "programa constitucional fiscal", noción que viene a contradecir el ideal de deliberación democrática.

En efecto, según la tesis del "programa constitucional financiero", la constitución representa un conjunto de principios, valores y objetivos donde se encuentra predeterminado un plan financiero rígido al que quedan sometidos los representantes del pueblo y del

cual no podrían apartarse sino, solamente, ponerlo en marcha. Esta concepción que restringe la deliberación democrática en el ámbito financiero no resulta compatible con la idea de constitución financiera que vengo defendiendo, pues, como ya mencioné, las acciones fiscales son adoptadas colectivamente dentro de los límites impuestos por el compromiso constitucional.

Realizada ya esta primera consideración referida al funcionamiento de la constitución financiera, no puede pasarse por alto que la visión más difundida por la dogmática propicia que la constitución fiscal estructura las bases del poder financiero y establece sus regulaciones fundamentales⁽⁷⁸⁾. Según esta tradición, la potestad financiera se concibe como la capacidad para regular el ingreso y el gasto público, facultad que se concreta mediante la titularidad y ejercicio de prerrogativas para establecer institutos recaudatorios y disponer su gasto a través del presupuesto. Dicho de un modo más simple, la potestad fiscal se identifica con las facultades normativas o legislativas para disponer la recaudación y el expendio de la renta pública.

No resultaría ilógico preguntarse por qué se insiste tanto en edificar una tesis de las finanzas estatales sobre la base de la idea del "poder financiero"; más aún si se tiene en cuenta que cuando el Estado ejerce sus competencias normativas, por ejemplo, en el ámbito del derecho civil, no se designa a esa acción como "poder civil".

Juan Martín Queralt, en referencia a esta cuestión, ha señalado que para este interrogante resulta difícil hallar una explicación razonable. Sin embargo, sugiere que, probablemente, ello se deba a un lastre histórico que pesa sobre la materia financiera, fundado, principalmente, en tradiciones vinculadas con el absolutismo monárquico⁽⁷⁹⁾.

Así las cosas, parece necesario poner en crisis el rol de la noción de "poder financiero", pues se presenta como una rémora de corte autoritaria en las instituciones fiscales (incondicionado, irresistible, y al margen de la ciudadanía) que colisiona con el ideal de constitución financiera que fue descripto previamente.

Precisamente, la concepción de la constitución financiera se originó en un intento de superar las visiones autoritarias de la actividad fiscal, difundidas, sobre todo, por la escuela alemana del derecho público. Con la constitucionalización del fenómeno financiero, se remarcó que su ejercicio se encuentra dentro de los límites establecidos por la constitución⁽⁸⁰⁾.

Resulta conveniente, entonces, reemplazar las referencias autoritarias, como las de "poder" y "programa" fiscal, por elementos

que permitan explicar el funcionamiento de los fenómenos sobre recursos y gastos dentro de la constitución financiera, la cual deja en manos de la deliberación democrática la puesta en marcha de la actividad fiscal, aun cuando fija ciertos límites.

Por último, cabe destacar que el fenómeno financiero actúa, y es ejercido concretamente mediante una atribución específica de competencias. De este modo, las competencias financieras atribuidas a los distintos poderes estatales determinan cómo se desarrollarán las acciones relativas a gastos e ingresos de la comunidad política. Por ejemplo, en una comunidad democrática y republicana, el Poder Legislativo, como órgano donde se manifiesta la voluntad popular por medio de los representantes, es el que decide qué ingresos recaudar —mandato que concretará la administración pública— y cómo gastar los medios económicos disponibles —autorizando a la rama ejecutiva para ello (presupuesto)—. A su vez, el Poder Ejecutivo ejercerá sus competencias a través de sus facultades reglamentarias con el objeto de complementar las decisiones normativas fiscales; o bien, para poner en marcha las atribuciones vinculadas con la hacienda pública que son directamente encomendadas por la Constitución.

4.3. La constitución financiera argentina

Recapitulando un poco lo expuesto hasta aquí, la constitución financiera establece límites a las decisiones colectivas sobre recursos y gastos, sea delimitando algunos objetivos que deben cumplirse mediante el fenómeno financiero, estableciendo los mecanismos que pueden emplearse para el desarrollo de la actividad financiera o determinando cuáles son las competencias concretas de cada poder del Estado y cómo deben ponerlas en práctica.

Asumido ya que el sistema financiero es un aspecto importante de toda constitución; desde la perspectiva de la ingeniería constitucional, su andamiaje puede establecerse de dos maneras diferentes: en forma orgánica, como un capítulo especial del texto constitucional, o de una manera dispersa; es decir, incluir las previsiones financieras inorgánicamente a través de todo el texto de la constitución.

La constitución financiera argentina no ha sido plasmada en forma orgánica, sino que, por el contrario, se encuentra dispersa por todo el articulado del texto constitucional. Ello no obstante, la visión sistémica que sobre ella se expande no se ve afectada, dado que sigue respondiendo a un conjunto interrelacionado de elementos diversos que se encuentran organizados en miras a la realización de

un único fin. Formulada esta aclaración, es posible iniciar el recorrido por nuestro sistema financiero constitucional.

El punto de partida se encuentra en el art. 1º, el cual, por un lado, declara que la Argentina adopta un régimen republicano de gobierno y, por otro, establece al federalismo como forma de Estado —aquí debe agregarse a los arts. 5º, 121/123, 126 y 129, CN—. Si bien esta cláusula carece *per se* de contenido financiero, las consecuencias que se proyectan respecto de dicha materia son ineludibles. En efecto, la idea republicana va a influir en la distribución de competencias financieras dentro del esquema de división de los poderes. De su lado, el federalismo político alumbrará relaciones financieras entre los distintos centros de poder político, los cuales compartirán competencias en cuanto a las fuentes de ingresos a las que acceden y los gastos que van a tener que afrontar (relaciones fiscales intergubernamentales).

El siguiente componente se refiere explícitamente a uno de los dos capítulos fundamentales de la actividad financiera: los recursos públicos. Me refiero al art. 4º que aquí se comenta. Esta norma reviste gran importancia, ya que en ella se enumeran los recursos integrantes del Tesoro Nacional, sin perjuicio de la referencia implícita al fenómeno del gasto público.

Por su parte, los arts. 9º a 12 —inclúyase también a los arts. 4º y 75, inc. 1º, CN— regulan el régimen aduanero nacional y consagran la prohibición de establecer aduanas interiores, a la vez que garantizan el libre tránsito de personas y mercancías por el territorio del país. Según este conjunto de artículos, la única aduana es nacional y exterior. Como consecuencia de ello, el establecimiento de las tarifas, esto es, los tributos aduaneros o derechos de importación y exportación, es una facultad exclusiva del Congreso de la Nación.

El art. 16, a su turno, fija a la igualdad como base de los impuestos y las cargas públicas, mientras que el 17 tutela el derecho de propiedad de los habitantes en sus relaciones entre sí y frente al Estado. Específicamente, en el ámbito financiero, el art. 17 erige al Congreso como único poder constituido capacitado para crear tributos, consagrando, junto con los arts. 4º, 52, 75, inc. 2º, y 99, inc. 3º —que prohíbe que el presidente emita decretos de necesidad y urgencia vinculados con la materia tributaria—, el principio de reserva de ley en el campo tributario.

Ahora bien, uno de los artículos clave en materia financiera es el 75, por cuanto en él se prevén todas las facultades que dispone el Congreso para activar el fenómeno financiero. El inc. 1º, como ya se dijo, le confiere la potestad exclusiva sobre los recursos aduaneros.

El 2º, distribuye las facultades tributarias entre la Nación y las provincias y, al mismo tiempo, regula el régimen de coparticipación de impuestos a fin de armonizar las facultades concurrentes entre ambos órdenes de gobierno. Dicho régimen se complementa con el inc. 3º, que se refiere a la posibilidad de establecer la afectación específica de los recursos coparticipables.

Luego, se otorgan las facultades para contraer empréstitos (inc. 4º) y arreglar el pago de la deuda pública (inc. 7º), disponer de las tierras fiscales (inc. 5º), establecer un banco nacional con potestad de emitir moneda (inc. 6º), hacer sellar moneda y establecer su valor (inc. 11), acordar subsidios a las provincias que no puedan afrontar sus gastos corrientes (inc. 9º), reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar puertos y crear o suprimir aduanas (inc. 10), arreglar y establecer los correos generales de la Nación (inc. 14), reglar el comercio interprovincial y con naciones extranjeras (inc. 13) y otorgar beneficios tributarios bajo determinadas condiciones (inc. 18)⁽⁸¹⁾.

Mención aparte merece el inc. 8º, el cual obliga al Poder Legislativo a fijar anualmente el presupuesto de gastos y recursos del país.

Como complemento de esta última facultad-deber en materia presupuestaria, el art. 100, inc. 6º, dispone que el jefe de gabinete (órgano en la órbita del Poder Ejecutivo) es el encargado de remitir al Congreso el proyecto de presupuesto público. En paralelo, el art. 100, inc. 7º, establece en cabeza del jefe de gabinete de ministros la competencia-deber de hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto.

Así se encuentra establecido, esencialmente, el sistema constitucional de la actividad financiera, más allá de la posibilidad de establecer otras relaciones (*i.e.*, las que surgirían a partir del inc. 12 del art. 75 que, en el campo tributario, limitan a las provincias en el ejercicio de sus competencias⁽⁸²⁾).

V. EL GASTO PÚBLICO

Antes de iniciar el estudio particularizado de los distintos recursos que se encuentran enumerados en el artículo constitucional en comentario, es necesario ocuparse previamente del gasto público, el otro gran capítulo que conforma a la actividad financiera y que también es mencionado por el art. 4º.

La necesidad de construir una teoría del gasto público estatal desde un punto de vista jurídico ha ido ganando terreno en los últimos años. Esta tarea no es sencilla puesto que al gasto, a diferencia de

los ingresos, se lo suele considerar un componente del fenómeno financiero exclusivo de la economía y ajeno al derecho.

Mientras evolucionaba el derecho tributario, el gasto público casi no era considerado por quienes se dedicaban al estudio del derecho de la hacienda pública. Esta asimetría entre los recursos y los gastos se ha acortado mínimamente gracias a la cada vez mayor importancia que fue adquiriendo el presupuesto público como instituto financiero en el plano jurídico. Sin embargo, y pese a la vinculación existente, esto no resulta suficiente para una integral comprensión del fenómeno erogatorio.

Este momento parece bueno para efectuar una aclaración, dado que la mayoría de la doctrina fiscalista suele identificar al presupuesto con las erogaciones públicas, asimilando el derecho presupuestario con el derecho del gasto público. El componente erogatorio de la actividad financiera es mucho más amplio que el presupuesto. Este último dispositivo, como se verá en el comentario al inc. 8º del art. 75 del texto constitucional, es un fenómeno financiero en el que se puede observar su unidad, atento que allí se reúnen los dos capítulos de la actividad financiera. El presupuesto es un vehículo que permite concretamente poner en marcha esa actividad y abarca tanto a los recursos —que se estiman en el documento presupuestario— como la autorización parlamentaria para su empleo, mas no es el gasto público en sí mismo.

Por consiguiente, circunscribir o limitar el examen del aspecto erogatorio al estudio del presupuesto sería un error, pues el gasto se encuentra sometido a principios propios distintos de los que rigen en el derecho presupuestario. Es que el presupuesto público es un mecanismo o dispositivo específico que permite concretar el gasto.

En conclusión, el gasto público merece ser abordado de manera separada del presupuesto del Estado, ya que sería desacertado confundirlos e identificar uno con otro. Las decisiones que, en última instancia, se tomen en cuestiones de erogaciones públicas, se verán reflejadas en el presupuesto.

5.1. Algunas nociones elementales

El gasto es un elemento específico dentro de la dinámica del fenómeno financiero, caracterizado por el empleo o utilización de los ingresos que hubiera captado el Estado. La finalidad de la inversión de los recursos públicos, dada la unidad de la actividad financiera, se identifica, entonces, con los fines de ella. Como se dijo ya, tanto las acciones relativas a los ingresos como las relacionadas con los gastos están dirigidas al cumplimiento de los objetivos de la actividad financiera.

Una sencilla definición del gasto público indica que se refiere a toda salida monetaria de la tesorería estatal. Pero esta noción es muy incompleta y requiere de varias consideraciones adicionales. Dentro de las precisiones a realizar, en primer lugar, es dable destacar la estrecha conexión que existe entre el gasto y los ingresos públicos; ya que cuando el Estado gasta está empleando un recurso obtenido con la misma finalidad. Aquí se observa la unidad del funcionamiento del proceso financiero. En esta línea, Raneletti⁽⁸³⁾ denominaba gasto público al "uso que el Estado y otros entes públicos hacen de la riqueza, obtenida de muy diversas fuentes de ingresos".

En segundo lugar, la erogación pública es, a su vez, generalmente monetaria; es decir, se traduce en la entrega por parte del Estado de una suma de dinero. Empero, no siempre esto es así. En determinadas situaciones, el gasto público no está representado por una salida de dinero de las arcas estatales, sino que tiene lugar en virtud de una renuncia o abstención por parte del Estado de obtener un recurso económico.

El caso típico de este supuesto es el del llamado "gasto tributario", representado por los distintos beneficios fiscales que se otorgan a los contribuyentes (exenciones, desgravaciones parciales, reintegros, reducciones de alícuotas, etc.). Estas franquicias tributarias importan una privación de renta pública (disminución de la recaudación) que es asumida por el Estado con el objeto de lograr la realización de un beneficio colectivo.

En tercer lugar, el gasto público es, por vía de principio, todo aquel que realiza el Estado. Sin embargo, también respecto de esta regla general se verifican algunas excepciones. Una de ellas se presentaría en el caso de que el Estado delegara un cometido gubernamental en un ente público no estatal o en uno privado y que, para financiar el cumplimiento de ese fin colectivo le delegue, en forma simultánea, la facultad para recaudar un recurso determinado. De aquí pueden extraerse dos conclusiones: hay gasto público aun cuando este no es efectuado por un organismo estatal y, asimismo, este empleo de dinero sigue siendo erogación pública aun cuando el recurso no hubiese ingresado en la caja estatal.

Al mismo tiempo, pueden ser calificados como públicos aquellos gastos efectuados por empresas públicas o entes de conformación mixta (público-privada), en tanto tengan su origen en un recurso público.

Y finalmente, en una democracia constitucional que adopta un régimen republicano, el gasto público requiere de la participación previa del Poder Legislativo que, tras debatir la inversión de lo recaudado, autorice su empleo para el logro de los fines del gobierno.

Esta operación se realiza por medio de la ley de presupuesto (en nuestro sistema, ello se puede observar en el art. 75, inc. 8º, CN).

Ponderados estos caracteres, puede decirse que el gasto público es todo empleo o utilización de los recursos que integran el tesoro — generalmente dinero (o bien, la renuncia a obtenerlo)—, realizado por el Estado, previa aprobación del Poder Legislativo, con la finalidad de permitir el cumplimiento de los objetivos de la comunidad —definidos por la autoridad colectiva—, dentro de los límites impuestos por la constitución. Volveré sobre el tema de los límites más adelante.

Por otro lado, cabe señalar que la dogmática financiera se ha ocupado de elaborar infinitos criterios clasificatorios del gasto público que no vale la pena reproducir aquí. Ello no obstante, mencionar algunas categorías podría ayudar a comprender qué tan variada es la gama de erogaciones que se efectúan.

No pocas veces el gasto público parece vincularse únicamente con el empleo de recursos que realizan los gobiernos para cumplir con el programa de derechos individuales de los ciudadanos. Si bien esto es un importante aspecto del gasto, lo cierto es que no es el único. El Estado ejecuta a diario un sinnúmero de gastos tendientes a solventar los costos de su funcionamiento.

Así, se habla de gastos operativos o de consumo, los cuales abarcan el empleo de recursos para la obtención de determinados bienes y servicios necesarios para el funcionamiento de su andamiaje institucional (*i.e.*, salarios del personal). Junto con estos, también se encuentran los llamados gastos de inversión o de capital, pues están destinados a la adquisición de activos que aumenten el patrimonio estatal.

Por último, cabe mencionar a los gastos de transferencia, de gran incidencia en los presupuestos actuales, que son aquellos con los que generalmente se asocia la noción de gasto público. Este tipo de erogaciones son conocidas, también, como subsidios. Implican transferencias de recursos públicos a determinados sectores sin que el Estado reciba por ellas una contraprestación. A través de estos gastos, los gobiernos cumplen con determinados objetivos en cuanto al sistema de derechos, por ejemplo: prestando asistencia alimentaria o habitacional a algunas personas, financiando la adquisición de medicamentos o tratamientos médicos, etcétera.

VI. LOS FINES DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA

Vale reiterar aquí, una vez más, que se concibe a la actividad financiera como un medio instrumental que sirve para poner en marcha la autoridad colectiva. En esta línea argumental se sostuvo que los dos grandes componentes o vertientes de la actividad fiscal,

esto es, ingresos y gastos públicos, se encuentran entrelazados, dado que ambos persiguen los mismos objetivos.

Bajo esta premisa, intentaré delinear cuáles son los objetivos o fines de las acciones fiscales estatales, finalidades que serán compartidas, en consecuencia, sus dos componentes: gastos e ingresos públicos. En pocas palabras, la finalidad de la actividad financiera es la que en definitiva perseguirán las instituciones recaudatorias y erogatorias.

Pues bien, un sencillo punto de partida lleva a identificar como el gran objetivo de la actividad financiera el de permitir el ejercicio de la autoridad colectiva, aproximación que es, cuanto menos, insuficiente. Es necesario, si se quiere avanzar un poco más, indagar una cuestión mucho más amplia, la cual se conecta con la noción de justicia que se tenga dentro de la comunidad.

En este contexto, la pregunta acerca de la finalidad de las acciones financieras encontrará respuesta en la teoría de la justicia que una determinada sociedad asuma. De este modo, los fines de la actividad financiera, y mediante ella la del gasto público, dependerán de la teoría de la justicia que prime dentro de la comunidad política de que se trate. Es también a través de la visión de la justicia que se adopte que se interpretará la constitución; es decir, los límites positivos y negativos que tiene el Estado en el ejercicio concreto del fenómeno financiero.

Así, por ejemplo, una teoría de la justicia libertaria⁽⁸⁴⁾, con una concepción limitada del rol y funcionamiento del Estado, implicaría una visión restrictiva de la actividad financiera y un muy acotado gasto público. Desde otro lado, si en la comunidad se impusiera una concepción igualitaria de la justicia, los alcances de la actividad financiera serían más amplios y el gasto público tendría una mayor dimensión e importancia para el logro de políticas redistributivas de recursos.

Si la actividad financiera es un medio para hacer posible el cumplimiento de los fines comunes de la sociedad, la magnitud de las acciones fiscales (gasto público y recaudación) dependerá de la concepción que se tenga del Estado. Mientras más funciones tenga este a su cargo, las necesidades recaudatorias aumentarán, pues el gasto público será mayor.

Es casi imposible abordar el tema de la teoría de la justicia dentro de los límites de este comentario, sin embargo, pueden señalarse algunos rudimentos. La tesis que aquí defiende propicia una visión fundamentalmente igualitaria de la actividad financiera, cuyo último fin se halla vinculado con el logro del ideal igualitario dentro de la sociedad. Así considerado, el fenómeno financiero se encuentra

dirigido no solamente a obtener medios de financiamiento del gobierno y sus decisiones sino también a lograr redistribuir la riqueza de modo de eliminar las desigualdades existentes para conseguir una comunidad más justa.

La actividad financiera, junto con la constitución financiera, presentan, entonces, un compromiso con el ideal igualitario. De esta forma, su objetivo puede estar representado por establecer una verdadera "democracia de propietarios".

La noción de "democracia de propietarios" ha sido construida a partir de Rawls, quien apoyó su teoría igualitaria de la justicia en dos principios liminares: el de la diferencia y el de la igual libertad⁽⁸⁵⁾.

Este modelo de sociedad justa se asienta en la necesidad de asegurar dos cuestiones elementales⁽⁸⁶⁾: (i) igualdad de libertades y oportunidades: de participación política, libertad de expresión, de reunión de circulación, libre acceso a los cargos según los méritos de cada uno, acceso a oportunidades educativas y de salud para que cada individuo desarrolle sus capacidades, etc.; y (ii) la igualdad de recursos económicos. No obstante este principio, en este esquema se aceptan desigualdades de recursos —es decir, que ciertos individuos concentren mayores riquezas— siempre y cuando esa desigualdad de recursos termine beneficiando a los grupos más desaventajados en la distribución original⁽⁸⁷⁾.

Bajo este prisma, y a partir de lo expuesto, puede concluirse que son esencialmente tres las razones fundamentales que justifican el ejercicio de la actividad financiera pública, las cuales se encuentran enlazadas unas con otras. La primera ya fue de algún modo mencionada cuando se hizo referencia a la necesidad de los recursos económicos para sostener la estructura estatal. Como se ha dicho alguna vez, "todo acto de gobierno se traduce o refleja, en definitiva, en una decisión financiera, por cuanto representa un gasto"⁽⁸⁸⁾.

En segundo lugar, resulta de gran importancia que el Estado despliegue las acciones financieras a los efectos de cumplir con el catálogo de derechos fundamentales que titularizan los ciudadanos y, de esta manera, propender a la igualdad de oportunidades de todos los individuos. Cabe indicar, en este sentido, que la satisfacción de los derechos fundamentales de los ciudadanos es una actividad costosa —pues su concreción demanda el empleo de dinero— y, por ello, dependen de los gobiernos. En consecuencia, es imposible protegerlos o exigirlos sin que el Estado cuente con fondos públicos.

Es dable aclarar que dentro de la categoría de derechos fundamentales se incluye un catálogo de lo más diverso y amplio; integrado, entre otros, por los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Es decir, derechos que pueden ser apreciados

tanto en un sentido negativo —generalmente identificados con límites negativos al Estado o, lo que es lo mismo, como de no interferencia en la esfera de los individuos—, como en un sentido positivo, esto es, derechos prestacionales, que requieren de una activa acción de los gobiernos para su satisfacción.

Precisamente, lo que elimina la distinción entre ambas categorías de derechos es que los remedios para garantizarlos son costosos. Desde el punto de vista financiero, todos los derechos son positivos y su exigencia depende de la disponibilidad de recursos públicos por el Estado garante, ya que su cumplimiento exige el despliegue de una actividad⁽⁸⁹⁾.

Por último, siguiendo a Nino, puede incluirse dentro de los fines de la actividad financiera (en el marco de una teoría de la justicia liberal-igualitaria) la de garantizar un nivel igualitario de autonomía personal a los ciudadanos. Esta autonomía para el desarrollo se traduce en la capacidad de las personas de elegir y materializar su propio plan de vida. Los derechos fundamentales son los instrumentos que coadyuvan a la materialización de dicha capacidad. En otras palabras, la distribución de los ingresos públicos es distribución de autonomía personal, en tanto estos potencian a los miembros de la comunidad a acceder a las condiciones elementales que les permiten desarrollar sus capacidades según sus propias decisiones⁽⁹⁰⁾.

En las últimas décadas se ha hecho hincapié en la relación entre la satisfacción de los derechos y el presupuesto. Sin embargo, sería más preciso hablar de los vínculos entre los derechos y la actividad financiera, toda vez que la satisfacción de los derechos constitucionales es, en definitiva, la finalidad de toda esta última y no solamente del presupuesto. El principal problema en esta cuestión es la existencia de una serie de derechos que obligatoriamente deben ser efectivizados por el Estado y los costos que ellos representan frente a recursos que son escasos, es decir, limitados e insuficientes para afrontar la totalidad de las aspiraciones que las sociedades presentan. La satisfacción de los derechos, además, debe tender a ser progresiva e ir mejorando la situación de todos los ciudadanos, principalmente la de los grupos más vulnerables o tradicionalmente postergados.

De otro lado, el argumento de la escasez no debería ser utilizado por los gobiernos dentro de una sociedad comprometida con una teoría igualitaria de la justicia, como una excusa para no asegurar la cobertura de necesidades básicas y maximizar la posición de los más desaventajados⁽⁹¹⁾.

Esta idea fue recogida en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, al referir al alcance de derechos fundamentales,

como el de la vivienda, ha sostenido que resulta razonable afirmar un principio que

"manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, *A Theory of Justice*, 1971, Harvard College). Estos principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas. En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos"⁽⁹²⁾.

De esta manera, la distribución de la renta pública a través del gasto no puede hacerse de cualquier forma, sino que para ello tienen que seguirse una serie de pautas que tiendan a materializar los principios de justicia (libertad e igualdad), con plena vigencia en el campo de la hacienda pública. Así, el gasto se efectuará de un modo eficiente frente a la escasez de los recursos si se emplean criterios de igualdad para definir las prioridades y poder atender las situaciones de los más necesitados.

En suma, toda asunción del Estado de una obligación consistente en un derecho implicará un consecuente deber costoso que lo materialice y, de algún modo, le dé satisfacción. Como lo señalan Holmes y Sunstein:

"el costo de los derechos no sólo plantea cuestiones de transparencia y responsabilidad democrática en el proceso de asignación de recursos: también nos lleva inesperadamente al corazón de la teoría moral, a problemas de ética distributiva y de justicia distributiva (...) El tema es importante precisamente porque llama la atención sobre la relación entre los derechos, por un lado, y la democracia, la igualdad y la justicia distributiva por el otro"⁽⁹³⁾.

En el caso argentino, no puede soslayarse que el constituyente ha obligado al Estado a distribuir los recursos públicos de manera de fomentar el desarrollo humano y el progreso con justicia social (conf. art. 75, inc. 19, CN), mediante la promoción de "(...) medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por [la] Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (...)" (art. 75, inc. 23, CN). Aparece, así, la categoría del llamado "gasto social", definido como:

"(...) aquel cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programados tanto en funcionamiento como en inversión (...)"⁽⁹⁴⁾.

De esta forma se evidencia el vínculo necesario entre el gasto público social y la satisfacción de derechos constitucionales. Su objetivo no es otro que financiar aquellos campos de la acción estatal que conforman el mínimo vital de las comunidades y que las habilitan para el ejercicio de los demás derechos. La intención constitucional con este tipo de cláusulas es otorgar primacía o prioridad a esta meta erogatoria frente a otro tipo de gasto público. En conclusión, se imponen determinadas reglas de distribución que asignan prioridad al gasto tendiente a conseguir un pleno desarrollo humano en condiciones de igualdad.

VII. LOS RECURSOS PÚBLICOS

En este apartado abordaré lo relativo a un sector determinado de la constitución financiera argentina: los recursos con los que puede contar el Estado.

Los recursos públicos pueden ser definidos, de un modo sencillo, como los medios económicos (generalmente dinerarios) con los que cuenta el Estado para aplicar a las erogaciones públicas y así cumplir con los objetivos de la actividad financiera.

Pese al uso indistinto de los vocablos "recursos" e "ingresos" públicos, desde el punto de vista financiero es posible establecer un distingo entre ambos. En efecto, según el momento en que se la aprecie, una suma determinada puede ser considerada como un recurso o como un ingreso. Así, se dirá que es un recurso desde que se devenga el derecho a percibirla (suma en potencia pero indisponible); mientras que, una vez que el dinero ingresa en la tesorería estatal, se lo considerará un ingreso (suma concreta, disponible para ser utilizada)⁽⁹⁵⁾.

La dogmática de la hacienda pública ha elaborado una gran cantidad de criterios clasificatorios de los ingresos estatales que no tiene sentido reproducir aquí. Ello no obstante, para sintetizar la cuestión y facilitar el estudio del fenómeno, cabe mencionar que existen dos grandes grupos bien diferenciados de recursos públicos: los tributarios y los no tributarios, que constituyen una categoría residual en la cual se agrupan todos aquellos recursos que no se originan en las competencias tributarias que ostenta el Estado. Entre los recursos no tributarios se incluyen, principalmente, a los que

proviene del crédito público, del patrimonio estatal y de las liberalidades de los ciudadanos hacia el Estado.

Pasaré, ahora, a examinar la conformación constitucional del tesoro argentino. Antes de ello, cabe tener presente que la enumeración realizada por el constituyente no es taxativa. Lo que la Constitución intenta es asegurar y distribuir una serie esencial de fuentes de ingresos pero en nada impide que, en el ejercicio de competencias constitucionales, se nutra con otros recursos, como serían los derivados del ejercicio estatal de actividades productivas.

7.1. Los empréstitos y las operaciones de crédito público

El constituyente ha previsto que las arcas estatales puedan llenarse mediante la utilización de su crédito y la contratación de empréstitos. Los recursos que provienen de estos dispositivos son aquellos a los que más recurren los gobiernos cuando los tributarios resultan insuficientes para afrontar sus gastos. Para una mejor comprensión de este fenómeno financiero, corresponde que me remita al estudio que se hace en los incs. 4º y 7º del art. 75 de la Constitución, en tanto estructura el andamiaje competencial para su generación.

7.2. La venta o locación de tierras de propiedad nacional

El art. 4º de la Constitución prevé que todos los recursos que se generen con motivo de la disposición de las tierras nacionales integran el Tesoro Nacional. Esta cláusula se complementa con el inc. 5º del art. 75 de la Constitución, el cual afirma que el Poder Legislativo es quien dispone "(...) del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional". A los fines de contar con una visión más completa de este recurso estatal, me remito a los comentarios al ya mencionado art. 75, inc. 5º, donde se exponen los principales aspectos involucrados en el tema.

7.3. La renta de correos

La cláusula del tesoro atribuye exclusivamente al Tesoro Nacional los fondos derivados de la organización del servicio de correos, actividad que es competencia excluyente del Congreso de la Nación, según lo establece el inc. 14 del art. 75 del texto constitucional. Para una visión más integrada del tema, me remito al comentario a dicho inciso, en donde se desarrollarán las consecuencias financieras del ejercicio de esta competencia federal.

7.4. Los tributos

7.4.1. Hacia una definición

Cuando la Constitución hace mención a "[l]as demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General (...)", se está refiriendo a los tributos. Los recursos tributarios son, en la actualidad, los más importantes dentro de aquellos con los que cuentan los Estados para hacer frente a sus presupuestos públicos. Probablemente, dado que se trata de un recurso genuino generado dentro de cada comunidad y que se recauda de manera regular⁽⁹⁶⁾.

Previo a avanzar con el estudio de los principales aspectos constitucionales del fenómeno tributario, es menester advertir que, en diversos pasajes, nuestra Constitución hace referencia, indistintamente, a los vocablos "*contribución*", "*tarifa*", "*derecho*" e "*impuesto*". Tradicionalmente ha habido consenso en cuanto a que, cuando ello sucede, el texto constitucional no alude a estos conceptos en su sentido técnico, esto es, a la caracterización conferida por la dogmática del derecho de la hacienda pública. Así, cuando la Constitución habla de contribuciones, tarifas, derechos o impuestos, en realidad se refiere al tributo, que constituye un género que acoge, dentro de su definición estructural, a diversas especies⁽⁹⁷⁾.

Dicho lo anterior, cabe señalar que la Constitución no define cuál es el concepto de tributo. Por eso, intentaré en las próximas líneas realizar una breve aproximación a su noción.

Aventurarse en el estudio de una teoría del tributo no es, precisamente, una empresa sencilla. Para empezar, puede decirse que dicho dispositivo es un instituto dotado de contenido histórico, pues no se trata de un concepto estático. Por el contrario, es un fenómeno esencialmente dinámico, que se ha manifestado en constante cambio a través de los años. El sentido de la institución tributaria ha ido mutando y se ha moldeado con el correr del tiempo. Su noción es así producto del devenir histórico.

Es importante remarcar esta nota, ya que desde tiempos remotos han existido instituciones denominadas tributos cuya esencia y contenido eran totalmente distintos e incluso opuestos de los que subyacen en su configuración actual. Esta situación demuestra que el tributo no es un concepto universal, sino que ha variado según el contexto histórico, político y cultural de cada época. Por ejemplo, en la antigüedad, el tributo era una consecuencia de la conquista, la dominación, la derrota, o bien, un sacrificio exigido como venganza, como lo recuerda el mito del Minotauro.

Actualmente, este ingreso tiene una génesis y un perfil muy distinto del que tuvo en sus orígenes, tanto que sería impensable

entenderlo en los términos antes expresados. La institución tributaria se enmarca hoy en el contexto de una democracia constitucional y se presenta como un dispositivo jurídico, más allá de los efectos que su existencia proyecte en el ámbito de la economía nacional y en la de los particulares.

Son varias las características que definen a la institución tributaria. En primer lugar, puede señalarse que ella es concebida como de carácter esencialmente pecuniario o patrimonial, dado que el establecimiento de un tributo importará, en definitiva, la entrega de una suma de dinero al Estado; aunque, en ocasiones, se admite que la carga tributaria sea cumplida en especie, mediante la entrega de un bien distinto del dinero. Es decir que las prestaciones tributarias a cargo de los particulares se van a satisfacer a través del desembolso de una suma dineraria.

Por otro lado, el tributo solamente puede ser establecido por el Estado —y, excepcionalmente, por algún otro ente público que el Estado autorice para hacerlo— en el marco de las competencias que detenta y le corresponde ejercer. Se suele decir que esa competencia es correlato del compromiso, asumido por los individuos que forman parte de la comunidad, de autofinanciar el gobierno colectivo. Este compromiso se denomina "deber de contribuir". Su fundamento se asienta en la idea según la cual, si se quieren tomar decisiones colectivas que son costosas, es razonable que quienes las toman contribuyan a darles efectividad mediante el aporte de recursos. Así, el deber de contribuir mediante el pago de tributos al sostenimiento del Estado forma parte del compromiso con el autogobierno colectivo.

En paralelo, corresponde añadir que, dentro del sistema de división de poderes, es el Poder Legislativo el único órgano habilitado constitucionalmente para crear tributos (principio de reserva de ley). Como su establecimiento es una decisión colectiva que debería adoptarse luego de un amplio procedimiento deliberativo, lo más lógico es que, dentro del esquema de organización del poder, su creación sea decidida por ley, dado que es en el Congreso donde la voluntad popular se manifiesta más enfáticamente.

Adicionalmente, ha de ponerse de resalto que el tributo es requerido unilateralmente por el Estado, es decir, independientemente de la voluntad de los individuos. La exigencia del pago de la contribución tributaria es, entonces, de carácter coactivo y los particulares no pueden optar por pagarlo o no. Una vez establecido el tributo, luego de la deliberación democrática, los ciudadanos quedan obligados a su pago y, si no lo hacen, se activan procedimientos específicos para obtener su cobro compulsivo.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en reiteradas ocasiones que las obligaciones tributarias tienen "(...) por fuente un acto unilateral del Estado —justificado por el poder tributario que la CN le otorga al Congreso—, y su cumplimiento se impone coactivamente a los particulares, cuya voluntad carece, a esos efectos, de toda eficacia" y que "(...)no existe acuerdo alguno de voluntades entre el Estado y los individuos sujetos a su jurisdicción con respecto al ejercicio del poder tributario implicado en sus relaciones (...)", pues los tributos "(...) no son obligaciones que emerjan de los contratos sino que su imposición y su fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública (...)"⁽⁹⁸⁾.

Ahora bien, antes de ingresar en el examen del armado de su estructura técnica, conviene recordar la definición clásica que suele darse sobre el tributo. En este sentido, se ha entendido que se trata de una prestación coactiva exigida unilateralmente por el Estado mediante una ley, con el objeto de obtener recursos con los que financiar los gastos públicos⁽⁹⁹⁾. Con un enfoque un poco más completo, se lo ha definido como:

"un instituto jurídico que consiste en una prestación pecuniaria exigida por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos"⁽¹⁰⁰⁾.

Esta conceptualización, si bien es más abarcadora, puede resultar algo imprecisa e incompleta, pues da lugar a que cotidianamente, y de manera indistinta, se afirme, no sin cierta confusión, que el tributo consiste en una prestación, una obligación o una suma de dinero. Hasta suele ocurrir que con dicho vocablo se designe a la norma legal que lo crea. Ante este panorama, resulta necesario formular una serie de aclaraciones indispensables para intentar comprender al fenómeno tributario.

Pues bien, en primer término cabe señalar que el tributo es un dispositivo o mecanismo recaudatorio de tipo jurídico, que el Estado puede establecer como parte del ejercicio de la actividad financiera. Se entiende que es un mecanismo recaudatorio, dado que tiene como fin inmediato generar un recurso económico. Ello sin perjuicio de señalar que, al igual que lo que ocurre con todos los dispositivos financieros, presenta un fin último que coincide, por ser parte de ella, con el de la actividad financiera.

Este singular mecanismo recaudatorio adquiere un ropaje jurídico específico: la técnica legal. Como ya se lo mencionó, y en virtud del

principio republicano de gobierno, el tributo solamente puede ser establecido por una ley. Es el Congreso quien reserva para sí, y en exclusivo, esta competencia. A su vez, la ley que lo estructura estipula un determinado presupuesto de hecho hipotético —hipótesis de incidencia tributaria o hecho imponible abstracto— que, de ocurrir en el plano de la realidad, da lugar a una consecuencia especial: el nacimiento de una obligación de pago. Es decir que el legislador describe en abstracto una serie de hechos que, si se verifican concretamente, en la vida real, en la esfera de un sujeto, se origina, respecto de este, una obligación de pago (obligación tributaria). Esto es lo que se denomina norma jurídica tributaria.

De lo expuesto se deduce que el tributo no es una obligación, sino que su existencia previa puede, eventualmente, dar lugar a ella. Tampoco el tributo es una prestación, como muchas veces es definido. Es que la prestación, en el campo del derecho de las relaciones obligacionales —categoría en la que se inscribe el tributo—, es el objeto o contenido de la obligación y consiste en la conducta que debe realizar el deudor para satisfacer el interés del acreedor. En este caso, una vez que se verifica concretamente respecto de un particular, la situación descrita hipotéticamente por la norma tributaria tiene su génesis la obligación tributaria, la cual será satisfecha mediante una prestación de dar a cargo del deudor (particulares), esto es, la entrega de una suma de dinero (pago) al titular del crédito fiscal (el fisco).

En este contexto, puede concluirse que el tributo es un dispositivo financiero-recaudatorio creado y establecido unilateralmente por el Estado, en ejercicio de una competencia constitucional, mediante una técnica jurídica específica —la ley—, a través de la cual se tipifican determinados hechos o actos jurídicos como imponibles, los que, al verificarse concretamente en el campo de lo real, hacen nacer una obligación (obligación tributaria) que se satisface con la realización de una prestación de dar, consistente en la entrega de una suma de dinero al fisco.

7.4.2. Las especies tributarias

El conjunto de tributos interrelacionados que se aplican en un país en un momento determinado conforma su sistema tributario. Las estructuras tributarias se encuentran integradas por una amplia gama de tributos de diversas especies⁽¹⁰¹⁾.

Si bien no existe un acuerdo unánime acerca de cuáles son todas las categorías de gravámenes que se admiten, lo cierto es que, al menos, se aceptan sin discusiones tres categorías tributarias: los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales.

Haber definido previamente al género simplifica la tarea de definir a estas tres especies tributarias. Sin embargo, a los fines de poder establecer los perfiles conceptuales de los distintos gravámenes será necesario contar con un elemento teórico adicional: la noción de hecho imponible abstracto, hecho generador o hipótesis de incidencia tributaria. A partir de este dispositivo se podrá distinguir y caracterizar a cada una de las clases de tributos, pues estas se diferencian entre sí por el contenido de ese hecho imponible.

Según Geraldo Ataliba⁽¹⁰²⁾, la hipótesis de incidencia tributaria (o hecho imponible abstracto) consiste en la descripción legislativa, hipotética, previa y genérica de un hecho o conjunto de circunstancias de hecho, a cuya ocurrencia concreta la ley atribuye la fuerza jurídica de determinar el nacimiento de la obligación tributaria. En pocas palabras, el hecho generador es la delimitación hipotética y abstracta de un hecho o un acto jurídico, o un conjunto de ellos, a la cual se le asigna una consecuencia jurídica determinada: un mandato de pago.

Una vez sancionada la norma jurídica tributaria, para activar el mandato de pago estipulado como consecuencia será necesario que esa conducta hipotética se concrete. Aquí aparece el concepto de hecho imponible, en tanto alude a un hecho concreto, localizado en un tiempo y espacio determinados, acontecido efectivamente en el universo fenoménico, que —por corresponder a la descripción hipotética previa— da nacimiento a la obligación tributaria de pago⁽¹⁰³⁾.

Ahora bien, el hecho imponible se estructura a partir de ciertos elementos fundamentales, todos los cuales deben estar reunidos para que se pueda tener por configurada la obligación de pago. El hecho generador, entonces, presenta los siguientes aspectos: el objetivo —que abarca a los elementos material, espacial, temporal y cuantitativo— y el subjetivo, este último vinculado con el elemento personal.

El aspecto material se refiere a la situación, circunstancia, actos o sucesos previstos en la descripción de la norma tributaria, respecto de los cuales se aplicará el tributo. Es decir, está determinado por el hecho o acto que se quiere someter a tributación (*i.e.*, obtener rentas, ser titular de un bien inmueble, etc.). El aspecto territorial está representado por el espacio geográfico en el que, según la ley, debe tener lugar el aspecto material. Por su parte, el elemento temporal se vincula con el momento en el que puede considerarse configurado el hecho imponible.

El aspecto cuantitativo, a su turno, viene dado por las indicaciones, establecidas por el legislador al hacer la descripción hipotética, que

sirven para cuantificar el monto de la obligación de pago una vez consumado el hecho imponible. Está previsto para medir la extensión de la carga tributaria y traducir el alcance del hecho generador en términos monetarios.

Finalmente, el elemento personal se refiere a los sujetos que quedan habilitados por la norma para generar la obligación de pago. Este aspecto señala a quienes son susceptibles de verificar el hecho imponible. Al mismo tiempo, en virtud de este elemento de la hipótesis de incidencia es posible determinar qué sujetos integran el vínculo jurídico obligacional tributario. Estos sujetos son el activo (acreedor) y el pasivo (deudor). El sujeto activo de la obligación tributaria es, por vía de principio, el Estado (fisco). El sujeto pasivo por excelencia es el denominado contribuyente, que es aquel quien realiza el hecho imponible. No obstante ello, junto con el contribuyente puede haber otros responsables ligados a él, a los que la norma pone a su cargo el ingreso del pago del gravamen. Según el carácter que asuma ese responsable, podrá ser sustituto, subsidiario o solidario.

Llegado este punto, me abocaré a establecer las definiciones de las especies tributarias ya mencionadas.

7.4.2.1. Impuestos

El impuesto es el tributo que se halla desvinculado, en su hipótesis de incidencia, de cualquier actividad, servicio o prestación individualizada a cargo del Estado. El aspecto material de su hecho imponible está constituido, generalmente, por un hecho o acto que expresa una manifestación de algún tipo de riqueza. La revelación de una expresión de riqueza en la esfera jurídica del contribuyente importa una manifestación de capacidad contributiva, valorada por el legislador como apta para generar una obligación de pago.

Para que exista el impuesto, entonces, no se requiere más que la realización del hecho descrito en la norma que revele la existencia de capacidad contributiva.

Desde la teoría general de la imposición se advierte la existencia de diversos tipos de impuestos, agrupados de conformidad con sus características. Sin ir más lejos, la Constitución se refiere, más allá de la terminología empleada, a impuestos directos e indirectos en el inc. 2º del art. 75, algo que será tratado en dicho contexto. Además de las categorías referenciadas, existen otros criterios clasificatorios.

Los impuestos pueden ser personales o reales. Se reputa a un impuesto como personal cuando el legislador tiene en cuenta las condiciones o circunstancias subjetivas del sujeto pasivo (*i.e.*, el impuesto a las ganancias que admite deducciones, un mínimo no

imponible conforme la situación del sujeto gravado, etc.). En cambio, será real cuando se fije independientemente de las características personales del sujeto, como sería el caso del impuesto de sellos⁽¹⁰⁴⁾.

Al mismo tiempo, el impuesto puede ser fijo, proporcional y progresivo. El de tipo *fijo* recibe su nombre porque, justamente, se establece en una suma invariable por cada hecho imponible, cualquiera que fuera el monto de la riqueza involucrada⁽¹⁰⁵⁾.

Para comprender a los impuestos proporcionales, progresivos y regresivos, tendrá que tenerse en cuenta la llamada base imponible del gravamen. La base imponible es la unidad de medida que permite transformar al hecho generador en una suma de dinero concreta. En muchas ocasiones, esta acción se lleva a cabo aplicando una alícuota o tarifa (porcentaje) con relación a la magnitud señalada como base de medida de la imposición, lo que arrojará el monto a ingresar al fisco.

Cuando la alícuota se mantiene invariable frente a las oscilaciones de la base imponible, se dice que el impuesto es *proporcional*. En consecuencia, si se produce un aumento en la base imponible (p. ej., en la renta para el impuesto a las ganancias) el monto a ingresar también aumentará pero la alícuota no sufrirá esa variación. Si ello sucediera, es decir, si a medida que aumentara la base de cálculo, la alícuota se incrementara en relación con ella, el impuesto no sería proporcional sino *progresivo*. En cambio, si ante un aumento de la materia imponible la alícuota disminuyera, el impuesto en cuestión sería de tipo *regresivo*.

7.4.2.2. Tasas

A diferencia de lo que ocurre con el impuesto, la tasa es un tributo que se halla vinculado con una concreta actuación estatal, particularizada en cada obligado al pago. Para que se configure, entonces, el Estado deberá desplegar una específica actividad con respecto al contribuyente. En la hipótesis de incidencia de la tasa se encuentra previsto cuál es el servicio o actividad que se realizará respecto del contribuyente y originará un deber de pago. La esencia de la tasa es financiar ese servicio o actividad que desarrolla el Estado. La finalidad inmediata de la tasa es financiar, total o parcialmente, los costes que provoca la realización de una determinada actividad administrativa o la de un servicio estatal que se concreta a través de prestaciones individualizables.

Así, se ha definido a esta categoría como el tributo cuyo presupuesto de hecho está constituido por la prestación de un servicio o una actividad administrativa que se refiera, afecte o beneficie, de modo particular, al obligado al pago. Por ejemplo, el

Estado podría exigir el pago de tasas por extender determinados documentos —como el pasaporte—, por la emisión de certificados, por el servicio de recolección de residuos, por la realización de inspecciones para verificar el ejercicio de una actividad comercial, por la concesión de permisos para la realización de una determinada actividad regulada, etcétera.

Además, para considerar que se está frente a este tipo de tributo, será necesario que se produzca alguna de las siguientes circunstancias: 1) que la solicitud de la actividad administrativa o la recepción de la prestación del servicio administrativo sea obligatoria para el particular, lo que ocurre cuando esas actividades o servicios no son solicitados voluntariamente por el sujeto —al resultar impuestos por disposiciones legales o reglamentarias— o porque se trata de bienes, servicios o actividades imprescindibles para la vida privada o social del solicitante; 2) que el sector público sea el único que presta el servicio o realiza la actividad. De lo dicho se desprende que

"La nota que subyace detrás de todas estas exigencias es la coactividad en la prestación del servicio o de la actividad. Coactividad que existe cuando el pago de la prestación patrimonial es anudado, legal o reglamentariamente, a la realización de una actividad administrativa o de un servicio público. Y también cuando esos bienes, servicios o actividades solicitados por el administrado y que presta la Administración, se puedan considerar imprescindibles para su vida personal o social, al no existir libertad o espontaneidad real a la hora de realizar el hecho imponible, sino que la necesidad de acudir a la actividad administrativa, fruto de la esencialidad de ese servicio o actividad, se convierte de hecho en una necesidad inexcusable"⁽¹⁰⁶⁾.

Ahora bien, según nuestra práctica jurídica, entre los caracteres que definen a la tasa, se encuentran los siguientes: (i) El servicio debe ser concretamente prestado; (ii) Su cobro es independiente de la voluntad del contribuyente de utilizarlo o no. Una vez organizado el servicio y puesto a disposición del contribuyente, nace la obligación de pago aun cuando expresamente el obligado no desee aprovecharlo; (iii) La divisibilidad del servicio prestado, es decir, es necesario que se pueda identificar a los sujetos afectados por la acción administrativa, ya que esta se debe concretar con respecto a aquellos. Un ejemplo de servicio divisible a cargo del Estado es el de la inspección por cuestiones de salubridad e higiene; (iv) La tasa no reporta necesariamente un beneficio o ventaja para el contribuyente; y (v) Es necesario que exista un vínculo o una relación entre el costo

total del servicio y la cantidad recaudada y exigida a los contribuyentes.

Nuestra Corte Suprema ha ido delineando, a través de su historia jurisprudencial, las características que deben tener las tasas para poder serles exigidas a los contribuyentes. Al respecto, ha establecido el Alto Tribunal federal que

"la tasa es una categoría tributaria (...) que si bien tiene una estructura jurídica análoga al impuesto, se diferencia de este por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado y que, por ello desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, éste no puede rehusar su pago aun cuando no haga uso de aquel, o no tenga interés en el, ya que el servicio tiene en miras el interés general (...). [A]l cobro de una tasa debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio relativo a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente. [L]a efectiva prestación de un servicio individualizado en el contribuyente es un elemento esencial para justificar la validez de la imposición de una tasa"⁽¹⁰⁷⁾.

Asimismo, la Corte se ha pronunciado con relación la cuantificación de la tasa en reiteradas oportunidades. En este sentido, ha señalado que el monto a recaudar en concepto de una tasa debe ser aproximadamente equivalente al costo del servicio prestado, sin perjuicio de reconocer que resulta imposible fijar con exactitud el costo individual. Es decir, si bien es de la naturaleza de la tasa tener relación con el costo del servicio, no ha de interpretarse esto último en el sentido de una equivalencia estricta⁽¹⁰⁸⁾. Ha dicho también el Máximo Tribunal que la presencia de una tasa admite la necesidad de que la recaudación total guarde proporcionalidad con el costo del servicio efectivamente prestado como contrapartida⁽¹⁰⁹⁾.

7.4.2.3. Contribuciones especiales

Las contribuciones especiales pueden ser definidas como los tributos que deben ser soportados por grupos determinados de personas, en virtud del beneficio que reciben por la ejecución de una obra pública o actividad estatal que solo está referida a ellos de una manera indirecta, y con la finalidad de financiar esa obra o especial actividad⁽¹¹⁰⁾.

El hecho imponible de esta categoría tributaria está constituido por la obtención, por el sujeto pasivo, de un beneficio o de un aumento en el valor de sus bienes, como consecuencia de la realización de

obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios estatales. De este modo, lo que caracteriza a la contribución especial es la presencia de un nexo de causalidad directo entre la ejecución de las obras públicas o la realización —o ampliación— de los servicios y el beneficio especialmente obtenido por los obligados al pago⁽¹¹¹⁾.

Al igual que en el caso de las tasas, la hipótesis de incidencia de la contribución se halla vinculada con una acción determinada del Estado, lo que no ocurre en el impuesto. Sin embargo, se aleja de la tasa por cuanto el hecho imponible de la contribución especial está determinado por la obra o actividad que genera el beneficio o ventaja diferencial que obtienen los obligados a satisfacerla. Ese es el motivo que da lugar a la tributación.

La contribución especial por antonomasia es la contribución de mejoras, cuya obligación de pago nace a partir del aumento de valor de un bien inmueble de titularidad del contribuyente, a causa de la realización de una obra pública por parte del Estado.

7.4.3. Los derechos de importación y exportación

Los derechos de importación y exportación no son otra cosa que tributos que inciden sobre el comercio exterior. El estudio de estos gravámenes aduaneros, de gran importancia dentro de nuestra historia y realidad financiera, es abordado en el comentario al inc. 1º del art. 75 de la Constitución, a donde me remito.

EQUIDAD, PROPORCIONALIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LA TRIBUTACIÓN

Comentario por Federico Orlando y Sheila Heimenrath

Alberdi consideraba que, en su contexto, el problema de la distribución de las riquezas no era prioritario en el terreno de la economía política, y entre las justificaciones que en 1854 esgrime en defensa del Estado liberal en lo económico, resulta particularmente iluminador el matiz que aporta el siguiente comentario: "no existiendo entre nosotros el desnivel o desproporción entre la población y las subsistencias, que en Europa hace tan objetable el orden de su

sociedad, que permite que unas clases sobrenaden en opulencia y las otras perezcan en degradante miseria"⁽¹¹²⁾.

Cabe tener presente que es hacia fines del siglo XIX y comienzos del XX que a raíz de las demandas de movimientos sociales —en los que confluían sindicatos y campesinos— exigiendo mayor equidad tributaria, se produjeron en EE.UU. una serie de reformas —entre ellas, la 16ta enmienda a la Constitución— por las cuales de un régimen regresivo de impuestos indirectos, invisibles, considerado injusto, se dio lugar a un nuevo sistema más transparente, directo y progresivo⁽¹¹³⁾, que tuvo enormes implicancias económicas, sociales y políticas, redefiniendo el sentido social de la ciudadanía en una democracia a la que cada uno debía contribuir de acuerdo con su capacidad.

El criterio de progresividad había sido defendido de manera pionera por el representante de la tradición republicana y democrática, Thomas Paine⁽¹¹⁴⁾, quien anticipó ya a fines del siglo XVIII los lineamientos del Estado de Bienestar. De acuerdo con este criterio, con especial énfasis en la solidaridad social, si bien se asume la existencia de la propiedad privada y una estructura de mercado, no se considera que constituyan en sí formas de establecer a qué recursos tienen derecho las personas, sino más bien instrumentos que requieren ser complementados con principios de justicia distributiva, canalizados centralmente a través de institutos como el impuesto, capaces de dotar de legitimidad a la constitución económica en sus diversos aspectos.

Es de destacar el papel activo que jugaron en la gran transformación de las finanzas públicas estadounidenses los académicos, políticos y funcionarios influenciados sobre todo por la escuela alemana de la *Finanzwissenschaft*, que tempranamente había comprendido no solo el rol redistributivo sino también reproductivo que los tributos pueden tener en la economía⁽¹¹⁵⁾.

En 1928, en el fallo "Díaz Vélez, Eugenio c. Provincia de Buenos Aires"⁽¹¹⁶⁾, la Corte Suprema sentenció: "Que conviene dejar sentado, previamente, que tanto los impuestos llamados proporcionales como los progresivos, son aceptados dentro del campo de las finanzas públicas y que ambos tienen fundamento científico con arraigo en la opinión de los autores y en la práctica de las Naciones, dividiéndose aquéllos, solamente, al apreciar las consecuencias y la justicia de su adopción, teniendo en cuenta que los primeros están caracterizados por la uniformidad y constancia de la tasa, en tanto que en los segundos el divisor es variable de acuerdo con la progresión establecida en las leyes respectivas, oponiéndose de esta manera,

al sistema de la proporcionalidad material del impuesto, la teoría de la proporcionalidad del sacrificio".

En cuanto a la equidad, como advertía Jarach, se observan dos líneas de fallos: los que dicen que la equidad no es materia de control judicial y los que expresan que equidad equivale a prohibición de impuestos confiscatorios⁽¹¹⁷⁾. Esta segunda postura —que es la que ha prevalecido en la jurisprudencia— resulta problemática. La Corte, al fijar topes porcentuales independientes del nivel de riqueza gravada, limita el grado de progresividad que podría ser establecido por el legislador. Esto resulta en un tratamiento desfavorable hacia los pequeños contribuyentes, a quienes la progresividad termina afectando de manera más drástica y gravosa. Asimismo, va a contramano de la dirección hacia la cual sería necesario avanzar para lograr a una mayor equidad en sociedades caracterizadas por desigualdades extremas⁽¹¹⁸⁾. Este tema será abordado con mayor detenimiento y precisión al analizar el principio de igualdad, consagrado en el art. 16, y el principio de no confiscatoriedad, creación pretoriana que sin expresa recepción se ha derivado del art. 17, junto a los arts. 14, 28, 33, entre otros.

Constatando empíricamente que América Latina es la región más desigual del planeta⁽¹¹⁹⁾ a la vez que sus estructuras impositivas se encuentran entre las más regresivas⁽¹²⁰⁾ con una excesiva dependencia en los impuestos al consumo, estudios interdisciplinarios sobre tributación en América Latina publicados en 2018 concluyen que "hoy día parece más plausible que nunca que la tributación es el talón de Aquiles de las democracias latinoamericanas"⁽¹²¹⁾. El fenómeno podría enmarcarse en el proceso conocido como "captura de la democracia"⁽¹²²⁾, por el cual un régimen democrático puede sobrevivir pero escoger instituciones económicas que favorecen a una minoría. Diversas son las razones que permitirían explicar la dinámica perversa por la cual "la propia desigualdad ha generado unas élites extraordinariamente fuertes que se oponen a toda redistribución por vía de impuestos"⁽¹²³⁾.

Si bien nuestro Máximo Tribunal nunca ha analizado la (in)equidad de nuestro régimen tributario en su conjunto, y debido a su estructura institucional no se ha abordado la falta de equidad que se deriva no del exceso sino de la falta de imposición, cabe advertir que la injusticia fiscal no solo comienza a ser vista como un asunto de derechos humanos⁽¹²⁴⁾, sino que se considera que las decisiones sobre política fiscal involucran de manera central el derecho a la efectiva y significativa participación ciudadana⁽¹²⁵⁾ y deben estar basadas en un diálogo robusto a nivel nacional, con acceso a la información relevante, en el que se fomente la capacidad de la

ciudadanía en los asuntos fiscales, a través de mecanismos inclusivos que contrarresten las asimetrías de poder, experticia e intereses involucrados⁽¹²⁶⁾.

Cabe mencionar, en este orden de ideas, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus Observaciones Finales a Paraguay en 2015 instó a "tomar las medidas necesarias para que su política tributaria sea socialmente justa con el objetivo de mejorar la recaudación fiscal con miras a incrementar la disponibilidad de recursos destinados a la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales", y específicamente exhortó a implementar el impuesto a la renta⁽¹²⁷⁾. El mismo año, en sus Observaciones Finales a Irlanda⁽¹²⁸⁾ el Comité señaló que en un contexto de crisis la respuesta del Estado "se ha centrado desproporcionadamente en la introducción de recortes en el gasto público en las esferas de la vivienda, la seguridad social, la atención de la salud y la educación, sin que se alterase su régimen fiscal". El Comité remarcó que las políticas de austeridad "deben prever todas las medidas posibles, incluidas medidas fiscales, para que las personas y grupos desfavorecidos y marginados no se vean afectados de manera desproporcionada" y deben garantizar en todo momento el contenido básico mínimo de los derechos reconocidos en el Pacto.

En esta tesitura, el reporte de 2014 sobre tributación y derechos humanos presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁽¹²⁹⁾ señala que la obligación de los Estados de adoptar medidas "hasta el máximo de recursos de que disponga" para lograr la plena efectividad de los derechos económicos sociales y culturales, impone límites y prioridades a los Estados en la formulación de sus políticas fiscales. Destaca el rol central de la tributación —sobre todo progresiva— en la realización de los derechos humanos, la reducción de las desigualdades, el derecho a la autodeterminación y el de toda persona a la participación en la conducción de los asuntos públicos. Afirma que en la medida en que un Estado pueda apoyarse en la tributación como fuente de ingresos sostenible y predecible, mayor será su capacidad para desarrollar políticas que respondan a las necesidades de su población y rendir cuentas ante ella. Asimismo, considera crucial aumentar la participación pública en las decisiones presupuestarias y el control del gasto público, para generar confianza pública y que esos recursos sean bien utilizados.

* * *

Art. 5º.—

Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

Comentario por Horacio Javier Etchichury

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo —reformado en 1860— expresa el acuerdo argentino sobre el federalismo, tal como quedó formulado luego de casi medio siglo de guerras civiles. Las provincias pueden darse su propio esquema institucional, siempre que cumplan ciertas condiciones que el Estado federal controla y garantiza.

El texto debía conciliar dos objetivos en tensión: primero, asegurar a la provincia de Buenos Aires la suficiente autonomía como para persuadirla de reintegrarse a la federación argentina; segundo, crear un mercado nacional unificado en torno a reglas comunes.

La encrucijada histórica de 1853/1860, entonces, explica este texto. Para integrarse al mercado mundial, se necesitaba crear un Estado nacional dotado de orden interno, reglas jurídicas uniformes, moneda única y vías de comunicación seguras, entre otros elementos. A la vez, Buenos Aires —la provincia más rica y poderosa— debía recibir la mayor autonomía posible para atraer a sus facciones internas que preferían mantener un Estado propio, separado del resto del país. Con la Aduana y el puerto, según estos grupos, Buenos Aires podría vivir sin dificultades. Además, esas amplias atribuciones se extenderían —por supuesto— a las demás provincias. Por ello se volvía indispensable fijar (y controlar) requisitos para el ejercicio válido de la autonomía: los distintos grupos dominantes locales no debían contar con instrumentos que pudieran poner en riesgo la uniformidad de reglas en el mercado nacional emergente.

La cuestión era compleja: ¿cómo hacer un Estado nacional fuerte, sin que la provincia más importante sienta que pierde poderes y a la vez impidiendo que las demás tengan atribuciones y recursos aptos para oponerse a la Nación y resistir la creciente vinculación con el comercio mundial?

El art. 5º propone una fórmula: las constituciones provinciales están sujetas a condiciones de contenido, bajo la garantía y el control del Gobierno federal. Una tensión aparece en el texto, como si la cláusula fluctuara entre el unitarismo y el federalismo, en constante movimiento. Algo semejante se reitera en el esquema general de la Constitución. Solo las facultades delegadas pertenecen a la Nación; pero a la vez se habilitan mecanismos para que desde el nivel federal pueda controlarse a las provincias⁽¹³⁰⁾. En opinión de Sola⁽¹³¹⁾, la tensión se resuelve siempre a favor del plano federal, capaz de centralizar progresivamente el poder.

Este texto híbrido refleja, probablemente, un carácter que atraviesa a todo el texto adoptado entre 1853 y 1860. Gargarella describe a esta constitución como el fruto del acuerdo entre liberales y conservadores. Los primeros —en Argentina y en el resto de América Latina— impulsaban la división del poder estatal, la limitación del peso de las mayorías y la protección de las libres decisiones individuales. Los conservadores, en tanto, proponían una Constitución que promoviera una concepción específica del bien (usualmente, religiosa) y fomentara un presidencialismo fuerte; coincidían con los liberales en la necesidad de restringir el rol de las mayorías. Bajo este pacto, Argentina descartó un federalismo centrado en el autogobierno efectivo de las comunidades, promovido por los sectores que Gargarella denomina "republicanos". La constitución finalmente aprobada ofrecía un sistema proclamado "federal", con división de poderes y un listado amplio de derechos. Sin embargo, consagraba un presidencialismo fuerte (apartándose del modelo estadounidense), la uniformidad de la legislación de fondo liberal en todo el territorio, y mecanismos para que el Gobierno federal pusiera en vigor las limitaciones a las autonomías provinciales. Quizá le resulte más apropiado el nombre de "centrofederalismo"⁽¹³²⁾.

II. CONSTRUIR UN ESTADO NACIONAL SIN PERDER A BUENOS AIRES (NI A LAS DEMÁS PROVINCIAS)

El debate sobre federalismo no se refiere a la distribución territorial del poder⁽¹³³⁾. La pregunta central se centra en qué grupos o comunidades tendrán la facultad de crear normas para su autogobierno, en qué temas y con qué condiciones. Una forma de

Estado federal implica reconocer más de una fuente de creación de normas⁽¹³⁴⁾, o más de un nivel de gobierno en un mismo territorio⁽¹³⁵⁾. Darles entidad a los diferentes grupos, reconocer su capacidad para sancionar normas de autogobierno, puede representar una base adecuada para una versión deliberativa de la democracia⁽¹³⁶⁾, porque aporta mecanismos que dan voz y capacidad de decidir a sectores que tienen en común vínculos culturales o económicos.

En el caso argentino, la heterogeneidad económica generó — desde el inicio de la vida independiente— conflicto entre los diversos intereses locales, expresados en por lo menos tres polos principales. La provincia de Buenos Aires basaba su economía en el comercio exterior a través de su puerto y su Aduana. El Litoral participaba también de ese comercio aunque sus puertos estaban en desventaja, por lo que impulsaba la libre navegación de los ríos⁽¹³⁷⁾. Finalmente, el Interior mediterráneo había perdido su conexión con el Perú; necesitaba medidas proteccionistas respecto al comercio exterior y, además, recibir parte de la renta aduanera para impulsar su economía.

Las guerras civiles expresaron la disputa entre estos polos en torno a cómo organizar la creación de normas y la vida económica en común. En 1851, la ruptura del acuerdo entre el Litoral y la provincia de Buenos Aires habilitó el proceso de creación de un Estado nacional garantizado por un presidencialismo fuerte. La provincia de Buenos Aires se apartó inicialmente, pero luego pudo integrarse a la federación fijando condiciones: era imprescindible contar con sus recursos económicos.

De modo que la ubicación geográfica de las comunidades no es el rasgo decisivo, sino —probablemente— sus diferencias ideológicas, históricas, culturales y de organización económica. El federalismo apareció, tras medio siglo de guerra civil, como una forma de Estado capaz de alcanzar cierta unidad sin aplastar las diferencias⁽¹³⁸⁾.

2.1. Tres polos

Esas divergencias explicaban la intensa discusión acerca de quién crearía las normas y con qué alcance. La disputa tenía raíces profundas. El Virreinato del Río de la Plata estaba mal integrado: no se había constituido un mercado interno, y las oligarquías de cada ciudad habían perdido parte de su poder a manos de los Gobernadores Intendentes, funcionarios creados por las reformas borbónicas. El centralismo de finales del siglo XVIII había exacerbado las resistencias locales, sin crear una clase dominante cuyos intereses fueran más allá de lo regional, salvo subordinándose a los comerciantes de Buenos Aires⁽¹³⁹⁾.

A partir de la independencia, fue difícil constituir un Estado nacional duradero: faltaba base material debido a la heterogeneidad de los intereses económicos. Sin alianzas políticas estables, las instituciones carecían de los recursos para extender su acción sobre todo el territorio⁽¹⁴⁰⁾. La guerra civil fue parte del proceso de creación del Estado argentino, destinado a integrarse más adelante a la economía mundial, a partir de elementos que no existían desde un primer momento⁽¹⁴¹⁾.

Los caudillos que lograron descabezar en 1820 al Directorio —una autoridad formalmente "nacional"— representaban a los núcleos de poder en las ciudades de origen colonial, tanto en el Litoral como en el Interior mediterráneo. Estos líderes sostenían su autoridad en el control de los cuerpos armados locales. Reivindicaron a la provincia —expresión de los diversos circuitos productivos interiores— como la unidad de acción social y política. Resistían la pretensión de Buenos Aires de heredar el control que la Corona española había tenido sobre el territorio⁽¹⁴²⁾.

Al mismo tiempo, dos sectores dominaban la política bonaerense: los terratenientes exportadores de ganado y los comerciantes importadores. Ambos coincidían en sostener la primacía de Buenos Aires sobre el resto de las provincias mediante el control local de la Aduana y de los recursos allí devengados. Sin embargo, diferían respecto de la organización de un Estado nacional. Los terratenientes veían en ese proceso el fin del manejo propio de los ingresos aduaneros, en cambio, los comerciantes lo consideraban la llave para expandir su actividad hacia un mercado nacional unificado, sin aduanas interiores, con una moneda única y comunicado a través de caminos y ferrocarriles; a esas obras deberían destinarse —al menos en parte— los fondos percibidos por la Aduana porteña cuando se iniciara la construcción del Estado argentino⁽¹⁴³⁾. Hacia la década de 1830, el Litoral había reconocido a Buenos Aires su rol directivo y participaba en el comercio con el exterior pese a la desventaja comparativa en que se hallaban sus puertos.

En cambio, el Interior mediterráneo necesitaba quitar a Buenos Aires el control de la Aduana, a fin de adoptar medidas proteccionistas favorables a sus producciones artesanales y su economía pastoril, amenazadas por el librecambio impulsado por los comerciantes porteños⁽¹⁴⁴⁾. El Interior, además, requería que parte de la recaudación aduanera subsidiara a los gobiernos locales y dinamizara el comercio con Buenos Aires y el Litoral.

Esta tensión económica entre Buenos Aires, el Litoral y el Interior mediterráneo explica mejor —en opinión de Oszlak— las guerras civiles argentinas que la disputa entre unitarismo y federalismo como

posiciones políticas homogéneas. A medida que —luego de la independencia— la economía se vinculó con el exterior, los sectores dominantes de las provincias comenzaron a ver con mayor interés la posibilidad de alcanzar una organización nacional que consolidara esa conexión. "La 'internacionalización' de la vida económica aparecía así como condición necesaria para la 'nacionalización' de la sociedad argentina", afirma Oszlak⁽¹⁴⁵⁾.

En las décadas previas a 1851 se fueron delineando las opciones. Constituir un Estado nacional centralizado —como se había intentado bajo el unitarismo— obligaba a poner los recursos aduaneros en manos del conjunto de las provincias. Mantener esa fuente de ingresos en manos bonaerenses significaba prescindir del mercado interior. Un federalismo híbrido, centrado en un presidencialismo fuerte, fue quizá decantándose como la vía para construir un Estado nacional que reconociera el peso innegable de Buenos Aires. El Litoral tomó la iniciativa para llevar adelante ese proceso. El "Pronunciamiento" de Urquiza, gobernador de Entre Ríos, en mayo de 1851, significó la ruptura del acuerdo con la provincia de Buenos Aires. Ello generó una nueva coalición que iniciaría la organización nacional bajo ese federalismo adaptado. Contó con el apoyo de los unitarios y de ciertos segmentos del federalismo porteño, mientras el Interior mediterráneo permanecía al margen. En el plano externo, Uruguay y Brasil aportaron tropas al ejército de Urquiza que triunfó en Caseros; Inglaterra se mantuvo neutral⁽¹⁴⁶⁾.

Poco después de la derrota de Rosas, Juan Bautista Alberdi preparó las *Bases*, donde ofrece un proyecto de constitución. Propone una solución intermedia, en las líneas que describimos antes: un "sistema mixto, que abrace y concilie las libertades de cada Provincia y las prerrogativas de toda la Nación"⁽¹⁴⁷⁾; denomina a ese sistema "federal" (art. 2º del proyecto)⁽¹⁴⁸⁾. Sin embargo, el armado mostraba rasgos unitarios: una conducción central (encarnada en el Ejecutivo fuerte) y un conjunto de reglas aplicables a todo el país (la Constitución y la legislación de fondo), con jerarquía superior, aunque garantizando a las comunidades provinciales el respeto de ciertas atribuciones y modalidades de vida. Sin embargo —como veremos a continuación— la adopción definitiva de la Constitución (y del texto de su art. 5º) llegaría recién en 1860.

III. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL TEXTO

El art. 5º se origina en la *guarantee clause* ("cláusula de garantía") de la Constitución estadounidense⁽¹⁴⁹⁾ y en los arts. 4º y 7º del proyecto de Alberdi. La versión actual, adoptada en 1860, amplía las

autonomías provinciales al haber eliminado la revisión de constituciones provinciales en el Congreso.

En el texto propuesto por Alberdi, el Gobierno federal garantizaba a las provincias "el sistema republicano, la integridad de su territorio, su soberanía y su paz interior", siguiendo la línea de la cláusula estadounidense⁽¹⁵⁰⁾. Pero luego añadía una condición: las constituciones provinciales no debían contradecir la nacional. Alberdi introdujo un mecanismo específico de control: el Congreso federal revisaría previamente cada norma suprema provincial⁽¹⁵¹⁾.

Así, las *Bases* procuraban crear las condiciones para integrar la economía argentina al mundo a partir de la regulación y protección modernas de la propiedad y la incorporación masiva de mano de obra extranjera. Poniendo estas reglas en el ámbito federal, las provincias no podían modificarlas.

Establecida una autoridad nacional provisional tras la batalla de Caseros, se convocó al Congreso Constituyente. Urquiza, además, perseguía la nacionalización de la ciudad de Buenos Aires y su Aduana⁽¹⁵²⁾. La opinión pública porteña se oponía a estas medidas; en particular, no aceptaba que todas las provincias tuvieran representación igualitaria en la convención⁽¹⁵³⁾. Finalmente, Buenos Aires resolvió no participar en el proceso, sino fortalecerse internamente para poder resistir los proyectos de organización que pudieran afectar su integridad económica y política.

En la Constitución finalmente aprobada por el Congreso de 1853, el art. 5º presentaba esta redacción:

Cada provincia confederada dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria gratuita. Las constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

En comparación con el proyecto de Alberdi, esta norma mantiene el mecanismo de revisión de constituciones provinciales y adopta una fórmula más escueta sobre el alcance de la garantía federal a las provincias. Solo se alude a las "instituciones", mientras que el art. 4º del proyecto incluía la integridad territorial, la soberanía y la paz interior. El texto aprobado por los convencionales de Santa Fe, además, no solo exige coherencia de las constituciones provinciales con la norma nacional, sino que también fija contenidos obligatorios: la administración de justicia, el régimen municipal y la educación primaria gratuita⁽¹⁵⁴⁾. Esta enumeración no formaba parte de la

propuesta de Alberdi; incluso, según el art. 32 del proyecto, la educación gratuita se financiaba con fondos nacionales, y no provinciales.

3.1. La secesión de Buenos Aires y la reforma de 1860

Tras la sanción de la Constitución en 1853, la Confederación Argentina —con capital en Paraná— inició su vida institucional bajo la presidencia de Urquiza, mientras la provincia de Buenos Aires se mantuvo como un Estado separado, con su propia carta magna (sancionada en 1854). La secesión de Buenos Aires privó a la Confederación de los ingresos por aduana, recursos indispensables para crear y consolidar un Estado nacional. El intento de atraer importaciones a los puertos de Santa Fe o Entre Ríos mediante tarifas diferenciales no tuvo éxito, entre otras razones, porque los comerciantes de Rosario no tenían capacidad para adquirir el cargamento completo de cada buque. Por otra parte, el gobierno confederal se veía obligado a destinar recursos para subsidiar a las provincias que ya no contaban con la recaudación de las aduanas interiores, eliminadas por los arts. 9º y 10 de la CN⁽¹⁵⁵⁾.

Durante la década de 1850, dentro de la provincia de Buenos Aires se fue consolidando el grupo denominado liberal-nacionalista que —sin descuidar los intereses locales— buscaba liderar el proceso de organización nacional, disputando la primacía de Urquiza y su grupo; en tanto, el ala "autonomista" del liberalismo porteño prefería fortalecer a Buenos Aires para negociar con una Confederación cada vez más exhausta. El Pacto de San José de Flores, firmado en 1859 tras la derrota de Buenos Aires en la batalla de Cepeda, fortaleció al sector nacionalista de Buenos Aires, conducido por Bartolomé Mitre, y a los comerciantes que impulsaban la expansión del mercado interno a través de la unificación política del territorio⁽¹⁵⁶⁾. Se acordó un proceso para la reincorporación de la provincia de Buenos Aires al seno de la Confederación. Una asamblea local revisaría la Constitución de 1853 y propondría reformas, que serían definidas por una convención nacional, reunida en 1860. Los cambios sancionados en esa oportunidad servían a los intereses bonaerenses. Se estableció que ninguna institución provincial (como el Banco) podía pasar a dominio federal y que ningún puerto podía tener un régimen de preferencia, lo cual consolidaba la ventaja comparativa de Buenos Aires. Los estancieros de la provincia lograron que a partir de 1866 cesaran los derechos de exportación⁽¹⁵⁷⁾. Además, la ciudad de Buenos Aires formaría un distrito único con la provincia, alejando la posibilidad de su federalización (que recién tendría lugar en 1880). Se suprimió una importante facultad del Congreso contenida en el

art. 41: someter a juicio político a los gobernadores de provincias. La Corte Suprema tampoco podría dirimir causas entre una provincia y sus propios vecinos, ni entre los poderes públicos de una provincia⁽¹⁵⁸⁾, lo cual reforzaba la autonomía local. Aunque el objetivo de fondo era consolidar la posición de Buenos Aires, la ampliación de las atribuciones provinciales logró el apoyo de los caudillos del interior⁽¹⁵⁹⁾.

En esa misma línea, el art. 5º de la CN fue modificado para adoptar la redacción vigente hasta hoy. Se eliminó el control previo del Congreso sobre las constituciones provinciales⁽¹⁶⁰⁾. También se suprimió el carácter gratuito de la educación primaria exigida a las provincias⁽¹⁶¹⁾: Buenos Aires consideraba que no debían limitarse las opciones sobre el financiamiento local de la enseñanza⁽¹⁶²⁾.

Si bien el texto reformado en 1860 parecía reforzar las autonomías provinciales desde lo formal, la primacía federal se consolidó por otras vías: la presencia militar, la obra pública y los recursos financieros (bajo la forma de asistencia monetaria o creación de empleo estatal)⁽¹⁶³⁾. Estas modalidades de control eran más eficaces con las provincias más débiles.

El rol dominante de Buenos Aires quedó consagrado finalmente en 1861, cuando las tropas confederales cayeron derrotadas por Mitre en Pavón. Esta batalla, según Oszlak, mostró que la Confederación Argentina era inviable como Estado⁽¹⁶⁴⁾. Las provincias acordaron conferir a Mitre el ejercicio provisorio del Ejecutivo nacional; pocos meses más tarde fue electo presidente constitucional. A partir de ese momento, el Gobierno nacional buscaría establecer un ejército y un sistema recaudatorio propio, objetivos que la Confederación no había logrado hasta 1860. Así se podría configurar un Estado dotado del monopolio de la fuerza (a través, p. ej., del estado de sitio y el mecanismo de la intervención) y de los recursos materiales (con el control de la Aduana)⁽¹⁶⁵⁾. El Gobierno federal se dedicó a imponer el orden, entendido como la institucionalización de las condiciones para el desarrollo capitalista y la configuración de un mercado nacional viable, excluyendo o reduciendo a quienes pudieran obstaculizar ese proceso⁽¹⁶⁶⁾.

En síntesis, el texto del art. 5º —al igual que otras cláusulas adoptadas en la reforma de 1860— presenta un aspecto paradójico. Su letra refuerza las autonomías provinciales, aunque con el objetivo de afianzar el rol dominante de una provincia particular, la que dirigiría la construcción del Estado argentino.

IV. AUTONOMÍA

El art. 5º define líneas centrales de la autonomía local, es decir, del campo abierto a las provincias para crear sus propias instituciones y ejercer las facultades no delegadas al Gobierno federal. Muestra la coexistencia de tres esferas de poder: municipios, provincias y Nación, sobre un mismo territorio⁽¹⁶⁷⁾.

El artículo, en este plano, refuerza la noción de supremacía federal: cada Constitución provincial se subordina a la Constitución y tratados de igual jerarquía (CN, art. 75, inc. 22) a los demás tratados previstos en los incs. 22 y 24 del art. 75, a las leyes nacionales y a las normas del Gobierno federal dentro de sus competencias. Pero en las áreas de su competencia (las no delegadas al Gobierno federal) las provincias mantienen la primacía normativa⁽¹⁶⁸⁾.

En general se utiliza el término "autonomía" (no incluido en el art. 5º) para denominar el conjunto de atribuciones provinciales, mientras que el concepto de soberanía —entendida como inexistencia de una entidad política superior— se atribuye solo a la Nación⁽¹⁶⁹⁾.

Sin embargo, el proyecto de constitución que Alberdi propone en las *Bases* alude a la "soberanía" de las provincias (art. 4º). Durante las dos décadas posteriores a 1853 se continuó empleando la expresión "soberanía provincial". Así, por ejemplo, la CS hizo referencia a la "soberanía absoluta" de las provincias en las materias no delegadas al Gobierno federal en "Resoagli" (1869)⁽¹⁷⁰⁾, y definió a las provincias como "soberanas e independientes entre sí" en "Casas" (1873)⁽¹⁷¹⁾. Recién a partir del último tercio del siglo XIX el término "autonomía" comienza a imponerse, probablemente como parte del esfuerzo por consolidar un Estado nacional cuya soberanía fuera la única concebible⁽¹⁷²⁾. Sin embargo, este atributo es —de acuerdo con el planteo del Preámbulo— el resultado de la unión y voluntad de las provincias, por tratarse de un federalismo "integrativo"⁽¹⁷³⁾.

En los inicios de la organización nacional, las provincias perdieron el manejo de ejércitos propios, la emisión de moneda o la recaudación de ciertos impuestos. Quedaron a cargo de garantizar las relaciones de producción en el ámbito local, especialmente imponiendo disciplina a la fuerza laboral mediante las escuelas, los tribunales, las cárceles⁽¹⁷⁴⁾ y la policía de seguridad, ejecutora del derecho contravencional reservado a las provincias⁽¹⁷⁵⁾.

En una lectura conjunta con otros artículos, especialmente tras la reforma de 1994, la autonomía provincial incluye la autodeterminación política y el darse sus propias autoridades ("autocefalía"⁽¹⁷⁶⁾, en el art. 122 de la Constitución), generar sus propios recursos (autarquía, en art. 75, incs. 9º y 19 y art. 124) y regular ciertas áreas de actividad (art. 121). Se agregaron algunas

otras competencias, tales como participar en los organismos de control de los servicios públicos de competencia nacional (art. 42). También el carácter "federal" impuesto al Banco emisor de moneda en el inc. 5º del art. 75 implica —en opinión de cierta doctrina— la participación de las provincias en su administración⁽¹⁷⁷⁾.

La autonomía fijada en este artículo se reconoce de modo igualitario para todas las provincias, tanto para las existentes en 1853/1860 como para las que surgieron después⁽¹⁷⁸⁾. La Corte ha hecho una precisión al respecto: las decisiones de la Nación tomadas cuando una provincia todavía era territorio nacional obligan a la provincia luego constituida sobre ese territorio, salvo que la Nación no haya tenido en cuenta el interés de la futura provincia⁽¹⁷⁹⁾. La noción de autonomía no resulta aplicable, en cambio, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya situación se define con otros alcances en el art. 129.

La autonomía puede tener caracteres especiales para ciertas provincias debido a las cláusulas de los pactos firmados al tiempo de su incorporación (art. 31 de la Constitución federal), tal como ocurrió con el Pacto de San José de Flores en el caso de la provincia de Buenos Aires. La Disposición Transitoria Primera aprobada en 1994 también introduce algunas características específicas para la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (su constitución data de 1991), o para una eventual provincia que se creara —mediante el mecanismo del art. 13 de la CN— sobre el territorio de las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur⁽¹⁸⁰⁾. En efecto: la autonomía de esa provincia en particular no puede ejercerse de un modo que afecte el "modo de vida" de los isleños. Por ejemplo: la educación primaria asegurada por esa provincia quizá debería garantizar enseñanza bilingüe (al menos en los primeros tiempos), o la administración de justicia local debería incluir un subsistema temporario basado en la tradición jurídica inglesa⁽¹⁸¹⁾.

V. PODER CONSTITUYENTE PROVINCIAL

Es una pieza central de la autonomía, tiene carácter derivado y está sujeto a condiciones de contenido fijadas en el art. 5º. En ningún caso puede ejercerlo el Gobierno federal. Se trata de un poder constituyente de segundo grado (el primero corresponde al ámbito federal)⁽¹⁸²⁾.

Hay quienes discuten si podría tener —en algún supuesto— carácter originario. La pregunta es pertinente cuando una provincia adopta su primera constitución. En principio, puede sostenerse que si ello ocurre tras la sanción de la CN en 1853⁽¹⁸³⁾, siempre es

derivado, ya que el art. 5º de la CN establece límites para su ejercicio⁽¹⁸⁴⁾.

Sin embargo, no se fijan pautas sobre los procedimientos ni sobre el modo de integración y elección del órgano constituyente. No hay referencias a que deba reunirse una convención "convocada al efecto" (como en el caso del art. 30) ni un "Congreso General Constituyente" provincial, como adaptación del citado en el Preámbulo de la Constitución federal. Además, los límites al poder constituyente local no están establecidos por una norma constitucional de ese mismo rango, sino por la cláusula de nivel federal que venimos comentando. Por estas razones, algunos autores sostienen que incluso después de 1853 el poder constituyente provincial puede ser originario o derivado⁽¹⁸⁵⁾.

La constitución local debe guardar coherencia con la CN —sin ser una copia de ella, tal como veremos que ha sostenido la Corte— e incluir ciertos contenidos especificados. Por ello, en nuestra opinión, las provincias ejercen un poder constituyente derivado, esto es, sujeto a condiciones. Incluso dictar esa constitución local es una obligación de las provincias, no solo una posibilidad⁽¹⁸⁶⁾.

Pese a que el Gobierno nacional no tiene competencia para el ejercicio del poder constituyente provincial, ha derogado —en el marco de intervenciones federales— algunas constituciones locales: en 1924, la de Santiago del Estero; en 1921, la de Santa Fe⁽¹⁸⁷⁾. El art. 6º de la CN no incluye esa atribución en el marco de la intervención. En "Zavalía" (21/9/2004)⁽¹⁸⁸⁾, la CS admitió en el marco de su competencia originaria una causa donde se discutía la facultad de un interventor federal para convocar a la reforma de la Constitución de Santiago del Estero. Reconociendo que los arts. 5º y 122 de la CN garantizan a las provincias sus instituciones propias y su funcionamiento sin intervención del Gobierno federal, la Corte destacó que la reforma constitucional debía hacerse observando los arts. 1º y 5º de la CN. Añadió que era tarea de la Corte garantizar su efectivo cumplimiento, de acuerdo con el art. 116. En ese marco, hizo lugar a la medida cautelar solicitada y suspendió las elecciones de convencionales constituyentes provinciales. No hubo resolución de fondo: la cuestión fue declarada abstracta el 23/5/2006⁽¹⁸⁹⁾.

La mayoría de las provincias ha adoptado el mecanismo de la convención para sancionar o reformar la Constitución local⁽¹⁹⁰⁾; la declaración de necesidad exige una mayoría agravada en la Legislatura. En otros casos, también es posible —usualmente, con mayorías agravadas— modificar uno o dos artículos en la Legislatura, pero esa enmienda queda firme solo si el electorado da su conformidad en un referéndum (p. ej., en la Const. Prov. La Rioja,

art. 177; en la de Mendoza, art. 223 y en la de Neuquén, art. 318). En Tucumán el mecanismo de enmiendas solo puede ejercerse cada dos años (art. 155). Chaco prevé varias opciones de reforma (arts. 209-212): mediante una convención, tras una declaración aprobada por el 75% de los votos de la Legislatura o bien por 2/3, con una consulta popular posterior. Además, la Legislatura puede enmendar por sí misma un solo artículo, con el voto de dos tercios de su integración, más una convalidación posterior por consulta popular; la consulta no es necesaria si la enmienda reunió el 100% de los votos en la Legislatura (art. 206).

VI. FORMA REPRESENTATIVA Y REPUBLICANA

Aquí se abren diferentes alternativas⁽¹⁹¹⁾: la división de poderes puede ir más allá de la tríada clásica; la legislatura puede tener una o más cámaras; la reelección puede admitirse o no; hay margen para incorporar mecanismos de democracia semidirecta. Algunas provincias han experimentado incluso con "formas de Estado" diversas.

Las constituciones locales no necesitan ser "una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta e igual" de la CN, según señaló la CS en "Bruno" (1988)⁽¹⁹²⁾. A primera vista, el art. 5º da espacio a un amplio rango de alternativas: hay más de una noción de "república". En una versión muy estricta consiste solo en la división de poderes, mientras que concepciones más sustantivas agregan —al menos en lo institucional— la necesidad de un sistema de frenos y contrapesos. Más allá de la variedad posible de arreglos institucionales, siempre deben preservarse los mecanismos de control sobre el poder⁽¹⁹³⁾.

En este marco, las provincias podrían adoptar una nueva división de poderes⁽¹⁹⁴⁾, reconociendo al Ministerio Público, a los órganos electorales o previsionales ese carácter. La administración de empresas provinciales (de energía, p. ej.) o de reservas o parques naturales podría ser reconocida como un poder aparte. La facultad de indultar podría asignarse a otro funcionario o poder distinto del Gobernador; la Corte discutió esa hipótesis en "Solís" (1986)⁽¹⁹⁵⁾. Algunas constituciones provinciales han incorporado el Defensor del Pueblo y el Consejo de la Magistratura (tales como la de Corrientes, arts. 139 y 182; o la de Entre Ríos, arts. 181 y 215), mientras que otras no⁽¹⁹⁶⁾.

Sin embargo, el control de constitucionalidad debe estar en manos de jueces. Allí no es posible experimentar alternativas, según estableció la Corte en "Bruno" (1988)⁽¹⁹⁷⁾. Específicamente, los gobernadores —según lo resuelto en "Ingenio San Martín del

Tabacal" (1967)⁽¹⁹⁸⁾— no pueden declarar inconstitucionalidades. Salta ha admitido, sin embargo, la acción popular de inconstitucionalidad (art. 92).

6.1. Poder Ejecutivo y Legislatura

La CN establece que las provincias "eligen" sus "gobernadores" y "legisladores" (art. 122), además de "otros funcionarios". De modo que la cabeza del Ejecutivo provincial siempre debe ser elegida (directa o indirectamente). En principio, además, debería ser unipersonal, y no colegiada⁽¹⁹⁹⁾. También deben existir "legislaturas", mencionadas en los arts. 3º y 13 de la CN.

Apartándose del esquema federal, quince provincias han adoptado sistemas unicamerales para su Poder Legislativo: Chaco, Chubut, Córdoba⁽²⁰⁰⁾, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Misiones, Neuquén, Río Negro, San Juan, Santa Cruz, Santiago del Estero⁽²⁰¹⁾, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y Tucumán⁽²⁰²⁾. Las restantes ocho (Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Entre Ríos, Mendoza, Salta, Santa Fe y San Luis) mantienen un planteo bicameral.

En general, las provincias han adoptado un esquema similar al "presidencialismo" vigente a nivel federal: el cargo de Gobernador concentra el poder político⁽²⁰³⁾. Sin embargo, no habría impedimento jurídico para dividir las jefaturas usualmente reunidas en cabeza del Gobernador⁽²⁰⁴⁾. Podrían desdoblarse las jefaturas de Estado, de Gobierno, de Administración y de las fuerzas de seguridad. La primera podría denominarse "Gobernador", cumpliendo con la exigencia de la Constitución federal pero las demás podrían tener nombres y formas de elección y remoción diferenciadas, expandiendo lo que muy parcialmente llevó adelante la reforma de 1994 a nivel federal⁽²⁰⁵⁾. Sagüés sostiene que es posible adoptar un sistema parlamentario a nivel provincial⁽²⁰⁶⁾ o implementar descentralización interna de tipo regional⁽²⁰⁷⁾. La elección del Gobernador y Vicegobernador se hace en una sola vuelta, salvo en las provincias de Chaco (art. 133) y Corrientes (art. 122).

La periodicidad en las funciones del Ejecutivo provincial ha tenido un tratamiento diverso. Hoy solo Mendoza y Santa Fe prohíben la reelección inmediata del Gobernador. Mendoza incluso impide la postulación de parientes cercanos al gobernador saliente (art. 115), quien tampoco puede ser senador nacional hasta 1 año después de concluido su mandato. Esta restricción es de aplicación discutible, ya que la provincia interfiere en las condiciones de elegibilidad de un integrante de un poder federal. Quizá tenía mejor inserción en el

sistema de elección indirecta de senadores por parte de las legislaturas provinciales, eliminado en la reforma de 1994.

En tanto, la reelección indefinida es posible en Santa Cruz (art. 114), Formosa (art. 132), La Rioja (art. 117) y Catamarca (art. 133). Quien ejerza el Ejecutivo en cualquiera de las otras provincias puede aspirar solo a dos mandatos consecutivos⁽²⁰⁸⁾, salvo el caso de San Juan, donde —mediante una cláusula introducida por enmienda— se autorizan tres mandatos consecutivos⁽²⁰⁹⁾. La constitución tucumana permite solo dos períodos, pero el vicegobernador puede, incluso después de haber ocupado ese cargo durante 8 años, postularse para ser gobernador (y luego para un segundo período). En 2006, frente al proyecto de adoptar la reelección indefinida en Misiones (a través de la ley provincial 4306), la población dio el triunfo a la coalición opositora liderada por un obispo⁽²¹⁰⁾.

La CS analizó la cláusula santafesina que excluye la reelección inmediata en "Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe" (1994)⁽²¹¹⁾. Consideró que no resultaba contraria al art. 5º de la CN. La forma republicana de gobierno, indicó la Corte, no exige reconocer el derecho a la reelección inmediata. Con cita de Joaquín V. González, reiteró una idea que mencionamos más arriba: las cartas magnas provinciales deben ser, en lo esencial, semejantes a la nacional, pero sin necesidad de ser idénticas, porque una gran variedad puede derivarse de las distintas características físicas, sociales e históricas de cada provincia. El tribunal entendió que no hay violación de la estructura constitucional del país, ni de derechos individuales, sino apenas un ejercicio razonable del poder constituyente local.

En un voto concurrente, Fayt señaló que las identidades de cada provincia son "fuente de vitalidad para la república", porque habilitan una pluralidad de ensayos en la implementación de sistemas republicanos. El art. 5º, sostuvo Fayt, establece la unión de los argentinos en torno al ideal republicano, pero esa unión se da en la diversidad (cons. 10).

Nueve años después, en "Partido Libertad y Democracia Responsable" (2003)⁽²¹²⁾, la CS resolvió que no tenía competencia originaria para definir si la constitución jujeña habilitaba al entonces gobernador Fellner para un nuevo período. Una tesis contraria adoptó una década más tarde, en "Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero" (2013)⁽²¹³⁾. Consideró admisible en esa competencia una acción declarativa de certeza tendiente a definir si el entonces Gobernador santiagueño, Gerardo Zamora, podía aspirar a un tercer mandato consecutivo, contrariando el texto constitucional local. La Corte sostuvo que el art. 116 de la CN le

encarga "asegurar" el sistema representativo y republicano establecido en los arts. 1º y 5º (consid. 4º), y que por ser parte una provincia quedaba habilitada la competencia originaria prevista en el art. 117. Además, el tribunal dictó una medida cautelar suspendiendo las elecciones provinciales previstas para cinco días después de la sentencia, debido a que sería difícil o imposible una reparación posterior (consid. 8º)⁽²¹⁴⁾.

En nuestro comentario al art. 122 de la CN, revisamos las condiciones de nacionalidad que varias constituciones provinciales han fijado para acceder al cargo de gobernador.

6.2. Forma representativa y formas de Estado

Ella también habilita a buscar nuevas modalidades, incluyendo mecanismos de democracia semidirecta que las constituciones provinciales incorporaron tempranamente⁽²¹⁵⁾. No se siguió el modelo estrictamente "representativo" en el art. 22 de la Constitución federal, incluso antes de 1994. La constitución de Misiones, vigente desde 1958, incluye los derechos de iniciativa, referéndum y revocatoria (art. 2º), aunque no los reglamenta en detalle. La constitución sanjuanina de 1986 prevé la consulta popular (art. 235), y la fueguina de 1991 agrega la iniciativa popular y la revocatoria de mandatos (arts. 208-210). Varias constituciones provinciales posteriores a 1994 incorporan estos institutos. Formosa se define a sí misma como un Estado "democrático participativo" (art. 1º de la Constitución provincial), la constitución riojana, por su parte, anuncia una "democracia participativa en lo económico, político, cultural y social" (art. 2º).

Como consecuencia de la crisis económica y política de 2001, la provincia de San Luis aprobó una norma declarando la caducidad de todos los cargos electivos de nivel provincial y municipal, probablemente haciéndose eco del rechazo ciudadano a los elencos gobernantes. El caso llegó hasta la Corte Suprema: en "Barbeito" (2003)⁽²¹⁶⁾, el tribunal consideró que la cuestión correspondía a su competencia originaria, por estar en juego derechos adquiridos en virtud de la soberanía popular, un principio que —según un voto concurrente— está implícito en la forma representativa y republicana y en la autonomía municipal, exigidas por el art. 5º de la CN. La Corte hizo lugar a la medida de no innovar solicitada, lo que suspendió la aplicación de la norma cuestionada.

Por último, cabe destacar la variedad de formas de Estado que pueden encontrarse en algunas constituciones provinciales, especialmente aquellas sancionadas tras la restauración democrática de 1983. La definición más usual de forma de Estado

alude al número de centros de poder existentes en un territorio⁽²¹⁷⁾, pero aquí hacemos referencia a una especie de "perfil" institucional que cada provincia adopta, como una forma de expresar el sentido general de su existencia y desempeño. Así, Córdoba afirma su carácter de "Estado Social de Derecho" (art. 1º de la Const. prov. cordobesa). No se trata entonces de un Estado solo sujeto a las normas (principio de legalidad), sino además protector, no regresivo, intervencionista, comprometido con los derechos sociales. Implica una pauta teleológica para el Estado y para la interpretación del resto de las cláusulas constitucionales del mismo rango; es parámetro de constitucionalidad⁽²¹⁸⁾. La Const. prov. de Chubut caracteriza a la provincia como "un Estado social de derechos" (art. 1º), La Rioja incluye el carácter social en su definición (art. 2º). Salta se presenta como una "democracia social de derecho, basada en el trabajo de personas libres, iguales y solidarias" (art. 1º de la Constitución aprobada en 2008). Estas cláusulas presentan, al menos, un valor hermenéutico, para fundar interpretaciones del resto del articulado coherentes con esas ideas y objetivos generales.

VII. DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTÍAS

Las provincias pueden reconocer nuevos derechos; se discute si pueden ser invocados más allá del ámbito local. Sagüés sostiene que la referencia del art. 5º no puede involucrar a todos y cada uno de las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución; en particular, el art. 2º y —quizá— el 24 (sobre jurados) no serían directamente aplicables a las provincias⁽²¹⁹⁾. Otros autores consideran irrelevante e innecesaria la reiteración de declaraciones, derechos y garantías de la CN en las provinciales⁽²²⁰⁾.

Las constituciones provinciales pueden reconocer más derechos o establecer mecanismos adicionales de garantía. Pero —en principio— solo son exigibles al Estado provincial, salvo por el argumento que detallamos más adelante.

Los derechos reconocidos no pueden contradecir a la CN⁽²²¹⁾. Por ejemplo, no es admisible el art. 17 de la Const. prov. de Santa Fe, que limita el amparo constitucional al ámbito de las autoridades públicas, mientras que el art. 43 de la CN lo habilita expresamente contra actos u omisiones de particulares⁽²²²⁾. Tampoco las provincias pueden reconocer derechos que afecten facultades delegadas al Gobierno federal. Por ejemplo, según el art. 58 de la Constitución cordobesa la vivienda única es inembargable; la Corte Suprema — en "Banco del Suquía" (2002)⁽²²³⁾— invalidó esa cláusula por considerarla una interferencia con la atribución federal de dictar la legislación de fondo. Hernández sostiene que Córdoba hizo ejercicio

de su autonomía, procurando asegurar el derecho a la vivienda reconociendo un nuevo derecho, el de la inembargabilidad de la vivienda única⁽²²⁴⁾.

Hay algunas cláusulas de las constituciones provinciales que parecen regresivas a la luz del bloque de constitucionalidad federal. Por ejemplo, la definición de familia consagrada en la Constitución chaqueña: "la unión de hombre y mujer" (art. 35), incompatible con el Cód. Civ. y Com. O la atribución que la Constitución sanjuanina reconoce al Gobernador para detener personas hasta por dos días (art. 189, inc. 15), violatoria del art. 18 de la CN.

Las provincias podrían establecer derechos electorales diferentes (p. ej.: voto a una edad menor o voto de personas extranjeras) u otras formas de participación política. El voto de los extranjeros ha sido reconocido para el nivel municipal en varias constituciones locales, tal como reseñamos en nuestro comentario al art. 122.

En otro orden, hubo constituciones que adoptaron el constitucionalismo social antes de 1949: las de Tucumán (1907), Mendoza (1916), San Juan (1927), Entre Ríos (1933) y Buenos Aires (1934). Hoy hay derechos económicos, sociales y culturales no previstos en el plano federal, tales como la seguridad social para el ama de casa (Constitución correntina, art. 45). En un plano más general, la Constitución de Chaco declara que "el trabajo no es una mercancía" (art. 28).

La función social de la propiedad se incorporó también en las constituciones locales (p. ej., en la de Chubut, art. 20; en la de Formosa, art. 47; en la de Jujuy, art. 36). Corrientes reconoce incluso el derecho de "acceso a la tierra", considerada como "instrumento de producción" (art. 63); una cláusula similar se encuentra en la Constitución rionegrina (art. 75).

Las provincias ofrecen otros derechos y cláusulas novedosas. Por ejemplo: si bien el derecho al agua no está explicitado en el bloque de constitucionalidad federal⁽²²⁵⁾, el art. 59 de la Constitución de Corrientes define al agua como "bien social esencial para la vida". El fuero sindical está consagrado en el art. 43 de la Constitución neuquina. El deporte integra el elenco de derechos sociales reconocidos por Entre Ríos (art. 27), que también incorpora los derechos sexuales y reproductivos (art. 20). La Constitución bonaerense incluye derechos específicos para la juventud y los veteranos de guerra (art. 36); una cláusula similar fue adoptada por Neuquén (art. 51). Misiones admite el derecho de sus habitantes de "tener y llevar armas para su defensa personal" (art. 13).

Como ya señalamos, en general se considera que los derechos admitidos únicamente en las constituciones provinciales son solo

exigibles a los Estados que las dictaron. Sin embargo, hay quienes sostienen que el principio de igualdad exige reconocerlos a toda la población argentina, salvo que se demuestre su inconstitucionalidad (p. ej., como ocurrió con el citado art. 58 de la Constitución cordobesa). Quizá a través del [art. 33](#) de la CN podría darse vigencia federal a los derechos reconocidos a nivel provincial. Sería necesario mostrar que son "derechos no enumerados" surgidos de "la soberanía del pueblo" o de "la forma republicana de gobierno", lo que impone un recorte temático.

VIII. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, RÉGIMEN MUNICIPAL Y EDUCACIÓN PRIMARIA

En estos tres ámbitos, el texto se limita a exigir su inclusión en las constituciones provinciales, pero habilita diferentes modalidades de organización⁽²²⁶⁾. Algunas de ellas fueron discutidas ante la CS. Hoy el texto debe leerse en conjunto con cláusulas incorporadas en la reforma de 1994.

8.1. Administración de justicia

La Corte ha precisado en "Bruno" (1988)⁽²²⁷⁾ que la intangibilidad de las remuneraciones (al menos en su sustancia) es obligatoria en tanto componente del sistema republicano. Desde el punto de vista organizativo ha habido experiencias innovadoras (juicio por jurados, juicio oral). En lectura conjunta con el art. 75, inc. 17 de la CN, podrían habilitarse espacios de justicia indígena. También podría crearse (como hizo la Constitución de Tucumán de 1990, art. 133) un Tribunal Constitucional separado del Tribunal Superior de Justicia⁽²²⁸⁾. Varias provincias han establecido Consejos de la Magistratura, con importantes variaciones en su composición: la Constitución de Chubut, por ejemplo, incorpora 5 integrantes ciudadanos y un empleado judicial, todos ellos sin título de abogado, sobre un total de 14 miembros (art. 187).

En algunos casos, las provincias han establecido pautas que afectan derechos consagrados a nivel federal. Así, por ejemplo, en "Ormache" (1986)⁽²²⁹⁾, la CS declaró inconstitucional el art. 157 de la entonces vigente Constitución de Entre Ríos, que prohibía la actividad política de los empleados judiciales. Sin embargo, la Corte no invalidó la sanción impuesta al empleado en el caso.

Algunas provincias no siguen el modelo de nombramiento vitalicio adoptado —con algunas limitaciones— en el art. 99, inc. 4º de la CN. Catamarca, por ejemplo, garantiza la inamovilidad judicial solo hasta los 65 años (art. 195).

La temática ha llegado a la Corte Suprema. En "Iribarren" (1999)⁽²³⁰⁾, el tribunal declaró la inconstitucionalidad de un artículo de la Constitución santafecina que —de modo semejante a Catamarca— pone fin a la inamovilidad de jueces y juezas provinciales cuando alcanzan la edad para acceder a la jubilación ordinaria. El voto mayoritario sostuvo que esa cláusula pone a la magistratura en situación de precariedad, dependiendo de una decisión del Poder Ejecutivo para continuar o cesar en el cargo. Ello contradice la obligación provincial —fijada en el art. 5º de la CN— de asegurar la administración de justicia (consid. 8º). Por lo tanto, la intervención de la Corte no avasalla las autonomías provinciales, sino que asegura el cumplimiento de pautas obligatorias, especialmente cuando se trata de preservar la independencia de los jueces (consid. 11). En su voto concurrente el ministro Adolfo Vázquez sostuvo que la inamovilidad había sido fijada en la Constitución federal como un principio del gobierno republicano, por lo que su cumplimiento resultaba exigible a las provincias en virtud del art. 5º. La disidencia, en cambio, sostuvo que la CN no impedía a las provincias establecer límites objetivos a la inamovilidad de los jueces, siempre que no se afectara su independencia. Como ello no se observaba en el caso, correspondía rechazar la demanda de inconstitucionalidad iniciada por un ministro de la Corte Suprema santafecina.

Más tarde, en "Amerisse" (2008)⁽²³¹⁾, la CS rechazó habilitar la competencia originaria para tratar el pedido de un juez de Salta para que se declare inconstitucional una cláusula de la Constitución de esa provincia que hace cesar la inamovilidad en el cargo cuando alcanzan la edad jubilatoria. No es un tema originariamente federal.

La misma Constitución salteña prevé (art. 156) un sistema de designaciones periódicas para quienes integran el Máximo Tribunal provincial (6 años, con posibilidad de renovación). En "Federación Argentina de la Magistratura" (2010) [333:709], la CS aceptó —por mayoría— como materia de su competencia originaria un planteo contra esa norma, dada la colisión con el principio de inamovilidad de los jueces. No hizo lugar, sin embargo, a la medida cautelar solicitada. Una de las disidencias, firmada por las ministras Elena Highton y Carmen Argibay, sostuvo que la organización del Poder Judicial provincial es una de las facultades no delegadas, por lo que no corresponde tratar la cuestión dentro de la competencia originaria de la Corte. Otra disidencia, la del ministro Juan Carlos Maqueda, resaltó que se trataba de una cuestión de derecho público local, vedada al tribunal federal.

Más tarde, en noviembre de 2017, la Corte volvió sobre sus pasos y —por mayoría— estableció que la temática no era de competencia

originaria⁽²³²⁾. En su disidencia, el ministro Carlos Rosenkrantz sostuvo que sí correspondía la competencia originaria, pero que no estaba claramente definido cuál era el bien colectivo en juego, por lo que correspondía desestimar la presentación de la Federación Argentina de la Magistratura.

En un fallo reciente —"Samamé" (2018)⁽²³³⁾— la Corte sostuvo que no existía cuestión federal en el recurso presentado por quien había sido destituido del cargo de Procurador General de Chubut por una decisión de la Legislatura, que luego el Superior Tribunal de Justicia provincial declaró nula. El tribunal chubutense no ordenó la reincorporación, alegando que el funcionario se había jubilado. La CS sostuvo que todo el planteo recursivo estaba fundado en normas locales (desde la Constitución hasta la ley de jubilaciones). Señaló que tampoco se había invocado la hipotética extensión de la inamovilidad de la magistratura federal hacia la de orden provincial en virtud del art. 5º. En este caso, el tribunal siguió una línea diferente a la adoptada en el caso "Sosa" (2009)⁽²³⁴⁾, que reseñamos en nuestro comentario al art. 128.

Por último, revisamos casos donde las normas locales fijan requisitos de ciudadanía o edad para acceder a la magistratura. En "Hooft" (2004)⁽²³⁵⁾, la CS declaró inconstitucional el art. 177 de la Constitución bonaerense, que requiere para acceder al cargo de juez de Cámara o superior la calidad de argentino nativo o por opción. Rechazó los argumentos de la provincia, que defendió la cláusula como un ejercicio legítimo de las facultades no delegadas al Gobierno federal, amparada particularmente por el Pacto de San José de Flores (al que definió como un límite al principio de supremacía constitucional federal). La Corte, retomando el dictamen del Procurador General, sostuvo que el principio de igualdad impide establecer en el ámbito provincial exigencias más estrictas que las previstas en el orden federal para cargos semejantes. Añadió la Corte que los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional exigen "acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas". Por lo tanto, la norma bonaerense —que discrimina en virtud del origen nacional— adolece de una presunción de inconstitucionalidad; solo podría aceptarse si la provincia prueba los fines sustanciales ("no meramente convenientes") que pretendía proteger y si este medio elegido promueve efectivamente esos fines sin que haya alternativas menos restrictivas para los derechos (consid. 6º). La disidencia, en cambio, entendió que solo en caso de iniquidad manifiesta podía impugnarse la reglamentación que cada provincia había fijado para la designación en puestos de la justicia local⁽²³⁶⁾.

El mismo artículo de la Constitución bonaerense fija un límite máximo de edad (70 años) para acceder a los cargos mencionados. En "Díaz" (2006)⁽²³⁷⁾, la CS rechazó aceptar como materia de su competencia originaria un planteo de inconstitucionalidad contra esa cláusula, porque no estaban en juego exclusivamente normas federales. Su trámite correspondía a los tribunales locales, quedando abierta la vía recursiva para llegar a la Corte Suprema.

8.2. Régimen municipal

Ofrecía una vía para dar sentido a la representación y participación política en los inicios de la organización nacional. También se presentaba como un espacio de interés en relación con la búsqueda inmigración. Alberdi recomienda vivamente abrir a los extranjeros el empleo público en el plano municipal⁽²³⁸⁾. La referencia a este régimen, sin embargo, no está prevista en el proyecto que Alberdi propuso en las *Bases*. Hernández señala que fue añadida en el texto constitucional por Juan del Campillo, convencional cordobés⁽²³⁹⁾.

La cláusula originó debates en torno al alcance de las facultades municipales; cierto sector de la doctrina reconocía autonomía a este nivel de gobierno, mientras otros solo admitían un carácter autárquico. La Corte Suprema siguió este último criterio desde inicios del siglo XX⁽²⁴⁰⁾, hasta que en "Rivademar" (1989)⁽²⁴¹⁾ estableció que los municipios contaban con autonomía, indispensable para cumplir sus funciones constitucionales; ello incluía, por ejemplo, definir su planta de personal.

La reforma de 1994 introdujo elementos decisivos en la discusión. Hoy esta cláusula del art. 5º debe leerse en conjunto con el art. 123, que establece la autonomía como característica de los municipios e indica las áreas específicas que las provincias deben regular.

Varias constituciones provinciales fijan pautas específicas para el gobierno municipal, aun reconociendo su autonomía. Por ejemplo: el número mínimo de poderes locales (dos en la Constitución de La Pampa, art. 118) o la cantidad de integrantes de los órganos deliberativos (Constitución de Buenos Aires, art. 190); la consagración de mecanismos de democracia semidirecta (Constitución de Misiones, art. 165; Constitución neuquina, art. 283); o la cifra mínima de habitantes para dar origen a un municipio (Constitución de Corrientes, art. 217). Una cláusula llamativa es el art. 252 de la Constitución catamarqueña, que asigna a los municipios la tarea de combatir las adicciones.

La Corte ha debido resolver reclamos en defensa de la autonomía de los municipios. Admitió su competencia originaria en "Municipalidad de San Luis" (2001)⁽²⁴²⁾ frente al planteo que

denunciaba —invocando el art. 5º de la CN— un inminente ataque a la integridad del municipio y su subsistencia como unidad política autónoma. El gobierno de la ciudad solicitaba una medida cautelar de no innovar contra un proyecto de ley presentado en la legislatura provincial. La Corte rechazó el pedido, alegando que la sola iniciativa parlamentaria no autorizaba a indagar su constitucionalidad. La disidencia, en cambio, consideró que correspondía la prohibición de innovar, ya que si el proyecto se aprobaba el daño sería de difícil reversión posterior.

8.3. Educación primaria

Este pasaje debe hoy leerse junto a los arts. 13 y 14 del PDESC y 75, inc. 19 de la CN, entre otras normas aplicables de igual rango. En nuestro comentario al art. 75, inc. 19 aportamos los elementos interpretativos aplicables a este tramo del art. 5º.

Como allí señalamos, la cláusula no impide al Gobierno federal brindar enseñanza. A partir de 1862, la Nación tendría una creciente participación y se reservaría funciones de supervisión general, como así también la atribución de dictar leyes de alcance general⁽²⁴³⁾. La [ley 1420](#) solo se destinó a la Capital Federal y los Territorios Nacionales, sin embargo, su influencia sobre las provincias fue importante, como modelo de referencia; luego llegaría la Ley Láinez ([ley 4878](#), de 1905), que acentuó la incidencia del Estado nacional en el interior⁽²⁴⁴⁾.

Las provincias ofrecen variantes en la organización del gobierno escolar. En un extremo, existen Consejos escolares con alta participación democrática y amplio margen de acción, distribuidos territorialmente y con legitimidad electoral directa. Ese es el sistema adoptado en la Constitución bonaerense (art. 203) y en la correntina (art. 209), por citar dos ejemplos. En el otro extremo, la administración del sistema educativo local queda en manos de un funcionario directamente dependiente del Ejecutivo provincial; así lo prevé la Constitución de San Luis (art. 76). En modalidades intermedias, los Consejos de Educación requieren el acuerdo del Senado o la Legislatura (Constitución de Entre Ríos, art. 263; Constitución de Mendoza, art. 212).

La enseñanza religiosa también ofrece alguna variedad. Más allá de la libertad de cultos garantizada en el art. 14 de la CN (y en cláusulas concordantes de nivel provincial), varias constituciones locales prevén el dictado de formación religiosa en la escuela pública, incluso en horario de clase (p. ej., en la Constitución de Tucumán, art. 144, inc. 2º)⁽²⁴⁵⁾. Esto motiva interrogantes sobre la validez de estas cláusulas, por su posible incompatibilidad con normas de rango superior. La cuestión fue tratada por la Corte Suprema en "Castillo"

(2017)⁽²⁴⁶⁾. El tribunal declaró inconstitucionales ciertas normas provinciales que garantizaban la enseñanza religiosa en escuelas públicas de Salta. El voto mayoritario sostuvo —tras el análisis de texto, fuentes históricas y jurisprudencia— que el diseño de la CN establece "el principio de neutralidad religiosa en el ámbito de la educación pública" (consid. 37), por lo que las normas salteñas y su implementación —más allá de su neutralidad aparente— afectaban dicho principio. En su disidencia parcial, el ministro Horacio Rosatti sostuvo que las normas adoptadas por Salta para dictar enseñanza religiosa en escuelas primarias públicas expresan "un 'margen de apreciación provincial'" (consid. 18, comillas en el original) que no contradice el art. 5º de la CN, sino que expresa una forma de cumplir con la garantía de la educación primaria. Cabe preguntarse por la admisibilidad de esta doctrina del "margen de apreciación". En principio, parece incompatible con la noción de supremacía federal consagrada en el [art. 31](#) de la CN. Las excepciones a ese principio están explícitamente señaladas en ese mismo artículo (p. ej., al mencionar el Pacto de San José de Flores), y no parece lógico suponer que existan excepciones tácitas, especialmente frente a derechos expresamente consagrados (como los que invoca el voto mayoritario). En nuestra opinión, por ello, no resulta clara la base textual para la noción acuñada por el ministro Rosatti⁽²⁴⁷⁾, mientras que la letra de la Constitución federal parece desmentirla.

IX. GARANTÍA FEDERAL

Este concepto presenta dos aristas: respetar las decisiones provinciales y a la vez asegurar el cumplimiento de las condiciones exigidas por el art. 5º. Involucra abstenciones y acciones. La Corte Suprema ha discutido si la acción federal bajo esta cláusula es una cuestión justiciable⁽²⁴⁸⁾.

Desde el punto de vista histórico, ya hemos mencionado las diversas garantías que el Gobierno federal implementó para la construcción del Estado nacional (la presencia militar, la obra pública, el empleo estatal, etcétera).

La "garantía federal" representa, de modo más general, el compromiso del Gobierno nacional para respetar y mantener la autonomía y las instituciones provinciales, como así también la integridad territorial⁽²⁴⁹⁾, y revertir aquellas acciones u omisiones que impliquen infringir las condiciones. La intervención federal prevista en el art. 6º de la Constitución es, probablemente, el mecanismo más extremo para hacer valer la garantía federal en caso de incumplimiento de las exigencias del art. 5º⁽²⁵⁰⁾.

En el plano judicial, la Corte Suprema tiene, por vía de su competencia originaria o bien por apelación, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de actos y normas provinciales de cualquier jerarquía.

En "Graffigna Latino" (1986)⁽²⁵¹⁾, la CS sostuvo —retomando su postura en "Costes" (1940)⁽²⁵²⁾— que determinar si las instituciones de una provincia respetan el art. 5º es una cuestión política. No corresponde su evaluación a los tribunales sino al Congreso. En tanto, los casos donde se pongan en juego las garantías individuales de personas en el marco de conflictos de poderes locales pueden ser planteados a través de la jurisdicción apelada, no la originaria⁽²⁵³⁾.

De todas formas, la Corte ha controlado la constitucionalidad de normas supremas provinciales, tal como hemos indicado en varios tramos de este comentario. En algunos casos —por ejemplo, en "Unión Cívica Radical de la Provincia de Buenos Aires" (1986)⁽²⁵⁴⁾— invocó explícitamente el art. 5º de la CN como fundamento de la obligación del Gobierno federal de garantizar la forma republicana⁽²⁵⁵⁾.

Esta garantía federal, finalmente, parece haberse consolidado en la dirección imaginada por los triunfadores de las guerras civiles argentinas. En lugar de fortalecer los contornos de las autonomías provinciales, sirvió para la construcción de un Estado nacional fuerte, con competencias crecientes⁽²⁵⁶⁾, en general con la aprobación explícita de la CS⁽²⁵⁷⁾. La doctrina de la intervención federal, la estructura de partidos políticos nacionales, la ampliación del poder de policía federal, la doctrina de la emergencia económica, la ausencia de recursos, todo ello ha conducido a que las estructuras locales estén fuertemente ligadas al Gobierno federal⁽²⁵⁸⁾. A su vez, las provincias han invocado su autonomía para ampliar áreas discrecionales y llevar adelante algunas prácticas violatorias de derechos (incluso de aquellos consagrados en la Constitución federal)⁽²⁵⁹⁾; han podido preservar esas prácticas frente al eventual control federal cuando pudieron hacer valer su peso en el Senado⁽²⁶⁰⁾.

Cabe rescatar una nueva propuesta de interpretación, aunque ello excede el eje de este comentario. Hay espacio para una lectura del art. 5º que atienda más a su texto que a la intención política con que históricamente se lo reformó. Bajo esta otra clave, las autonomías provinciales aparecen como instrumentos para el autogobierno sobre bases deliberativas y para la puesta en vigor de los derechos consagrados a nivel federal y de otros nuevos. Se trata, en suma, de herramientas de emancipación de personas y comunidades dispersas en el suelo argentino, destinadas a expresar su vocación de experimentar las mejores formas de vida en común. En ese marco,

la justicia, la enseñanza y el gobierno local sirven a esa misma finalidad, la autonomía en un sentido profundo. Por su parte, la garantía federal no se deforma hasta convertirse en control y opresión, sino que retoma su carácter habilitante, su rol en la creación de condiciones sociales y económicas, de provisión de los recursos que abran camino a la plural búsqueda simultánea de la autonomía pública y privada⁽²⁶¹⁾.

* * *

Art. 6º.—

El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia. La intervención federal y la autonomía de las provincias⁽²⁶²⁾.

Comentario por Leonardo Limanski

El art. 6º de la CN, cuya redacción definitiva se impuso en el texto de 1860, prevé un supuesto excepcional, para casos de extrema gravedad, en los que el Gobierno federal estará habilitado para afectar en forma casi absoluta la autonomía provincial. Cabe recordar que la autonomía provincial, tal como hoy la concebimos, no era tal en la época en que la Constitución fue sancionada. Basta mencionar a título ejemplificativo que la Constitución de 1853, en su texto original, disponía en su art. 5º que "Las constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación" o el art. 97, cuyo texto establecía la competencia de la Corte Suprema y los Tribunales Inferiores de entender en "los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia". Entonces, cabe decir preliminarmente que la intervención federal es un instrumento excepcional porque entra en tensión con la autonomía provincial, una de las bases con las que fue concebida la CN y muy especialmente desde la reforma de la Constitución ocurrida en 1860.

En sentido similar, la intervención federal afecta las instituciones de la provincia intervenida por cuanto habilita al Gobierno federal a la remoción de las autoridades democráticamente elegidas por el pueblo de cada Provincia, imponiendo un interventor federal designado en forma directa por el Gobierno federal.

Por tales razones es que los supuestos de intervención federal deberán ser interpretados en forma restrictiva y excepcional y el Gobierno federal deberá tender a afectar en la menor medida posible la autonomía de las provincias.

I. INTERVENCIONES FEDERALES EN LA HISTORIA ARGENTINA

El instituto de la intervención federal ha sido utilizado con demasiada laxitud, observándose una gran cantidad de declaraciones de intervención federal. Así, desde el año 1854 se han declarado 171 intervenciones federales, de las cuales 116 han sido declaradas por decreto del Poder Ejecutivo Nacional y tan solo 55 han sido declaradas por Ley del Congreso⁽²⁶³⁾.

A continuación, se puede apreciar un cuadro con las intervenciones federales declaradas desde el regreso de la democracia. Cabe destacar que desde el año 1983 el instituto de la intervención se ha comenzado a utilizar con menor frecuencia y, especialmente, a partir de la reforma de 1994 se limitaron las intervenciones declaradas por el Poder Ejecutivo Nacional.⁽²⁶⁴⁾

Provincia	Instrumento legal	Plazo ³	Poderes intervenidos	Causal
Santiago del Estero	Ley 25.881	180 días	Los 3 poderes	Forma republicana de gobierno
Corrientes	Ley 25.236	180 días	Los 3 poderes	Forma republicana de gobierno
Santiago del Estero	Ley 24.306	Se deberá convocar a elecciones dentro del plazo de 150 días a partir del inicio de la intervención	Los 3 poderes	Forma republicana de gobierno
Corrientes	Decs. 241/1992 y 1447/1992	No prevé	Poder Ejecutivo y Poder Judicial	Administración de Justicia
Catamarca	Decs. 566/1991; 572/1991 y 712/1991	No prevé	Los 3 poderes ²⁶⁵	Forma republicana de gobierno

Provincia	Instrumento legal	Plazo ³	Poderes intervenidos	Causal
Tucumán	Dec. 103/1991	No prevé	Los 3 poderes	Forma republicana de gobierno

Fuente: Elaboración propia

II. EL GOBIERNO FEDERAL COMO GARANTE Y LAS CAUSALES DE INTERVENCIÓN

La norma bajo análisis contiene una garantía del Gobierno federal hacia los ciudadanos de las provincias, en la que este se compromete a garantizarles la plena vigencia del sistema republicano. Recordemos que el sistema republicano tiene como principales características la división de los poderes, la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los gobernantes, la soberanía del pueblo, la igualdad ante la ley y la periodicidad de los mandatos.

Asimismo, el art. 5º de la Constitución les impone condiciones a las provincias bajo las cuales, el Gobierno federal le garantiza a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones. Por tanto, existe una clara interrelación entre las condiciones impuestas en el art. 5º y la consecuencia prevista en el art. 6º. Ahora bien, la tarea consiste en determinar cuándo podríamos considerar que estamos frente a un supuesto que habilita la intervención federal de una provincia.

La causal de intervención más alegada para declarar intervenciones federales es la violación al régimen republicano. Sin embargo, cabe hacer mención a diversos casos para comprender que es lo que la jurisprudencia entendió sobre violación al régimen republicano. En primer lugar, la Corte entendió que es doctrina generalmente aceptada que la dilucidación de la compatibilidad de las instituciones provinciales con lo dispuesto en el art. 5º de la Constitución nacional —forma republicana de gobierno, división de poderes, delegación de los mismos— envuelve una cuestión de naturaleza política, y está, como tal, vedada a los tribunales de justicia⁽²⁶⁵⁾. Tampoco consideró la Corte una afectación al art. 5º de la Constitución en la circunstancia de que la creación del régimen impositivo municipal de la ciudad de San Miguel de Tucumán y el presupuesto de gastos debieron ser materia de una ordenanza municipal y no de una ley provincial⁽²⁶⁶⁾.

En el año 1991, la Corte ha intervenido en cuestiones electorales de la provincia de Corrientes, luego de producirse un empate en el colegio electoral. En el caso, la Corte afirmó que "la Corte tiene la delicada misión de —por un lado— no interferir en las autonomías

provinciales y —por el otro— evitar que las arbitrarias decisiones de poder jurisdiccional local, lesionen instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen al sistema representativo y republicano que las provincias se han obligado a asegurar (art. 5º de la CN)"⁽²⁶⁷⁾.

Siguiendo un sinuoso camino, la Corte ha afirmado que la cuestión referente a si un tribunal local ha ejercido en una causa su ministerio de conformidad con las normas que gobiernan la administración de justicia en el ámbito provincial es un punto cuya decisión no le incumbe a la Corte Suprema⁽²⁶⁸⁾. Por último, y en materia de reelección de poderes provinciales, la Corte afirmó que "desde esta comprensión del doble régimen de poderes y de la recíproca independencia en el ejercicio de ellos en los términos señalados, el sistema establecido en el art. 64 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe no vulnera ninguno de los principios institucionales — relacionados anteriormente— que hacen a la estructura del sistema adoptado por la CN, ni las garantías individuales, ni los derechos políticos que reconocen a los ciudadanos esta Ley Fundamental y los tratados y convenciones sobre derechos humanos que, con igual jerarquía, incorpora a la Carta Magna el art. 75, inc. 22, de la reforma introducida en 1994, pues la forma republicana de gobierno — susceptible, de por sí, de una amplia gama de alternativas justificadas por razones sociales, culturales, institucionales, etc.— no exige necesariamente el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente electos"⁽²⁶⁹⁾.

Recientemente, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse en el caso "Colegio de Abogados de Tucumán c. Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro", en el que se ponían en tela de juicio los procedimientos constitucionales de reforma. Allí afirmó que en situaciones "en las que se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental la simple condición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés 'especial' o 'directo'". Es decir, que aquí encontramos un ejemplo de aquello que, según la Corte, lesionaría el sistema republicano: la falta de respeto de los procedimientos de reforma constitucional a nivel local.

Resulta muy compleja la tarea de realizar un catálogo de situaciones en las que al Corte consideró violación al sistema republicano de conformidad con el art. 5º de la CN.

III. EL PLAZO DE LA INTERVENCIÓN FEDERAL

La intervención federal, tratándose de una medida excepcional y que afecta la autonomía de las provincias no puede ser ilimitada en su duración⁽²⁷⁰⁾ sino más bien todo lo contrario: la intervención debe durar el tiempo estrictamente necesario para cumplir con la finalidad que le fue asignada. Sin embargo, se pueden apreciar en nuestra historia intervenciones federales de distinta duración. Así, dentro de intervenciones de escasa duración se pueden mencionar las intervenciones de Salta (en 1928) que duró 7 días; Buenos Aires (en 1935) que duró 1 día; Catamarca (en 1928) que duró 25 días. En intervenciones prolongadas se puede mencionar el caso de Córdoba (1974-1976) de 2 años de duración⁽²⁷¹⁾.

Las últimas intervenciones declaradas por el Congreso, como los proyectos de intervención federal presentados ante el Congreso Nacional, suelen contemplar un plazo de 180 días con posibilidad de prórroga.

IV. LAS INTERVENCIONES PARCIALES Y LA LLAMADA PUESTA EN COMISIÓN

Como se ha podido apreciar en distintas intervenciones declaradas, y considerando la interpretación restrictiva con que debe considerarse la facultad de intervenir federalmente una provincia, es constitucionalmente posible intervenir solo algunos de los poderes constituidos y no necesariamente afectar el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial⁽²⁷²⁾.

En relación con la caducidad de los mandatos del Poder Judicial, la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse en el caso Moreno Postigo en el que se alegaba que la sentencia dictada por un juez de la justicia ordinaria de la provincia de San Juan, después de promulgada la ley nacional de intervención 11.323, es nula a causa de que la susodicha ley comportaba la caducidad de todos los poderes del estado intervenido⁽²⁷³⁾. En el caso, la Corte Suprema afirmó que mientras el Poder Ejecutivo no haga uso de su facultad reglamentaria (art. 86, inc. 2º de la Constitución — actualmente art. 99 de la CN—) removiendo total o parcialmente a los funcionarios que integran el Poder Judicial del estado intervenido, debe reconocerse plena validez a los actos otorgados por ellos.

En textos posteriores, la denominada caducidad de los mandatos del Poder Judicial⁽²⁷⁴⁾ fue reemplazada por la "puesta en comisión" de los miembros del Poder Judicial, solución que implica precisamente quitarles la estabilidad y dejarlos sujetos a la remoción por parte del interventor federal. Sin perjuicio de ello, continúan en funciones hasta tanto sean efectivamente removidos y designados sus reemplazantes. Cabe destacar que la "puesta en comisión" puede ser ejecutada únicamente por el interventor federal y no así

una vez finalizada la intervención. Luego de las 2 intervenciones a la provincia de Santiago del Estero desde el retorno de la democracia y habiendo las leyes 24.306 y 25.881 dispuesto la puesta en comisión de los miembros del Poder Judicial, los Gobernadores que reasumieron sus funciones dictaron decretos disponiendo el cese automático en el ejercicio de sus funciones de todos los miembros del Poder Judicial que habían sido puestos en comisión⁽²⁷⁵⁾. Basaban su accionar precisamente en que la declaración en comisión de los integrantes del Poder Judicial había hecho desaparecer el presupuesto necesario de la garantía de inamovilidad. La Corte, con remisión al dictamen del Procurador General, entendió que la facultad de remover a los miembros del Poder Judicial, a raíz de la puesta en comisión, le corresponde en forma exclusiva a la autoridad federal, afirmando que al disponer la reorganización del Poder Judicial provincial, el Poder Ejecutivo local que asumió una vez restauradas las instituciones hizo uso de una atribución que le era ajena⁽²⁷⁶⁾.

Por tales razones es que actualmente las normas que disponen la intervención federal prevén la caducidad de los mandatos del Poder Ejecutivo y del Legislativo y la puesta en comisión de los miembros del Poder Judicial.

V. EL CONTROL JUDICIAL

En este aspecto debemos diferenciar el control judicial de la declaración de intervención federal del control judicial de los actos del interventor. Estos últimos se encuentran sujetos al control judicial federal o provincial según el carácter que le sea asignado a sus actos, como se verá en el siguiente apartado.

En relación con el control judicial de la declaración de intervención, nuestra Corte se pronunció en el famoso caso "Cullen c. Llerena" en el que afirmó que la intervención es del resorte de los poderes políticos y sus decisiones al respecto no pueden ser controvertidas por el departamento judicial⁽²⁷⁷⁾. En la misma línea se ha pronunciado la Corte en el año 1962 al afirmar que "La intervención de una provincia por órgano competente es un acto político no justiciable, que se resuelve y ejecuta por los poderes políticos, esto es, por el Congreso y el Poder Ejecutivo"⁽²⁷⁸⁾.

Posteriormente, la Corte ha evitado intervenir en forma cautelar para evitar la ampliación de la intervención federal —por vía de un decreto— a los poderes Legislativo y Judicial de la provincia de Corrientes. En el caso, la Corte declaró abstracta la medida cautelar solicitada por cuanto, al momento de dictarse la sentencia, el Poder Ejecutivo ya había dispuesto la ampliación de la intervención con el

dictado del dec. 1447/1992⁽²⁷⁹⁾. La disidencia consideró que existía mérito suficiente para la intervención de la Corte Suprema y evitar, así, que se consumara una ampliación de la intervención federal sin una ley del Congreso, reafirmando lo mencionado sobre este punto en el caso Orfila. Asimismo, los jueces en disidencia consideraron que la no justiciabilidad de las cuestiones atinentes a la intervención federal se limita a la imposibilidad de los órganos judiciales de revisar los motivos que hubiesen llevado al Gobierno federal a declarar una medida de tal magnitud pero que resulta totalmente justiciable la cuestión cuando lo que se discute es el órgano competente para declararla y no sus motivos.

En sentido similar se resolvió la cuestión en el caso "Presidente del Superior Tribunal de Justicia de la Pcia. de Corrientes s/ deduce acción de amparo"⁽²⁸⁰⁾. La mayoría desestimó el caso por defectos formales⁽²⁸¹⁾ sin considerar el planteo por el cual se impugnaba la facultad del presidente de la Nación para ampliar la intervención federal.

Es decir, que en aquellos casos en los que la Corte ha tenido oportunidad ha declarado el tema como una cuestión política no justiciable o bien ha evitado entrar en la resolución de fondo.

VI. EL CARÁCTER DE LOS ACTOS DEL INTERVENTOR FEDERAL

El interventor federal es un funcionario designado por el presidente de la Nación con la finalidad de normalizar la provincia intervenida, cumpliendo con los cometidos y haciendo uso de las competencias fijadas en la norma que dispone la intervención. Sin perjuicio de ello, resulta relevante determinar cuál es el carácter de los actos del interventor federal a fin de determinar cuestiones como la competencia de los jueces para resolver impugnaciones a sus actos y la responsabilidad del Estado provincial o federal en caso de daños y perjuicios.

En diversos casos, la Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tema y ha afirmado que la actuación de los interventores federales, en el orden local, no pierde ese carácter por razón de invocarse el origen de su investidura. En consecuencia, la impugnación de los actos del interventor como contrarios a normas locales es ajena a la competencia originaria de la justicia federal⁽²⁸²⁾. Sin embargo, la Corte en su jurisprudencia más reciente ha accedido en forma originaria a una pretensión cautelar contra actos del interventor federal afirmando que el interventor federal tiene un doble carácter, y, en consecuencia, también lo tienen los actos que realiza. Representa al Gobierno federal, pero es también un representante promiscuo y necesario de la provincia hasta tanto sean

reorganizados los poderes locales. Es decir que actúa con una doble personalidad y realiza actos que gozan de una u otra naturaleza y que pueden ser calificados de diversa manera⁽²⁸³⁾. En dicho caso, la Corte consideró que la declaración de necesidad de reforma de una Constitución provincial es un acto de naturaleza federal y no local, y suspendió cautelarmente el llamado a elecciones para convencionales constituyentes, dispuesto por la ley local 6667⁽²⁸⁴⁾.

En forma posterior y en sentido similar, la Corte desestimó una queja contra una sentencia que condenó al Estado nacional a pagar los daños y perjuicios derivados de la conducta imputada al interventor federal⁽²⁸⁵⁾. El reclamo se fundaba en las declaraciones realizadas por la interventora a los diarios *Época* y *El Litoral* entre el 13 y el 15 de agosto de 1992 (en las que manifestó públicamente que la justicia local se hallaba integrada por magistrados y funcionarios venales y que su tarea como interventora consistiría en la moralización del Poder Judicial, por lo que estos habrían de ser removidos). Se alegaba entonces que la remoción posterior había concretado la difamación, que daba origen a un posible reclamo por daños y perjuicios.

La sentencia que la Corte dejó firme hacía responsable al Estado nacional por los actos de la interventora federal⁽²⁸⁶⁾, considerando entonces que su actuación comprometía el patrimonio del Gobierno federal y no de la provincia.

VII. ¿LEY ORGÁNICA DE LA INTERVENCIÓN FEDERAL?

La CN, luego de aclarar las causales de intervención, los sujetos pasivos de la intervención y el órgano competente para declararla, nada más dice sobre la cuestión. Es entonces que podríamos preguntarnos: ¿cuánto debe o puede durar una intervención? ¿Quién debe designar al interventor? ¿Qué facultades tiene el interventor federal? ¿Qué tipos de intervención pueden existir? A lo largo de la historia constitucional argentina se han intentado sancionar leyes que regularan las intervenciones federales, sin éxito alguno. Es decir que todas estas cuestiones se definieron en forma distinta en cada intervención federal que fue declarada.

Desde el comienzo de la existencia de nuestra República se ha intentado avanzar en una ley reglamentaria de la intervención federal. Así se ha sancionado la ley 318, del 25/8/1869, vetada por el Poder Ejecutivo el 2 de septiembre del mismo año; otros contaron con despacho favorable de la Comisión de Negocios Constitucionales, como el Proyecto de José Nicolás Matienzo de 3/5/1932, y hasta media sanción del Senado Nacional el 24 de septiembre del mismo año⁽²⁸⁷⁾. Luego de la última reforma constitucional, la cantidad de

intervenciones federales ha disminuido en forma notable y así también el interés en sancionar una ley que reglamente el art. 6º de la CN. Si bien se han presentado proyectos de ley⁽²⁸⁸⁾, ninguno ha tenido tratamiento en las Cámaras del Congreso.

* * *

Art. 7º.—

Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán.

Comentario por Juan Ignacio Sáenz

Este artículo integra un grupo de disposiciones constitucionales (arts. 5º, 7º, 8º, 75.12, 75.13, 126 y 128) que procuran establecer una base jurídica uniforme en todo el territorio nacional; esto es, determinados principios, derechos, garantías y materias del derecho nacional únicas en todo el país, que conviven con los ordenamientos locales (provinciales, municipales y el de la Ciudad de Buenos Aires), pero que evitan la dispersión y la discordancia de ciertos contenidos, a tono con los propósitos del Preámbulo de "constituir la unión nacional" y "consolidar la paz interior", y del art. 75.18 de promover la iniciativa y la inversión económica sin la perturbación de las "fronteras" jurídicas locales.

Dicha base jurídica común está compuesta en primer lugar por las reglas del "sistema representativo republicano" y por los "principios, declaraciones y garantías de la CN", tal como el art. 5º impone a los órdenes provinciales⁽²⁸⁹⁾. Luego, por la legislación nacional civil, comercial, penal, de minería, y laboral (única en todo el país, conf. art. 75.12), y por la regulación unitaria de toda actividad que se realice de manera interjurisdiccional (art. 75.13). También, por normativas nacionales específicas, entre otras, sobre: nacionalidad y naturalización, materia aduanera (arts. 9º y 75.1), navegación interior (arts. 26 y 75.10), presupuestos mínimos de protección del ambiente

(art. 41), moneda y sistemas de pesos y medidas (art. 75.11) y organización básica de la educación (art. 75.19).

Con la misma finalidad de unidad y armonía jurídica, el art. 7º garantiza los efectos plenos de los actos provinciales en todo el país, disponiendo que "los actos públicos" que cada provincia emite en ejercicio de su autonomía (como los decretos y leyes de sus poderes ejecutivos y legislaturas, y actos de sus demás autoridades) y las decisiones de los tribunales locales ("procedimientos judiciales), "gozan de entera fe en las demás"; esto es, tienen plena validez, obligatoriedad y eficacia en toda la Nación, con idénticos efectos que producen en las provincias de donde emanan, y sin que puedan ser desconocidos o requerírseles condiciones especiales de autenticación⁽²⁹⁰⁾ (Fallos 136:339, 165:192, 179:36).

A su vez, el artículo faculta al Congreso de la Nación a reglamentar la forma probatoria de dichos *actos públicos* y *procedimientos judiciales* provinciales, por lo cual se dictaron las leyes nacionales 44 y 5133, reemplazadas por el actualmente vigente dec.-ley 14.983/1957, según el cual los actos y decretos de los poderes Ejecutivos de cada provincia y los actos y leyes de sus respectivas legislaturas, deben ser tenidos por auténticos con su sola publicación, y asimismo las decisiones de los tribunales provinciales si se encuentran legalizados conforme con la reglamentación que cada provincia establezca al respecto.

También se sancionó la ley nacional 22.171, que aprueba un convenio al que adhirieron todas las provincias, por el cual se reglamenta la forma y los procedimientos que deben llevarse a cabo para practicar notificaciones, citaciones, intimaciones, pedidos de informes y otras comunicaciones dispuestas en una causa judicial en trámite ante un tribunal de una provincia, en otra jurisdicción territorial, y se unifican las formas extrínsecas de los oficios, cédulas, mandamientos, testimonios y copias certificadas que deban enviarse de una jurisdicción a otra. En algunos casos, las diligencias pueden realizarse directamente y en otros se requiere que el tribunal provincial donde tramita la causa solicite su ejecución al tribunal de la jurisdicción donde debe practicarse (p. ej., las medidas cautelares que deban inscribirse en registros —un embargo ordenado por un tribunal de La Pampa sobre un bien inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Buenos Aires—, y otras medidas para cuya efectivización se requiera el auxilio de la fuerza pública).

Por su parte, la Corte Suprema precisó que —con fundamento en el artículo comentado— los instrumentos notariales otorgados por un escribano matriculado en una jurisdicción tienen plenos efectos en

las demás, sin que pueda una provincia establecer a su respecto mecanismos de reválida o que impongan la necesaria intervención de un escribano matriculado en su ámbito (Fallos 308:2588).

* * *

Art. 8º.—

Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás. La extradición de los criminales es de obligación recíproca entre todas las provincias⁽²⁹¹⁾.

Comentario por Juan Ignacio Sáenz

En idéntica línea con la disposición precedente y las demás que se mencionan en el comentario anterior, este artículo procura consolidar la unidad jurídica, política y territorial del Estado federal.

Más allá del alcance que pueda asignársele a la expresión *título de ciudadano*, que evoca toda la cuestión atinente a la diferencia entre *nacionalidad* y *ciudadanía*⁽²⁹²⁾, el sentido de la cláusula es sencillamente el de tener por suprimidas definitivamente las ciudadanías provinciales anteriores a 1853, derivadas de la soberanía de las provincias propia de esa época, y consagrar la igualdad jurídica de todos los *ciudadanos argentinos*, sin lugar para *estatus* o prerrogativas especiales que se deriven de su lugar de nacimiento o de residencia (sin perjuicio de los derechos que las constituciones o leyes locales otorguen a los residentes en materia de derechos políticos y en términos de prestaciones que deba proveerle el Estado local, como las derivadas de los regímenes jubilatorios y de los derechos sociales)⁽²⁹³⁾.

Nuevamente, la fuente es la Constitución de los Estados Unidos, que en su art. IV, sección 2, dice: "1. Los ciudadanos de cada Estado tendrán derecho en los demás a todos los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de estos. 2. La persona acusada en cualquier Estado por traición, delito grave u otro crimen, que huya de la justicia y fuere hallada en otro Estado, será entregada, al solicitarlo así la autoridad ejecutiva del Estado del que se haya fugado, con el objeto de que sea conducida al Estado que posea jurisdicción sobre el

delito". También, la Enmienda XIV de 1868, establece, sin distinguir nacionalidad de ciudadanía, que "todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen⁽²⁹⁴⁾. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos (...) ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos".

Por ende, los ordenamientos locales no pueden establecer distinciones respecto de las personas residentes en otras provincias o en la Ciudad de Buenos Aires que alteren la igualdad y los derechos y garantías inherentes al título de *ciudadano argentino*⁽²⁹⁵⁾.

En el caso "Argenova SA c. Santa Cruz" (2010, Fallos 333:2367), la Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial que exigía que la tripulación de los buques pesqueros esté constituida en un (50%) por personas con más de dos años de residencia permanente en esa provincia, señalando que la igualdad de los ciudadanos asegurada en el art. 8º de la Constitución impide las distinciones en relación con su derecho a trabajar, y que "la única diferencia de trato que las constituciones provinciales contemplan concierne a los derechos políticos, dado que para poder ejercerlos, se requiere ser natural de una provincia o acreditar determinada cantidad de años de residencia en ella". Por su parte, el voto de la jueza Argibay en la misma sentencia agrega que la ley provincial resulta "incongruente con el sistema económico creado por la CN en sus arts. 8º, 9º, 10, 11 y 12", las cuales "buscan asegurar un espacio económico único, libre de trabas fundadas en el hecho de que la circulación de bienes y personas atraviese los límites provinciales".

Vale decir que, desde esta última perspectiva, este artículo de la Constitución encuentra también proyecciones de carácter económico, en tanto integrante de un conjunto de disposiciones que procuran crear un espacio económico nacional unificado, libre de restricciones y regulaciones internas que perturben o desalienten la iniciativa, la inversión y el desarrollo económico (conf. arts. 8º a 12, 26 y 75.13 en cuanto delega con exclusividad al Gobierno federal la regulación del comercio interjurisdiccional) y que, por ejemplo, fulminan también el diferente tratamiento tributario que otorguen las leyes provinciales por distinta vecindad o por producirse los bienes o los ingresos fuera de la provincia⁽²⁹⁶⁾.

Recientemente, en el caso "Bayer SA c. Santa Fe" (Fallos 340:1480), ratificó tales criterios, invalidando la norma local que imponía una alícuota superior en el impuesto provincial a los ingresos

brutos para el caso de "actividades comerciales desarrolladas en la provincia por contribuyentes radicados fuera de la jurisdicción", por considerar que ello "genera una suerte de barrera aduanera, o de medidas proteccionistas, que alteran el concepto orgánico de comercio previsto en la CN".

Por último, el art. 8º dispone una elemental obligación de reciprocidad entre las provincias en materia de extradición de personas sujetas a un proceso penal. La extradición es un procedimiento por el cual un Estado con competencia para juzgar a una persona por medio de sus tribunales (en este caso, una provincia, cuyos tribunales aplican la legislación penal conforme con el art. 75.12CN), solicita a otro Estado que carece de tal competencia (y en donde la persona se encuentra) que la detenga y asegure su traslado para ponerla a disposición de la jurisdicción requirente. Es frecuente en el derecho internacional, donde los Estados convienen la extradición de personas por medio de tratados, aunque siempre resguardando ciertas potestades del Estado requerido para negarse a conceder el pedido. En el caso de la disposición en comentario — solicitud de extradición entre provincias— y a decir de la Corte, aquella es una obligación constitucional que debe cumplirse automáticamente, sin que quede supeditada a requisitos o limitaciones de las provincias, pues se encuentra impuesta por intereses superiores de justicia, y comprende tanto los casos de prisión como los de simple detención (Fallos 141:420; 148:317; 181:338; 250:686; 262:17; 272:76; entre otros).

* * *

Art. 9º.—

En todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso.

Comentario por Federico M. Apostolidis

I. EL SISTEMA ADUANERO CONSTITUCIONAL

El régimen aduanero argentino se halla regulado de forma sistémica en el texto constitucional y se trata de un tópico de gran importancia, debido a que presenta estrechos vínculos con la vida política y económica del país. La historia constitucional argentina evidencia que la cuestión aduanera ha sido central al momento de consolidarse la unión nacional⁽²⁹⁷⁾, pues uno de los grandes objetivos para concretar ese fin ha sido la interdicción de las aduanas locales —cuyo establecimiento pasó a ser de resorte exclusivo del gobierno central— y su consiguiente federalización. De esta manera, se daba un paso más en la construcción de un único país para una sola nación⁽²⁹⁸⁾.

El artículo que se comenta es el punto de partida del complejo entramado normativo existente respecto del tema aduanero. De él se desprende un claro principio constitucional: la prohibición de establecer aduanas dentro del territorio nacional, o lo que es lo mismo, la prohibición de aduanas interiores, sean federales o provinciales.

En nuestro esquema federal de distribución de facultades, la materia aduanera es de competencia exclusiva de la Nación por expresa delegación de las provincias, quienes, por ende, tienen vedado ejercerla. Este límite se halla explícitamente reconocido en el art. 126 de la CN, que establece que "[l]as provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden (...) expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales (...)".

La centralización de las facultades aduaneras resulta de gran importancia en el sistema federal, en tanto propicia la igualdad de las provincias y evita posibles conflictos y eventuales competencias económicas a través del establecimiento de aranceles diversos, a la vez que garantiza un conjunto adicional de libertades personales y económicas que robustecen la libertad de comercio. Por ello, la Constitución afirma en el art. 10 que en "(...)el interior de la República es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional, así como la de los géneros y mercancías de todas clases, despachadas en las aduanas exteriores". Con este mismo sentido, el art. 11 de la CN, dispone que "[l]os artículos de producción o fabricación nacional o extranjera, así como los ganados de toda especie, que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transporten; y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio"; mientras que el art. 12 de la CN, asegura que "[l]os buques destinados de una

provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito, sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto de otro, por medio de leyes o reglamentos de comercio"⁽²⁹⁹⁾.

A su turno, el art. 75, inc. 10 de la CN, atribuye al Poder Legislativo Nacional la exclusiva facultad de "[r]eglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas".

En este contexto, el sistema de protección del libre comercio interior frente a posibles trabas impuestas por los niveles locales de gobierno —muy común en épocas anteriores a la organización constitucional—, encuentra una reafirmación en el art. 75, inc. 13 de la CN, (cláusula comercial), en el cual se establece la privativa potestad del Congreso Nacional de "[r]eglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí".

Además de la importancia que exhibe respecto del comercio interjurisdiccional, el tema aduanero presenta una trascendente proyección desde el punto de vista de la conformación de la renta pública, en tanto constituye una rica fuente de recursos con los cuales financiar los gastos públicos⁽³⁰⁰⁾. Frente a este panorama, la aduana, como fuente generadora de renta, también es de acceso privativo del gobierno central. Los recursos aduaneros, entonces, no pueden ser aprovechados por las provincias, pues han renunciado a esos ingresos.

En efecto, los arts. 4º y 75, inc. 1º de la CN, aseguran para el Estado federal, la exclusiva titularidad de los tributos aduaneros. Esto también puede observarse en el texto del art. 9º de la CN, el cual, luego de establecer que en la Argentina solo existirán aduanas nacionales, asevera que en ellas regirán, únicamente, las tarifas que imponga el Congreso. Además de lo mencionado hasta aquí, en cuanto a que es el gobierno central quien controla y dirige las aduanas, el entramado de normas constitucionales permite inferir una idea rectora en la materia: la aduana es siempre externa y nunca interior, aun cuando ella fuera creada por la Nación.

En este capítulo solo me referiré a la prohibición de aduanas interiores, pues de las tarifas aduaneras me ocuparé al comentar el art. 75, inc. 1º de la CN, a donde me remito.

II. LA ADUANA: NOCIÓN Y FUNCIONES

2.1. Evolución histórica

De manera previa a ingresar en el estudio de las consecuencias jurídicas que se desprenden de la cláusula constitucional en

comentario, estimo necesario delinear los perfiles básicos de la aduana.

Generalmente se coincide en que la voz "aduana" proviene del árabe "*diwán*", que derivó luego en "*adayuán*", "*al dyuán*", "*ad-diawána*", hasta desembocar en aduana.

Los nombres árabigos "diván" o "divana" aludían a la "(...)casa en la que se recogen los derechos (...) "⁽³⁰¹⁾. Más allá de las diversas denominaciones, lo cierto es que con este vocablo se designaba "(...)al lugar en el que se reunían aquellos que llevaban los registros o libros de cuentas relativos a las mercaderías que ingresaban o egresaban y donde se abonaban los tributos correspondientes "⁽³⁰²⁾.

Por otro lado, esta palabra admite diversos significados, pues con ella se ha designado a los lugares de paso de mercaderías, a los espacios físicos en donde se percibían los tributos por la comercialización transfronteriza de mercaderías, a la dependencia estatal encargada de controlar el tránsito de mercaderías entre los territorios nacionales e incluso se la ha llegado a confundir, sencillamente, con los propios gravámenes sobre el comercio internacional.

Actualmente, son tres los significados que pueden atribuirse a la aduana: uno institucional, uno físico y otro de carácter fiscal o económico. Conforme el primer significado, la aduana es concebida como una agencia u oficina estatal que cumple funciones vinculadas con el tránsito internacional de mercaderías. El concepto físico o geográfico describe a la aduana como el lugar por donde ingresan o egresan las mercaderías de un determinado territorio. Finalmente, en su significado económico-financiero, la aduana consiste en la carga pecuniaria que se paga por el tráfico internacional de mercaderías.

La CN, cuando se refiere a las aduanas, parecería acercarse al significado económico-financiero del vocablo. Volveré sobre esto más adelante.

Ahora bien, las aduanas no son una novedad en nuestra historia, de hecho se cree que su existencia se remonta, inclusive, a la antigüedad, tanto en Egipto, Grecia, Fenicia, la India y Roma⁽³⁰³⁾. Como su aparición se encuentra estrechamente ligada al intercambio comercial entre los pueblos, durante largo tiempo se manifestaron como los enclaves por donde debían pasar los comerciantes antes de ingresar o sacar mercancías de un determinado territorio. De allí que los puestos se ubicaran en las fronteras terrestres (camino) o en los puertos fluviales o marítimos. En esos puestos se controlaban los productos que ingresaban o salían de un determinado territorio y, a su vez, se abonaban los derechos pecuniarios derivados de dicha actividad comercial.

En nuestras latitudes, los inicios de esta institución se remontan a los tiempos de la conquista y colonización española. En efecto, con las reformas borbónicas en las tierras del plata y tras la creación del Virreinato del Río de la Plata en 1776, se dictó el Reglamento de Libre Comercio (1778), que eliminó el antiguo monopolio y autorizó a Buenos Aires, entre otros puertos, a comerciar directamente con España⁽³⁰⁴⁾.

En este contexto, mediante la Real Cédula del 25 de junio de 1778 se creó e instauró la Real Aduana de Buenos Aires —que entró en funcionamiento desde el año siguiente—, cuyo primer administrador designado por la Corona fue Francisco Ximénez de Mesa⁽³⁰⁵⁾.

Hoy en día, el rol de las aduanas excede del que ocuparon tradicionalmente. Por ello, desde una visión institucional, se la define como:

"(...) el órgano de la administración pública que tiene por función controlar el ingreso y egreso de mercaderías de un determinado territorio aduanero, aplicar el régimen de prohibiciones y restricciones, percibir los tributos definidos y regidos por la legislación aduanera y aplicar, en general, las disposiciones que regulan el comercio internacional de mercaderías y el derecho aduanero"⁽³⁰⁶⁾.

Como ya se mencionó, la aduana es una de las instituciones públicas más antiguas de nuestro país. Durante su historia, recibió diversas denominaciones: se llamó Dirección General de Rentas, Administración General de Aduanas y Puertos, Aduana de la Nación y Administración Nacional de Aduanas. En la actualidad, el organismo estatal que funciona como autoridad aduanera es la Administración Federal de Ingresos Públicos⁽³⁰⁷⁾ —AFIP—, a través de la Dirección General de Aduanas, que forma parte —junto con la Dirección General Impositiva y la Dirección Nacional de los Recursos de la Seguridad Social— de dicho organismo (conf. dec. 618/PEN/1997).

2.2. Las funciones de la aduana

Según las previsiones del dec. 618/PEN/1997, la Administración Federal de Ingresos Públicos, ente de ejecución de la política tributaria y aduanera de la Nación, tiene, entre otras funciones, las siguientes: (i) la aplicación, percepción y fiscalización de los tributos y accesorios; en especial, los que "(...) gravan la importación y la exportación de mercaderías y otras operaciones regidas por leyes y normas aduaneras que le estén o le fueren encomendados (...)" ; (ii) el control del tráfico internacional de mercaderías; y (iii) la clasificación arancelaria y valoración de las mercaderías (art. 3º).

La función esencial de la aduana es el control del tráfico internacional de mercaderías, es decir, de las mercancías que se importan o exportan del territorio nacional, a los fines de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera. Esta misión, como se verá más adelante, presenta diversas aristas. Asimismo, la aduana tiene a su cargo la aplicación y fiscalización de las distintas prohibiciones a las importaciones y exportaciones, así como también la aplicación, liquidación y percepción de los tributos aduaneros.

Cabe aclarar que la faz tributaria de la actividad aduanera no reviste un carácter fundamental para la configuración de la aduana, pues, en definitiva, la percepción de los gravámenes al comercio exterior se podría efectuar a través de una tesorería o por los órganos del fisco.

2.2.1. Función de control

La principal misión de la aduana es ejercer el control de los movimientos de mercaderías que ingresan o egresan del país.

Una de las primeras manifestaciones del ejercicio de esta función es la vigilancia de las fronteras, con el objeto de evitar y prevenir que salgan o entren mercaderías de manera irregular, clandestina o no autorizada⁽³⁰⁸⁾. Esta tarea, además de tutelar la seguridad de los habitantes del país, coadyuva al comercio internacional, en tanto permite detectar la posible existencia de mercaderías falsificadas y garantizar, así, los derechos marcarios de los productores y la seguridad de los consumidores.

Además de la vigilancia de las fronteras, una vez que los servicios aduaneros individualizaron la mercadería sometida a control, deben proceder a clasificarla y valorarla. La clasificación de las mercaderías, la que se realiza sobre la base de un nomenclador internacional, le permite a la administración aduanera conocer qué tratamiento legal deberá brindarle y, así, hacer valer en debida forma la aplicación de las normas vigentes. Luego de efectuar dicha operación, corresponde al organismo controlante valorar la mercadería a importar o exportar, esto es, establecer su valor en aduana. Estas dos operaciones son fundamentales para que se puedan cumplir las restantes funciones encomendadas al organismo, ya que tanto la aplicación de los regímenes de prohibiciones y restricciones al comercio exterior como la aplicación de los tributos que se pagan en función del valor de la mercancía involucrada (tributos *ad valorem*), dependen de la clasificación y valoración aduaneras.

2.2.2. Aplicación de prohibiciones

Si bien en nuestro sistema constitucional rige como directriz la libertad de comercio, lo cierto es que existen muchísimas restricciones al comercio exterior, entre las que se destacan las prohibiciones. Estas restricciones se aplican a la importación y exportación de mercaderías. Como se advierte, esta misión es complementaria de la tarea de control que tiene a su cargo la aduana, incluso podría entenderse como una faceta de la referida función. Ello es así, por cuanto la aduana verifica el cumplimiento de la normativa legal que crea e impone la restricción.

Las prohibiciones, que consisten en una limitación que impide la importación o exportación, pueden ser clasificadas en económicas y no económicas y, a su vez, en absolutas o relativas (según que la prohibición sea universal o aplicable solamente respecto de ciertos sujetos). Las económicas se vinculan, por lo general, con la política monetaria, cambiaria y de comercio exterior (*i.e.*, las establecidas con fines proteccionistas de la industria local) que tenga el Estado en un momento dado, mientras que las no económicas pueden hallarse relacionadas con cuestiones medioambientales, de salud pública, culturales, de preservación de la flora y fauna, del patrimonio cultural, de los recursos naturales, etcétera⁽³⁰⁹⁾.

III. LA PROHIBICIÓN DE LAS ADUANAS INTERIORES

Adelanté en el apartado anterior que la utilización del término "aduana" en el texto constitucional se aleja, aunque no lo descarta, del concepto institucional. Una interpretación originalista permite afirmar que la noción de aduana que se emplea en la CN se identifica con la concepción fiscal, esto es, lisa y llanamente, como equivalente a los gravámenes que inciden sobre el tráfico de mercaderías de un territorio a otro (derechos de importación y exportación)⁽³¹⁰⁾.

Bajo esta premisa, lo que se persigue evitar con esta cláusula y las restantes que integran el régimen constitucional aduanero (arts. 10, 11, 12, 75, incs. 1º y 10, y 126, CN) es, principalmente, evitar que mediante cargas tributarias las provincias o la Nación obstaculicen el comercio interior, en especial, los movimientos de mercaderías dentro del territorio nacional. Desde épocas anteriores a la organización nacional, la cuestión aduanera, y en particular la lucha por el control de la aduana de Buenos Aires, ha sido un determinante factor de desunión entre los pueblos del Plata. Así, los conflictos generados en derredor de las aduanas postergaron durante muchos años la unidad de la Nación Argentina. En este contexto, los arts. 9º a 12 de la CN no solo permitieron, a la postre, la federalización de la aduana porteña, sino que fueron determinantes para asegurar la unidad nacional y promover el desarrollo y progreso del comercio.

En efecto, la prohibición de multiplicidad de aduanas dentro del territorio nacional es una medida que facilita el comercio, evita la competencia entre los gobiernos locales y las discriminaciones entre las distintas regiones que integran el país.

Alberdi, en este orden de ideas, advertía en sus "Bases" que la reducción de las aduanas era esencial para el progreso económico y para garantizar la libertad de comercio, otro importante factor de prosperidad. En esta línea, señalaba enfáticamente:

"Si queréis que el comercio pueble nuestros desiertos, no matéis el tráfico con las aduanas interiores. Si una sola aduana está de más, ¿qué diremos de catorce aduanas? La aduana es la prohibición; es un impuesto que debiera borrarse de las rentas sudamericanas. Es un impuesto que gravita sobre la civilización y el progreso de estos países, cuyos elementos vienen de fuera. Se debiera, ensayar su supresión absoluta por 20 años, y acudir al empréstito para llenar el déficit. Eso sería gastar, en la libertad, que fecunda, un poco de lo que hemos gastado en la guerra, que esteriliza"⁽³¹¹⁾.

A lo dicho agregaba que la libertad del comercio interior solo sería una fórmula vacía mientras hubiera catorce aduanas interiores, "(...) que son catorce desmentidos dados a la libertad (...)". Por ello afirmaba que la aduana "(...)debe ser una y nacional, en cuanto al producto de su renta; y en cuanto a su régimen reglamentario (...) "⁽³¹²⁾.

3.1. El alcance de las facultades provinciales y su coexistencia con las competencias federales

Desde muy antiguo, la CS ha sostenido enfáticamente que, en nuestro sistema constitucional, las provincias poseen la facultad para darse leyes y ordenanzas de impuestos y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 126 de la CN. De allí que afirmara que la creación de impuestos, elección de objetos imponibles y formalidades de percepción son "(...)del resorte propio de las provincias, porque entre los derechos que hacen a la autonomía de ellas es primordial el de imponer contribuciones y percibirlas sin intervención de autoridad extraña (Fallos 7:373; 105:273; 114:282; 137:212; 150:419) (...) "⁽³¹³⁾. En este mismo orden de ideas, la Corte ha expresado que las provincias conservan todas las facultades no delegadas a la Nación y, en su virtud, pueden establecer libremente impuestos sobre todas las materias no reservadas expresamente a la Nación por la CN y, por ello,

determinar los medios de distribuirlos sin otras limitaciones que las que resulten del texto constitucional. Sus facultades, dentro de esos límites, "(...)son amplias y discrecionales y el criterio, oportunidad, o acierto con que las ejerzan son irrevisables por cualquier otro poder (Fallos 243:98), salvo su constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que lo contrario sería lesivo del sistema federal y de la primacía constitucional, respectivamente, que coexisten en nuestro ordenamiento legislativo (Fallos 242:73)"⁽³¹⁴⁾.

Adicionalmente, el Cíbero Tribunal no ha pasado por alto que, si bien es cierto que las provincias, en ejercicio del poder no delegado a la Nación, tienen la facultad de crear impuestos para

"(...)el sostenimiento de su autonomía, el fomento de sus servicios públicos y su riqueza (Fallos 151:359; 278:210), ello lo es en la medida en que se le reconozcan las limitaciones que surgen de (...) aquellas cláusulas mediante las cuales se ha conferido a la Nación, entre otros, el poder de reglar el comercio con las naciones extranjeras y las provincias entre sí (Fallos: 269:92) y no se afecten esas atribuciones otorgadas con el carácter de una facultad exclusiva (...)"⁽³¹⁵⁾.

Como se desprende de lo expuesto, las facultades tributarias locales hallan un límite en las competencias que ejerce, en exclusivo, el Gobierno federal. En este sentido, otro principio de gran raigambre en la historia de la jurisprudencia de la Corte indica que el diseño constitucional del sistema federal reconoce la preexistencia de las provincias y la reserva de todos los poderes que estas no hubiesen expresamente delegado en el gobierno central, a la vez que exige aplicar estrictamente la preeminencia de los poderes federales en las áreas en que el sistema constitucional así lo previó⁽³¹⁶⁾.

A los fines de crear una pauta interpretativa que permita mantener el equilibrio y el quicio del sistema, el Alto Tribunal ha establecido en muchísimas sentencias que

"(...) los poderes de las provincias son originarios e indefinidos y los delegados a la Nación son definidos y expesos, pero aquellos poderes provinciales no pueden enervar el ejercicio razonable de los poderes delegados al gobierno federal, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan todas las provincias (Fallos 304:1186 y 312:1437). Resulta de esencial importancia que la relación entre las provincias y la Nación se desenvuelva

armónicamente, cuidándose una de no entorpecer la acción exclusiva de la otra y viceversa"⁽³¹⁷⁾.

El conglomerado normativo conformado por los arts. 9º a 12, 75, incs. 1º, 10 y 13, y 126 de la CN se encuentra, sin duda alguna, dentro del universo de competencias federales que quedan fuera del ámbito de las decisiones provinciales. Puntualmente, la Corte destacó los motivos que llevaron a los constituyentes a adoptar esta solución constitucional:

"Buscaban desterrar un sistema impositivo feudal que venía desde la Colonia, cuyo exponente típico fue la aduana seca de Córdoba. El sistema se prolongó y agravó después de la Independencia, constituyendo una causa de aislamiento, de querellas y luchas entre las provincias, poniendo una valla a la formación y constitución de la Nación. (...) Cada provincia tenía sus aforos y reglamentos de aduana, hacían entre sí o con el extranjero, concesiones y convenios sobre tarifas, y su vida económica estaba subordinada al régimen aduanero. Los impuestos que las provincias crearon, como consecuencia de su aislamiento, fueron tres principales: 1º el de importación; 2º el de tránsito o peaje, o sea el de atravesar su territorio; 3º el de 'extracción' de sus productos.

(...) Los arts. 9º, 10, 11 y 12 de la Constitución están explicados por ese pasado y cada una de sus frases responden a capítulos de la experiencia (como el que se refiere a los medios de transporte del art. 11 que alude al impuesto que soportaban y la preferencia de puertos que alude a la rivalidad de las Provincias litorales del art. 12). (...) La Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo, ha dicho con razón esta Corte: no habría Nación si cada provincia se condujera económicamente como una potencia independiente. Pero no se ha propuesto hacer una Nación centralizada. La Constitución ha fundado una unión indestructible pero de estados indestructibles"⁽³¹⁸⁾.

Al poco tiempo, el Máximo Tribunal federal tuvo oportunidad de ampliar las nociones vertidas en el caso previamente citado, y avanzó un poco más en la delimitación del principio de la prohibición de las aduanas interiores. En efecto, en el precedente "Vila, Luis y Justo y otros c. Prov. de Córdoba s/inconstitucionalidad y repetición de sumas de dinero"⁽³¹⁹⁾, el tribunal expresó que a los efectos de poder conocer la intención de la CN al abolir las aduanas interiores resultaba fundamental entender en qué consistían. En esa inteligencia, se señaló que las aduanas interiores a las que refiere la constitución son aquellas con fines económicos y fiscales, a través

de las cuales se proponía defender la producción local frente a la competencia generada con motivo de la producción de otras provincias y también crear recursos para el erario. Esas rentas era la principal de algunos Estados, lo que explicaba, según la Corte, la resistencia tenaz que opusieron a su abolición. De esta manera, continúa el tribunal, se convertía a la aduana en un instrumento de querella y represalia entre las provincias, dado que el impuesto aduanero perseguía, como propósito, la protección de la producción local. En suma, a juicio de la Corte, lo que impedía que el país fuera "un solo territorio para una sola nación" era el tratamiento diferente del mismo producto, según fuera local o importado; o bien, según fuera consumido dentro de una provincia o se exportara a otra.

A su vez, en ese marco, se expuso una cuestión fundamental sobre la interpretación de los alcances del art. 9º y conchs. de la CN, ya que se mencionó cuál sería el objeto del principio en estudio: "[l]a supresión de la aduana interior significó substancialmente la abolición de preferencias en el tratamiento de los productos o mercaderías por razón de su procedencia", pues ello es lo que, en definitiva, afecta la libertad de comercio interior.

Otra de las definiciones que fueron elaboradas en este caso fundador ha sido la vinculada con la forma en la que un impuesto local puede llegar a atentar contra el tráfico de mercaderías entre las jurisdicciones locales. En efecto, el Cíbero Tribunal aseveró que ello podría producirse

"cuando una ley impositiva se propone o sin proponerse, opera o puede operar desviaciones en las corrientes de consumo de tal o cual producto de una provincia. Es decir, se vuelve a la idea de leyes que crean diferencias de tratamiento del mismo producto, ya sea liberando del gravamen al producto local o estableciendo tasas diferentes según sea su origen"⁽³²⁰⁾.

Estas importantes valoraciones han sido reiteradas y profundizadas en una enorme cantidad de precedentes que sucedieron a los casos previamente citados. En una importante y reciente sentencia, referida a una alícuota diferencial en el impuesto sobre los ingresos brutos, la Corte sostuvo enfáticamente, con base en las normas constitucionales que integran el sistema aduanero y comercial de la Nación, que las provincias tienen vedado invocar la titularidad territorial para poner trabas de índole alguna a las actividades que en sustancia se vinculan con el tráfico interprovincial e internacional y que esos principios normativos impiden a las legislaturas provinciales dictar leyes que discriminen el comercio interior en función de su origen o que benefician a un Estado

provincial respecto de otro, o que se grave su desenvolvimiento al extremo de dificultarlo o impedirlo.

Así, se definió que el comercio entre Estados no es libre cuando un artículo, en razón de su origen o elaboración exterior, es sometido por la administración local a una reglamentación o gravamen diferencial, del mismo modo que "(...) [c]ualquier gravamen provincial que cree desigualdades entre los contribuyentes por razones de vecindad dentro de la República es inconstitucional (conf. Fallos 101:8; 125:333; 149:137; 155:42; 159:321; 175:199; 188:143)"⁽³²¹⁾.

Esta misma causa reviste gran importancia desde que la Corte reafirmó allí que el art. 9º de la CN, contiene una declaración absoluta de principios, según la cual "(...)para la Constitución no hay aduanas que no sean nacionales agregándose que esto no bastaba a los fines de la organización nacional y era menester dejar expresamente consignado que lo que se suprimía no era solo la aduana provincial, sino también la aduana interior, cualquiera que fuera el carácter provincial o nacional que esta tuviera"⁽³²²⁾.

Es dable destacar, también, que en reiteradas ocasiones la Corte ha asociado a las discriminaciones tributarias, que se erigen como barreras aduaneras interiores, con una afectación al principio de igualdad fiscal reconocido por el art. 16 de la CN. Así, en un caso en el que se cuestionó el establecimiento de alícuotas diferenciales en el impuesto de sellos según el lugar de radicación del contribuyente, el Alto Tribunal estableció que

"(...) el distinto domicilio de una persona no puede ser un elemento diferenciado[r] dentro de una categoría obligada al pago o a la recaudación de un tributo, ya que no reviste la característica determinante para establecer que por ese solo extremo integra un grupo diverso que debe ser sometido a regulaciones diferentes. Cabe al respecto precisar que la norma no puede constreñir en definitiva al afectado, a fin de beneficiarse con una menor alícuota impositiva, a radicarse en el territorio provincial para ejercer la función para la que se encuentra expresa y legalmente habilitada. La conclusión contraria llevaría a lesionar seriamente su libertad de elección para establecer la sede de sus negocios, y la igualdad frente a las cargas públicas (...) "⁽³²³⁾.

La idea de la igualdad reviste una gran importancia dentro del sistema federal constitucional, puesto que no solamente alcanza a la esfera del contribuyente, sino que se proyecta también respecto de las relaciones inter e intrafederales. La creación de gravámenes por el ingreso y egreso de mercaderías de un territorio local importa una violación a los principios de igualdad y lealtad federal, a la vez que

reportaría un indebido exceso de jurisdicción de una provincia en el ámbito autónomo de las otras (conf. arts. 5º, 121 a 123 y conchs., CN).

En un renombrado caso, en el cual se impugnó una ley tributaria local que creaba "un impuesto al valor de toda venta que se realice fuera de la Provincia sobre productos elaborados en ella", la Corte resolvió que dicho dispositivo fiscal transgredía "principios y preceptos constitucionales intergiversables", pues "(...) al legislar la Provincia en los términos (...) referid[os], gravando operaciones realizadas fuera de su territorio, actúa más allá de su potestad jurisdiccional, invade otras jurisdicciones, afecta la circulación territorial de sus productos, dicta reglas a su comercio interprovincial, y en fin, extiende su poder impositivo"⁽³²⁴⁾.

En suma, el sistema constitucional persigue impedir que con leyes impositivas, o de cualquier otra naturaleza, una provincia pueda hostilizar el comercio de los productos originarios de las otras, provocando medidas de retorsión "(...) inconciliables con la armonía y recíproca consideración que debe reinar entre ellas (...)". Sin embargo, tal limitación no restringe, como se verá en el próximo apartado, las fuentes de renta locales, pues la ya mencionada prohibición se encuentra compensada con el aumento de valores, que se incorporan, mediante ese libre intercambio, a la riqueza local, "(...) aumentando directa o indirectamente, en la generalidad de los casos, el caudal susceptible de ser gravado en beneficio de la provincia (...) "⁽³²⁵⁾.

3.2. Ámbito de imposición provincial permitido frente a la prohibición aduanera

Si bien por vía de principio las provincias tienen vedado afectar el tráfico de mercaderías y, en general, el flujo de los bienes en el comercio interior (y exterior), ello no conlleva la neutralización absoluta de sus competencias tributarias. Así se ha reconocido en cuantiosa jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha consagrado en numerosos fallos que no obstante que el impuesto establecido por una provincia sobre productos que son objeto de venta o negocio fuera de su jurisdicción es violatorio de la Constitución, ese mismo impuesto establecido para gravar la venta o negociación como acto de comercio interno local "(...) que solo afecta a la circulación económica, es perfectamente legítimo (Fallos 134:259 y 267 y los allí citados, entre otros)"⁽³²⁶⁾. En esta misma sintonía, un año más tarde, la Corte resolvió que

"está fuera de discusión, por tratarse de un asunto resuelto definitivamente por la jurisprudencia, la facultad de las provincias

para gravar con impuestos todo artículo de producción territorial y todo otro, no exceptuado, que procedente del exterior o de otras provincias se haya incorporado a su propia riqueza general y sea materia de transacciones dentro de su jurisdicción, no habiendo delegado los estados autónomos dicha facultad en el Gobierno Federal"⁽³²⁷⁾.

Más cerca en el tiempo⁽³²⁸⁾, el Tribunal Cimero reiteró y amplió esta clásica doctrina, a la vez que delineó algunas pautas para guiar el trazado de las fronteras entre lo vedado por el artículo en comentario —y las demás cláusulas aduaneras y comerciales— y el ámbito de disponibilidad provincial para el ejercicio de las atribuciones tributarias.

Según la Corte, para desentrañar esa cuestión resultaba esencial fijar el momento en el que la circulación territorial y el comercio interprovincial concluyen —el tránsito de las mercaderías cuya libertad garantiza el sistema aduanero constitucional—, ya que si estos no tuvieran fin —es decir, si no pudiera determinarse el momento en que cesa la circulación que la CN tutela— no habría instante alguno en el que los bienes, las mercaderías o los productos de procedencia extranjera o de fabricación o producción nacional que son introducidos de una provincia a otra, pudieran ser válidamente gravados. Así, se reiteró que existe un principio uniforme sobre este punto, conforme una tradicional interpretación, según el cual cada provincia recobra su plena capacidad impositiva a partir del momento en que las mercaderías, géneros o productos introducidos a su territorio, "(...) llegan a confundirse y mezclarse con la masa general de bienes de la provincia, porque ya entonces no es posible afirmar que el impuesto gravita sobre el mero hecho de la introducción de los bienes (Fallos 125:333; 149:137; 100 U.S. 434; 103 U.S. 334; 116 U.S. 446; 208 U.S. 113; 120 U.S. 489)".

Empero, paralelamente, el tribunal precisó que si bien se admite que las facultades de las provincias para gravar las mercaderías introducidas comienzan a partir del momento en que ellas se incorporan a su masa general de valores, ello solo es así a condición de que, aun después de producida esta incorporación, el impuesto no establezca distinciones entre los bienes introducidos con los ya existentes en el territorio. De lo contrario, el derecho sería diferencial y, como tal, insubsistente.

En efecto, si se reconociera a las provincias el derecho de establecer impuestos más pesados sobre las mercaderías procedentes de otras —o del exterior— que se hubiesen incorporado a la riqueza local, se caería en lo mismo que se quiso evitar: las barreras aduaneras interprovinciales, que si bien no funcionaron en

el acto de la introducción de las mercaderías, se erigirían después, a través de los derechos diferenciales "(...) con manifiesta violación del régimen adoptado (Fallos 149:137 y sus citas)"⁽³²⁹⁾.

* * *

Art. 10.—

En el interior de la República es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional, así como la de los géneros y mercancías de todas clases, despachadas en las aduanas exteriores.

* * *

Art. 11.—

Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera, así como los ganados de toda especie, que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transporten; y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio.

Comentario por Federico M. Apostolidis

I. LÍMITES ADUANEROS Y COMERCIO INTERIOR: UNA CARTOGRAFÍA BÁSICA

Los arts. 10 y 11 de la CN integran —junto con los arts. 9º, 12, 75, incs. 1 y 10, y 126— un sistema normativo que regula el comercio interno del país, así como el régimen de las aduanas. Ambos artículos son claros desprendimientos y especificaciones de la idea plasmada en el art. 9º de la CN, que, además de declarar el carácter federal de aquellas, prohíbe su instalación en el interior de la República.

En su esencia, los arts. 10 y 11 expresan una prohibición de entorpecer el comercio interior mediante gravámenes, es decir, persiguen evitar que se interfiera, por vía tributaria, el tráfico de mercaderías dentro del territorio nacional. Si bien parecería ser que ambas prescripciones constitucionales fueran idénticas, lo cierto es que se refieren a dos hipótesis diferentes, aunque —como sucede con los elementos que componen un sistema— estrechamente relacionadas y necesariamente complementarias.

En efecto, el art. 10 de la CN contiene una directiva que se halla, a mi juicio, dirigida principalmente al Gobierno federal y determina que, además de quedar erradicadas las aduanas provinciales (art. 9º, CN), el régimen económico-financiero de la CN rechaza la posibilidad de creación de aduanas interiores, aun cuando sean creadas por el titular de la competencia aduanera; esto es, la Nación. A su turno, el art. 11 de la CN, sí les reitera y explicita a las provincias que han perdido la facultad de crear tributos por el mero hecho de la circulación de mercaderías entre las distintas jurisdicciones locales. Así entonces, como adelanté en los comentarios al art. 9º de la CN, en el régimen constitucional argentino no han quedado abolidas únicamente las aduanas provinciales sino también las aduanas interiores, independientemente de cuál sea el nivel de gobierno que detente esas facultades.

Aquí también resulta de vital importancia, para entender los alcances de las normas bajo estudio, conocer la historia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto el contenido de las cláusulas ha sido llenado con las interpretaciones efectuadas en un gran número de precedentes del Máximo Tribunal de la República. Claro que hago aplicable aquí todos los principios mencionados en los comentarios al art. 9º de la CN.

Trataré, en lo que sigue, de ampliar algunas cuestiones elementales y puntuales, vinculadas con los principios que surgen de los arts. 10 y 11 de la CN, así como también examinaré algunos tópicos polémicos como la validez constitucional del peaje.

II. EL PRINCIPIO GENERAL CONTENIDO EN EL ART. 10 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Este artículo corresponde al texto original de la CN, y la Corte tempranamente tuvo oportunidad de interpretar su sentido y alcance dentro del sistema económico y rentístico de la Argentina.

En efecto, tras reconocer que el art. 10 de la CN es solo una consecuencia del art. 9º de la CN y la importancia del alcance de la palabra circulación ("...que es la clave con que debe buscarse la

inteligencia que los constituyentes argentinos dieron a la cláusula que la contiene"⁽³³⁰⁾), la Corte recordó que

"Declaradas nacionales todas las aduanas de la República, quedaron de hecho y de derecho suprimidas todas las aduanas provinciales. Pero esto no bastaba a los fines de la organización nacional, y era menester dejar expresamente consignado que lo que se suprimía no era solo la Aduana provincial, sino también la Aduana interior, cualquiera que fuera el carácter provincial o nacional que ésta tuviera. El artículo [10] vino a proveer esta necesidad y este propósito político y económico, prohibiendo que en la circulación de las mercaderías dentro del territorio de la República, la autoridad nacional pudiese restablecer las aduanas interiores, que formaron parte de las antiguas instituciones argentinas"⁽³³¹⁾.

A partir de esta visión, el principio que, según la Corte, puede deducirse del art. 10 de la CN, es que aun cuando la Nación es la única que se halla habilitada para instaurar aduanas, ellas serán siempre exteriores, pues las interiores son inadmisibles conforme lo prevé el sistema constitucional. De allí la fórmula seguida en la redacción de la cláusula que se comenta, según la cual "en el interior de la República es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional, así como la de los géneros y mercancías de todas clases despachadas en las aduanas exteriores".

Ahora bien, la inmunidad que la Constitución garantiza a la circulación de esa clase de artículos de comercio prohíbe a la Nación, y también a las provincias (conf. arts. 9º y 11), establecer gravámenes sobre dicho tráfico, cualquiera que sea el punto del país al que se dirijan las mercaderías. Lo expuesto no importa privar de las competencias tributarias a los distintos niveles de gobierno, sino que les trunca la posibilidad de establecer tales tributos por la mera circulación de las mercaderías dentro del territorio del país. Una vez que las mercancías quedan incorporadas a la riqueza general del país, podrán ser gravadas tanto por el Estado nacional como por las jurisdicciones locales, según sea el ámbito de imposición.

Asimismo, la Corte precisó en el ya citado caso, a qué tipo de circulación se refiere el texto constitucional, que no es la circulación económica, sino la material. Así, se aseveró que la libertad de circulación territorial abarcada por el art. 10 de la CN:

"(...) no es en manera alguna, la libertad de circulación, que forma la base del comercio y que tiene por fines las transacciones, actos y contratos, con el objeto de adquirir y transmitir las cosas

sujetas al comercio de los hombres. Si otro fuese el alcance del artículo [10] de la Constitución, si la circulación por él declarada libre, fuese la circulación económica, entonces no habría momento en que mercadería o producto alguno incorporado a la riqueza del país, fuese pasible de impuesto, y solo quedarían como materias imponibles, el hombre, el inmueble, la capitación y la propiedad territorial. Esta circulación referente exclusivamente al libre transporte de ciertos productos y artículos en el interior de la República, es también completamente diferente del tránsito interprovincial, que reglamenta el artículo [11] de la constitución".

Tiempo después, la Corte entendió que el art. 10 de la CN no ha tenido más propósito que el de prohibir a la Nación el establecimiento de aduanas que no sean exteriores⁽³³²⁾.

En el próximo acápite voy a referirme a la prohibición contenida en el art. 11 de la CN. Empero, de modo preliminar, estimo necesario deslindar las pautas establecidas por ambos artículos, ya que no aparecen muy nítidamente distinguidas en el texto constitucional.

Pues bien, las referencias contenidas en el art. 10 ("efectos de producción o fabricación nacional" y "géneros o mercancías de todas clases" despachadas en las aduanas exteriores), importan una prohibición tendiente a hacer imposible todo derecho de importación o exportación más allá de los cobrados a través de las aduanas exteriores nacionales. El art. 11, en cambio, prevé otro supuesto: inhibe la creación de derechos de tránsito por el paso de una provincia a otra. Si el art. 10 alcanza a los derechos de aduana, el art. 11 se vincula con los derechos de tránsito, los cuales, tiempo atrás, eran exigidos por algunas provincias no como un derecho de importación regular —puesto que se cobraba aun cuando las mercancías y ganados fueran consignados a un punto situado fuera de la provincia que los imponía— sino fundados en el simple hecho del tránsito por el propio territorio⁽³³³⁾.

III. LA LIBRE CIRCULACIÓN TERRITORIAL Y LAS LIMITACIONES AL EJERCICIO DE LAS FACULTADES TRIBUTARIAS PROVINCIALES

El principio fundamental que contiene el art. 11 de la CN es el de liberar y, por consiguiente, dotar de inmunidad fiscal a la circulación interior de mercaderías. Con ello quedan erradicadas las barreras impositivas que pudieran afectar el libre comercio interior e interjurisdiccional.

Cabe aclarar que el ámbito de protección se limita exclusivamente a evitar que se grave el mero hecho de la circulación territorial de bienes y mercaderías, lo que no aniquila totalmente las facultades

tributarias de los Estados. Si bien el mero tránsito o circulación no pueden ser objeto de imposición, las mercaderías transportadas sí pueden serlo, una vez que se incorporen a la riqueza general de la nación o la provincia que se considere. Ello es así, por cuanto el comercio interprovincial (circulación económica) no se halla exonerado de gravámenes, en la medida en que el tributo no se asiente, directa o indirectamente, sobre la base del mero tráfico (circulación física).

Este artículo, ha dicho la Corte, "(...) no tiene más alcance que el de suprimir a los efectos comerciales del tránsito, las fronteras y las jurisdicciones interprovinciales, convirtiendo a todo el país en una unidad territorial, sobre la cual pueden transitar libremente toda clase de artículos, sin poder ser gravados por impuesto alguno, al pasar por las diversas provincias que atraviesan, hasta llegar a su destino"⁽³³⁴⁾.

Una importante consecuencia derivada del principio de la libre circulación territorial —en cuanto al comercio interestadual—, es la imposibilidad de las provincias, en el ejercicio de sus facultades de legislación interna, de dictar leyes o reglamentos que comporten, directa o indirectamente, trabar o perturbar de cualquier modo la libre circulación territorial o afectar el derecho de reglamentar el comercio delegado exclusivamente al Congreso de la Nación. Queda fuera de esta prohibición el ejercicio razonable de las facultades vinculadas con el tradicionalmente denominado "poder de policía".

En el contexto previamente descripto, los gobiernos provinciales no pueden establecer tributos respecto de las personas que salen de su territorio o ingresan procedentes de otras provincias, así como tampoco pueden hacerlo con relación a los bienes, géneros o mercaderías o productos procedentes de otra provincia, por la mera causa de la introducción (o salida) a su territorio⁽³³⁵⁾:

"La interpretación de la Constitución, dice la Corte Suprema de los Estados Unidos, conduce a la conclusión de que ningún Estado tiene el derecho de imponer una tasa sobre el comercio interestadual, cualquiera que sea su forma, ni por vía de derechos impuestos sobre el transporte de los objetos de ese comercio o sobre los recibos derivados de ese transporte o sobre las ocupaciones o negocios que tiendan a realizarlo y la razón es que tal gravamen sería un paso sobre ese comercio e implicaría una regulación de él, la cual solamente corresponde al Congreso (...)"⁽³³⁶⁾.

En la causa previamente citada, la Corte reputó que una patente establecida respecto de los repartidores de casas de comercio

radicadas fuera del territorio de la provincia que la impuso —razón por la cual no pagaban impuestos en esa jurisdicción— era inconstitucional a la luz de lo dispuesto por el art. 11 de la CN, atento que el verdadero objeto sobre el que descansaba el gravamen era la circulación territorial y el comercio interprovincial.

Más allá del principio sentado, lo cierto es que, como mencioné al iniciar este apartado, las facultades tributarias provinciales no quedan enervadas completamente, pues como en muchas ocasiones ha entendido el Máximo Tribunal federal:

"(...) todo propietario de transporte, como todo habitante, puede ser personalmente gravado en relación con el valor de su propiedad o a la cuantía de sus rentas sin atender a la fuente de la cual aquéllas se derivan, sea al comercio, la banca, la industria o cualquier otra actividad. Pero en el régimen político y económico de la Constitución el principio general deja de ser verdadero si un gravamen llega a ser establecido por una Provincia sobre las entradas derivadas del transporte de mercaderías y pasajeros conexos con el comercio interprovincial o extranjero, porque ello importaría desconocer los arts. 10 y 67, inc. 12 de la Constitución [hoy 75, inc. 13, CN]"⁽³³⁷⁾.

En un caso en donde se discutió la validez constitucional de un impuesto provincial al comercio de ganado (previsto para el supuesto de que no se acreditara que el ganado trasladado fuera de la jurisdicción local no hubiese sido vendido dentro del plazo de 60 días posteriores a su salida), el tribunal reiteró que son violatorias de las normas de los arts. 10 y 11 de la CN las disposiciones provinciales que, bajo cualquier denominación, graven la libre circulación del ganado, aun cuando se lo traslade para ser vendido posteriormente en otra jurisdicción, "(...) porque una vez que la hacienda ha salido de la provincia, no corresponde aplicar el gravamen (...) "⁽³³⁸⁾. Sí, en cambio, se admitió en otras oportunidades la validez de tributos que incidían respecto de la movilización del ganado dentro de los propios límites provinciales, pues allí no se hallaba en juego la circulación interprovincial⁽³³⁹⁾.

En oportunidad de resolver una controversia en la que una empresa dedicada a la explotación agropecuaria con campos localizados en la provincia de Buenos Aires cuestionó, con base en los arts. 9º a 11, la validez constitucional de la tasa de expedición de guías de traslado y consignación de hacienda creada por la provincia de Entre Ríos, la Corte interpretó que del texto de la norma creadora de la tasa se desprendía que dicho gravamen funcionaba, en la práctica, como un requisito para autorizar la extracción de ganado del

territorio provincial, pues se aplicaba únicamente en esa oportunidad. En ese orden de ideas, el tribunal señaló que con ese tributo se afectaba la supremacía de las normas constitucionales que han limitado las atribuciones provinciales para que no les sea posible afectar el comercio o la libre circulación de mercaderías, lo que se produce cuando el gravamen establecido por las autoridades locales funciona de hecho —y aunque no se le acuerde formalmente tal carácter— como un derecho aduanero "(...) afectando la entrada, tránsito y salida de un producto (...) o cuando las mercaderías son gravadas en forma diferencial en razón de su destino (...) "⁽³⁴⁰⁾.

En el marco de una acción declarativa de inconstitucionalidad⁽³⁴¹⁾ dirigida contra una resolución dictada por el Ministerio de Asuntos Agrarios de la Provincia de Buenos Aires que establecía que los pescados y mariscos que se descargarán en los puertos bonaerenses debían ser procesados en establecimientos industriales habilitados al efecto y radicados en el territorio provincial como condición para poder ser transportados fuera de la provincia, la Corte realizó algunas interpretaciones sobre la cláusula constitucional en comentario, que se funden en el ideal del mercado único.

En efecto, conforme las apreciaciones de la Corte, el sistema constitucional integrado por las cláusulas referentes al tema bajo estudio⁽³⁴²⁾ busca asegurar un espacio económico único, libre de trabas fundadas en el hecho de que la circulación de bienes y personas atraviese los límites provinciales. Con ello "(...) se procura evitar acciones de inspiración proteccionista a favor de las actividades económicas internas de las provincias y en contra de bienes y servicios que provengan de las demás. Por dicha razón, tales preceptos liberan y dan garantías al movimiento interprovincial de personas y bienes".

La libertad y concurrencia o competitividad —entendida como capacidad de competir— están así explícitas en el texto y en el espíritu constitucional, de tal manera que la concepción económica de libre comercio e industria queda asegurada en el plano interno⁽³⁴³⁾.

Tras valorar los principios reseñados, el tribunal entendió que la modalidad escogida por la provincia, al privar a la empresa de la obtención de las guías para el transporte de recursos marinos fuera del territorio provincial por no procesar los productos en esa jurisdicción, le impedía el traslado de la mercancía hacia otros Estados locales y encubría, bajo esa apariencia legal, una exigencia que obraba como un freno para la circulación de los frutos de la pesca. Por ser ello así, en palabras del Máximo Tribunal, "(...) las restricciones funcionan entonces —aunque no se le acuerde tal

carácter— como un derecho aduanero, afectando la entrada, salida y tránsito de un producto (Fallos 163: 285; 174: 193; 280: 203) al imponerle a las mercaderías una carga que actúa como un obstáculo y prohibición en razón de su destino (...)”⁽³⁴⁴⁾.

3.1. La validez constitucional de gravámenes provinciales que inciden sobre el transporte interjurisdiccional de personas y mercaderías

El sistema constitucional que prohíbe el establecimiento de aduanas interiores ha generado un interrogante en torno a la posibilidad de las provincias de crear impuestos sobre la actividad de transporte interprovincial de mercaderías y personas. Hay quienes entendían que la libertad de circulación de bienes y personas garantizada por el régimen constitucional en cuestión impedía que las provincias gravaran dichas actividades económicas. Esta parecía ser la interpretación propiciada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta el pronunciamiento recaído en el *leading case* "Transportes Vidal SA c. Mendoza, Provincia de s/repetición"⁽³⁴⁵⁾, en el que despejó toda duda y avaló la validez constitucional de la imposición local sobre la actividad de transporte interjurisdiccional, siempre y cuando se respeten ciertas pautas que mantienen el quicio del sistema y la vigencia de los principios que se vienen comentando hasta aquí. La doctrina sentada en este renombrado fallo subsiste en la actualidad.

Así entonces, es admisible que una provincia grave a quienes realicen la actividad de transporte entre varias jurisdicciones, ya que, por sí, los arts. 9º a 12 de la CN no lo impiden, a menos que se compruebe que esa ley tributaria local afecta el comercio entre las provincias o se constituye en una barrera aduanera que entorpezca la circulación.

Según la Corte, los impuestos provinciales afectan el comercio entre las provincias cuando la ley que los crea opera, o puede operar, desviaciones en las corrientes de consumo de algún bien de una provincia; es decir, que se crean diferencias de tratamiento del mismo producto "(...) ya sea liberando de gravamen al producto local o estableciendo tasas diferentes según sea su origen (...)". En cambio, si el impuesto no crea una traba o una carga al comercio interprovincial y se limita a gravar la riqueza local —competencia cuya legitimidad se halla fuera de discusión—, el gravamen sería constitucionalmente válido. Lo reprochable es, en este contexto, "(...) el gravamen con fines económicos de protección o preferencia, a fin de manejar la circulación económica"⁽³⁴⁶⁾.

A los fines de delimitar los alcances de la regla prohibitiva que se desprende de los arts. 9º a 12 y 75, inc. 13, CN —que, como ya se dijo, de ninguna manera neutraliza todas las facultades fiscales de los entes locales de gobierno—, es dable afirmar que lo protegido o preservado es el comercio interprovincial, que no puede verse obstruido por medio de: (i) gravámenes discriminatorios, (ii) superposición de tributos locales que lo encarezcan, o (iii) gravámenes que encarezcan su desenvolvimiento al extremo de dificultar o impedir la libre circulación territorial. Esto fue reconocido por la Corte Suprema en los siguientes términos:

"(...) de la inequívoca intención constitucional de eliminar los gravámenes discriminatorios infiere la de preservar a las actividades que se desenvuelven en dos o más jurisdicciones del riesgo de que puedan verse sometidas a una múltiple imposición que las obstruya o encarezca, como resultado de aplicar tributos semejantes sobre la misma porción de la base imponible, tornándolas por tanto desventajosas con relación a otras similares desarrolladas dentro de cada provincia"⁽³⁴⁷⁾.

La solución adoptada en el caso mencionado, donde se discutía la validez del impuesto sobre los ingresos brutos aplicado al transporte interjurisdiccional de mercaderías, se extendió, al poco tiempo, respecto del transporte de personas⁽³⁴⁸⁾.

IV. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN INTERIOR Y EL PEAJE

En una sencilla aproximación, el peaje puede ser definido como una prestación patrimonial exigida en virtud de la utilización o circulación a través de una vía de comunicación terrestre o hídrica (canales dragados, puentes, túneles, autopistas, viaductos, etc.). Se trata de un instituto utilizado desde hace varios siglos. En la antigua Roma era común la exigencia del *portorium*, derecho que se recaudaba en las fronteras y los accesos a la ciudad, y del *telonium* —o *teloneum*—, que era debido por el uso de caminos y puentes. Durante la Edad Media comenzó a aplicarse respecto del tránsito de mercaderías, razón por la que derivó en el llamado "portazgo", una especie de tributo aduanero que se aleja de la verdadera finalidad del peaje⁽³⁴⁹⁾.

Esta evolución histórica ha ocasionado que se confundiera al dispositivo en estudio con una barrera aduanera (aduanas interiores), que vendría a afectar la libertad de circulación territorial. Sin embargo, no corresponde confundir a la prestación denominada peaje con un tributo aduanero, dado que la finalidad del peaje es, en esencia, la obtención de medios de financiamiento para la

construcción, conservación y reparación de obras públicas que constituyan vías de comunicación viales o hidrográficas.

Señalado lo anterior, es del caso mencionar que desde la dogmática financiera se discute sobre cómo encuadrar al peaje dentro de alguna categoría de recursos fiscales. Así, una corriente defiende la idea de que se trata de un tributo mientras que, desde una segunda posición, se desconoce ese carácter y se afirma que no es más que un precio público. La principal diferencia entre estas dos tesis es que, de adoptarse la tributarista, el peaje quedaría subsumido dentro de la noción de tributo —donde subyace la coacción estatal y la exigencia unilateral de la carga fiscal— y se le aplicarían todos los principios constitucionales de la tributación. En cambio, desde el ángulo de la posición que le atribuye carácter de precio público, tales pautas no se le aplicarían, en tanto se trataría de una figura contractual en cuyo contexto la voluntad del obligado al pago sería un elemento determinante.

Más allá de esta distinción, lo cierto es que, en general, desde la dogmática del derecho tributario, la mayoría alude al peaje como una institución tributaria. Pese a ello, también hay desacuerdo con relación al tipo de tributo que sería el peaje; pues se discute si reviste la naturaleza de tasa o de contribución especial⁽³⁵⁰⁾. Para calificarlo de tasa se argumenta que, en los hechos, el peaje es la prestación económica obligatoria que se debe por la utilización de los servicios prestados al contribuyente, los que concretarían mediante el uso de las vías de comunicación, sean terrestres, fluviales o marítimas. Los que, en cambio, lo encuadran como contribución especial, hacen hincapié en que lo que justifica el pago del tributo es el beneficio diferencial que representa para el contribuyente la utilización de la construcción y conservación de las vías de comunicación por las que circulan⁽³⁵¹⁾.

En cuanto a su validez constitucional a la luz de los arts. 9º a 12 de la CN, no parece haber objeción alguna con relación a la admisibilidad de su establecimiento y cobro. Ello es así por cuanto el objeto del gravamen no es la mera circulación territorial, dado que no se abona por el ingreso o egreso de personas o bienes de una provincia, sino que se recauda en función de una actividad estatal: la realización de una obra pública y su conservación; y se justifica en la prestación de un servicio al contribuyente (si se lo considera una tasa); o bien, en el beneficio que dicha obra le reporta (si se lo cataloga como contribución especial).

La Corte Suprema admitió la constitucionalidad del peaje y lo caracterizó como una contribución de las previstas en el art. 4º de la CN, aunque no aclaró qué tipo de tributo sería. En efecto, en la causa

"Estado Nacional c. Arenera El Libertador SRL s/cobro de pesos"⁽³⁵²⁾, el referido tribunal se ocupó de hacer una interpretación acerca del régimen constitucional aplicable al peaje.

En los términos expresados por la Corte, desde el punto de vista constitucional, el peaje es, entonces:

"(...) una contribución caracterizada por la circunstancia de que el legislador la asocia a un proyecto suyo —de construcción, conservación o mejora—, que identifica con particular claridad, lo que por otra parte no choca sino que se adecua a los principios constitucionales antes referidos en relación [con] la renta pública. (...) Cuando la función del Estado a cumplir es la construcción, mantenimiento o mejora de una obra pública, parece de toda evidencia adecuada, a la luz de las exigencias constitucionales, que las personas obligadas al pago sean determinadas entre aquellas que de algún modo se relacionan con la obra, sea usándola, beneficiándose de cualquier modo en razón de su existencia y funcionamiento (...)"

Luego de describir su concepto, el tribunal puso de resalto que si bien los arts. 9º a 12 de la CN prohíben la existencia de aduanas interiores, reconocen el derecho a la libre circulación en el interior de la República de los efectos de producción o fabricación nacional y establecen que todos los bienes de cualquier tipo que pasen por el territorio de una provincia a otra serán libres de derechos de tránsito. De los principios que surgen de tales normas se deriva que, al consagrarse el derecho a la libre circulación interior, "en momento alguno [se] hace alusión al instituto del peaje el que, por lo tanto, no importa literalmente una violación a las disposiciones [constitucionales], toda vez que de su texto de ninguna manera puede colegirse que ella se pronuncie por la prohibición de su establecimiento".

Mediante estos lineamientos se convalidó la constitucionalidad del peaje, en tanto su pago no constituye una exigencia por el solo hecho del paso —con una base desvinculada de los servicios u otras prestaciones que se practiquen en favor del usuario (*i.e.*, la construcción o el mantenimiento de la vía de tránsito en cuestión)— que es lo que procura evitar el régimen constitucional⁽³⁵³⁾.

No obstante lo expuesto, la Corte mencionó que en algunos casos el peaje podría ser considerado como una limitación injustificada a la circulación territorial, convirtiéndose, por lo tanto, en un tributo inaplicable desde el punto de vista constitucional. Ello sucedería si se demostrara que "(...) la necesidad indispensable del uso de la vía

gravada, unida a un monto irrazonable, tornase en ilusorio [el] derecho de circular"⁽³⁵⁴⁾.

En este punto, es del caso señalar que una cuestión adicional se ha planteado en derredor de la necesidad de que exista una vía alternativa y gratuita, además de la vía de comunicación cuyo uso es gravado por el peaje. Muchos autores han defendido la necesidad de que se verifique este recaudo para que se admita la constitucionalidad del gravamen bajo examen. Sin embargo, la Corte se ocupó de rechazar esa interpretación, al menos en principio.

Conforme la interpretación del Alto Tribunal federal, no es obligatoria la existencia de vías alternativas no incididas con esta contribución para justificar la creación válida de este tipo de contribuciones. Si se admitiera lo contrario, dijo la Corte, se estaría desnaturalizando la esencia del peaje, dado que si existiesen vías similares no sometidas a tributación, los usuarios optarían siempre por la vía no gravada y no utilizarían las alcanzadas con el peaje. Así, no se generarían los fondos necesarios para financiar la obra pública y su mantenimiento.

* * *

Art. 12.—

Los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito, sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto de otro, por medio de leyes o reglamentos de comercio.

Comentario por Federico M. Apostolidis

I. ENCUADRE DEL ART. 12 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ADUANERO Y DE COMERCIO INTERIOR

El art. 12 de la CN es un reflejo de los principios consagrados por los arts. 9º, 10 y 11 de la CN. Así como estos dos últimos, tras la prohibición general contenida en el art. 9º, vedan la posibilidad de establecer aduanas "secas" en el interior del país y garantizan la libertad de circulación, dentro del territorio nacional, de bienes y

personas al exonerar dicho tránsito de cargas tributarias por esa causa, el art. 12 extiende esas pautas a la navegación de los ríos interiores. Por este motivo, los lineamientos expuestos en los comentarios a los arts. 9º a 11, resultan de aplicación aquí, con la salvedad de que en este caso el tema se vincula ya no con el tránsito y la circulación por vía terrestre, sino que alcanza a la navegación interprovincial.

En efecto, el artículo en comentario prohíbe gravar con tributos la circulación fluvial interior, hecho que se halla libre de derechos de tránsito. A la vez, este artículo se complementa con el 26 de la CN, que dispone que "[l]a navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional", y el 75, inc. 10, que prevé la exclusiva facultad del Congreso Nacional para "[r]eglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas". Finalmente, este esquema normativo constitucional queda integrado por el art. 126 de la CN que impide a las provincias aplicar los derechos de tonelaje.

De lo expuesto se desprende que las facultades para regular la navegación interior corresponden al Gobierno federal y que los derechos aduaneros por el ingreso o egreso de mercaderías a través de los puertos solo podrán ser establecidos y recaudados por la Nación. En este contexto, y como sucede con las terrestres, las "aduanas portuarias" nunca podrán ser internas, pues, según el sistema económico constitucional de mercado único, las aduanas internas han quedado abolidas y solo regirán las exteriores que establezca la Nación (conf. arts. 9º a 12, CN).

De su lado, la segunda parte del art. 12 de la CN instituye un principio adicional: la igualdad portuaria, ya que impide que puedan concederse preferencias, por medio de leyes o reglamentos de comercio, a un determinado puerto en desmedro de los otros.

En este contexto, la norma bajo estudio, cuyo texto actual proviene de la reforma constitucional de 1860, tiene una explicación histórica. Además de procurar evitar que se obstruya y encarezca el comercio interno, su objetivo es impedir la competencia entre las provincias para atraer el comercio hacia a sus puertos. De esa manera, se buscó evitar definitivamente la posibilidad de que se establezcan derechos diferenciales, como los creados por la Confederación Argentina a través de la ley 70, del 19 de julio de 1856, sancionada para desincentivar el ingreso de mercaderías por el puerto de Buenos Aires, Estado que, por ese entonces, se había declarado secesionista⁽³⁵⁵⁾.

Fue luego de la batalla de Cepeda (1859) y de la firma del llamado Pacto de Unión, que Buenos Aires se incorporó a la Nación Argentina y, en 1860, pudo revisar la Constitución sancionada en 1853. La comisión que tuvo a su cargo efectuar la revisión propuso, entre otras reformas, la introducción de la última parte del art. 12 de la CN para garantizar la igualdad portuaria y descartar, de esa forma, una nueva competencia tarifaria que pudiera afectar los intereses de la provincia⁽³⁵⁶⁾.

II. ALCANCES DE LA PROTECCIÓN

La Constitución, entonces, garantiza la libre navegación interior y faculta a la Nación a reglamentar y habilitar puertos; sin embargo, en paralelo, dispone que esa competencia encuentra una limitación, por cuanto, al ser puesta en marcha, no podrán concederse privilegios o preferencias a un puerto por sobre otro. La libertad y concurrencia "(...) o competitividad están así explícitas en el texto y en el espíritu constitucional, de tal manera que la concepción económica de libre comercio y navegación quedará asegurada en el plano interno"⁽³⁵⁷⁾.

Al mismo tiempo, y puesto que el sistema constitucional asegura de un modo amplio e indubitable la libre navegación de los ríos interiores para las naves de cualquier bandera, las provincias tienen prohibido, a la luz del artículo en comentario y los concordantes previamente citados (además del art. 126, CN), imponer gravámenes por el ingreso de buques u otras embarcaciones (derechos de tonelaje) —sea que provengan del exterior o se trate de navegación de cabotaje— en puertos ubicados en sus jurisdicciones. Así se evita "(...) que por cualquier género de razones pudieran permitirse derechos diferenciales para cada puerto según lo exigiesen las necesidades de las respectivas Provincias"⁽³⁵⁸⁾.

No obstante lo dicho, lo cierto es que, como se mencionó en los comentarios a los arts. 10 y 11, las prohibiciones establecidas con respecto a las barreras internas al tránsito interior no importan una inhibición plena de las facultades tributarias provinciales. En efecto, sin perjuicio de la vigencia de las garantías conferidas por el art. 12 de la CN, las provincias pueden gravar válidamente a las embarcaciones radicadas dentro de su jurisdicción, por ejemplo, a través del impuesto local a las embarcaciones deportivas. Ello es así, por cuanto el objeto del tributo es una porción del patrimonio del contribuyente y no el tránsito de la embarcación. De allí que mal puede entenderse que ese gravamen, siempre que sea así establecido, afecte el ingreso o salida de la nave del territorio provincial o el tráfico interprovincial⁽³⁵⁹⁾.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho desde antiguo que resulta violatorio del art. 12 de la CN la concesión de preferencias a un puerto respecto de otro, a lo que se llegaría si el mismo buque, en igualdad de condiciones, estuviera obligado a pagar en algunos puertos mayores derechos o retribuciones de servicios que los creados por la ley en otros, "(...) por conceptuársele de ultramar en los primeros y de cabotaje en los últimos (...)">⁽³⁶⁰⁾. De ello se infiere, según la Corte, que debe existir cierta uniformidad en los reglamentos de comercio de todos los puertos, sin que por medio de leyes especiales pueda establecerse una primacía o preeminencia de un puerto en detrimento o en perjuicio de otro⁽³⁶¹⁾.

* * *

Art. 13.—

Podrán admitirse nuevas provincias en la Nación; pero no podrá erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de la Legislatura de las provincias interesadas y del Congreso.

UNA MIRADA AL TERRITORIO: LOS ARTS. 13 Y 75, INC. 15 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Comentario por Andrés Rossetti y Magdalena Inés Álvarez

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo abordamos aspectos relacionados con el federalismo argentino a partir del análisis de dos disposiciones puntuales de nuestra Constitución Nacional (en adelante, CN): los arts. 13 y 75, inc. 15⁽³⁶²⁾.

Se entiende por "federalismo"⁽³⁶³⁾ una particular forma de organización del Estado en la que coexisten, al menos, dos órdenes gubernamentales en un mismo territorio⁽³⁶⁴⁾. Esta forma de organización, por otro lado, puede ser tanto el resultado de la unión de estados independientes que, en un momento dado, deciden

reunirse con un fin en común, como de un único Estado que, para garantizar la supervivencia del sistema político, se descentraliza⁽³⁶⁵⁾. Todas estas formas de organización, sin embargo, tienen en común la presencia de fuerzas centrípetas y centrífugas en pugna que buscan establecer un equilibrio; de allí que configuren una realidad política en permanente evolución⁽³⁶⁶⁾ y dinamismo.

En este marco, el análisis a realizar no se circunscribe solo al texto normativo sino que busca conectarse con el contexto histórico que le da origen y la realidad política, social, cultural y económica en la que se desenvuelve.

II. DELIMITACIÓN DE LA CUESTIÓN A TRABAJAR

Desde la perspectiva señalada la primera cuestión a determinar es si el federalismo argentino es el resultado de un proceso de unión o, por el contrario, de descentralización. Al respecto, resulta oportuno volver la mirada al momento en que, habiendo quedado acéfala la monarquía española, sus súbditos americanos deciden reasumir la soberanía y legitiman esta decisión en la llamada "teoría de la retroversión" según la cual, si es el pueblo el que ha dado la autoridad al monarca, ella vuelve al pueblo si faltaba aquel⁽³⁶⁷⁾. Esta retroversión, tal como queda claro en el debate en el Cabildo abierto del 22 de mayo de 1810, no opera en relación "al Pueblo" (singular) sino "a los Pueblos" (plural) identificando con esta expresión las catorce "ciudades principales del virreinato"⁽³⁶⁸⁾, núcleos iniciales a partir de los cuales se van a constituir los nuevos Estados⁽³⁶⁹⁾. La idea de pluralidad se encuentra también en el Proyecto de Constitución Federal de 1813⁽³⁷⁰⁾, en este caso, unida a la noción de "soberanía provincial", noción con la que se hace referencia a los ámbitos propios de poder local, vinculados con los fueros históricos y que era la expresión comúnmente usada en la época⁽³⁷¹⁾.

Durante la primera mitad del siglo XIX, por otra parte, la historia muestra cómo fracasan las distintas tentativas de introducir innovaciones políticas y, en cambio, persiste la concepción antigua —a la que en la época se denominaba "antigua constitución" —y, junto con ella, las formas de acción política concomitantes—⁽³⁷²⁾.

Tras resistir los intentos de establecer una organización unitaria⁽³⁷³⁾, en la segunda década del siglo XIX se profundiza la idea de independencia y soberanía de los Estados provinciales, que optan por darse su propia organización institucional⁽³⁷⁴⁾ y comienzan a establecer vínculos entre sí a través lazos de relación paritaria regidos por el *ius gentium*⁽³⁷⁵⁾.

En este contexto, sin embargo, la idea de "unión" no desaparece sino que es percibida como producto de la decisión libre y soberana

de los Estados provinciales⁽³⁷⁶⁾, que se va articulando a través de más de cien de pactos y acuerdos interprovinciales, hasta plasmarse en el texto de la Constitución de 1853⁽³⁷⁷⁾.

Este proceso, por otra parte, no está exento de complicaciones, tal como lo demuestra el rechazo por la Legislatura porteña del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos (1852) lo que culmina, tras la revolución del 11 de septiembre de 1852, con la separación de la provincia de Buenos Aires. De allí que esta provincia no concorra al Congreso General Constituyente que sanciona la Constitución de 1853, y solo se produzca su reincorporación tras haber sido vencidas sus tropas en la batalla de Cepeda (23/10/1859) y la celebración del Pacto de San José de Flores el 11 de noviembre de 1859⁽³⁷⁸⁾.

Por otro lado, para 1853, no existía una conciencia precisa respecto de los límites territoriales de cada una de las catorce provincias preexistentes; y menos aún se tenía una noción completa de la extensión del territorio nacional, conformada por áreas cuya "conquista" estaba pendiente y que solo se concretaría años más tarde tras las expediciones militares llevadas a cabo en la Patagonia en 1878 y en el Gran Chaco en 1884 comandadas por Julio A. Roca y por Benjamín Victorica, respectivamente. El constituyente de 1853, por tanto, se enfrentaba a una realidad compleja y no siempre conocida que pretendió abordar a través de una serie de disposiciones, entre las cuales se encuentran los arts. 13 y 75, inc. 15 de la CN, que guardan una especial relación con el elemento territorial tanto del Estado federal como de las provincias que la componen.

III. ¿QUÉ DISPONEN LOS ARTS. 13 Y 75, INC. 15 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL?

El art. 13 de la CN establece:

"Podrán admitirse nuevas provincias en la Nación; pero no podrá erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de la Legislatura de las provincias interesadas y del Congreso"⁽³⁷⁹⁾.

El inc. 15⁽³⁸⁰⁾ del art. 75 por su parte, agrega que corresponde al Congreso:

"Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias".

De los artículos transcritos se advierte que ambos regulan distintos aspectos relacionados con el territorio, elemento básico del Estado, definido como espacio geográfico sobre el cual este ejerce su competencia. Ahora bien, cuando el Estado se organiza bajo la forma federal, como ocurre en Argentina, la cuestión se complejiza pues el elemento territorial no solo corresponde al Estado federal sino también a cada uno de los estados locales que lo componen. Desde esta perspectiva, el gran desafío que presenta el federalismo, como forma de organización del Estado, es cómo hacer posible la "unión" sin afectar a las "partes" que la componen, desafío que sin lugar a duda alcanza al elemento territorial y que es abordado por el constituyente al incorporar las disposiciones aquí comentadas.

IV. EXPANSIÓN Y CRECIMIENTO DEL ESTADO FEDERAL

El art. 13 y el inc. 15 del art. 75 prevén la posibilidad de que el Estado argentino crezca y se expanda, tanto institucional como territorialmente, por medio de la creación de nuevas provincias; dicho crecimiento, por otra parte, puede operar por distintas vías que también son contempladas por la normativa.

Así, en el marco del art. 13, el Estado federal puede crecer por *adición* de una nueva provincia. En este caso, el Estado federal crece no solo en forma institucional sino también territorial. Ello ocurriría, por ejemplo, tanto en el supuesto que un Estado soberano resolviera libre y voluntariamente incorporarse al Estado federal, como si fuera anexado, tras una guerra, por ejemplo, por medio de un pacto o tratado⁽³⁸¹⁾.

Esta modalidad de crecimiento, si bien tiene antecedentes en el derecho estadounidense, no ha tenido aplicación práctica en el caso argentino. Lo más aproximado a esta estrategia fue la incorporación pactada en San José de Flores (1859) con la provincia de Buenos Aires aunque en este caso, ello dio lugar a la revisión del texto constitucional por parte de la provincia que resultó vencida en la contienda, que sugirió modificaciones luego aprobadas por una Convención Constituyente Nacional en el año 1860. Sin embargo, el hecho de que no haya sido utilizado hasta el presente, no impide que esta estrategia pueda ser empleada en el futuro. De darse esta hipótesis, la cuestión que quedaría abierta es si este Estado se incorporaría en igualdad de condiciones con las restantes provincias o si, por el contrario, podría invocar a su favor lo dispuesto por el art. 121, *in fine*, de la CN que dice que las provincias conservan todo el poder "que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación". La última oración de la disposición transcrita, fue agregada por la reforma constitucional de 1860 y hace

referencia al Pacto de San José de Flores⁽³⁸²⁾. Analizada en este contexto, se advierte que la disposición comentada es una norma transitoria de aquella reforma que debería agotar su contenido en ella, sin embargo, la forma amplia con la que está redactada podría dar lugar a una lectura más permanente y estable, permitiendo su invocación en el futuro en aquellos casos que un Estado soberano pacte su incorporación y se reserve competencias especiales y/o mayores⁽³⁸³⁾.

Otra vía a través de la cual el Estado federal puede crecer institucionalmente, también contemplada en el art. 13 de la CN, se da cuando se crea una nueva provincia por medio de la división del territorio de otra u otras que ya existen. En estos supuestos habría crecimiento institucional del Estado federal (mayor número de provincias) sin que ello importe un aumento o disminución del territorio. Cabe aclarar que la modalidad comentada demanda un acto complejo en el que se conjugan, por un lado, la voluntad de la/s provincia/s cuyo territorio se ve afectado, el cual debe ser expresado por su/s legislatura/s⁽³⁸⁴⁾ y, por otro, del Estado federal, a través de una decisión adoptada por el Congreso de la Nación. Cada una de estas voluntades, por otra parte, persigue un objetivo distinto: así, mientras la intervención de la/s legislatura/s asegura la integridad territorial de los Estados parte, la cual no puede ser mermada sin su aprobación, la participación del Congreso Nacional se orienta a resguardar el equilibrio federal, impidiendo —p. ej.— que se formen provincias débiles e inviables o extremadamente poderosas que pongan en peligro la relación entre el todo y las partes. En lo que atañe a la práctica constitucional argentina, cabe observar que —al igual que lo que ocurre con la hipótesis anteriormente comentada— no se han registrado casos de aplicación de este supuesto, pero nada impide que la dinámica de la realidad no los presente en un futuro⁽³⁸⁵⁾.

Si las formas de expansión y crecimiento del Estado federal que prevé el art. 13 de la CN no han tenido en Argentina aplicación práctica, cabe preguntarse cómo se llega al número de veintitrés provincias que, junto a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129 de la CN), conforman actualmente el Estado federal.

La respuesta debe buscarse en el art. 75, inc. 15 de la CN. Esta disposición confiere al Congreso la atribución de fijar los límites nacionales, arreglar los provinciales y crear otros nuevos; atribución esta última que el Congreso ejerció, a partir de mediados del siglo XX, en los llamados Territorios Nacionales, cuya forma de administración y gobierno, la disposición comentada también asigna al Congreso de la Nación⁽³⁸⁶⁾.

Así, por ley 14.037, sancionada el 8 de agosto de 1951, se provincializan los territorios de Chaco y La Pampa; dos años después se sanciona la ley 14.294, por la que se crea la provincia de Misiones y en 1955, la [ley 14.408](#) crea las provincias de Formosa, Neuquén, Río Negro, Chubut y Santa Cruz. Finalmente, en el año 1990, por ley 23.775, termina por provincializarse todo el territorio nacional, a través de la creación de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Las provincias creadas por este mecanismo se incorporan al Estado federal en igualdad de condiciones que las provincias preexistentes, sin que puedan pactar con el Estado federal condiciones diferenciales⁽³⁸⁷⁾.

De esta manera, se explica el crecimiento institucional, en materia provincial, que ha tenido el Estado federal.

V. EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD TERRITORIAL

El art. 13 de la CN suele ser leído también en relación con lo reglado por el art. 3º del mismo texto; esta lectura conjunta permite inferir el llamado principio de "integridad" territorial, principio que se predica no solo del Estado federal sino también de las provincias que lo conforman⁽³⁸⁸⁾. Cabe preguntarse si el principio de "integridad" abarca la idea de "indestructibilidad", que es introducida en la práctica constitucional argentina por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CS) en el caso "Bressani" (1937) en el que afirma⁽³⁸⁹⁾:

"La Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo, ha dicho con razón esta Corte: no habrá Nación si cada provincia se condujera económicamente como una potencia independiente. Pero no se ha propuesto hacer una Nación centralizada. *La Constitución ha fundado una unión indestructible pero de estados indestructibles (arts. 13, 67, inc. 14)*"⁽³⁹⁰⁾.

Esta imagen no es propia ni originaria del tribunal argentino ya que la toma de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y fue enunciada por el Chief Justice Salmon Chase para fundamentar la decisión a la que arriba el tribunal en el caso *Texas v. White* (1869), en el que aborda la secesión del Estado de Texas⁽³⁹¹⁾.

El alcance de estos principios, sin embargo, debe ser precisado. Ello toda vez que, como hemos analizado en la sección anterior, tanto el art. 3º como el 13 de la CN prevén que las provincias puedan desprenderse de parte de su territorio con el fin de que en ellos se establezca la Capital Federal (art. 3º) o se divida para conformar otra provincia o se fusione con otra u otras (art. 13). La garantía de la

"integridad" territorial, entonces, no importa "indestructibilidad" en sentido estricto; demanda, en cambio, una manifestación de voluntad expresa de la/s legislatura/s local/es que la consienta/n y del Congreso de la Nación que la autorice, tal como se vio en la sección anterior⁽³⁹²⁾.

Para terminar, cabe señalar que el principio de integridad territorial abarca tanto el suelo, como el subsuelo, el espacio aéreo y el mar territorial. Esta integridad no siempre fue respetada por el Estado federal. A modo de ejemplo, cabe mencionar que por ley 18.005 se limitó la jurisdicción provincial sobre el mar territorial a una distancia de tres millas. En igual sentido, la reforma constitucional de 1949 despojó a las provincias del dominio y jurisdicción sobre los minerales, las caídas de aguas, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y de las demás fuentes naturales de energía, declarándolas propiedad imprescriptible e inalienable de la Nación. Tras la derogación de esta reforma en el año 1956 por el gobierno *de facto* asumido el año anterior, se "reestableció" la Constitución de 1853 y sus reformas "históricas". La CS, sin embargo, se pronunció a favor de la constitucionalidad de las leyes que nacionalizaron los hidrocarburos por entender que quedaba comprendida en la atribución del Congreso de la Nación de dictar el Código de Minería (art. 67, inc. 11 del texto constitucional de 1853-1860)⁽³⁹³⁾. En tal sentido, sostuvo el tribunal, no puede atentar contra el principio de autonomía provincial el ejercicio por la Nación de las facultades que le han sido delegadas por más que deba ejercitarlos en el territorio mismo de las provincias⁽³⁹⁴⁾. Finalmente, la reforma constitucional de 1994 reconoció a las provincias el dominio originario de los recursos naturales de su territorio (art. 124 de la CN), lo que parece, al menos formalmente, una medida en favor de las provincias pero cuya actuación se ha encontrado con una importante serie de problemas⁽³⁹⁵⁾.

VI. LÍMITES INTERNACIONALES E INTERPROVINCIALES. ATRIBUCIONES DEL CONGRESO

Otro aspecto relacionado con la forma federal de Estado y el elemento territorial, es el reglado por el art. 75, inc. 15 de la CN en tanto atribuye al Congreso de la Nación "*arreglar*" los límites del territorio de la Nación y "*fijar*" los de las provincias.

6.1. Cómo "arreglar" los límites internacionales

En orden a la primera atribución, resulta claro que el Estado argentino no puede unilateralmente fijar el límite cuando dicho límite

involucra otro u otros Estado/s soberano/s u otros sujetos (la comunidad internacional, en relación con las aguas marítimas o la Antártida); y solo lo puede hacer mediante un acuerdo de voluntades expresado por los órganos competentes de cada uno de los Estados⁽³⁹⁶⁾ o de la comunidad internacional. Ese, por otro lado, es el sentido que emerge del texto constitucional cuando utiliza el verbo "arreglar", uno de cuyos significados, según la Real Academia Española⁽³⁹⁷⁾, es "concertar" (y "componer", "ordenar"). Asignarle esta atribución al Congreso de la Nación lleva a cuestionarse si un órgano complejo y colegiado como este es el adecuado para ejercer la facultad de "arreglar" los límites internacionales. La práctica constitucional ha ido precisando el sentido de la expresión "arreglar" y el alcance mismo de la atribución conferida al Congreso de la Nación por el art. 75, inc. 15. Así, por un lado, el verbo "arreglar" no solo hace referencia a un acuerdo de voluntades al que llegan los Estados mediante negociación directa, abarca también el recurso al arbitraje y a la mediación, todas vías que han sido utilizadas por el Estado argentino para determinar el espacio geográfico sometido a su jurisdicción. Por otro lado, en orden al alcance de la atribución del Congreso, cuando la definición de un límite se hace a través de un tratado, un laudo arbitral o, incluso, una mediación, se aplica lo reglado por el art. 99, inc. 11 de la CN que confiere al Poder Ejecutivo la facultad de concluir y firmar tratados, concordatos y otras negociaciones, por lo que parecería quedar en manos del Congreso de la Nación solo la aprobación o rechazo definitivo de los mismos (art. 75, inc. 15 y 22 de la CN). Ahora bien, si la actividad normal del Congreso consiste y se agota en intervenir en la etapa de aprobación de ese tratado, cabe preguntarse sobre el sentido de que el texto constitucional prevea dos competencias distintas, una genérica (art. 75, inc. 22) y otra específica (art. 75, inc. 15), si la última facultad queda absorbida por la primera⁽³⁹⁸⁾.

A su vez, en situaciones excepcionales, la realidad puede llegar desbordar la previsión constitucional e, incluso, la práctica consolidada a través de los años. Tal es lo que ocurrió con el conflicto suscitado entre Argentina y Chile en relación con la fijación de límites en el área del Canal de Beagle. Este conflicto, de antigua data, había sido sometido en el año 1970 al arbitraje de la Corona Británica, ámbito en el que se dicta un laudo arbitral con fecha 2 de mayo de 1977. Las autoridades argentinas, por entonces *de facto* con el dictador Jorge R. Videla al mando⁽³⁹⁹⁾, no aceptaron este laudo por considerar que favorecía las pretensiones de Chile sobre las islas Picton, Lennox y Nueva⁽⁴⁰⁰⁾. Tras este rechazo, y ante la inminencia de un conflicto bélico⁽⁴⁰¹⁾, el entonces Jefe de la Iglesia Católica y del

Estado del Vaticano, el polaco Karol Wojtyla (conocido como Papa Juan Pablo II) manifiesta su deseo de mandar a la capital de ambos países un enviado especial que contribuya a llegar a un arreglo pacífico entre ellos. A través de esta mediación, el 12 de diciembre de 1980, se propone un "laudo papal" que es aceptado por Chile, también bajo el mando de un dictador, Augusto Pinochet, el 8 de enero de 1981 y rechazado por Argentina por medio de un memorándum de fecha 25 de marzo de 1981. Un año después, Argentina denuncia unilateralmente el tratado suscripto en el año 1972. En este marco, Wojtyla exhorta a ambos gobiernos a llegar a un tratado permanente de paz y amistad que debía reposar sobre la base de la propuesta entregada en diciembre de 1980. La guerra de Malvinas (1982, entre Argentina y Gran Bretaña) aceleró la caída de la dictadura argentina y una vez restablecida la democracia (1983), acucia al nuevo gobierno resolver el conflicto con Chile por el Canal de Beagle y, para cerrarlo en forma definitiva, el Presidente Raúl Ricardo Alfonsín decide convocar a una consulta popular voluntaria y no vinculante, convocatoria que efectúa por medio del dec. 2272/1984⁽⁴⁰²⁾. El 25 de noviembre de 1984, una amplia mayoría del pueblo argentino apoya⁽⁴⁰³⁾ el texto del acuerdo y cuatro días después el Canciller argentino Dante Caputo lo suscribe en la Ciudad de Vaticano. El 14 de marzo de 1985, el Congreso de la Nación lo aprueba por ley 23.172.

La decisión de Alfonsín de darle participación a la ciudadanía en la determinación del límite internacional entre Chile y Argentina recibió severas críticas, tanto desde el ámbito jurídico como político⁽⁴⁰⁴⁾. Quienes cuestionaron esta decisión argumentaban que dicha participación importaba invadir atribuciones del Poder Legislativo y constituía una alteración de la forma representativa de gobierno establecida por la CN⁽⁴⁰⁵⁾. La cuestión llegó a plantearse judicialmente por medio de una acción en la que se cuestionaba la constitucionalidad del dec. 2272/1984. La demanda fue rechazada en primera y segunda instancia y, finalmente, llega a la CS vía recurso extraordinario federal; tribunal que, por mayoría, desechó el planteo sobre la base de argumentos formales sin adentrarse en la cuestión de fondo⁽⁴⁰⁶⁾.

6.2. Cuando el límite es interprovincial, el Congreso lo "fija"

Conforme lo reglado por el art. 75, inc. 15, corresponde al Congreso de la Nación "fijar" los límites de las provincias. La Constitución utiliza un verbo distinto al empleado cuando refiere a la determinación de límites internacionales. En efecto, el Congreso está facultado para "*arreglar*" los límites internacionales y "*fijar*" los de las

provincias. Queda claro el carácter *bi* o *pluri* lateral del primero y unilateral del segundo.

La CS, por su parte, ha precisado el sentido de la atribución conferida al Congreso al sostener que se trata:

"de una fijación de carácter político en la que están interesadas no solamente las provincias colindantes, sino también la Nación y el mantenimiento del justo equilibrio que debe existir entre aquellas, en garantía del sistema federativo de gobierno que las rige"⁽⁴⁰⁷⁾.

De esta manera, ha dicho el alto tribunal, no se deja a las provincias la facultad de resolver entre sí directamente sus cuestiones de límites, sino que se las ha diferido a una autoridad imparcial y superior. En estos supuestos, agrega la CS, el órgano legislativo debe encarar su función como un juez que debe conducir un debido proceso en que las partes tengan la oportunidad de realizar una amplia defensa de sus pretensiones⁽⁴⁰⁸⁾.

Por otra parte, si se correlaciona la disposición bajo análisis con el principio de integridad territorial antes analizado (arts. 3º y 13 de la CN) cabe concluir que se está frente a una atribución que se ejerce una sola vez y se agota en sí misma, pues si el límite interprovincial ya ha sido fijado, el territorio provincial no puede volver a ser modificado por la Nación sin el consentimiento de la o las legislatura/s provincial/es involucrada/s⁽⁴⁰⁹⁾.

La atribución al Congreso de la facultad de fijar los límites interprovinciales, además, no conlleva que este órgano político pueda ejercerla en forma discrecional; debe, en cambio, tener en cuenta los derechos que le competen a cada una de ellas por títulos anteriores o ejercicio jurisdiccional a la época de la organización nacional⁽⁴¹⁰⁾.

En tal sentido, la práctica constitucional muestra distintos caminos recorridos para definir los límites provinciales. Así, ya en el año 1862, el Congreso de la Nación sanciona la ley 28 por la que se autoriza al Presidente de la Nación a recabar de las provincias los datos necesarios para delimitar sus territorios. La iniciativa no dio resultados porque pocas fueron las provincias que respondieron⁽⁴¹¹⁾. Posteriormente, en el año 1882, el Congreso de la Nación sanciona la [ley 1168](#) por la cual fija un plazo de dos años para que las provincias solucionen, en forma amistosa, sus diferencias recurriendo al arbitraje, la mediación, la transacción o cualquier otro medio amistoso; y eleven luego al Congreso los arreglos que hayan celebrado para su aprobación y, en caso que no hubieran llegado a ello, remitieran todos los antecedentes para la solución que

corresponda. La ley fue posteriormente prorrogada por la ley 1447, del 14 de agosto de 1884⁽⁴¹²⁾. En el año 1935, el Congreso sanciona la ley 12.251 por la que se autoriza al Poder Ejecutivo para designar una comisión técnica especial para que dictamine sobre la fijación de los límites interprovinciales en aquellas provincias que tuvieran cuestiones de límites pendientes entre sí o con territorios nacionales. Esta comisión estaba facultada para recabar de los gobiernos provinciales respectivos los antecedentes y documentación pertinentes y tomar conocimiento personal de las zonas en litigio. La ley habilitaba, además, a las autoridades provinciales a designar un representante ante la comisión, a fin de hacer valer sus respectivos derechos, con voz pero sin voto. Finalmente preveía que la comisión debía remitir todos los estudios y conclusiones al Congreso de la Nación dentro del año de su designación⁽⁴¹³⁾. Por ley 12.636 del 17 de julio de 1940 se prorrogó el plazo fijado para remitir al Congreso los estudios realizados por la Comisión Técnica y se dispuso la publicación detallada de los antecedentes, documentos, mapas y planos utilizados en la elaboración de sus conclusiones. La Comisión funcionó hasta el año 1943, año en el que por dec. 3301/1943, se le transfieren sus funciones al Instituto Geográfico Militar⁽⁴¹⁴⁾. Años más tarde, en 1967, en un período *de facto* en el que el Congreso se encontraba disuelto, el dictador Juan Carlos Onganía emitió la "ley" 17.324 (modificada en el año 1969 por "ley" 18.287), por la que se crea la Comisión Nacional de Límites Interprovinciales que habilitaba a la Comisión a convocar a los representantes de las provincias a conciliar sus diferencias y fijar o demarcar, de común acuerdo, sus respectivos límites. Si no se llegaba a un acuerdo se preveía un procedimiento en el que, con intervención de las partes interesadas y teniendo en cuenta las pruebas aportadas, la Comisión resolvía fijando o demarcando los límites controvertidos. Finalmente, tanto los límites acordados como los fijados por la Comisión debían ser "elevados al señor Presidente de la Nación a los efectos del inc. 14 del art. 67 de la CN" (texto 1853/1860. Actual art. 75, inc. 15)⁽⁴¹⁵⁾. Dicha Comisión cesó en el año 1971⁽⁴¹⁶⁾. La alternancia en el poder entre gobiernos *de facto* y *de iure* llevó a que, frente a una nueva interrupción del orden democrático, Jorge R. Videla, dictador a cargo de la presidencia, restableciera la Comisión Nacional de Límites Interprovinciales. Lo hizo a través del dictado de la "ley" 21.583 del año 1977⁽⁴¹⁷⁾. La Comisión ejerció sus funciones hasta finales del año 1983, cuando el Congreso de la Nación reasume esta atribución⁽⁴¹⁸⁾.

La revisión que antecede permite concluir que, en la práctica constitucional argentina, el Congreso ha instrumentado la delimitación de los territorios de las provincias recurriendo a

diferentes vías (v.gr., acuerdo entre provincias y laudos arbitrales). Ahora bien, cuando el límite es fijado sobre la base de alguno de estos procedimientos durante la vigencia del orden democrático con intervención del Congreso, ya sea autorizando la modalidad o aprobando las conclusiones, acuerdos y/o laudos a los que se arriba, no se advierte que se configure un problema constitucional. Sin embargo, la situación cambia cuando el límite es fijado en un período *de facto* en el que el Congreso no puede tomar intervención porque está disuelto y en su lugar actúa quien está a cargo del Poder Ejecutivo. Son varias las razones que se pueden argüir en contra de este procedimiento, como por ejemplo, que durante un período *de facto* el Estado asume una estructura unitaria y resulta absurdo que, en estas circunstancias, resuelva problemas que hacen al funcionamiento del Estado federal⁽⁴¹⁹⁾. A ello se agrega que cuando se fija un límite entre provincias no se está ejerciendo una función legislativa cuyo contenido podría modificarse por otra ley; se trata, en cambio, del ejercicio de una atribución política que, como hemos señalado, se ejerce una sola vez y se agota en sí misma. De allí que los límites interprovinciales fijados por un gobierno *de facto* solo deberían ser considerados definitivos si fueran ulteriormente confirmados por el Congreso de la Nación, en ejercicio de la atribución reglada por el art. 75, inc. 15 de la CN.

Cabe señalar, finalmente, que la cuestión bajo análisis le fue planteada a la CS, vía acción declarativa de certeza (art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com.), por la provincia de Santiago del Estero. La pretensión tenía por objeto:

"que cese el estado de incertidumbre sobre la supremacía, validez y eficacia de la ley nacional 22.742 que fija los límites entre ambos estados locales y se declare la inconstitucionalidad del art. 293 de la Constitución de la Provincia de Catamarca que, en su parte pertinente, '...desconoce expresamente la virtualidad jurídica de la regla estatal *de facto* 22.742'"⁽⁴²⁰⁾.

La ley en cuestión había sido dictada el 14 de febrero de 1983 por el Poder Ejecutivo *de facto*. Reinstaurada la democracia, la provincia de Catamarca, en ejercicio de su poder constituyente derivado, establece en el art. 293 de la Constitución local que desconoce expresamente la virtualidad jurídica de la regla estatal *de facto* 22.742. La Corte Suprema, tras pasar revista a la situación de hecho y referir a diferentes proyectos presentados en el Congreso de la Nación tanto para ratificar expresamente esta ley como para derogarla, concluye que la decisión a arribar podría importar el desconocimiento de los límites fijados por la ley 22.742 y ello

conllevaría expedirse en torno a la fijación de los límites interprovinciales, problemática ajena a la judicatura⁽⁴²¹⁾. De este modo, el alto tribunal circunvala y no aborda la cuestión relativa a la validez y eficacia de la ley *de facto*, aspecto sobre el que sí se había pronunciado la Procuración General de la Nación, aunque en sentido distinto al que nosotros sustentamos⁽⁴²²⁾.

6.3. ¿Hasta dónde el Congreso y desde dónde la Corte?

En el apartado precedente hemos analizado la atribución del Congreso de "fijar" los límites interprovinciales, atribución que ejerce el órgano legislativo en forma definitiva. Pero hemos visto también que, en torno a los límites interprovinciales, se suscitan conflictos de distinta índole que son llevados por los contendientes ante los estrados de la justicia. De allí la pregunta que encabeza esta sección invite a indagar en la jurisprudencia del alto tribunal y en la práctica constitucional dónde establecer la frontera entre una y otra atribución.

En tal sentido cabe recordar que, desde antiguo, la CS sostiene que la atribución del Congreso reglada por el art. 75, inc. 15 no excluye la jurisdicción de la Corte Suprema en los casos reglados por los arts. 116, 117 y 127⁽⁴²³⁾ de la CN para entender en las cuestiones que se susciten entre las provincias sobre las tierras que pretenden poseer o que se encuentran dentro de sus respectivos límites, *siempre que la resolución que haya de dictarse no implique forzosamente la determinación de los límites referidos o la modificación de los determinados por el Congreso*⁽⁴²⁴⁾.

En años recientes, el alto tribunal aclara esta regla recurriendo para ello a la cita de una obra de Bidart Campos en la que el autor precisa:

"los conflictos de límites —cuando se trata de 'fijar' esos límites— resultan ajenos a la competencia de la Corte, porque no son en sí mismos justiciables, al tener establecida en la CN su vía de solución a cargo del Congreso Nacional, que inviste la facultad para fijarlos. Pero, si la causa entre dos o más provincias, a pesar de referirse a una cuestión de límites, no requiere fijarlos o modificarlos, sino solamente juzgar relaciones derivadas de límites ya establecidos, la competencia de la Corte es plena (Bidart Campos, Germán, 'Manual de la Constitución Reformada', t. 1, p. 447)"⁽⁴²⁵⁾.

En este marco, la Corte no tiene competencia para "fijar" límites interprovinciales ni puede modificarlos. Si una vez fijado surgen controversias entre las provincias, entra a jugar aquí el principio de integridad territorial (arts. 3º y 13 de la CN) por lo que solo podría ser

alterado con el consentimiento de las legislaturas locales. En manos de la Corte queda dilucidar *relaciones derivadas* de límites ya establecidas. De allí que no resulte sorprendente advertir que no son muchos los casos detectados en la jurisprudencia de la CS en la que, estando involucrada una cuestión de límites interprovinciales, el tribunal haya decidido intervenir. Así lo hizo, por ejemplo, en el año 1890, en un caso en el que se discutía la propiedad de un terreno que había sido vendido por la provincia de Buenos Aires al Señor Acevedo, en el año 1880, bajo la condición de estar sujeta la venta a las resultas de la cuestión de límites con la provincia de Santa Fe. Los demandados, por su parte, habían obtenido el título en el año 1857 otorgado por la provincia de Santa Fe. Decidida la cuestión de límites a favor de la provincia de Santa Fe, la Corte procede entonces a resolver la cuestión del dominio del inmueble a favor de quien lo compró de esa provincia⁽⁴²⁶⁾.

En un sentido análogo intervino, en el año 1891, en oportunidad de pronunciarse sobre la enajenación de un mismo terreno ubicado en una zona disputada por un conflicto de límites entre las provincias de Córdoba, Santa Fe y Buenos Aires, que había sido vendido por dos provincias distintas⁽⁴²⁷⁾. Intervino, asimismo, en una causa por repetición de sumas de dinero por pago de impuestos, que estaba relacionada con el límite trazado por el cauce del Riachuelo entre la Capital Federal y la provincia de Buenos Aires y que se veía modificado por el cambio del cauce del río⁽⁴²⁸⁾.

Por el contrario, cuando existe alguna duda respecto de si el límite está total o parcialmente indeterminado, la Corte prefiere declararse incompetente (arts. 116 y 117CN) o no asumir su función dirimente (art. 127CN). Así lo hizo, por ejemplo, en los casos de Catamarca contra Salta⁽⁴²⁹⁾, Santiago del Estero contra Catamarca⁽⁴³⁰⁾, Río Negro contra Neuquén⁽⁴³¹⁾, Santa Fe contra Córdoba⁽⁴³²⁾, entre otros.

VII. TERRITORIOS NACIONALES

En lo que se refiere a los territorios nacionales mencionados en el art. 75, inc. 15 de la CN⁽⁴³³⁾ cabe manifestar que para Joaquín V. González esta disposición otorgaba facultades constituyentes al Congreso de la Nación, en tanto lo habilitaba a crear gobiernos en aquellos espacios territoriales que quedan fuera de las provincias preexistentes⁽⁴³⁴⁾ pero estos gobiernos, aclaraba, no se colocaban en una posición idéntica a los de las provincias y la Nación sino que quedaban en una situación provisoria o precaria que constituía un ámbito de aprendizaje hasta tanto se dieran las condiciones para crear en ellos nuevas provincias⁽⁴³⁵⁾. En igual sentido, sostiene Ruffini, la creación de los territorios nacionales significó una solución

provisoria al dilema planteado por la incorporación de las regiones hasta entonces bajo dominio indígena, solución que —sin embargo— se extendió en el tiempo por más de setenta años⁽⁴³⁶⁾. Esta solución fue instrumentada por el Congreso de la Nación con la sanción, en el año 1884, de la ley 1532, conocida también como ley fundacional de dichos territorios, que estableció una serie de criterios cuantitativos para determinar la instalación de autoridades locales electivas, legislaturas territoriales y la provincialización, a la vez que adoptó una forma de gobierno dividida en tres poderes, fuertemente dependiente del gobierno central.

Estos territorios se configuraron así como espacios centralizados, carentes de autonomía, cuyos habitantes tenían restringidos sus derechos políticos, sin posibilidades de autogobernarse, ni participación en la elección de autoridades nacionales⁽⁴³⁷⁾. De allí que cabe concluir, durante este extenso período, el federalismo proclamado desde el primer artículo de la Constitución, fuera ejercido solo en una porción menor del territorio argentino, mientras que una fracción mayor estaba directamente sujeta al acérrimo manejo centralizado ejercido por gobierno nacional⁽⁴³⁸⁾. Esta situación recién se modifica durante el gobierno de Juan Domingo Perón cuando, por la reforma constitucional de 1949, se les confiere a los habitantes de los territorios nacionales participación en la elección de Presidente y Vicepresidente de la Nación⁽⁴³⁹⁾, se los habilita a elegir un delegado parlamentario y, finalmente, se deroga la vetusta ley 1532⁽⁴⁴⁰⁾. Bajo la misma presidencia, se abre el proceso de provincialización de la mayoría de las gobernaciones⁽⁴⁴¹⁾. De allí que, a partir de 1955, solo subsista como territorio nacional Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, territorio que fue finalmente provincializado en 1990 por ley 23.775.

Tal como señaláramos *supra* IV, las nuevas provincias creadas por ley del Congreso en ejercicio de la atribución reglada por el actual art. 75, inc. 15, se incorporan en igualdad de condiciones que las provincias preexistentes. De allí que les sea plenamente aplicable el principio de integridad territorial que emerge de los arts. 3º y 13 de la CN, por lo que en ningún caso podría volverse atrás, sin el consentimiento de legislatura local y la aprobación del Congreso.

Todo lo expuesto nos lleva a preguntar por qué, si desde el año 1990 no quedan en el territorio argentino áreas bajo el régimen de territorio nacionales, la convención reformadora reunida en el año 1994, no procedió a suprimir esta disposición, al ejercer la atribución conferida por el [art. 3º, inc. e\)](#) de la [ley 24.309](#)⁽⁴⁴²⁾.

VIII. REFLEXIONES FINALES

El federalismo argentino —formal y normativamente importante, realmente débil— funciona mal⁽⁴⁴³⁾. En efecto, el texto constitucional contiene cláusulas que parecen afirmar una descentralización del poder fuerte lo que, en los hechos y sobre la base de la realidad política y económica, no se condice con ella. Múltiples factores han incidido para que esto sea así. El poder institucional —tan influenciado y determinado por el no institucional— se concentra en buena medida en el poder central en nuestro país por diferentes razones. La centralización económica vinculada con la fiscal en materia a cargo de la nación es clave. Golpes de Estado, partidos políticos nacionales y muchas otras razones contribuyen a que esto sea, de hecho, así. La reforma constitucional de 1994 tuvo como uno de sus objetivos reforzar el federalismo pero no lo logró, al menos en relación con algunos aspectos, generando un efecto contrario.

En el plano estrictamente vinculado con lo territorial, que es lo analizado en este texto, el margen de autonomía y decisión de las provincias parece no haber sido alterado. Hay que ver cómo evolucionará la realidad política, económica, social, geopolítica y en tantos otros campos para visualizar cómo cambiará no solo la delimitación de las "fronteras" provinciales sino incluso, eventualmente, las nacionales frente a posibles procesos —hoy en crisis en el ámbito regional— de integración y con ellos el reparto de las atribuciones en las distintas esferas en cada ámbito de poder⁽⁴⁴⁴⁾. Todo hace pensar que los efectos de la llamada "globalización" seguirán achicando los dichos de nuestro art. 121CN —tan débil por la dinámica real— desvirtuando completamente su sentido en lo que hace a la toma de decisiones y donde se ubica el poder.

Más allá de lo formal, las principales decisiones políticas pasan por muchos ámbitos. El federalismo, se supone, lo que pretende es descentralizar, desconcentrar el poder y captar los beneficios que esto comporta pero no siempre lo logra: a veces da más la sensación que sus defensores —no todos por cierto, pero sí algunos representantes de las "oligarquías locales"— buscan fundamentalmente mantener privilegios y su propio poder, el que se encuentra, muchas veces, profundamente centralizado en la esfera provincial. Descentralizar, en cambio, debiera perseguir empoderar a todos los integrantes de la comunidad y que ellos cuenten con todos y cada uno de los derechos de los que son titulares. Esto comportaría que cada sujeto, cada persona pudiese decidir autónomamente —en libertad e igualdad— su plan de vida.

De lo que se trata, nos parece, es de seguir bregando por más derechos para todos, más allá de los formalismos, las normas y sus vericuetos. El federalismo, tan ausplicable teóricamente, puede

ayudar en ello aunque no parece haber contribuido hasta ahora en este sentido. ¿Será el momento de repensar —en un marco que lo contenga— un diseño diferente que ponga el eje en los seres humanos y sus derechos?

* * *

Art. 14.—

Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

"Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (...)"⁽⁴⁴⁵⁾

Comentario por Juan Ignacio Sáenz

La primera parte del art. 14, en cuanto establece que "los derechos (son gozados) conforme a *las leyes que reglamenten su ejercicio*", constituye la fuente del denominado "poder de policía" del Estado⁽⁴⁴⁶⁾, que es la potestad para restringir o limitar el ejercicio de los derechos en aras del intereses estatales o sociales superiores o en orden a armonizar dos derechos cuyo ejercicio se contraponen (v.gr.: libertad de prensa e intimidad, derecho de protesta y libertad de circular). La Convención Americana de Derechos Humanos contiene la misma idea en su art. 32.2 al disponer que "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática".

Al decir de la Corte, "ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una

concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última. La misma Constitución ha consignado limitaciones especiales respecto de algunos derechos; pero no siendo posible prever ni establecer en ella todas las condiciones a que sería menester subordinarlos para hacerlos adaptables a la vida de relación, ha confiado al poder legislativo la misión de reglamentar su ejercicio, poniendo al mismo tiempo un límite a esa facultad reguladora (arts. 14 y 28)"⁽⁴⁴⁷⁾.

Algunas limitaciones a los derechos fundamentales surgen incluso de la propia Constitución, por ejemplo, cuando esta establece la limitación de la propiedad por causa de utilidad pública (art. 17), la obligación de armarse en defensa de la patria y de la Constitución (art. 21), la suspensión de las garantías constitucionales por la declaración del estado de sitio (art. 23), la obligatoriedad del voto (art. 37), las condiciones para ser candidato a diputado, senador o presidente de la Nación (arts. 48, 55 y 89), la imposibilidad en el caso de este de ser reelegido más de una vez consecutiva (art. 90) y la cesación en el cargo de los jueces federales al cumplir 75 años (art. 99.4). Todas esas disposiciones implican un recorte a la libertad y a la voluntad ilimitada de los individuos.

Por ende, todos los derechos constitucionales —aun los más valiosos— resultan inevitablemente limitados por las normas que emite el Estado para el cumplimiento de sus cometidos y para satisfacer las múltiples necesidades de interés público, por lo que el ejercicio del poder de policía se concreta en numerosos y diversísimos supuestos. Dicho poder estatal, a su vez, está limitado por el [art. 28CN](#), según el cual no puede ejercerse de modo que produzca una *alteración* del derecho dirigido a reglamentar (ver comentario al art. 28).

Existen muchos ejemplos de restricción a los derechos. La libertad ambulatoria puede ser limitada por la prisión preventiva dispuesta sobre una persona en un proceso penal (para preservar pruebas o evitar el peligro de fuga); la libertad de circulación está sujeta a las restricciones de acceso a ciertos lugares públicos, a las normas de tránsito, al pago de peajes en determinadas rutas y por la prohibición de salir del país en algunos casos (personas sometidas a un concurso de acreedores o a un proceso penal); la libertad de expresión se ve restringida por la llamada "veda electoral", por el deber de reparar los daños causados al honor o a la intimidad de otras personas mediante expresiones o publicaciones.

Excepcionalmente, la libertad de expresión se halla sujeta a la censura previa (para protección de la infancia o en el caso de propaganda en favor de la guerra, el odio racial o religioso, conf. art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

La integridad física está sometida ocasionalmente a la coacción física del Estado (p. ej., cuando procede desalojar una persona de un lugar o detenerla por la fuerza, por cualquier razón justificada), o en el particular supuesto de la obtención compulsiva de sangre u otras muestras biológicas para una investigación penal⁽⁴⁴⁸⁾. La ley también limita el derecho a la libre disposición sobre el propio cuerpo, prohibiéndola si ocasiona una disminución permanente o es contraria a la moral o las buenas costumbres (art. 56 del Cód. Civ. y Com.), y en lo referido a la ablación de órganos para ser implantados en otras personas, lo cual está sujeto a los requisitos y las condiciones de una legislación especial⁽⁴⁴⁹⁾. Es posible apreciar también restricciones al derecho a la vida, como en el Código de Justicia Militar derogado en 2008, que preveía la pena de muerte entre sus sanciones, o en el caso del aborto legal o no punible⁽⁴⁵⁰⁾, en este caso como contracara del derecho de intimidad de la mujer y la libertad para disponer de su cuerpo.

Los derechos a la autonomía personal, a la intimidad y a la privacidad pueden ser objeto de regulación estatal para fines públicos, como por ejemplo en los casos de reglamentación de los nombres a los fines de la mejor identificación de las personas⁽⁴⁵¹⁾, la prohibición y sanción de exhibiciones obscenas, la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, la posibilidad en una investigación penal de allanar un domicilio y de observar los "papeles privados" (art. 18, CN) y las comunicaciones telefónicas y electrónicas.

Los derechos a asociarse y a contratar se encuentran sometidos a la regulación de las legislaciones civil, comercial y laboral en cuanto prescriben numerosos aspectos de las relaciones jurídicas interpersonales (las obligaciones de familia, la herencia, los derechos, obligaciones, formas y efectos en los contratos en general, la constitución y el funcionamiento de asociaciones y sociedades, etc.). El contrato de trabajo se encuentra reglamentado en casi todos sus aspectos: remuneraciones, jornada laboral, vacaciones, seguros, indemnizaciones por despido, etcétera.

El art. 20, CN consagra el derecho de los extranjeros a obtener la nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación, el cual se encuentra reglamentado conforme con recaudos, formas y procedimientos que establece la ley de nacionalidad y naturalización que el art. 75.12 manda sancionar al Congreso⁽⁴⁵²⁾.

El derecho a la libre navegación (y aeronavegación) que contemplan los arts. 11, 12 y 26CN, es objeto de una profusa reglamentación legal⁽⁴⁵³⁾.

Por último, el derecho de propiedad es acaso el más restringido, por las variadas limitaciones estatales que existen sobre el uso y disposición de los bienes, lo cual desarrollamos al comentar el art. 17.

De modo que el poder de policía es un fenómeno omnipresente en el orden jurídico y abarca una amplísima gama de supuestos en que el Estado fija prohibiciones, obligaciones, condicionamientos y limitaciones al ejercicio de los derechos para hacerlos compatibles con los derechos de los demás y con propósitos de bien común o interés general⁽⁴⁵⁴⁾ (seguridad⁽⁴⁵⁵⁾, higiene, salubridad pública, moralidad y orden público, defensa nacional, organización económica, abastecimiento y precios internos⁽⁴⁵⁶⁾, orden financiero y bancario, equilibrio de las cuentas públicas, protección del ambiente⁽⁴⁵⁷⁾, del usuario y el consumidor y de intereses de sectores desfavorecidos, aliento de la producción, ordenamiento urbanístico, y muchísimas otras finalidades más)⁽⁴⁵⁸⁾.

Cabe destacar que el poder de policía pertenece tanto al Gobierno federal como a los estados locales (provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios), según sean las competencias materiales que correspondan a cada uno⁽⁴⁵⁹⁾.

Por último, la expresión "leyes" que contiene la cláusula tiene un alcance relevante, pues consagra el llamado principio de legalidad o reserva de ley para reglamentar los derechos, reforzado en el art. 19 en cuanto prescribe que "ningún habitante será obligado a hacer lo que no manda *la ley*, ni privado de lo que ella no prohíbe".

De acuerdo con ello, el poder reglamentador debe ejercerse a través de leyes formales del Congreso, lo cual está establecido de manera más precisa y absoluta en algunas materias (tributaria, penal, electoral y partidos políticos, ver arts. 4º, 16, 18 y 99.3).

La CADH establece de modo paralelo a los arts. 14 y 19, CN que "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas" (art. 30).

El principio de legalidad o reserva de ley se encuentra establecido en casi todas las constituciones republicanas desde finales del siglo XVIII, e implica que los derechos solo pueden ser restringidos por una norma emanada del órgano deliberativo, donde se encuentra representada toda la sociedad, de modo que sea esta la que se

autoimponga los límites a los derechos de sus integrantes⁽⁴⁶⁰⁾. La reserva de ley para todos los actos de intervención estatal en la libertad funciona como una garantía democrática de protección de los derechos, que no se limita a exigir que las reglamentaciones sean proclamadas formalmente por el Congreso, sino que además deben ser consecuencia de procedimientos que aseguren suficiente deliberación.

Esta cuestión sobre el alcance de la expresión "leyes" empleada en los arts. 14 y 19, CN, y 30 de la CADH motivó un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9/5/1986: *La expresión "leyes" en el art. 30 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos*), en el cual, precisamente, vinculó el requisito de ley formal del Congreso con el resguardo a los derechos y garantías en la sociedad democrática⁽⁴⁶¹⁾. Sin embargo, no sería exacto sostener que todas las reglamentaciones válidas al ejercicio de los derechos provienen de leyes formales del Congreso, pues en la organización del poder en la Argentina, el Poder Ejecutivo tiene la facultad constitucional de reglamentar las leyes, en orden a complementar sus contenidos o permitir o facilitar su ejecución (ver comentario al art. 99.2). Si bien un decreto reglamentario se encuentra siempre ligado y enmarcado en una ley anterior del Congreso, son numerosos los aspectos que suele incluir (precisa conceptos, establece procedimientos, plazos y requisitos para el cumplimiento de las disposiciones de la ley, etc.), con lo cual, en muchas ocasiones las reglamentaciones del Poder Ejecutivo imponen al ciudadano una serie de cargas que afectan el ejercicio de los derechos, y que si bien no se encuentran estrictamente previstas en la ley, tienen por fin lograr su cumplimiento y ejecución⁽⁴⁶²⁾.

Art. 14.—

de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar (...) de usar y disponer de su propiedad (...)

Comentario de Juan Ignacio Sáenz

I. DERECHO A TRABAJAR Y EJERCER TODA INDUSTRIA LÍCITA

Los derechos "de trabajar y ejercer toda industria lícita", "de navegar y comerciar" y "de usar y disponer de (la) propiedad", enumerados en el art. 14, conforman el basamento del ideario económico liberal de la Constitución de 1853; las denominadas "libertades económicas" enfatizadas por Alberdi, tanto en el texto que acompañaba su proyecto de constitución de 1852⁽⁴⁶³⁾ como en una obra posterior titulada *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*⁽⁴⁶⁴⁾.

En esta última, señalaba que "la Constitución federal argentina contiene un sistema completo de política económica, en cuanto garantiza, por disposiciones terminantes, la libre acción del trabajo, del capital, y de la tierra, como principales agentes de la producción"⁽⁴⁶⁵⁾.

La organización económica pretendida por Alberdi, y cuyos fines de desarrollo y progreso estaban expresados en el art. 67.3 de su proyecto y lo están hoy en el art. 75.18 (promoción de la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores)⁽⁴⁶⁶⁾ tiene su correlato en la sección de declaraciones, derechos y garantías de la Constitución, precisamente, en los mentados derechos *de trabajar y ejercer toda industria, de navegar y comerciar y de usar y disponer de su propiedad*, así como en los demás que se mencionan en esta cláusula (peticionar a las autoridades, entrar, salir y circular libremente por el país, las libertades de prensa, de asociación y religiosa, y el derecho a enseñar y aprender), que se complementan con las garantías de uniformidad e igualdad jurídica (ver arts. 7º, 8º y 16), seguridad jurídica individual frente al poder del Estado (arts. 17, 18, 19, 20, 28 y 29), supresión de aduanas provinciales (art. 9º) e impuestos ("*derechos*") al tránsito por tierra (arts. 10 y 11) y por buques (art. 12), el fomento a la inmigración irrestricta (art. 25), la liberación de la navegación "para todas las banderas" (art. 26), la promoción de las relaciones internacionales de carácter comercial (art. 27) y la delegación en el Gobierno federal de la potestad para regular con carácter único determinadas materias de naturaleza económica, a fin de evitar la multiplicidad de normas provinciales que pudiera desalentar la inversión y el comercio (75.1, el dictado de la legislación aduanera; 75.6 y 11, la emisión de moneda y la aprobación de los sistemas de pesos y medidas; 75.10, la regulación de la navegación y la habilitación de puertos; 75.12, el dictado de la legislación de fondo, especialmente en materia civil y comercial; y 75.13, la regulación de las actividades que constituyen comercio interjurisdiccional, entre otras). El art. 116, a su vez, dota de

competencia a los tribunales federales para dirimir los conflictos entre normas locales y federales, asegurando la supremacía de este, conforme lo declara el [art. 31](#), CN, y la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho federal.

La enunciación taxativa de los derechos de trabajar, comerciar, navegar y ejercer la industria, junto a los demás del art. 14, más los de los arts. 16, 17, 18 y 19 luce elemental al día de hoy, pero tuvo por fin en su época testimoniar la impronta liberal del proyecto de organización política y económica contenida en la Constitución de 1853, cuyo estatuto básico es todo el conjunto de disposiciones antes mencionadas.

Por su parte, cabe observar que el *derecho de trabajar* que aquí se consagra tiene un sentido distinto a los *derechos del trabajador* contemplados en el art. 14 bis, CN (incorporado en 1957). El primero tiene por fin limitar la interferencia del Estado en la libertad de contratación y de acceso y desempeño en las distintas labores, oficios y profesiones (aunque como veremos, ello se encuentre ampliamente regulado en la actualidad), mientras que el art. 14 bis establece la protección del trabajador en cuanto dependiente o parte débil en la relación de empleo, y en lo que hace a las condiciones de labor, el descanso, la retribución justa, la estabilidad en el empleo, la huelga y la organización sindical.

Como los demás derechos, el de trabajar o de ejercer industrias lícitas no es absoluto y está sujeto a las leyes que reglamenten su ejercicio (Fallos 305:385), las que, como lo ha precisado la Corte, pueden válidamente establecer requisitos de idoneidad o inhabilidades para el desempeño de determinadas actividades, en tanto ello no sea irrazonable o consagre una manifiesta iniquidad (Fallos 308:1772; 310:2845). Tales restricciones son particularmente apreciables en los recaudos para acceder al empleo público y en las legislaciones que regulan el ejercicio de las profesiones, oficios y trabajos especiales, que pertenecen a la competencia local de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires (salvo en el caso de los abogados, en lo que respecta al ejercicio profesional ante los tribunales federales).

Por ejemplo, la Corte Suprema convalidó el [art. 41](#) del Código Aduanero ([ley 22.415](#)) en cuanto establece los requisitos para el desempeño como despachante de aduana ("Vidal", 1986, Fallos 308:1772), así como una ley de la provincia de Mendoza, en cuanto requiere condiciones especiales de idoneidad técnica a los directores técnicos de establecimientos vitivinícolas en el ámbito provincial ("Furlotti", 1959, Fallos 243:127). También, avaló la exigencia del título de médico para ocupar las jefaturas de los servicios de salud

mental de los hospitales públicos de la provincia de Buenos Aires ("Fraile", 2014, Fallos 337:574).

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, su Tribunal Superior de Justicia tuvo por legítimas las restricciones vinculadas a la aptitud para obtener una licencia de conducir en servicios de transporte público ("Ambrosi", 2011⁽⁴⁶⁷⁾), en particular la inhabilitación en el caso de registrarse antecedentes penales relacionados con delitos con automotores, en circulación, contra la honestidad, la libertad o integridad de las personas.

Por el contrario, la Corte declaró la inconstitucionalidad de algunas restricciones al derecho a trabajar; por ejemplo: en los casos "Losa" (1993, Fallos 316:221) y "Aramouni" (1996, Fallos 319:2861) se declaró la invalidez de normas provinciales que supeditaban el goce de una jubilación a la cancelación de la matrícula profesional en todas las jurisdicciones ajenas al ámbito de la provincia donde se había otorgado el beneficio, por considerarlo impeditivo del derecho a trabajar. En "Vigil" (1996, Fallos 319:183) estimó irrazonable y contraria a aquel derecho la suspensión de la matrícula profesional de un escribano sometido a un procesamiento penal, si la medida se extendía excesivamente. En el caso "Franco" (2002, Fallos 325:2968), la Corte se expidió en contra de una limitación por edad (75 años) impuesta a los escribanos para el ejercicio de la matrícula y en "Jimenez" (2011, Fallos 334:434) declaró la inconstitucionalidad de una norma de la provincia de Salta que establecía la incompatibilidad entre el ejercicio del notariado y la condición de jubilado, pensionado o retirado, por reputarla contraria a una razonable reglamentación del derecho de trabajar garantizado en el art. 14, CN.

En lo que hace al ejercicio de "industrias lícitas" (noción que alcanza a cualquier actividad industrial en sentido estricto, así como productiva o comercial), las regulaciones estatales —locales y federales— son muy variadas: por ejemplo, entre muchísimas otras, se encuentran reglamentadas a nivel federal la actividad bancaria, financiera y bursátil ([leyes 21.526](#), 24.441 y 26.831), la comunicación audiovisual, las telecomunicaciones (a nivel nacional, [ley 19.798](#)), el transporte y la distribución de energía eléctrica o gas (a nivel nacional, [leyes 24.065](#) y 24.076), la actividad aeronáutica ([ley 17.285](#)), el transporte de mercaderías y personas, la elaboración, transporte y expendio de alimentos (ley 18.284 —Código Alimentario Nacional—), de medicamentos ([ley 16.969](#)) y sicotrópicos (ley 19.303), la explotación, transporte y comercialización de hidrocarburos (ley 17.319), la pesca (ley 24.922) y otros recursos naturales, etc. En los ámbitos locales son frecuentes las regulaciones

sobre delimitación territorial de las zonas industriales, rurales, comerciales y residenciales, explotación de juegos de azar, habilitación y funcionamiento de todo tipo de establecimientos comerciales e industriales (comercios en general, farmacias, abastos, mataderos, mercados), de establecimientos sanitarios y educativos y de los lugares aptos para realizar espectáculos públicos, entre muchos otros ejemplos.

II. DERECHO DE NAVEGAR

La alusión que en este artículo se realiza al "derecho de navegar", es correlato de la supresión de los impuestos y otras restricciones que existían sobre la navegación (entrar y anclar en determinados puertos, conf. arts. 11 y 12CN), así como de la liberación de la navegación "para todas las banderas" (art. 26, ver comentario).

III. DERECHO USAR Y DISPONER DE LA PROPIEDAD

El derecho de "usar y disponer de la propiedad" se encuentra mencionado en este artículo, y más específicamente en el art. 17, CN⁽⁴⁶⁸⁾, de modo concordante con el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que establece: *Derecho a la Propiedad Privada (...) Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*

La "propiedad" como objeto de protección contra indebidos desapoderamientos del Estado no se limita a los típicos bienes patrimoniales (el dominio⁽⁴⁶⁹⁾ sobre bienes inmuebles y cosas en general), sino que incluye todo el poder jurídico sobre cosas derivado de los demás derechos reales⁽⁴⁷⁰⁾ y los derechos creditorios actuales o futuros, ciertos o eventuales, como los derechos sobre la herencia o el legado, los que surgen de un contrato cualquiera⁽⁴⁷¹⁾, de una ley (p. ej., que otorga una jubilación o un subsidio) o un de un acto estatal de otorgamiento (un permiso de uso, una concesión para explotar un bien o una licencia para prestar un servicio público), los que se disputan en un litigio, el derecho a alimentos y los derechos originados en la propiedad intelectual, artística o industrial. Todo ello integra la idea de propiedad en sentido constitucional.

Asimismo, la prerrogativa de "usar y disponer" de tales derechos implica la libertad de adquirirlos, transferirlos a título gratuito u oneroso, reclamarlos y darles un destino determinado, siempre de un modo no absoluto y sujeto a las limitaciones que impone el interés social y los derechos de los terceros⁽⁴⁷²⁾ (ver comentario a los arts. 17 y 28).

La mención de este derecho en el art. 14, como dijéramos al comentar los derechos de trabajar, ejercer toda industria lícita, comerciar y navegar, y junto a los de circular por el territorio argentino y asociarse, pretendió establecer el bloque de las libertades económicas que sirvieron de base al proyecto de organización y desarrollo nacional.

"(...) de peticionar a las autoridades (...)"

Se remite al comentario al art. 22.

"(...) de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino (...)"

EL DERECHO A ENTRAR Y PERMANECER EN LA DEMOCRACIA

Comentario por Delfina Beguerie⁽⁴⁷³⁾

I. Introducción

El art. 14, *hecho en Argentina* 1853, consagra el derecho a entrar, permanecer, transitar y salir. Esta importante originalidad del texto argentino tuvo poco cauce en la jurisprudencia de la Corte Suprema. A excepción de algunas referencias en los complejos asuntos de extradición o del derecho a transitar en relación con los peajes o el derecho de la protesta⁽⁴⁷⁴⁾, se trata de una cláusula constitucional ausente de las grandes y más conocidas líneas jurisprudenciales del tribunal. Pero ello no significa que esta sección del art. 14 carezca de importancia constitucional, pues allí se inscriben las políticas migratorias, concebidas como basales para la construcción de la Nación.

Desde las promesas constitucionales de 1853 "para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino", la regulación migratoria fue acumulando en el tiempo mayor severidad en los recaudos de admisión de inmigrantes, acompañado de una creciente delegación administrativa o burocratización⁽⁴⁷⁵⁾. Todo ello resultó ineficaz para detener procesos migratorios⁽⁴⁷⁶⁾ y creó mayor vulnerabilidad para los inmigrantes⁽⁴⁷⁷⁾. Además del endurecimiento normativo, ciertas prácticas de control migratorio también adquirieron mayor rigurosidad. En efecto, tomando el lapso 2004-2014, las expulsiones aumentaron casi 700%⁽⁴⁷⁸⁾ y entre 2014 y 2017, casi 250%⁽⁴⁷⁹⁾. La paradoja es que esta severidad creciente en el plano normativo y práctico se dio ante un escenario de decaimiento del porcentaje que representaban los inmigrantes en relación con la población argentina —aunque sí se correlacionó con un crecimiento: el del peso de la inmigración regional por sobre la ultramarina—⁽⁴⁸⁰⁾.

Así, el Poder Ejecutivo, el Congreso, y la Corte Suprema fueron modulando la frontera argentina a lo largo de la historia⁽⁴⁸¹⁾. En esa trayectoria de creciente severidad se pueden detectar tres tendencias punitivistas, que implican el acercamiento del derecho migratorio al castigo (que Juliet Stumpf llamó "crimigración"⁽⁴⁸²⁾). Se trata, en verdad, de una adopción asimétrica del derecho penal por parte del migratorio, esto es: que el derecho migratorio adoptó algunas características propias del derecho penal como sus sanciones y procesos pero no asimiló las garantías de las que está munido un proceso penal⁽⁴⁸³⁾. Es esa reconstrucción histórica la que pone en cuestión dos creencias de Luigi Ferrajoli sobre la democracia y el castigo.

Este académico italiano se encuentra entre aquellos pocos que han planteado el interrogante respecto de cómo debe ser el vínculo entre la democracia y el castigo. Sin embargo, su respuesta a esta pregunta es cuestionable. La idea de Ferrajoli es que la democracia entendida como voluntad de la mayoría es antitética con respecto al deseable derecho penal garantista. Desde un punto de vista normativo, él propone el "derecho penal mínimo" como la alternativa razonable al abolicionismo, y lo justifica en tanto permite reducir la violencia en la sociedad: "no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos"⁽⁴⁸⁴⁾. A su vez, Ferrajoli identifica la democracia como la voluntad de la mayoría. A partir de estas consideraciones, su argumento es que como la mayoría tiene una tendencia hacia la defensa social y a promover su máxima utilidad en detrimento de una minoría desviada, la democracia "se orientaría inevitablemente hacia formas de derecho penal máximo, o sea, máximamente represivo, carente de límites y de garantías"⁽⁴⁸⁵⁾. A raíz de esta conclusión, propone una alternativa al populismo punitivista: la "democracia constitucional", entendida como una forma de gobierno en la que la sociedad tiene vedado discutir sobre ciertos derechos (la "esfera de lo indecible")⁽⁴⁸⁶⁾.

La estructura del argumento de Ferrajoli y la necesidad de una "democracia constitucional" se sostiene a partir de, al menos, dos creencias: una concepción binaria de la democracia y la tendencia punitivista que se les asigna a las mayorías⁽⁴⁸⁷⁾. Sin embargo, reconstruir la historia del acercamiento del derecho migratorio al poder punitivo en Argentina, con el énfasis en determinar cuáles son sus credenciales democráticas, demuestra que ambas creencias en las que se apoya el razonamiento de Ferrajoli son endebles y que la desconfianza a las decisiones deliberativas resulta cuestionable.

II. PUNTO DE PARTIDA: DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA. INMIGRACIÓN COMO INVITACIÓN ESTRATÉGICA Y COMO DERECHO HUMANO

La construcción de la Argentina como un Estado-Nación comprendió, con un rol protagónico, la promoción de la inmigración. Sobre finales de siglo XIX, la convicción general era que había que resolver "el problema de la inmigración europea"⁽⁴⁸⁸⁾, que consistía, básicamente, en su inexistencia. El asunto, claro está, radicaba en consensuar una solución. Se discutieron múltiples proyectos de ley, durante años. Finalmente, en 1876 se sancionó la ley "Avellaneda" 817 que procuró que "si el inmigrante ha de ser un poblador útil que (...) al mismo tiempo sus costumbres y su educación contribuyan a consolidar los elementos de civilización, de orden y de paz"⁽⁴⁸⁹⁾. La ley surgió por iniciativa del presidente de ese entonces, quien había elaborado la propuesta considerando a todos los proyectos que la precedieron, y sobre la base de una reelaboración de la propuesta en la respectiva comisión de Diputados. El proyecto fue discutido minuciosamente por el Congreso Nacional por más de un año con diversos reenvíos entre ambas Cámaras⁽⁴⁹⁰⁾.

Finalmente, en 1876 la ley "Avellaneda" 817 creó agentes en el exterior y comisiones en el interior que tenían el deber de hacer una propaganda "activa" y "continua" a favor de la inmigración para la República Argentina: convocar y recibir a los inmigrantes en el país⁽⁴⁹¹⁾. Ser inmigrante, y acreditar buena conducta y aptitud para cualquier industria, arte, u oficio útil⁽⁴⁹²⁾ garantizaba el derecho a ser alojado y mantenido a expensas del Estado durante un tiempo, ser colocado en el trabajo preferido, ser trasladado gratuitamente a donde se quisiera fijar domicilio, e inclusive introducir herramientas útiles para el oficio sin pagar derechos de aduana⁽⁴⁹³⁾. Asimismo, el pasaje hasta la Argentina podía correr por cuenta del Estado⁽⁴⁹⁴⁾. La ley prefería la inmigración europea⁽⁴⁹⁵⁾, pero en la práctica no existían restricciones de ingreso con motivo del país de origen⁽⁴⁹⁶⁾.

Nuestro segundo punto de partida, en el otro extremo de la historia, es 2004 y la ley 25.871. Debieron transcurrir veinte años desde el retorno de la democracia, reforma constitucional incluida. Las objeciones al dec.-ley "Videla" 22.439 de 1981 se fueron acumulando hasta que en 1996 las organizaciones no gubernamentales que trabajaban por los inmigrantes canalizaron sus preocupaciones en la formación de una "Mesa de organizaciones en defensa de los derechos de los inmigrantes"⁽⁴⁹⁷⁾. Con ese objetivo, distribuyeron a los legisladores de la Comisión de Población de la Cámara de Diputados un documento que exponía los problemas de la normativa vigente⁽⁴⁹⁸⁾. Todos los años algún diputado presentó un

proyecto sobre la materia y a partir de 1996 se presentaron más de un proyecto por año⁽⁴⁹⁹⁾. La Mesa fue comentando dichas iniciativas⁽⁵⁰⁰⁾. El diputado Giustiniani tomó como base el texto unificado de 1999⁽⁵⁰¹⁾ para redactar, en 2001, el proyecto de la actual Ley de Migraciones que después de perder estado parlamentario fue reintroducido en 2003. En 2002, la Comisión de Población de Diputados convocó a una audiencia pública de la que participaron más de 150 personas⁽⁵⁰²⁾. El derecho internacional de los derechos humanos fue un engranaje fundamental en la sanción de la nueva ley⁽⁵⁰³⁾ y en la propia narrativa de la Mesa, ya que la crítica a la normativa entonces vigente fueron sus desviaciones de los tratados de derechos humanos—muchos de los cuales habían adquirido rango constitucional en la reforma constitucional de 1994⁽⁵⁰⁴⁾. El resultado de este largo proceso fue la ley 25.871 que define la migración como un derecho humano⁽⁵⁰⁵⁾.

Como pudimos apreciar, tanto la ley "Avellaneda" 817 (1876) como la ley 25.871 (2004) surgieron de procesos de prolongado debate público. La ley "Avellaneda" plasmó beneficios a la inmigración con el firme propósito de promoverla estratégicamente. Más de un siglo después, la ley 25.871 cristalizó la idea de la inmigración como un derecho humano sobre la base de la reforma constitucional de 1994. ¿Qué ocurrió con sus alternativas históricas —esto es la regulación que rigió entre la ley "Avellaneda" 817 (1876) y la ley 25.871 (2004)—? ¿Se trató de normas más o menos punitivistas? ¿Más o menos democráticas?

III. PRIMER ACTO: LA EXPULSIÓN COMO CASTIGO INDEPENDIENTE Y LA LEY *EXPRESS*. EL CRIMINAL (Y EL INDESEABLE) MERECE LA EXPULSIÓN

En 1902, apenas veintiséis años después de la ley "Avellaneda" 817 (1876), el Congreso inauguró lo que identificamos como la primera vía de acercamiento del derecho migratorio al poder punitivo: las expulsiones como castigo independiente de la situación migratoria. La "Ley de Residencia" 4144 (1902), en tan solo cuatro artículos, se apartó de la bienvenida constitucional a todos los hombres del mundo y encarnó el temor a convertirse "en la tierra de promisión para todo vagabundo o delincuente que no encuentra cabida en Europa"⁽⁵⁰⁶⁾. A partir de entonces, un inmigrante podía ser expulsado y obligado a dejar el país en tres días si el Poder Ejecutivo consideraba que su "conducta compromet[ía] la seguridad nacional o perturb[aba] el orden público"⁽⁵⁰⁷⁾.

Para los inmigrantes en el país, esta posibilidad—la de ser expulsado por razones vagas e invocadas por una única persona—persistió bajo diferentes formulaciones en la vida institucional

argentina hasta 2004. Allí, no importaba el carácter regular o irregular de la permanencia del inmigrante en Argentina. La ley de "Defensa Social" 7029 (1910), sumó nuevas personas al riesgo de expulsión como "anarquistas y demás personas que profesen o preconicen el ataque por cualquier medio de fuerza o de violencia contra los funcionarios públicos o los gobiernos en general o contra las instituciones de la sociedad"⁽⁵⁰⁸⁾. Farrell hizo lo propio expandiendo el alcance del riesgo de expulsión en 1945 al tipificar nuevas conductas contra la seguridad del Estado⁽⁵⁰⁹⁾. Los gobiernos *de facto* de Aramburu y Onganía también extendieron el riesgo de expulsión con fórmulas escurridizas como expulsar a quien propugne "la abolición de nuestra forma organización social"⁽⁵¹⁰⁾ o atente "contra la paz social, seguridad nacional o el orden público"⁽⁵¹¹⁾. Esta última fórmula fue repetida por Videla en 1981, solo que ahora lo dejaba a criterio del ministro del Interior⁽⁵¹²⁾. En democracia, las reglamentaciones de estas normas también fueron creando nuevos supuestos de rechazo y expulsión con una impronta ambigua. Por ejemplo, el dec. 1023/1994 impedía el ingreso y la estadía "cuando pueda presumirse que se trata de una persona inútil (...) o por observar una conducta proclive al delito o que ofenda a la moral o las buenas costumbres públicas, o por cualquier otra circunstancia que a juicio del Ministerio del Interior lo señale como de dudosa capacidad para integrarse a la sociedad"⁽⁵¹³⁾.

En verdad, entre 1902 y 2004 el riesgo de expulsión discrecional tuvo dos brevísimas excepciones, ambas con origen en decisiones democráticas. Los inmigrantes podían ser expulsados según la ley "de Residencia" 4144 (1902) hasta 1958 cuando fue derogada por ley del Congreso de la Nación⁽⁵¹⁴⁾. El riesgo de expulsión del dec.-ley de Onganía imperó hasta 1973 cuando fue derogado, también, por una ley del Congreso de la Nación⁽⁵¹⁵⁾.

En esta trayectoria, se puede detectar la persistencia de dos características: (i) expulsiones discrecionales y (ii) ausencia de deliberación democrática. En primer lugar, resalta el sello unipersonal, administrativo y discrecional de la decisión de expulsar. Desde 1902 hasta 2004 persistió el riesgo de que los habitantes extranjeros fueran pasibles de ser expulsados con invocaciones vagas adoptadas por una única persona en un marco administrativo. Primero fue el Poder Ejecutivo (ley 4144 y dec.-ley 18.235), luego el ministro del Interior (dec.-ley 22.439), y, finalmente, las reglamentaciones del decreto-ley delegaron esa atribución en funcionarios de la Dirección Nacional de Migraciones⁽⁵¹⁶⁾.

Como segundo rasgo, se destaca la ausencia de debate público prolongado en las regulaciones que crearon este tipo de expulsiones.

La persistencia de este tipo de prácticas en la historia argentina fue fruto de normas cuya formación dista de un ideal deliberativo democrático, e incluso de sus alternativas históricas como la ley Avellaneda o ley 25.871 (2004). En efecto, las expulsiones bajo calificaciones vagas fueron el resultado de leyes *express*, como la ley 4144 (1902) y 7029 (1910), adoptadas en una noche, o de decretos-leyes, como el de Onganía de 1969 (dec.-ley 18.235) y el de Videla de 1981 (dec.-ley 22.439). Por el contrario, y como ya referimos, los excepcionales y breves momentos de nuestra historia en que este tipo de expulsiones no tuvieron vigencia fueron el resultado de gobiernos democráticos mediante decisiones adoptadas en el Congreso Nacional y fruto de un intercambio democrático deliberativo⁽⁵¹⁷⁾.

¿Pero no fue acaso una ley del Congreso Nacional la norma que inauguró las expulsiones como castigo independiente? La ley "de Residencia" 4144 (1902) fue efectivamente el resultado de una decisión pública del Congreso de la Nación, sin embargo, no fue precedida de una deliberación prolongada. Por el contrario, se trató de una rauda reacción a la huelga general de noviembre de 1902 iniciada por estibadores y carreros de diferentes puertos del país⁽⁵¹⁸⁾. El tratamiento de la ley a instancias del Poder Ejecutivo fue una cuestión de horas. El 22 de noviembre de 1902 por la mañana, la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado acomodó rápidamente un viejo proyecto de ley que había propuesto Miguel Cané en 1899. Por la tarde del mismo día, el Senado aprobó "sobre tablas" el proyecto. Pocas horas después, la Cámara de Diputados sancionó la ley⁽⁵¹⁹⁾.

Más allá de algunas fatales objeciones constitucionales esgrimidas ese día en el seno del Congreso Nación⁽⁵²⁰⁾, el trámite rápido y el carácter reactivo de esta ley "de Residencia" 4144 (1902) bloqueó la oportunidad de discutir algunos argumentos que habían justificado el viejo proyecto de ley de Cané. El autor de la ley *express* había justificado el proyecto —en una obra de 1899— con argumentos fácticos y normativos tales como que la Constitución consagraba una política migratoria selectiva y que el derecho de permanecer en el país era un derecho político en lugar de civil, por lo que no necesariamente se debía gozar en igualdad que los nacionales⁽⁵²¹⁾ y que desde la sanción de la CN en 1853 había operado para ese entonces un cambio demográfico en los flujos migratorios. En este último sentido, Cané sostenía que Argentina se había convertido

"en un laboratorio de crímenes —y de los más bárbaros que pueden imaginarse— al amparo de la más absoluta impunidad.

Nuestro Código Penal, tan deficiente en general, no podía, como no lo puede el más perfecto de la tierra, legislar para los cuasidelitos o aquellos actos que importando un peligro, sea para la seguridad del Estado, sea para el mantenimiento del orden público o de la tranquilidad social, no han adoptado las formas externas que pueden hacerlos caer bajo la ley penal"⁽⁵²²⁾.

Sin embargo, en el libro que acompañó el proyecto de ley en 1899 no constan estadísticas, reportes demográficos o datos que respalden ese diagnóstico. Por el contrario, sus defensas fueron fustigadas con posterioridad a la sanción de la ley, entre otros, por el jurista Francisco Durá, que publicó un libro destinado a criticar la ley de "Residencia" 4144 (1902)⁽⁵²³⁾, los argumentos de su autor, y la ley de "Defensa Social" 7029 (1910)⁽⁵²⁴⁾. Allí consideró que se trataba de normas ineficaces para contener los atentados anarquistas⁽⁵²⁵⁾, carentes de legitimidad democrática⁽⁵²⁶⁾ e inconstitucionales, ya que la deportación era un castigo impuesto sin juicio previo⁽⁵²⁷⁾.

El asunto es que estas ideas sobre las que se asentó la ley 4144 (1902), no controvertidas antes de ser norma, tienden a pervivir en el tiempo. En el dec.-ley 18.235 de 1969, Onganía revivió explícitamente los conceptos que dieron apoyo a la ley 4144. Invocando tal norma como inspiración, esgrimiendo basarse en la CN, y señalando la necesidad de *segregar* inmigrantes no deseados la norma afirmaba que "(...) quienes se acogen a nuestra hospitalidad deben observar una conducta digna y no perturbar las instituciones y el orden público. Si así no lo hicieren, se hacen pasibles de ser segregados de nuestra comunidad"⁽⁵²⁸⁾. Se trata, como su modelo, de una norma reactiva⁽⁵²⁹⁾.

La Corte Suprema, por su parte, convalidó la constitucionalidad de la ley 4144. En el caso "Sheimberg", confirmó 33 expulsiones dictadas en el marco de esa norma y desestimó las críticas que se habían efectuado a su constitucionalidad⁽⁵³⁰⁾. En la sentencia se puede observar un discurso que, como el de Cané, enfatiza que la Constitución protege la migración sujeta a condiciones de utilidad. El Máximo Tribunal entendió que la deportación no era una pena que exigiera, por ende, intervención judicial (si bien advierte que ello no supone la violación al debido proceso en el marco administrativo).

En conclusión, una de las formas que adquirió la creciente severidad del derecho migratorio fueron las expulsiones como castigo a conductas de extranjeros, independientemente de su condición migratoria. Las ideas que parecieron movilizar este camino fueron, en primer lugar, una política antianarquista y, luego, una vinculación entre crimen y migración desarraigada de datos estadísticos. Este instituto estuvo marcado por un carácter

discrecional (con formulaciones vagas y otorgando la autoridad de expulsión a una única persona en el ámbito administrativo) y carente de respaldo de un debate democrático prolongado.

IV. SEGUNDO ACTO: CASTIGOS ACCESORIOS AL RECHAZO MIGRATORIO EN DECRETOS Y MÁS DECRETOS. EL INMIGRANTE INFRACITOR DE LA LEY MIGRATORIA ES UN CRIMINAL

La segunda tendencia al sesgo sancionatorio que identificamos se encuentra en el endurecimiento de las propias condiciones de admisión y permanencia migratorias. La construcción del inmigrante irregular como ilegal no rigió desde el comienzo en Argentina. La ley "Avellaneda" 817 (1876), preveía sanciones únicamente dirigidas a los capitanes de buques por las condiciones de traslado de los inmigrantes, o a los responsables del desembarco de los extranjeros. El inmigrante era sujeto de protección de la ley y aunque eventualmente le podía ser denegada su posibilidad de desembarco⁽⁵³¹⁾, no era pasible de incurrir en infracciones⁽⁵³²⁾. En efecto, la CS en 1928 entendió que no existía norma alguna que permitiera la expulsión del inmigrante que, aun habiendo ingresado clandestinamente, no había sido detenido en la frontera⁽⁵³³⁾.

La criminalización del extranjero infractor de la ley se originó en un decreto del gobierno *de facto* de Farrell sobre la "Represión de delitos contra la seguridad del Estado" 536/1945 y se mantuvo al menos hasta 2004, mediante otras regulaciones. En aquella oportunidad, en la década del '40, la Corte no acompañó esta política *de facto* y declaró la inconstitucionalidad de las figuras penales establecidas por el decreto. Explicó que "No se necesita mayor esfuerzo para ver que esa garantía [del art. 18] resultaría anulada totalmente si un gobierno *de facto*, sin representación popular, tuviera la facultad de establecer delitos y penas por decreto"⁽⁵³⁴⁾. A partir de 1945, en cambio, el inmigrante que incumpliera la regulación migratoria, ya sea al momento del ingreso o con respecto a las condiciones para permanecer en el país, pasó a ser un criminal pasible de una pena de prisión, pues era una de las amenazas a la seguridad del Estado merecedoras de una pena de prisión de hasta dos años⁽⁵³⁵⁾. Ese significado ilícito del inmigrante irregular persistió, por ejemplo, en el dec. "Guido" 4805/1963 que complementó la primigenia ley "Avellaneda" 817 (1876), e innovó al declarar ilegal a todo inmigrante que estuviera en infracción con respecto a la regulación migratoria, ya sea al momento de su ingreso o en cuanto a las normas que condicionaban su permanencia.

Otra forma sancionatoria que adquirió el derecho migratorio fue orientada a la situación laboral y habitacional del inmigrante. Así, en

1967, el dec.-ley de "Represión de la inmigración clandestina" 17.294 de Onganía autorizaba el despido sin causa del inmigrante irregular, y multaba a quienes los alojaban o les contrataran habitación, así como a los empleadores de extranjeros *ilegales*⁽⁵³⁶⁾.

De este breve repaso regulatorio puede concluirse que, a lo largo del tiempo, el derecho migratorio fue adquiriendo una impronta punitiva con dos caracteres. En primer lugar, la construcción del sujeto 'inmigrante ilegal' a sola firma y a través del cambio de foco del sujeto sancionable: desde los responsables del transporte de los inmigrantes al propio inmigrante y a todo aquel que le prestara trabajo o habitación. Es importante reparar en quién ejercía la autoridad para declarar ilegal una permanencia y ordenar una expulsión. En el dec. "Guido" 4805/1963, esa autoridad radicaba en el Director Nacional de Migraciones, y más tarde fue delegada en jefes departamentales o en la propia policía⁽⁵³⁷⁾.

En segundo lugar, los castigos accesorios al inmigrante irregular resultaron de un proceso carente de deliberación mayoritaria. La historia de esta segunda vía de acercamiento del derecho migratorio al derecho penal está marcada por decisiones unipersonales de gobiernos *de facto*, en algunos casos sugeridas por un grupo reducido de asesores⁽⁵³⁸⁾. Las sanciones a quienes emplearan o alojaran extranjeros *ilegales* tampoco tienen respaldo en decisiones democráticas: surgieron también mediante un decreto-ley. Uno de los puntos centrales del programa de gobierno *de facto* de Onganía fue el de "impedir la inmigración clandestina"⁽⁵³⁹⁾. La comisión asesora de Onganía —compuesta de 3 personas— explicó que, a su entender, el principal motivo de la considerable inmigración ilegal en Argentina radicaba en

"una insuficiencia normativa por la cual el inmigrante ilegal goza en la Argentina prácticamente de los mismos derechos, libertades y garantías que las leyes reconocen al habitante de derecho. Esta situación, que crea una irritante desigualdad en favor del ilegal, explica el escaso interés que susciten en este último los sistemas de regularización cuyos beneficios no se pueden apreciar"⁽⁵⁴⁰⁾.

La ausencia de cualquier debate público detrás de estas decisiones dificulta conocer —en toda su complejidad— e interpelar los argumentos que las sostienen. El dec.-ley 4805/1963 tiene la particularidad de articular la cuestión migratoria como el "problema migratorio", marcando de forma explícita el cambio de paradigma respecto de la "Ley Avellaneda" que ya se venía operando desde principios de siglo⁽⁵⁴¹⁾. ¿En qué consistía el problema migratorio del decreto "Guido" (1963)? En la legislación anterior, por ejemplo en

la ley 4144 (1902), está claro que lo problemático se vinculaba a una inmigración indeseable esencialmente por motivos políticos: el rechazo al anarquismo. El dec. "Guido" no explica en qué consistía el designado "problema migratorio", pero los decretos subsiguientes apuntaron a la llegada de migrantes de países limítrofes como cuestiones problemáticas⁽⁵⁴²⁾.

La narrativa del dec. "Guido" 4805/1963 invoca el seguimiento de la autoridad de la CS; órgano que, por otra parte, era el que le había tomado juramento en el cargo a Guido asegurando su presidencia. Sin embargo, en los hechos, el decreto contrarió la tradición jurisprudencial del Máximo Tribunal al declarar ilegal el ingreso o permanencia en el país de todo extranjero que hubiera ingresado de forma clandestina, sancionándolo —por primera vez explícitamente— con la expulsión por la sola orden de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) y sin perjuicio de los años de arraigo en el país⁽⁵⁴³⁾. En efecto, hasta ese entonces, la CS en el caso "Cuesta Urrutia" de 1944 había rechazado la posibilidad de expulsar a quienes hubieran ingresado clandestinamente si habían vivido un tiempo suficientemente extenso en el país como para constatar su buena conducta *ex post facto*⁽⁵⁴⁴⁾. Más tarde, si bien el Máximo Tribunal en algunas ocasiones convalidó expulsiones, mantuvo el recaudo de distinguir esos casos del precedente "Cuesta Urrutia" que seguía reafirmando⁽⁵⁴⁵⁾.

Con posterioridad, el Máximo Tribunal fue ejerciendo un rol más activo en la revisión del rechazo de las solicitudes de radicación en el país. En efecto, en 1967, en los casos "Britez y Argüello"—después del dec. "Guido" y del decreto reglamentario de Aramburu— la Corte revisó y revocó rechazos de radicaciones por actividades políticas por considerar que los informes de inteligencia sobre la actividad política de los extranjeros carecían de valor probatorio suficiente (aunque sin declarar ilegal el decreto de Aramburu de 1956)⁽⁵⁴⁶⁾. Y más fuerte fue todavía la intervención del tribunal cuando, en 1970, en el caso *Acosta* consideró que, si bien los informes de la Secretaría de Inteligencia podían ser ciertos sobre la actividad política del extranjero, no alcanzaban para validar la expulsión ya que no se habían repetido⁽⁵⁴⁷⁾.

¿Qué explica la criminalización de la infracción migratoria, el cambio de paradigma y la institucionalización regular de la expulsión? El dominio de decretos hace imposible buscar explicaciones oficiales en debates legislativos. Las estadísticas de 1947 a 1970 indican que la inmigración medida como porcentaje de la población total fue, en realidad, descendiendo (un 15,3% en 1947; 13% en 1960 y un 9,5% en 1970)⁽⁵⁴⁸⁾. Sin embargo, al desagregar esos datos, puede

advertirse que la población extranjera no limítrofe (generalmente europea) se estancó y descendió, mientras que la inmigración de países limítrofes fue creciendo levemente⁽⁵⁴⁹⁾.

En conclusión, la regulación migratoria fue adquiriendo una impronta punitivista también respecto de la normativa de admisión de extranjeros. Ello se puede observar en el giro al inmigrante (y al que lo emplee o aloje) como sujeto pasible de infracciones y su construcción como ilegal. Todo ello fruto, en general, de decretos, y carente del respaldo de deliberación democrática. Las razones que parecen haber traccionado en este camino son articuladas como un "problema migratorio", sin explicitar más.

V. TERCER ACTO: CRIMINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO MIGRATORIO Y EL DECRETO-LEY

Una mirada al interior del paso a paso del derecho migratorio nos muestra la tercera faceta de su carácter sancionatorio: la que tiene que ver con el aspecto procesal. El carácter sancionatorio del proceso migratorio se puede detectar en cuatro institutos que fueron profundizados por el dec.-ley "Videla" 22.439 (1981) que reemplazó definitivamente la histórica "Ley Avellaneda" y el dec. "Guido": (i) la obligación de denunciar a los inmigrantes en situación irregular, (ii) la falta de revisión judicial de la expulsión, (iii) la prisión preventiva a la expulsión por orden administrativa, y (iv) facultades investigativas sin orden judicial.

- (i) *obligación de denunciar a los inmigrantes en situación irregular*: el dec.-ley de Onganía sobre "Represión de la inmigración clandestina" ya había creado la carga a empleadores y a quienes contrataran alojamiento a inmigrantes de solicitar la documentación de radicación y denunciar a aquellos en situación de *ilegalidad*. El dec.-ley "Videla" de 1981 expandió esa obligación a cuanto oficial o privado fuese posible⁽⁵⁵⁰⁾. Todos ellos pasaban a tener el deber de comunicar a la autoridad migratoria los datos de cualquier migrante que no tuviera permanencia legal en el país.

- (ii) *falta de revisión judicial de la expulsión*: el dec.-ley "Guido" 4805/1963 ya ponía la expulsión por infracción a la ley migratoria en cabeza de la DNM, quien podría ordenarla al declarar ilegal al inmigrante, y la decisión sería revisable únicamente ante el ministro del Interior⁽⁵⁵¹⁾. El dec.-ley "Videla" también autorizaba a la "autoridad de migración" a expulsar a todo extranjero *ilegal* (resolución revisable únicamente por el ministro del Interior "sin que exista ulterior recurso"⁽⁵⁵²⁾). A su vez, el decreto-ley ponía en cabeza del ministro del Interior el disponer la expulsión de extranjeros

independientemente de su situación migratoria,⁽⁵⁵³⁾ siendo únicamente revisable por el Poder Ejecutivo.

- (iii) *la prisión preventiva a la expulsión por orden administrativa*: el dec. "Guido" 4805/63 admitía que la DNM pudiera ordenar la detención del inmigrante en comisarías hasta que se hiciera efectiva la expulsión bajo el único recaudo de dictar una resolución fundada⁽⁵⁵⁴⁾. En 1981, el dec.-ley "Videla" mantuvo el instituto con las mismas características: en especial, la facultad de ordenar la detención en cabeza del Ministerio del Interior o de la DNM, que luego se delegó en las jefaturas de control migratorio⁽⁵⁵⁵⁾. La CS en el caso "Cai Wenhuan" de 2004 tuvo que resolver cuestionamientos de las facultades de la DNM para detener precautoriamente a inmigrantes. La Cámara había entendido que el lapso durante el cual se había extendido la detención precautoria la había convertido en una sanción penal impuesta por el Poder Ejecutivo violando la Constitución. El Máximo Tribunal revocó el fallo⁽⁵⁵⁶⁾.

- (iv) *facultades investigativas sin orden judicial*: el dec.-ley "Videla" 22.439/1981 dotó a la DNM de amplísimas facultades de investigación sin necesidad de una orden judicial. Por ejemplo, la de "entrar libremente y sin notificación previa a los lugares o locales comerciales, industriales, educacionales, hospitalarios y asistenciales y todo aquél en el que exista o medie presunción de infracción a la presente ley", e "interrogar a solas o ante testigos a los responsables o sus representantes"⁽⁵⁵⁷⁾.

Entender a qué respondió este *crescendo* sancionatorio en el procedimiento migratorio también es difícil, ya que —nuevamente— las normas no fueron el resultado de un intercambio deliberativo. En efecto, fueron el resultado, principalmente, de un decreto-ley firmado por Videla y 8 personas más⁽⁵⁵⁸⁾. El dec.-ley "Videla", decidido por la comisión legislativa del gobierno *de facto*, comenzaba declarando que "el Poder Ejecutivo, de acuerdo con las necesidades poblacionales de la República, promoverá la inmigración de extranjeros cuyas características culturales permitan su adecuada integración en la sociedad argentina"⁽⁵⁵⁹⁾. Sin embargo, si uno repara en qué estaba ocurriendo con la inmigración según las cifras oficiales, la participación de la población extranjera sobre la total en Argentina continuó decayendo (6,8% en 1980; 5% en 1991; 4,2% en 2001)⁽⁵⁶⁰⁾. El número absoluto de inmigrantes también disminuyó de manera consistente⁽⁵⁶¹⁾. Lo único que creció levemente fue la participación de extranjeros provenientes de países limítrofes (de 2,3% en 1970, pasó a 2,7% en 1980, y se mantuvo en 2,6% en 1991 y 2001)⁽⁵⁶²⁾.

En conclusión, los cuatro institutos mencionados muestran una tercera vía de acercamiento de la regulación migratoria al poder punitivo. Todos ellos, sistematizados por un decreto-ley de un gobierno *de facto*. Ambos aspectos refuerzan el fenómeno de la "crimigración" en Argentina y su relación con normas carentes de credenciales democráticas.

VI. CONCLUSIÓN: LA IMPORTANCIA DE MIRAR LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

En las diferentes secciones reconstruimos el devenir histórico de tres vías de acercamiento del derecho migratorio al derecho penal: (I) la expulsión como un castigo independiente de la situación migratoria, (II) castigos accesorios al rechazo migratorio y (III) la criminalización del proceso migratorio. El sesgo punitivo que fue adquiriendo el derecho migratorio contrasta con las normas que adoptamos como punto de partida del análisis: las leyes "Avellaneda" 817 (1876) y 25.871 (2004). Esta última ley es ampliamente considerada una ruptura con el pasado de severidad creciente, y más precisamente de criminalización creciente⁽⁵⁶³⁾. Pero el contraste no se da únicamente en términos del qué de las normas sino de su quién, y tal vez es este el punto más relevante para rebatir el argumento ferrajoliano.

La necesidad de Ferrajoli de una "democracia constitucional" o de despojar a las mayorías del poder decidir sobre ciertos asuntos como los penales estaba fundada básicamente en dos creencias. La primera era una concepción binaria de la democracia donde las opciones se dirimían únicamente entre mayorías tiránicas o mayorías sin poder de decisión. En esta reconstrucción histórica de la regulación de las fronteras argentinas pudimos advertir, en cambio, todo tipo de gradientes y matices de las decisiones políticas (leyes debatidas durante mucho tiempo, leyes *express*, decretos sin debate, y decisiones de gobiernos *de facto*).

La segunda premisa que sostenía el argumento de Ferrajoli era la tendencia punitivista de las mayorías. Como pudimos apreciar tanto la ley "Avellaneda" 817 (1876) como la ley 25.871 (2004) surgieron de procesos de prolongado debate público. En definitiva, ambas experiencias democráticas, sin que ello signifique equiparar sus credenciales deliberativas⁽⁵⁶⁴⁾, resultaron en normas que tenían una visión menos punitivista que la que marcó las normas que transcurrieron entre ellas. Por el contrario, las vías de acercamiento del derecho migratorio al derecho penal estuvieron respaldadas por decisiones unipersonales de gobiernos *de facto*, decretos, y en algunos casos por leyes *express* reactivas y sin debates públicos

prolongados. Con esto no queremos decir que un modelo como el ferrajoliano suponga validar normas *de facto*, pero la historia en su conjunto sí aporta razones cuestionar la desconfianza en las mayorías.

La falta del respaldo del debate público en estas decisiones torna difícil explicar el porqué del creciente sello punitivo en el derecho migratorio. Como hemos anotado, las estadísticas señalan, por un lado, un decaimiento del porcentaje de la población migratoria respecto del total en Argentina, y, por el otro, un cambio de composición de dicha población migrante proveniente cada vez más de países limítrofes⁽⁵⁶⁵⁾.

Reconstruir la historia de la frontera migratoria y el sesgo punitivo desde una perspectiva que incluya la legitimidad democrática también aporta nueva luz sobre el rol de las cortes. Para el modelo de democracia constitucional de Ferrajoli, la justicia es quien debe custodiar las garantías de los impulsos punitivistas de las mayorías. Ahora bien, en la trayectoria del derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del art. 14 de la Constitución la relación mayorías y cortes fue diferente. Por ejemplo, en el primer acto sobre las expulsiones independientes vimos cómo la Corte convalidó las expulsiones de la ley 4144 en el caso "Scheimberg" de 1932. Diego Morales, de hecho, advirtió que durante la vigencia del hostil dec.-ley Videla la CS protegió a migrantes regulares mientras desestimó planteos de inmigrantes irregulares⁽⁵⁶⁶⁾. Muchas décadas y leyes más tarde, en especial la ley 25.871 (2004), en el caso "Zhang" el Máximo Tribunal tachó la categoría de prohibición de ingreso y permanencia por proclividad al delito de "sustancialmente subjetiva"⁽⁵⁶⁷⁾. Señaló que exigir, en cambio, una condena era un "requisito esencial a la luz del principio de inocencia y del resguardo del debido proceso"⁽⁵⁶⁸⁾. Más recientemente, en mayo de 2018, la Corte debió dirimir entre dos interpretaciones sobre las expulsiones por condenas penales en la ley 25.871 y se decidió por la que resultaba más beneficiosa para el inmigrante con fundamentos estrictamente vinculados a técnicas de interpretación legal (caso "Apaza León")⁽⁵⁶⁹⁾. Así, una forma de ver el rol de las cortes en esta trayectoria es preguntarse, como Morales, acerca de qué grupos de migrantes resultaron protegidos en los fallos. De ello se seguiría que los cambios jurisprudenciales siguen a los regulatorios⁽⁵⁷⁰⁾. Otra perspectiva podría preguntarse cuál es el rol que tuvo la Constitución en las sentencias y allí se podría observar una continuidad. En efecto, en la jurisprudencia históricamente prevalecieron argumentos que hicieron pie en el texto de las regulaciones migratorias en lugar del de la Constitución.

El flamante dec. 70/2017 retoma algunas de las improntas sancionatorias descriptas más arriba. Expandió los supuestos en que se podría imponer la expulsión como sanción accesoria o vinculada a delitos⁽⁵⁷¹⁾. El decreto amplió los motivos de expulsión como resultado de la comisión de un delito (a cualquier persona condenada, o con antecedentes o con condena no firme por cualquier delito que merezca pena de prisión)⁽⁵⁷²⁾. A su vez, se focaliza en el proceso al sumarizarlo, reduciendo los plazos para la interposición de defensas y admitir que podría haber un supuesto de expulsión sin asistencia letrada. El dec. 70 invocó una preocupación por la "actual duración de los procesos administrativos y judiciales en materia migratoria, los que atentan contra el debido proceso legal y pueden acarrear al Estado nacional responsabilidad internacional"⁽⁵⁷³⁾, además de poner en riesgo el orden internacional al admitir la permanencia de los extranjeros con antecedentes delictivos, cuya explicación parece afincar en el "extenso proceso recursivo actual"⁽⁵⁷⁴⁾ y en una alegada mayor participación de los extranjeros en actividades criminales. Sin embargo, no surgen estadísticas que reflejen la participación en actividad criminal según nacionalidad. Para tomar un indicador próximo, el Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena (SNEEP) muestra que el porcentaje de los extranjeros alojados en cárceles se mantiene constante en un 6% sobre el total de la población penitenciaria desde 2005⁽⁵⁷⁵⁾. Aun focalizando en la población alojada únicamente en el servicio penitenciario federal, tampoco se observa un crecimiento de la participación de los extranjeros en actividades criminales (desde 2012 a la fecha, el porcentaje siempre osciló entre un 19% y un 23%)⁽⁵⁷⁶⁾.

Claro está que, como todo caso de estudio, la reconstrucción del sentido con que se dotó al derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del art. 14 de la Constitución se trata de una historia contingente. Hipotéticamente podríamos tener leyes debatidas públicamente por lapsos prolongados respecto de la frontera con tendencias punitivistas. Sin embargo, este comentario únicamente ofrece algunos motivos por los cuales debería, al menos, importarnos la legitimidad democrática en las cuestiones del castigo y la migración.

"(...) de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa (...)"

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Comentario de Roberto Gargarella

A lo largo de la historia argentina se fueron ofreciendo varias lecturas posibles en torno a la lista de derechos y, muy en particular de la libertad de expresión. Existió, por caso, una todavía presente aunque debilitada lectura conservadora de la libertad de expresión que pretendía someter a la misma a principios en apariencia supraconstitucionales, como los relacionados con la religión mayoritaria o (intercambiabilmente) verdadera. De allí se derivaron decisiones judiciales de todo nivel, que aceptaron el establecimiento de estrictos límites sobre las denominadas publicaciones y exhibiciones obscenas (para el caso de la Argentina pienso en el fallo "Musotto" de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, en el que se apelara a la necesidad de evitar la "corrupción y desintegración social"), invocaron al cristianismo como razón para limitar los derechos de los homosexuales (caso "CHA") o consideraron constitucional la restricción a la circulación de publicaciones ideológicamente desafiantes, que fueron consideradas contrarias a la moral establecida (caso "Bertotto"). Es decir, se trató o trata de una visión ideológica que cruzó toda la historia constitucional argentina y que tuvo impacto tanto sobre cuestiones de moral privada como pública, esferas ambas sobre las que procuró instalar firmes límites relacionados con valores religiosos y principios de moralidad puritana. Esta propuesta de interpretación constitucional encuentra más dificultades, en la actualidad, para ser invocada en fallos y decisiones públicas, pero de ningún modo puede considerarse desplazada de la vida institucional argentina.

La suerte del liberalismo —un liberalismo por lo general vinculado a la defensa del estado de cosas dominante— ha sido diferente, sobre todo como fundamento de razones públicas invocadas por los poderes de Estado, y en particular por el Poder Judicial. Todavía se asume —con razón— el peso de la ideología liberal como ideología primaria en los orígenes del constitucionalismo, y desde allí se derivan, sin mucho más, y como si ello fuera suficiente, razones para leer la estructura de los derechos desde la óptica de un prisma liberal. Por supuesto, hay razones independientes y compartibles hoy que permiten reconocer peso propio a la lectura liberal de la Constitución: el liberalismo encaja bien con la genuina preocupación existente por asegurar (al menos) uno de los compromisos fundamentales de la Constitución —aquí asumidos— relacionado con la protección de la autonomía individual. Sin embargo, y por lo mismo, ese tipo de liberalismo no resulta especialmente atractivo para satisfacer el otro

gran compromiso constitucional relacionado con el autogobierno colectivo. Por el contrario, resultara un problema el querer poner en vigor los mismos principios aplicables sobre las vidas personales, en el ámbito de la vida pública. En otros términos, el respeto a la prioridad de la elección personal que puede resultar defendible en términos de la elección de planes de vida individuales, no debe ser utilizado sin más como principio organizador de la vida colectiva.

Producto de dicha desafortunada aproximación al liberalismo, es la también desafortunada lectura del derecho de libertad de expresión en clave liberal (o, más precisamente, liberal-conservadora). Lo que se dice entonces es que la libertad de expresión requiere (también) el "dejar hacer", esto es decir, que las palabras protectivas que dedica la Constitución a la libre expresión implican que (estrictamente) nada puede hacerse en la materia (sobre el art. 32: "no restringir significa no restringir", "no establecer la jurisdicción federal sobre ella implica no establecer la jurisdicción federal"), que "la mejor regulación en materia de prensa es la que no existe".

No es dicho enfoque, sin embargo, el que aquí se propicia, desde el asumido compromiso con una filosofía política igualitaria y una concepción robusta (deliberativa) de la democracia. Contra la aproximación liberal señalada, que recupera para la esfera pública el principio de *laissez faire*, aquí se reivindica otro diferente, que implica *leer a la libertad de expresión como un compromiso, ante todo, con un debate público robusto*.

Esta última interpretación parece "naturalmente" derivada de puntos de partida como los arriba referidos: a la hora de tomar decisiones públicas, nadie está en condiciones de definir para todos qué es lo que debe hacerse para el beneficio común; todos tenemos una racionalidad y conocimientos limitados, pertenecemos a una sociedad plural, compuesta de personas que razonablemente difieren en cuanto a sus ideales políticos, convicciones personales, proyectos de vida. En definitiva, necesitamos —de modo indispensable— la oportunidad de discutir y ponernos de acuerdo acerca de lo que más nos importa, y que refiere a cuestiones en torno a las cuales razonablemente diferimos. Las ideas de igualdad y democracia como discusión, entonces, aparecen entrelazadas en el espacio común que las reúne.

Afortunadamente, una lectura como la sugerida forma parte central del texto escrito de muchas de nuestras Constituciones. En el caso de la Constitución argentina, se advierte que en numerosas oportunidades ella deja en claro su abierto compromiso con la deliberación pública y la idea de que las decisiones normativas deben

resultar de un debate político colectivo (piénsese, p. ej., en textos como los de los arts. 78, 83, 100, inc. 9º y 106). Afortunadamente también, dicha lectura se deriva de algunos de los fallos más relevantes en la historia universal de la libertad de expresión — piénsese, por caso, en "New York Times vs. Sullivan"— retomados ampliamente en la Argentina; lo cual es así advertido por algunos de los doctrinarios más notables en materia de libertad de expresión — piénsese, por caso, en los trabajos de autores como Owen Fiss (Fiss, 1996, 1987) o Cass Sunstein (1995). No se trata, de todos modos, de apoyarse en citas de autoridad, porque no es necesario. Insisto: en una sociedad de iguales, en la que se quiere tomar en serio la diversidad de pensamientos y preferencias existente, es difícil no considerar que las decisiones no deban resultar sino de un acuerdo deliberado, colectivo.

La idea de debate público robusto, como principio fundamental en materia de interpretación de libertad de expresión, tiene muchas y en general obvias implicaciones que exploraré con mayor detalle más abajo. Por el momento, sin embargo, adelantaré lo siguiente. Ante todo, esa idea de debate público requiere de acciones, más que de "dejar hacer". Requiere, en particular, acciones de un determinado tipo, relacionadas especialmente con los principios de *inclusión y debate público*, en un marco social que sigue estando fuertemente caracterizado por situaciones de marginación y exclusión social, y prácticas de imposición y negociación detrás de la escena. Más específicamente aún, requiere de acciones dirigidas al cambio social y orientadas por tanto a confrontar con una estructura organizacional montada sobre desigualdades históricas, injustificadas, y que cotidianamente refuerzan y reproducen la fractura existente en la sociedad. De lo contrario —y para decirlo de modo más directo— el principio del "dejar hacer" —como principio para interpretar la libertad de expresión— en un contexto marcado por las desigualdades injustificadas, significaría comprometerse con la preservación y predominio de esas desigualdades (Fiss 1986).

Es mi esperanza que las pautas teóricas brevemente esbozadas en las líneas precedentes puedan servir para enmarcar mejor nuestras reflexiones legales, a la luz de los intensos debates que hoy se están dando en la región, en torno a la regulación jurídica de la libertad de expresión.

Comentario por Ramiro Álvarez Ugarte

La libertad de prensa, de imprenta o de expresión constituye uno de los derechos fundamentales en una sociedad democrática. En términos de Carlos Nino, es un derecho *a priori*, sin una adecuada protección y un clima favorable para su desarrollo, el sistema democrático, que supone elecciones libres y competitivas entre personas que se disputan el voto ciudadano mediante el debate público, no puede funcionar⁽⁵⁷⁷⁾.

En la Argentina, este derecho recibió tradicionalmente una protección generosa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación desarrolló, especialmente desde el retorno de la democracia, diversos estándares de protección inspirados en la idea fuerza de promover más deliberación y discusión sobre asuntos de interés público, bajo la creencia de que una sociedad democrática necesita de un debate libre, robusto, abierto y desinhibido. Asimismo, el sistema interamericano de derechos humanos ha desarrollado estándares sumamente ricos y vigorosos en defensa de la libertad de expresión. Este comentario se estructurará alrededor de esos estándares y de distinciones que conforman el núcleo esencial de la protección de este derecho en el ordenamiento jurídico argentino.

I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA DEMOCRACIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema ha adoptado una mirada protectoria sobre la libertad de expresión: la valora especialmente por su relación estructural con la democracia. En numerosos casos ha señalado este vínculo. Por ejemplo, ya en 1932 la Corte Suprema sostenía que la libertad de prensa era "un derecho esencial e indispensable para asegurarle al pueblo la libre discusión de los asuntos públicos"⁽⁵⁷⁸⁾. En el mismo sentido, en el caso "Abal" el tribunal consideró que "[e]ntre las libertades que la CN consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal (...) está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda desviación tiránica"⁽⁵⁷⁹⁾.

Esta doctrina protectoria que se encuentra especialmente en la década de 1960 se retomará con fuerza a partir de la década de

1980, luego del retorno de la democracia⁽⁵⁸⁰⁾. Así, en el caso "Campillay" la Corte destacó que "en el régimen republicano la libertad de expresión (...) tiene un lugar eminente"⁽⁵⁸¹⁾. Asimismo, sostuvo que el "fundamento republicano de la libertad de imprenta" reside en la promoción de una amplia crítica pública a las acciones de gobierno, ya que "no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de los poderes públicos"⁽⁵⁸²⁾.

En el mismo sentido, en el caso "Patitó" el tribunal consideró:

"(...) toda sociedad plural y diversa necesita del debate democrático, el que se nutre de las opiniones teniendo como meta la paz social. En este sentido se ha dicho que la principal importancia de la libertad de prensa, desde un punto de vista constitucional, 'está en que permite al ciudadano llamar a toda persona que inviste autoridad, a toda corporación o repartición pública, y al gobierno mismo en todos sus departamentos, al tribunal de la opinión pública, y compelerlos a un análisis y crítica de su conducta, procedimientos y propósitos, a la faz del mundo, con el fin de corregir o evitar errores o desastres; y también para someter a los que pretenden posiciones públicas a la misma crítica con los mismos fines (...)'"⁽⁵⁸³⁾.

Desde este punto de vista, la libertad de prensa y el derecho a la libertad de expresión constituyen garantías constitucionales especialmente protegidas por su vinculación estrecha con el funcionamiento de las instituciones democráticas. Este es el criterio que también ha desarrollado por el sistema interamericano de derechos humanos⁽⁵⁸⁴⁾.

Con el objetivo, entonces, de resguardar ese debate público abierto y robusto y promover un espacio de libertad amplio y generoso, la Corte Suprema ha desarrollado estándares especiales de protección que, ante un caso que involucra el ejercicio de este derecho, permiten analizarlo de forma estructurada, de manera tal de promover una ponderación respetuosa del derecho involucrado que rescate su rol fundamental. Este conjunto de protecciones y criterios jurisprudenciales han generado, en diálogo con el sistema interamericano de derechos humanos, cambios profundos en el derecho argentino, como por ejemplo la despenalización de los delitos de calumnias e injurias cuando tratan de cuestiones de interés público⁽⁵⁸⁵⁾.

Por supuesto, estos criterios se basan sobre el presupuesto de que no se trata de un derecho absoluto, punto sobre el cual la Corte

Suprema ha insistido de manera invariable⁽⁵⁸⁶⁾. Sin embargo, los propios criterios de la Corte Suprema y los estándares interamericanos de derechos humanos sugieren que las responsabilidades ulteriores que correspondan por el abuso de este derecho deben satisfacer estrictos requisitos de admisibilidad que las vuelven, en la práctica, sumamente excepcionales.

II. LA PROHIBICIÓN DE CENSURA PREVIA

Luego del retorno a la democracia, la cuestión de la censura previa —es decir, la acción estatal que busca impedir que determinados mensajes lleguen a la población— adquirió un lugar central en la jurisprudencia de la Corte, quizás porque la censura había sido una práctica usual durante los regímenes autoritarios del pasado⁽⁵⁸⁷⁾. En el caso "Verbitsky", la Corte Suprema anuló una sentencia que había impedido la publicación de una solicitada a favor de los militares procesados y condenados por delitos de lesa humanidad⁽⁵⁸⁸⁾. La Corte Interamericana, por su parte, también se había pronunciado en un caso relevante que trataba sobre la censura, producida en Chile, contra la película *La última tentación de Cristo* de Martin Scorsese. El tribunal interamericano restringió el control previo a los supuestos del art. 13.4, es decir, aquel que permite la revisión de contenidos pero solo "en el caso de los espectáculos públicos (...) únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión"⁽⁵⁸⁹⁾.

También durante esos años, la Corte Suprema intervino en un caso de relevancia pública que involucró un intento de una jueza federal —María Romilda Servini de Cubría— de impedir que un programa de actualidad política y de tono satírico conducido por Tato Bores la mencionase. Luego de una notable acción pública en defensa de la libertad de expresión (que incluyó una canción en la que a la jueza se la mencionaba como *Barubudubudía*), la Corte Suprema consideró que la libertad de prensa, dentro del plexo de libertades y derechos que garantiza la Constitución,

"es una de las que poseen más entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica (...) De lo

contrario, existiría riesgo evidente de un fácil deterioro de las libertades republicanas"⁽⁵⁹⁰⁾.

III. LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD, AL HONOR Y A LA REPUTACIÓN

El principal derecho con el que la libertad choca en las democracias modernas es el derecho al honor o a la reputación, garantizado también por la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 11⁽⁵⁹¹⁾. El sistema argentino se aproxima bastante al sistema de los Estados Unidos y al sistema interamericano, que tienden a proteger de una manera más robusta al derecho a la libertad de expresión por sobre la reputación. Los países europeos y el sistema europeo de derechos humanos tienden a promover una aproximación más balanceada, y suelen ser más protectores del derecho a la reputación y al honor.

Por otro lado, el derecho al honor y a la reputación está vinculado en muchos casos al derecho a la intimidad, entendido como el que resguarda una esfera íntima o privada protegida de la mirada de los otros. En ocasiones, las afectaciones al derecho al honor son el resultado de la invasión de la privacidad de las personas. Y la Corte Suprema ha resaltado la importancia de este derecho en casos que involucraban el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. El caso emblemático en la materia es el caso "Ponzetti de Balbín", en el que la viuda de Ricardo Balbín demandó a la Editorial Atlántida por haber publicado una fotografía de su esposo en su lecho de muerte, tomada subrepticamente en el centro de salud en el que se encontraba internado. La Corte valoró el derecho a la intimidad en los siguientes términos:

"Que en cuanto al derecho a la privacidad e intimidad su fundamento constitucional se encuentra en el art. 19 de la CN. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente 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 potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la

vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen"⁽⁵⁹²⁾.

Otro caso en el que el tribunal se inclinó por resguardar el derecho a la intimidad por sobre la libertad de expresión fue el caso "Fontevicchia", en el que estaba en discusión una publicación de la revista *Noticias* en la que se documentaba la existencia de un hijo extramatrimonial del entonces presidente de la Nación. La Corte Suprema falló en contra de la revista⁽⁵⁹³⁾. Allí, el tribunal consideró que "[i]ncluso el hombre público, que ve restringida la esfera de su vida privada con motivo de la exposición pública a la que se halla sometido por el desempeño de su función, tiene derecho a preservar un ámbito en la esfera de la tranquilidad y secreto que es esencial a todo hombre, en tanto ese aspecto privado no tenga vinculación con el manejo de la cosa pública o medie un interés superior en defensa de la sociedad"⁽⁵⁹⁴⁾.

Sin embargo, la sentencia fue hallada como violatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana, que en el caso "Fontevicchia" consideró que la información sobre un hijo no matrimonial estaba vinculada a la disposición de sumas de dinero, la entrega de regalos costosos y la existencia de gestiones y favores económicos y políticos al esposo de la madre⁽⁵⁹⁵⁾. La Corte Interamericana destacó que "[d]icha información se relaciona con la integridad de los funcionarios y, aun sin necesidad de determinar si se hizo uso de fondos públicos para fines personales, la disposición de sumas cuantiosas y regalos costosos por parte de un presidente de la Nación, así como con la eventual existencia de gestiones o interferencias en una investigación judicial, son cuestiones sobre las cuales existe un legítimo interés social en conocerlas. Por ello, para este Tribunal la información difundida por la revista *Noticias* posee el carácter de interés público y su publicación resultó en un llamado para ejercer el control público y, en su caso, judicial respecto de aquellos hechos"⁽⁵⁹⁶⁾.

En relación con los casos que afectan al honor o a la reputación y que no implican una violación a esa *esfera íntima* de la que hablaba el tribunal en "Ponzetti de Balbín", la Corte ha tenido una aproximación más protectoria, en general, de la libertad de expresión. Para ello desarrolló dos estándares de protección que son exigentes

y que relegan a las responsabilidades ulteriores a situaciones de relativa excepcionalidad.

IV. LA DOCTRINA "CAMPILLAY"

La doctrina "Campillay" fue establecida por la Corte Suprema en una sentencia de 1986. El caso trataba sobre la pretendida responsabilidad de un medio de comunicación por publicar una noticia falsa respecto de un comisario de la Policía Federal. El diario *La Razón* alegó que la fuente de la información había sido la misma Policía Federal, por lo que —si la información era falsa y dañina— no podía ser el medio que la reproducía ser sancionado. Para el tribunal, las noticias que habían afectado al demandante "aparecen plagadas de subjetividades e inexactitudes respecto del actor, quien es calificado como integrante de una asociación delictiva dedicada al robo y al tráfico de estupefacientes, que gastaba su botín en casinos, hipódromos y en diversiones con mujeres" lo que constituyó un "ejercicio imprudente de su derecho a informar"⁽⁵⁹⁷⁾. Sin embargo, el tribunal consideró que, cuando se trata de fuentes oficiales, los medios no deben verificar la exactitud de la información que ellos replican —sí exigió, sin embargo, que se atribuya la información a la fuente pertinente, que se utilice un tiempo de verbo potencial o que se deje en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito—⁽⁵⁹⁸⁾.

La posibilidad de evitar ser responsabilizado por información difamatoria generada por un tercero garantiza la libre circulación de la misma. Esta parece ser la idea fuerza de la doctrina "Campillay", que la Corte ha destacado como de un carácter "fuertemente tutelar"⁽⁵⁹⁹⁾. En este sentido, el tribunal destacó que la posibilidad de eximirse de responsabilidad mediante la cita de la fuente en la que se origina la información permite que "se transparente el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado"⁽⁶⁰⁰⁾.

Cabe destacar que, en el caso "Campillay", el tribunal destacó la dimensión *colectiva* del derecho a la libertad de expresión, en línea con los estándares interamericanos en la materia⁽⁶⁰¹⁾. Allí, el tribunal enfatizó que el periodismo moderno "responde al derecho de información sustancial de los individuos que viven en un estado democrático" y consideró que una comunidad democrática "tiene derecho a una información que le permita ajustar su conducta a las razones y sentimientos por esa información sugeridos; y la prensa satisface esa necesidad colectiva"⁽⁶⁰²⁾.

V. LA DOCTRINA DE LA REAL MALICIA

La doctrina de la *real malicia* es un estándar de adjudicación constitucional creado por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso "New York Times v. Sullivan"⁽⁶⁰³⁾. Allí, el tribunal debió resolver sobre una demanda iniciada por funcionarios públicos de Alabama en contra del *New York Times*, uno de los periódicos más prestigiosos de los Estados Unidos. La demanda se basaba en la supuesta difamación perpetrada en las páginas del diario por un anuncio publicado por un conjunto de defensores de derechos humanos en defensa del activista Martin Luther King Jr. La Suprema Corte consideró que, con el objeto de promover el debate público era necesario establecer jurisprudencialmente protecciones especiales para la prensa y el ejercicio de la libertad de expresión.

"Una regla que obligue a críticos de acciones estatales a garantizar la verdad de sus afirmaciones de hecho —y hacerlo bajo pena de sentencias por difamación que pueden ser ilimitadas en términos de recursos concedidos como indemnización— lleva a la 'autocensura'. La prueba de la verdad, con la carga de que sea el acusado quien lo deba probar, no significa que sólo el discurso falso va a ser desincentivado (...) Bajo una regla de ese estilo, posibles críticos van a ser desincentivados de manifestar sus opiniones, incluso cuando crean que la información que poseen es verdadera e incluso si es verdadera, por las razonables dudas sobre poder demostrar ello en una corte (...)"⁽⁶⁰⁴⁾.

Este miedo a producir *autocensura* se encuentra en la base de la sentencia de la Corte, para la cual el debate público democrático debe ser "robusto, desinhibido y abierto"⁽⁶⁰⁵⁾. Por ello, la Corte creó una regla según la cual un funcionario público no puede demandar por difamación como consecuencia de una afirmación fácticamente falsa sobre su conducta pública a menos que pueda demostrar que la afirmación fue realizada con "real malicia", es decir, con conocimiento de que era falsa o con una manifiesta despreocupación sobre su falsedad o veracidad⁽⁶⁰⁶⁾. Esta regla hace tres cosas: (a) exige que la información falsa sea publicada sabiendo que era falsa, es decir, con *dolo* o con una culpa *grave* que implique que no se siguieron los más mínimos estándares de profesionalismo⁽⁶⁰⁷⁾; (b) atribuye la carga de la prueba a quien alega que la información se publicó con dolo o culpa grave, es decir: la parte afectada debe demostrar que el periodista o medio de comunicación actuaron de mala fe o con extrema negligencia y (c) se limita a los funcionarios públicos. Cabe destacar sobre este último punto que, unos años después, la Suprema Corte de los Estados Unidos extendió la

protección a las personas privadas que participen voluntariamente del debate público⁽⁶⁰⁸⁾.

La doctrina de la real malicia establece un estándar muy alto de protección. Es muy difícil lograr demostrar que la información falsa que afecta al honor de una persona fue publicada con *dolo* —quien lo hace siempre podrá alegar una simple negligencia o culpa leve, que no es suficiente para habilitar el tipo de responsabilidades ulteriores que habilita el art. 13.2 de la Convención Americana—.

En línea con una jurisprudencia que históricamente se había pronunciado en ese sentido, la Corte Suprema argentina comenzó a explorar la posibilidad de incorporar el estándar hacia fines de la década de 1980 pero ya en la década de 1960 se había acercado a la jurisprudencia de los Estados Unidos en la materia⁽⁶⁰⁹⁾. Así, en el caso "Costa" el tribunal había introducido la distinción entre *funcionarios públicos* y *ciudadanos privados* que es central para la doctrina de la real malicia⁽⁶¹⁰⁾. Asimismo, destacó que "los funcionarios públicos deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia (...) en cambio basta la 'negligencia precipitada' o 'simple culpa' en la propalación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para generar la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinentes"⁽⁶¹¹⁾.

En el caso "Vago c. Ediciones La Urraca SA" el tribunal consideró:

"La doctrina de la 'real malicia', elaborada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, procura un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aún particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información o la crónica. Se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron 'con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas' (...) No protege la falsedad ni la mentira, ni la inexactitud cuando es fruto de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información. Ampara, sí, a la prensa, cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en ella, aun si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía

la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar"⁽⁶¹²⁾.

Sin embargo, el fallo fue emitido con múltiples votos particulares y algunos autores dudaron sobre si la Corte Suprema había o no efectivamente incorporado el estándar a su jurisprudencia; otros cuestionaron a la doctrina por "extranjerizante" o innecesaria⁽⁶¹³⁾. La Corte sin embargo insistió sobre su criterio. Así, en los casos "Morales Solá" y "Gesualdi" el juez Boggiano consideró que el estándar había sido incorporado en el caso "Vago"⁽⁶¹⁴⁾; el juez Vázquez también ratificó esa doctrina⁽⁶¹⁵⁾. Cabe destacar que el caso "Morales Solá" fue recibido por la prensa de entonces como un hito relevante en materia de libertad de prensa justamente por haber incorporado —definitivamente— la doctrina de la real malicia a las herramientas doctrinarias del tribunal⁽⁶¹⁶⁾.

El caso "Ramos c. LR3 Radio Belgrano" despejó cualquier tipo de duda que pudiera haber. Allí, el tribunal destacó sus propios precedentes y ratificó "esa doctrina jurisprudencial toda vez que ella resulta ser el medio más idóneo para alcanzar 'la más amplia libertad de prensa' por medio de la cuál puede conocerse la verdad e importancia de los actos de gobierno"⁽⁶¹⁷⁾. En este sentido, el tribunal destacó que "la libertad de expresión no comprende tan solo la tutela de las afirmaciones 'verdaderas', sino que se extiende a aquellas que, aun no correspondiéndose con la realidad, han sido emitidas de una forma tal que no merece un juicio de reproche de suficiente entidad"⁽⁶¹⁸⁾.

Cabe destacar que el estándar de la real malicia también fue incorporado por el sistema interamericano de derechos humanos. En efecto, la Comisión Interamericana ha sostenido que al "recurrir a mecanismos de responsabilidad frente a un presunto abuso de la libertad de expresión, debe aplicarse el estándar de valoración de la 'real malicia', es decir, demostrar que quien se expresó lo hizo con plena intención de causar un daño y conocimiento de que se estaban difundiendo informaciones falsas o con un evidente desprecio por la verdad de los hechos"⁽⁶¹⁹⁾. La Corte Interamericana, en los casos "Tristán Donoso" y "Kimel" hizo uso de criterios similares⁽⁶²⁰⁾.

VI. EL SISTEMA INTERAMERICANO Y EL *TEST TRIPARTITO*

Finalmente, cabe destacar al criterio de adjudicación utilizado en el sistema interamericano de derechos humanos conocido como *test tripartito*. De acuerdo con este criterio, los casos que involucran al derecho a la libertad de expresión deben someterse a un análisis de ponderación que busca determinar si (a) la restricción al derecho fue

impuesta por medio de una ley en sentido material y formal; (b) la restricción busca perseguir un objetivo legítimo dentro del marco de la Convención Americana y (c) si la restricción es "necesaria en una sociedad democrática".

Sobre el primer punto, la Comisión —con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana— ha destacado que el requisito de *legalidad* significa que "el texto de la ley debe establecer en forma diáfana las causales de responsabilidad posterior a las que puede estar sujeto al ejercicio de la libertad de expresión. Las leyes que establecen las limitaciones a la libertad de expresión deben estar redactadas en los términos más claros y precisos posibles, ya que el marco legal debe proveer seguridad jurídica a los ciudadanos". En este sentido, el objetivo es que las normas que establecen restricciones a la libertad de expresión estén redactadas en forma clara y sean el resultado del discurrir deliberativo propio del proceso legislativo. En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha insistido con que el valor de "previsibilidad" es el principal objetivo de esta exigencia⁽⁶²¹⁾. En el mismo sentido, la Comisión Interamericana consideró que las normas vagas o ambiguas "pueden sustentar potenciales actos de arbitrariedad que equivalgan a censura previa o que impongan responsabilidades desproporcionadas por la expresión de discursos protegidos"⁽⁶²²⁾.

Respecto del segundo punto, la Comisión Interamericana señaló que las limitaciones a la libertad de expresión deben "perseguir el logro de alguno de los objetivos imperiosos establecidos taxativamente en la Convención Americana, a saber: la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas. Son únicamente éstos los objetivos autorizados por la Convención Americana, lo cual se explica por el hecho de que las limitaciones deben ser necesarias para lograr intereses públicos imperativos que, por su importancia en casos concretos, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce de la libertad de expresión protegida por el art. 13"⁽⁶²³⁾. En este sentido, la Comisión ha realizado dos precisiones que parecen relevantes. Por un lado, ha dicho que la afectación de *derechos de terceros* debe ser clara y ello debe ser demostrado por la autoridad que pretende sostener la limitación⁽⁶²⁴⁾. Por el otro, la Comisión ha dicho que las restricciones con base en el resguardo del *orden público* deben evaluarse de acuerdo con una interpretación *democrática* de ese concepto. En este sentido, la Comisión destacó que

"(...) el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayor es

posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse (...) También interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información"⁽⁶²⁵⁾.

Finalmente, el último paso del *test tripartito* —que exige que la restricción sea "necesaria en una sociedad democrática"— supone un análisis de ponderación que la Comisión ha desagregado pidiendo que (c.1) haya una adecuación del medio elegido con el fin propuesto⁽⁶²⁶⁾; (c.2) que el medio elegido sea el menos restrictivo posible⁽⁶²⁷⁾ y (c.3) que sean *estrictamente proporcionales*, es decir, debe evaluarse si "el sacrificio de la libertad de expresión que ella conlleva resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que mediante ella se obtienen"⁽⁶²⁸⁾.

La Comisión ha considerado que este estándar de análisis debe ser aplicado "en forma más estricta cuando quiera que se trate de expresiones atinentes al Estado, a asuntos de interés público, a funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o candidatos a ocupar cargos públicos, o a particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos, así como al discurso y debate políticos"⁽⁶²⁹⁾.

Tanto la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso "Campillay" como la de la real malicia y el *test tripartito* buscan generar un espacio abierto de deliberación. En ese sentido, en todos los casos, de lo que se trata es de proteger ese espacio del riesgo de la autocensura, amparando incluso información falsa que se publica de buena fe. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que la protección de la expresión no depende de cómo consideremos a la misma; en este sentido, el sistema interamericano no solo protege a las "las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una 'sociedad democrática'"⁽⁶³⁰⁾.

VII. EL SECRETO DE LAS FUENTES

La reforma constitucional de 1994 introdujo en el art. 43 una cláusula que —para muchos— representó la incorporación de una garantía adicional a la libertad de expresión específicamente vinculada a la actividad de prensa: el secreto de las fuentes de información. En efecto, el art. 43 establece que por medio de la acción de *hábeas data* "[n]o podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".

Este derecho tiene su origen en ciertas prácticas periodísticas. En efecto, los periodistas profesionales recurren a *fuentes* para acceder a información; estas pueden ser personas, documentos, etcétera. El contacto a nivel personal con personas informadas es uno de los principales recursos con que cuenta una periodista profesional —sin ese contacto, el acceso a la información es limitado—.

Es usual que esas personas que actúan como informantes hablen con periodistas fuera de registro, es decir, en *off the record*. Este tipo de información es provista en muchos casos con fines de información general o para que la periodista cuente con información que le permita contextualizar otras fuentes. En general, esa información no se puede citar. Pero en ocasiones, se permite citar y referir a esa información siempre y cuando se mantenga la identidad de la persona informante en reserva.

Cuando ello ocurre es posible que se produzca un conflicto entre la periodista, que desea mantener el acuerdo que hizo con su fuente para acceder a la información y, p.ej., una fiscal que está desarrollando una investigación que podría verse beneficiada de acceder a la identidad de la persona que reveló esa información. Ese conflicto se resuelve, en virtud del art. 43, en favor de la periodista. La razón es clara: la Constitución, al resguardar la libertad de expresión, busca promover un debate público abierto, robusto y desinhibido; si los periodistas no pudiesen mantener los pactos de anonimato que generan, las fuentes no compartirían información sensible o comprometedor. Entre la agilidad del sistema de justicia y un debate público abierto y robusto, la Constitución de 1994 optó claramente por favorecer a este último, al reconocer especialmente que —por medio de la acción de *hábeas data*— no es posible afectar este derecho de los periodistas que, como se argumentó en los Estados Unidos, es un derecho implícito en la garantía de libertad de expresión⁽⁶³¹⁾.

Este derecho no tuvo demasiado impacto a nivel jurisprudencial. La Corte Suprema, por ejemplo, nunca se pronunció al respecto. De todas formas, hay dos casos judiciales que vale la pena reseñar. En el caso "Gorriarán Merlo" se investigaba el paradero de Enrique Gorriarán Merlo, un exguerrillero del Ejército Revolucionario del

Pueblo (ERP) y del Movimiento Todos por la Patria (MTP) que en 1989 lideró un ataque contra el regimiento militar de La Tablada, donde murieron 39 personas, entre ellas cinco soldados conscriptos. Desde ese momento, estaba prófugo de la justicia. Un grupo de periodistas argentinos le hizo una entrevista que salió publicada en importantes diarios de Buenos Aires. Es en ese marco que se inicia una investigación por la cual los periodistas son llamados a declarar a fin de aportar datos sobre el paradero del prófugo. Los periodistas fueron a declarar pero se negaron a contestar ciertas preguntas amparándose en el secreto de las fuentes de información periodística. Si bien el juez dispuso archivar la causa, el ministerio público apeló alegando que el art. 43 de la Constitución solo era aplicable en el ámbito del *hábeas data* y no en el contexto de investigaciones criminales.

La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín rechazó ese argumento. Los jueces consideraron que "delimitar el derecho a resguardar las fuentes de información únicamente al recurso de *hábeas data* parece partir de una interpretación gramatical excesivamente rígida". Sin embargo, los jueces se negaron a darle un carácter *absoluto* a la protección, y consideraron que el secreto puede ceder "cuando razones de orden público de relevante jerarquía así lo aconsejen y cuando ello no vulnere el derecho a no auto incriminarse ni afecte los límites previstos en el [art. 28](#) de la CN"⁽⁶³²⁾.

Por otro lado, en el caso "Thomas Catan", un juez había pedido acceder a los registros telefónicos del corresponsal del *Financial Times* en Buenos Aires. El motivo era una investigación que estaba llevando adelante el magistrado en torno a un hecho de corrupción por el que estaban bajo investigación diversos senadores argentinos, quienes les habrían pedido a banqueros norteamericanos un soborno para la sanción de una ley. Estos banqueros se habrían quejado ante la embajada de su país por ello —Catan escribió sobre esta queja, y lo hizo valiéndose de fuentes anónimas—.

A fin de avanzar en la investigación, el juez federal Claudio Bonadío ordenó la confección de listado de llamadas mencionado. Sin embargo, el tribunal de alzada rechazó la medida de prueba por considerar que la misma atentaba contra la garantía constitucional del "secreto de las fuentes de información", pero los magistrados de la Cámara de Apelaciones consideraron que el secreto deriva de la garantía de la libertad de expresión y no del art. 43. Consideraron que el secreto de las fuentes de información forma "parte esencial de la libertad de expresión"⁽⁶³³⁾. Mediante un análisis de proporcionalidad, los magistrados consideraron que la interferencia con el derecho del periodista no era necesaria ya que

"contemporánea e independientemente, fueron dispuestas otras vías que se dirigen a determinar la verdad de la hipótesis delictiva investigada". Los jueces consideraron que "existen otras alternativas probatorias que permiten perseguir ese mismo fin"⁽⁶³⁴⁾.

VIII. CONCLUSIÓN

El presente comentario representa una aproximación a la cuestión de la protección de la libertad de expresión en nuestro país. Este derecho es consustancial al sistema democrático, los estándares que hemos analizado reflejan de manera precisa esta visión. Se trata de un derecho preferido, que goza de una protección reforzada que lo hace primar sobre otros derechos en muchos casos. Solo en casos excepcionales las *responsabilidades ulteriores* de las que habla el art. 13.2 de la Convención Americana son consideradas legítimas. Esto, para muchos, representa un problema, ya que otros derechos constitucionales (como la honra y reputación) sufren como consecuencia de una elección que, sin embargo y a pesar de excepciones, parece sólida en la jurisprudencia de la Corte Suprema y del sistema interamericano de derechos humanos. Cabe destacar que hay temas que no se han abordado en este comentario y que son relevantes. En especial, destacaría la cuestión vinculada a la dimensión *colectiva* de la libertad de expresión y a las obligaciones del Estado en materia de diversidad y pluralismo, a las cuestiones vinculadas a las expresiones de odio y a la cuestión de la libertad de expresión en Internet⁽⁶³⁵⁾.

PLURALISMO Y DIVERSIDAD

Comentario por Ramiro Álvarez Ugarte

El derecho a la libertad de expresión es uno de los derechos fundantes de una comunidad política democrática. Junto a los derechos de reunión y de asociación busca garantizar un espacio de libertad para que los ciudadanos puedan organizarse y actuar políticamente⁽⁶³⁶⁾. Es, en este sentido, un complemento fundamental de las instituciones representativas sobre las que se estructuran los Estados modernos. El derecho a la libertad de expresión permite

interpelarlas y someterlas al escrutinio público. El objeto de estas interpelaciones es que las instituciones se vuelvan permeables a la opinión de los ciudadanos. Lo que este derecho busca —entonces— es garantizar la esfera pública de discusión que permite el funcionamiento de las instituciones democráticas⁽⁶³⁷⁾.

Sin embargo, ello no alcanza: ese espacio de deliberación tiende a reflejar la desigualdad que caracteriza a las sociedades modernas. Quienes tienen recursos acceden y quienes no se ven excluidos. Ello presenta un desafío para la igualdad de agencia que supone el ejercicio de la ciudadanía democrática⁽⁶³⁸⁾. El derecho ha intentado enfrentar ese desafío a través de los principios de pluralismo y diversidad que complementan al derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, en el sistema interamericano, la libertad de expresión tiene dos dimensiones: una *individual* que garantiza el ejercicio del derecho a los individuos en un sentido clásico y una *colectiva*, que impone al Estado la obligación de incentivar un ecosistema de comunicación democrático⁽⁶³⁹⁾. Es de esta segunda dimensión de donde provienen los principios de pluralismo y diversidad que aquí comentamos.

Los órganos del sistema interamericano desarrollaron esa preocupación a través del cuestionamiento de la concentración de la propiedad de los medios de comunicación. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que resulta "indispensable (...) la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar"⁽⁶⁴⁰⁾. La concentración de la propiedad afecta el principio de pluralismo porque impide el acceso equitativo a la esfera de deliberación que el derecho a la libertad de expresión pretende promover.

Ello impone al Estado la obligación de adoptar políticas activas de promoción del pluralismo, en virtud de los deberes de protección y de adoptar disposiciones de derecho interno que surgen de los arts. 1º y 2º de la Convención Americana. En este sentido, la CIDH utilizó ese lenguaje de obligaciones en la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, donde estableció que el Estado debe "equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo"⁽⁶⁴¹⁾. En el mismo sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH señaló que los Estados están obligados a "adoptar medidas positivas (legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza) para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes que comprometan el goce y ejercicio

efectivo del derecho a la libertad de expresión de ciertos grupos, en condiciones de igualdad y no discriminación"⁽⁶⁴²⁾. También señaló que deben "establecer condiciones estructurales que permitan la competencia en condiciones de igualdad y la inclusión de más y diversos grupos en el proceso comunicativo"⁽⁶⁴³⁾.

En general, estos principios se traducen en políticas públicas de distinto tipo. En la Argentina se han expresado en normativas tendientes a regular el mercado audiovisual, en casos judiciales nacidos a la luz de la distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial y en la cuestión del uso y regulación de los medios públicos.

I. REGULACIÓN DEL MERCADO AUDIOVISUAL

Históricamente se ha considerado que la regulación de los medios audiovisuales es una facultad legítima del Estado. El argumento principal para justificar esa regulación es el carácter limitado del espectro radioeléctrico que estos medios utilizan para funcionar. Como se trata de un recurso escaso, el Estado debe administrar el otorgamiento de licencias y, al hacerlo, está facultado para adoptar medidas tendientes a promover la diversidad y el pluralismo. Esta es la lógica que siguió la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso "Red Lion Broadcasting Co. v. FCC", en el que resolvió que, si bien los titulares de licencias de radiodifusión son emisores en un sentido relevante desde el punto de vista del derecho a la libertad de expresión, el Estado tiene un interés legítimo en hacer que los licenciatarios operen en interés del público⁽⁶⁴⁴⁾.

Los principios de pluralismo y diversidad del sistema interamericano sugieren que no solo es una facultad legítima del Estado sino que, para los países signatarios de la Convención Americana, es también una obligación. En efecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión consideró que los Estados deben regular la radiodifusión con el objeto de "crear un marco en el cual sea posible el más amplio, libre e independiente ejercicio de la libertad de expresión por la más diversa cantidad de grupos o personas, de forma tal que se asegure al mismo tiempo que esta facultad no será usada como forma de censura y que se garanticen la diversidad y la pluralidad"⁽⁶⁴⁵⁾.

En la Argentina, la regulación del mercado audiovisual de medios de comunicación tiene una larga historia de cruces, tensiones y acuerdos entre actores privados y públicos⁽⁶⁴⁶⁾. Relatar esa historia excede los límites de este trabajo. Por ello, vale la pena comenzar el análisis con un breve repaso del dec.-ley 22.285 —conocido como Ley de Radiodifusión— que fue el marco regulatorio que rigió en

nuestro país hasta 2009 y bajo el cual se consolidó el sistema de medios de comunicación actualmente existente.

1.1. El dec.-ley 22.285: herencia y adaptación (1980-2004)

Este marco regulatorio sancionado en 1980 tuvo una incidencia enorme en la consolidación del ecosistema de medios de comunicación durante la democracia. La forma en la que el Estado democrático recibió y adaptó las reglas de juego allí establecidas al cambiante mercado comunicacional es significativa: revela cómo la discrecionalidad en el ejercicio de facultades regulatorias puede utilizarse para beneficiar a unos y perjudicar a otros, lo que afecta la diversidad de la esfera pública.

Desde el punto de vista del pluralismo, el dec.-ley 22.285 era bastante restrictivo en relación con la concentración de la propiedad: limitaba la capacidad de ser licenciatarios a las personas jurídicas comerciales, limitaba a cuatro la cantidad de licencias que podía poseer una misma persona física o jurídica y prohibía ser titulares de licencias de radiodifusión a las empresas periodísticas. Ello impedía el ingreso al mercado audiovisual a los principales medios de comunicación de la prensa gráfica. Desde el punto de vista procedimental, el decreto-ley concentraba el poder de policía en el COMFER, una autoridad de aplicación que sería conformada por miembros de las Fuerzas Armadas. Ello significó que desde el retorno de la democracia el COMFER estuvo siempre intervenido por el Poder Ejecutivo.

El panorama legal heredado de la dictadura sería modificado en numerosas oportunidades por el sistema democrático, pero su reforma integral demostró ser muy difícil⁽⁶⁴⁷⁾. Ello generó que el mercado de la radiodifusión se expanda de manera caótica, con un marco legal anacrónico y sin un plan de ordenamiento del espectro radioeléctrico ya que el heredado de la dictadura (el PLANARA) fue suspendido en 1984 a la espera de una renovación integral del marco legal. Como ello no ocurrió, el efecto de la suspensión fue la desprotección: cientos de radiodifusores quedaron en una situación de ilegalidad sin poder acceder a las licencias pertinentes por obstáculos de los que no eran culpables. Ello generó reclamos judiciales que buscaban bloquear la actividad de contralor de las autoridades administrativas en materia de radiodifusión y de telecomunicaciones. El Poder Judicial adoptó numerosas medidas de protección en ese sentido: medidas cautelares de no innovar que impedían el decomiso o cierre de las estaciones⁽⁶⁴⁸⁾. A esta actividad de protección del Poder Judicial se sumaron los llamados *permisos precarios provisionales* en 1991, con los que el COMFER buscó dar

una apariencia de legalidad a la actividad radiodifusora de numerosos ciudadanos que no podían acceder al sistema de licencias impuesto por la [ley 22.285](#).

Uno de los cambios más profundos en el mercado de la radiodifusión se produjo a partir del proceso de privatización de amplios sectores de la economía a comienzos de la década del noventa. La ley de Reforma del Estado 23.696 autorizó al Ejecutivo a intervenir en el mercado audiovisual para "regular el funcionamiento de aquellos medios que no se encuentren encuadrados en las disposiciones vigentes" que, como vimos, eran muchos. Asimismo, habilitó a las empresas periodísticas nacionales a ser titulares de licencias de radiodifusión. Allí nacieron los llamados *multimedios*: empresas periodísticas y de comunicación horizontal y verticalmente integradas⁽⁶⁴⁹⁾. La forma en que el dec.-[ley 22.285](#) receptó cambios beneficiosos a los principales actores de la comunicación lo consolidó como el marco jurídico preferido por los actores con más peso en el mercado y más influencia en el sistema político.

Además de las medidas de no innovar y los permisos precarios provisorios, las radios comunitarias comenzaron a cuestionar el art. 45 del decreto-ley que les impedía acceder a licencias. Tuvieron éxito en los tribunales: en 2003 la Corte Suprema eliminó esa restricción en el caso "Asociación Mutual Carlos Mujica c. COMFER". Allí, el tribunal sostuvo que

"(...) entre la radiodifusión y la prensa escrita existe una diferencia técnica fundamental, lo que determina que el derecho a la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas como medio de expresión o comunicación admita mayor reglamentación y que ese derecho deba ser ejercido dentro de los límites que impone la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público. Pero tal reglamentación no puede ser arbitraria y excluir de un modo absoluto, sin sustento en un criterio objetivo razonable, a determinadas personas jurídicas de la posibilidad de acceder a una licencia de radiodifusión por no haberse constituido en una sociedad comercial, pues ello importa, en definitiva, una irrazonable limitación al derecho a expresarse libremente y de asociarse o no hacerlo (...) [L]a participación de una asociación mutual en un concurso público para acceder a una licencia de radiodifusión, en el supuesto de ser seleccionada, facilita el pluralismo de opiniones que caracteriza a las sociedades democráticas, e importa un verdadero contrapeso o poder equilibrador de los grupos económicos"⁽⁶⁵⁰⁾.

La Corte ratificó esa jurisprudencia una semana después en el caso "Cooperativa de Servicios Públicos y Sociales Villa Santa Rosa Limitada c. Estado Nacional". Al hacerlo, estaba recogiendo los reclamos de un movimiento global altamente organizado que veía en la radiodifusión no comercial posibles soluciones a los sesgos en materia de cobertura y contenidos que producía la radiodifusión con fines de lucro⁽⁶⁵¹⁾. Luego de esos fallos, el Congreso sancionó en 2005 la ley 26.053 que modificó el art. 45 y se adaptó a la declaración de inconstitucionalidad emitida por la Corte. Sin embargo, mantuvo la exclusión de aquellas sociedades sin fines de lucro que prestasen servicios públicos⁽⁶⁵²⁾.

1.2. La ley 26.522 y las guerras comunicacionales (2004-2009)

La llegada de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual 26.522 en 2009 estuvo precedida por un largo proceso de organización de diversos actores vinculados al mundo de la comunicación, nucleados alrededor de la *Coalición por una Radiodifusión Democrática*. Este grupo reunía "a casi todos los sujetos del campo comunicacional que buscaban un cambio en las reglas de juego del sistema mediático"⁽⁶⁵³⁾. Fue creado en 2004 y se dio a conocer a través de un documento fundacional, conocido como los *21 Puntos básicos por el derecho a la comunicación*. Ese documento sirvió de base para la elaboración del proyecto de ley que derivaría en la LSCA⁽⁶⁵⁴⁾.

La Coalición impulsó la elaboración del proyecto en el marco de un agudo conflicto entre el Gobierno nacional y el Grupo Clarín desatado a partir de la llamada "crisis del campo" de marzo de 2008. Hasta ese momento, el Grupo Clarín había mostrado coberturas más o menos favorables el Gobierno nacional⁽⁶⁵⁵⁾ y había sido beneficiado por medidas tomadas durante el gobierno de Néstor Kirchner, como la extensión de los plazos de las licencias de radiodifusión y la aprobación en el último día de su mandato de la fusión entre Cablevisión y Multicanal⁽⁶⁵⁶⁾. La crisis política desatada por el conflicto agropecuario y el conflicto entre el Grupo Clarín y el gobierno representó la oportunidad política que la *Coalición por una Radiodifusión Democrática* necesitaba. El quiebre de la relación de *comodidad* entre medios y Estado permitida por la llamada Ley de Radiodifusión generó las condiciones necesarias para el cambio legislativo⁽⁶⁵⁷⁾.

El proyecto eventualmente presentado por el Poder Ejecutivo era sumamente complejo y estaba profusamente argumentado, con base en estándares internacionales y derecho comparado. Fue objeto de numerosas modificaciones en un trámite parlamentario relativamente

acelerado que estuvo marcado por las tensiones generadas a raíz del enfrentamiento entre el Grupo Clarín y el gobierno⁽⁶⁵⁸⁾. Desde la sociedad civil, el proyecto recibió muchos apoyos y algunas críticas⁽⁶⁵⁹⁾. Entre las principales características de la ley se destacan tres que parecen especialmente relevantes.

En primer lugar, se creó la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) como autoridad de aplicación, conformada por siete miembros nombrados por el Poder Ejecutivo, tres de los cuales serían nominados por una comisión bicameral del Congreso y dos por el Consejo Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual. Este fue uno de los puntos que mayores críticas recibió del proyecto. Por ejemplo, la Asociación por los Derechos Civiles consideró que otras alternativas —como el establecimiento de un sistema de nominación y confirmación por parte del órgano legislativo— hubiera arrojado mejores resultados⁽⁶⁶⁰⁾.

En segundo lugar, la ley creó tres categorías de empresas licenciatarias: la administración estatal, la administración privada con fines de lucro y la administración privada sin fines de lucro. Entre ellas se dividiría el espectro radioeléctrico en tres partes iguales. Además, estableció un límite de diez años para la titularidad de las licencias, prorrogables por otros diez.

En tercer lugar, la norma estableció numerosas restricciones a la titularidad de licencias por una misma persona física o jurídica. Las nuevas limitaciones obligarían a muchas empresas a iniciar procesos de desinversión para adecuarse a la nueva normativa si esta era aprobada. Fue el punto que, previsiblemente, generó mayor resistencia entre los grandes medios de comunicación.

Así como el enfrentamiento entre el Grupo Clarín y el Gobierno nacional sirve para comprender mejor el proceso de discusión del proyecto y sanción de la ley, es también útil para analizar el proceso de implementación de la misma. Este tipo de normas complejas, que buscan dar forma a mercados consolidados, suelen ser difíciles de llevar de los libros a la práctica. Era previsible que muchos de los actores afectados intentarían obstaculizar la implementación de la norma planteando reclamos judiciales de distinto tipo.

1.3. Las medidas cautelares (2009-2013)

Numerosas medidas cautelares impidieron la implementación de la LSCA durante tres años. Una de ellas había sido obtenida por el diputado Enrique Thomas, quien logró que la Cámara Federal de Mendoza suspenda en su totalidad la implementación de la LSCA. La Corte Suprema intervino en el caso y consideró que esa decisión

violaba la división de poderes al impedir, por vía judicial y de manera genérica, la implementación de una ley sancionada por el poder legislativo⁽⁶⁶¹⁾.

Unos meses después llegó al tribunal otra medida cautelar concedida al Grupo Clarín. La misma consideraba que el plazo de un año para la desinversión establecido en el art. 161 de la ley era demasiado breve para proceder a la adecuación y podría vulnerar derechos adquiridos. Se trataba de un caso más preciso y a pedido del principal afectado. Al intervenir, la Corte Suprema debía enfrentar su larga jurisprudencia según la cual las resoluciones cautelares no habilitan la vía extraordinaria del art. 14 de la ley 48 ya que no son sentencias *definitivas* ni son equiparables a ellas. Sin embargo, el tribunal también consideró que si el procedimiento *de fondo* se demoraba demasiado tiempo se "permitiría a la actora excepcionarse por el simple transcurso del tiempo de la aplicación del régimen impugnado"⁽⁶⁶²⁾. Por ello la Corte consideró que era necesario fijar "un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar". La fecha límite que se estableció en virtud de intervenciones judiciales posteriores fue el 7 de diciembre de 2012.

1.4. El caso "Clarín" (2013-2015)

La decisión de fondo en el caso "Clarín" llegó el 29 de octubre de 2013⁽⁶⁶³⁾. En este fallo, la Corte Suprema rechazó la impugnación del Grupo Clarín a la ley. El fallo es complejo y un análisis detallado de su contenido excede los límites de este trabajo. Ello es en parte consecuencia de que no hay un voto mayoritario de la Corte con unidad de criterio, sino una serie de razones parciales expresadas por los jueces y juezas de la Corte que coinciden en el resultado pero por distintos motivos⁽⁶⁶⁴⁾. Sin embargo, es posible destacar algunos puntos que se vinculan a los principios de pluralismo y diversidad que motivan este comentario.

En primer lugar, desde el comienzo el tribunal alineó su interpretación sobre los derechos involucrados con los estándares jurídicos interamericanos. Así lo hizo al identificar la dimensión individual y colectiva del derecho a la libertad de expresión y al destacar los múltiples precedentes en los que la Corte Interamericana postuló este principio⁽⁶⁶⁵⁾. Sostuvo el tribunal en relación con el principio de pluralismo:

"Que desde esta perspectiva el debate democrático exige el mayor pluralismo y las más amplias oportunidades de expresión de los distintos sectores representativos de la sociedad. De lo contrario, no existirá un verdadero intercambio de ideas, lo que

generará como consecuencia directa un empobrecimiento del debate público afectando las decisiones que se tomen de manera colectiva. La libertad de expresión, desde esta visión, se constituye fundamentalmente en precondition del sistema democrático"⁽⁶⁶⁶⁾.

Con muchas citas a la Corte Interamericana y a autores como Owen Fiss y Carlos Nino, la Corte sostuvo que "vivimos en sociedades pluralistas, diversas, con multiplicidad de opiniones que deben encontrar el lugar mediático donde expresarse" y consideró que el Estado puede plantearse como objetivo legítimo "promover las oportunidades reales de expresión por parte de los ciudadanos y robustecer, así, el debate público"⁽⁶⁶⁷⁾. Esto lo puede hacer a través de marcos jurídicos generales que busquen establecer límites a la concentración en la propiedad o titularidad de licencias de radiodifusión de un modo que incentive el pluralismo en el debate público⁽⁶⁶⁸⁾.

En segundo lugar, la Corte destacó que el Grupo Clarín no había logrado demostrar que se afectara su libertad de expresión, ni de manera *directa* ni *indirecta* (consid. 29). Para el tribunal, la parte actora "no aportó elemento probatorio alguno que demuestre de qué modo resultaría afectada su libertad de expresión, ni ha acreditado que exista una restricción concreta a dicha libertad que permita invalidar una norma de regulación de la competencia"⁽⁶⁶⁹⁾.

En tercer lugar, la Corte sometió a la LSCA a un análisis de constitucionalidad bajo los parámetros del *test tripartito* desarrollado por la Corte Interamericana. Este estándar exige analizar si las limitaciones a la libertad de expresión (a) fueron establecidas a través de una ley en sentido formal y material que utiliza un lenguaje claro y preciso (principio de legalidad), (b) si persiguen un objetivo legítimo del Estado y (c) si son necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan, estrictamente proporcionadas a la finalidad perseguida, e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr⁽⁶⁷⁰⁾.

La Corte realizó ese análisis en relación con los arts. 45 (que limita la cantidad de licencias que puede poseer un solo actor), 161 (que establece un plazo de un año para la desinversión) y 41 (que prohíbe la transferencia de licencias). El tribunal consideró que todas estas disposiciones superaban el *test tripartito*.

En efecto, dio por satisfechos los primeros dos puntos del *test* rápidamente y consideró que era obvia la idoneidad de estas medidas para satisfacer los objetivos del Estado que, como vimos, eran legítimos⁽⁶⁷¹⁾. Al realizar el análisis de proporcionalidad, consideró que las pérdidas de ingresos y beneficios que derivarían de la desinversión sería un resultado ineludible de un proceso de

reestructuración de mercado como el que ordena la ley⁽⁶⁷²⁾, que no se compromete la sustentabilidad económica de las empresas que integran el Grupo Clarín⁽⁶⁷³⁾ y que las limitaciones previstas en el art. 45 son razonables⁽⁶⁷⁴⁾.

Cabe destacar, de todas formas, que en sus votos Lorenzetti y Highton consideraron que no era necesario analizar el requisito de *necesidad*, al que interpretaron como requiriendo evaluar si había mecanismos menos gravosos para alcanzar el objetivo legítimo del Estado⁽⁶⁷⁵⁾. Ello les permitió no entrar en una cuestión espinosa de la ley: la limitación por igual de las licencias que utilizan el espectro radioeléctrico de aquellas que no lo hacen (p. ej., las de la televisión por cable). Para ellos, analizar esa cuestión "implicaría un indebido juicio de la necesidad de la medida (...) una decisión que corresponde al legislador y que los jueces no pueden revisar"⁽⁶⁷⁶⁾. Petracchi no estuvo de acuerdo con ese criterio: en su voto señala específicamente que la situación de concentración de la propiedad en el mercado audiovisual argentino vuelve a la norma *necesaria*⁽⁶⁷⁷⁾ y consideró que esa concentración justifica, también, una regulación específica sobre el mercado de la televisión por cable⁽⁶⁷⁸⁾.

La mayoría de la Corte también rechazó los argumentos del Grupo Clarín en contra del art. 161. En primer lugar, consideró que la defensa de los *derechos adquiridos* no era válida ya que ello llevaría a concluir que "aun cuando el interés público lo exija (...) existen relaciones jurídicas que no son susceptibles de ser modificadas, conclusión contraria a la doctrina de esta corte según la cual nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen jurídico. Sostener que existen relaciones jurídicas que resultan insusceptibles de modificación implicaría sobreponer el interés privado de un particular por encima del interés de la comunidad"⁽⁶⁷⁹⁾. En segundo lugar, rechazó la inconstitucionalidad del plazo de un año previsto en el art. 161.

Una pluralidad de la Corte rechazó del mismo modo la inconstitucionalidad del art. 48 de la ley sobre la base de argumentos similares a los que utilizó para rechazar la invocación de supuestos *derechos adquiridos*. En este punto es tal vez donde haya habido mayor desacuerdo: la disidencia parcial de los jueces Maqueda y Argibay recayó justamente sobre esta cuestión; ellos hubieran garantizado a Clarín la posibilidad de continuar explotando las licencias durante el plazo por el cual habían sido concedidas.

Finalmente, la mayoría del tribunal también aceptó la constitucionalidad del art. 41, que estableció la intransferibilidad de las licencias de radiodifusión. La Corte consideró que la prohibición

de transferencias constituye "un medio adecuado para la consecución del fin social que persigue"⁽⁶⁸⁰⁾.

Hacia el final del voto de la mayoría, el tribunal decidió hacer algunas precisiones en calidad de *obiter dictum* que resultan muy significativas.

En efecto, el tribunal señaló que el principio de pluralismo que defendió a lo largo de la sentencia "perdería sentido sin la existencia de políticas públicas transparentes en materia de publicidad oficial", sería "desvirtuad[o] si por la vía de subsidios, del reparto de la pauta oficial o cualquier otro beneficio, los medios de comunicación se convierten en meros instrumentos de apoyo a una corriente política determinada o en una vía para eliminar el disenso y el debate plural de ideas" y si "los medios públicos, en lugar de satisfacer las necesidad de información de todos los sectores de la sociedad, se convierten en espacios al servicio de los intereses gubernamentales"⁽⁶⁸¹⁾.

El tribunal también realizó una advertencia al AFSCA como autoridad de aplicación. Señaló que esta debe "ajustarse estrictamente a los principios establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales (...) y en la propia ley. Debe respetar la igualdad de trato, tanto en la adjudicación como en la revocación de licencias, no discriminar sobre la base de opiniones disidentes y garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso [a] información plural"⁽⁶⁸²⁾.

¿Cómo leer estas advertencias de la Corte? Tal vez haya dos cuestiones a considerar. En primer lugar, el tribunal parece dar cuenta de la tensión que existe entre la plena vigencia de la libertad de expresión y la actuación del Estado como *amigo* de la misma⁽⁶⁸³⁾. Esta tensión responde al hecho de que en muchas ocasiones el Estado ha invocado los principios de pluralismo y diversidad para avanzar de modo discriminatorio sobre voces críticas. Ello obliga a los tribunales a someter la actuación de las autoridades administrativas al más estricto escrutinio constitucional⁽⁶⁸⁴⁾. En segundo lugar, estas advertencias parecen ser el resultado de la acción *meramente declarativa* que le tocaba resolver. En efecto, el art. 322 de Cód. Proc. Civ. y Com. establece que estas acciones buscan "hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, el alcance o modalidades de una relación jurídica". En otras palabras, la acción intentada por el Grupo Clarín fue un ataque frontal a la constitucionalidad de la ley, que la cuestionaba en su totalidad sin darle la oportunidad de ser aplicada. Este tipo de cuestionamientos, que en el derecho constitucional estadounidense se conoce como *facial challenge*, suelen tener pocas posibilidades de éxito a

menos que la ley cuestionada padezca de una inconstitucionalidad manifiesta e incontrovertible⁽⁶⁸⁵⁾. Como lo señaló la Corte, no era el caso: la búsqueda de un ecosistema comunicacional capaz de satisfacer los principios de pluralismo y diversidad exigen la intervención activa del Estado. Sin embargo, las apreciaciones del tribunal en el considerando 74 pueden leerse como advertencias de cara a cuestionamientos a la ley en su aplicación (*as applied*) que seguramente ocurran en la medida en que avance un proceso de implementación que hasta el momento ha encontrado numerosos obstáculos.

1.5. Cambio de gobierno, cambio de ley y precedentes internacionales (2015-2018)

Quizás atrapada por la lógica de polarización que guio su aprobación, la ley 26.522 cayó bajo el peso del cambio de gobierno de diciembre de 2015. En efecto, en diciembre de ese año, a poco de haber asumido, el presidente Mauricio Macri emitió decretos presidenciales que afectaban algunos puntos centrales de la LSCA⁽⁶⁸⁶⁾. Algunos de estos decretos fueron *de necesidad y urgencia*, en condiciones que no parecen respetar los requisitos establecidos por la Corte Suprema para su legitimidad⁽⁶⁸⁷⁾. En términos sustantivos, los cambios introducidos por decreto parecen ir en dirección de modificar el esquema vigente hasta tanto se sancione una nueva ley de comunicaciones, para lo cual al momento de escribirse este comentario había comenzado un proceso de consultas⁽⁶⁸⁸⁾. Comentar la dirección señalada por estos cambios legislativos excedería los límites de este trabajo. Pero hay dos cosas que entiendo se pueden señalar.

En primer lugar, llama la atención cómo una ley que había sido resultado de un activo movimiento social no haya mantenido defensores de peso luego del cambio de gobierno en el sistema político. En efecto, las modificaciones introducidas por el presidente Macri no merecieron mayores objeciones a nivel político ni hubo exitosas respuestas judiciales en defensa de la LSCA. Como hipótesis sobre posibles causas, señalaría la siguiente: la lógica de polarización que ayudó a la sanción de la ley ante intereses poderosos en contrario privó a la norma de defensores capaces de cruzar esa *grieta* de polarización. En ese escenario, el nuevo presidente se vio habilitado para avanzar sobre la norma sin mayores resistencias⁽⁶⁸⁹⁾.

En segundo lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en caso de que marca una distancia considerable con el proceso argentino y que sirva para destacar no solo los estándares

interamericanos sino cómo estos dependen, en gran medida, de consideraciones contextuales, tal como lo sugirió la mayoría de la Corte Suprema en el caso "Clarín". En efecto, en el caso "Granier" el tribunal interamericano consideró los reclamos de periodistas y accionistas de Radio Caracas Televisión (RCTV) contra la República Bolivariana de Venezuela, por violación del art. 13 de la Convención Americana como consecuencia de no habersele renovado la licencia de radiodifusión a ese canal. Para el tribunal interamericano, RCTV no tenía derecho a la renovación de su licencia —los Estados tienen, no solamente la posibilidad sino el deber de tomar acciones para promover un mayor pluralismo—⁽⁶⁹⁰⁾. Sin embargo, el tribunal consideró que la verdadera intención del Estado venezolano —reflejada en declaraciones públicas cuidadosamente documentadas por el tribunal— era castigar a RCTV por su línea editorial crítica con el gobierno de turno. Y ello, para la Corte, resultó inadmisibles.

"(...) los hechos del presente caso implicaron una desviación de poder, ya que se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de alinear editorialmente al medio de comunicación con el gobierno. La anterior afirmación se deriva a partir de las dos conclusiones principales a las cuales puede arribar este Tribunal a partir de lo descrito anteriormente, a saber, que la decisión se encontraba tomada con anterioridad y que se fundaba en las molestias generadas por la línea editorial de RCTV, sumado al contexto sobre el 'deterioro a la protección a la libertad de expresión' que fue probado en el presente caso... Asimismo, este Tribunal considera necesario resaltar que la desviación de poder aquí declarada tuvo un impacto en el ejercicio de la libertad de expresión, no sólo en los trabajadores y directivos de RCTV, sino además en la dimensión social de dicho derecho (...), es decir, en la ciudadanía que se vio privada de tener acceso a la línea editorial que RCTV representaba. En efecto, la finalidad real buscaba acallar voces críticas al gobierno, las cuales se constituyen junto con el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, en las demandas propias de un debate democrático que, justamente, el derecho a la libertad de expresión busca proteger"⁽⁶⁹¹⁾.

II. CENSURA INDIRECTA

El vínculo entre la *censura indirecta* y los principios de pluralismo y diversidad se vuelve más claro luego del fallo de la Corte Suprema en el caso "Clarín". En efecto, y como vimos, para la Corte existe una relación estrecha entre las prohibiciones de censura indirecta contenidas de manera no taxativa en el art. 13.3 de la Convención

Americana y esos principios de pluralidad y diversidad que sirven como principios rectores de la LSCA y la justifican a los ojos del tribunal. Sobre el tema, la CIDH ha precisado qué es la censura indirecta y ha identificado las razones por las cuales es un problema difícil de resolver.

"(...) los mecanismos de censura indirecta suelen esconderse detrás del aparente ejercicio legítimo de facultades estatales, muchas de las cuales se ejercen por los funcionarios en forma discrecional. En consecuencia, estas formas de censura indirecta son particularmente difíciles de detectar, ya que no es fácil determinar con exactitud la línea que separa al ejercicio legítimo de una facultad de la restricción ilegítima de un derecho. Desde este punto de vista, una facultad legítima del Estado puede configurar una violación del derecho a la libertad de expresión si (a) el ejercicio de la facultad estuvo motivado en la posición editorial del sujeto afectado y (b) el ejercicio tuvo por objeto condicionar el libre ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión"⁽⁶⁹²⁾.

En esta sección analizaremos la jurisprudencia del tribunal en materia de censura indirecta y veremos cómo ella se fue construyendo a partir de abusos específicos que el tribunal no ha dudado en cuestionar pero que, en la práctica, han demostrado ser muy difíciles de erradicar.

III. EL NACIMIENTO DE UN PROBLEMA

La distribución arbitraria de los presupuestos con que cuenta el Estado en concepto de publicidad es uno de los principales mecanismos de censura indirecta. Ya en 2003 la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH había advertido sobre la cuestión⁽⁶⁹³⁾. En la Argentina, la problemática se puso en el centro de la escena a partir de numerosas investigaciones que detectaron la distribución discriminatoria y la utilización de esos recursos públicos como *premio o castigo*⁽⁶⁹⁴⁾. Gracias a la discrecionalidad que permitía la falta de regulación, el gobierno podía premiar a medios amigos con fondos públicos y, de ese modo, garantizar coberturas favorables a sus intereses. A la vez, podía usar esos fondos como una forma de penalizar a los medios críticos⁽⁶⁹⁵⁾.

En 1997, la Corte Suprema había tenido la oportunidad de intervenir en un caso de censura indirecta, pero la mayoría del tribunal entendió que no había allí un problema de libertad de expresión. En el caso "Emisiones Platenses" la mayoría había considerado que la distribución discriminatoria de publicidad oficial

realizada por la Municipalidad de La Plata, que beneficiaba a un diario local y excluía a otro, no constituía una violación del derecho ya que ello supondría la existencia de "una regla que impusiera a la comuna el deber de ampliar el marco de la libertad de prensa mediante la distribución de la publicidad oficial en favor de las empresas periodísticas en los términos requeridos en la demanda"⁽⁶⁹⁶⁾.

En su disidencia, los jueces Fayt, Petracchi y Bossert habían mostrado preocupación por lo que llamaron "la estructura económica de la información"⁽⁶⁹⁷⁾. Los jueces disidentes consideraron que la distribución discriminatoria de publicidad oficial es contraria a la libertad de expresión garantizada por la CN y la Convención Americana de Derechos Humanos.

"Si el otorgamiento de la propaganda oficial es un arbitrio discrecional de la autoridad competente, que se concede o retira a modo de recompensa o de castigo; si ello gravita sobre la fuente preferente de financiamiento del medio, no es aventurado sostener que unos serán proclives a endulzar sus críticas al gobierno de turno para mantener la que les fue asignada y otros, para alcanzarla. Esto, claro está, no es consistente con la amplia protección de que goza la libertad de prensa en nuestro ordenamiento que no admite un condicionamiento de esta especie (...) [L]a moderna práctica constitucional ha advertido que los perjuicios y atentados a la libertad de prensa hallan orígenes diversos. Pueden desprenderse no sólo de violaciones groseras al derecho de expresar las ideas por ese medio, sino también de perturbaciones más delicadas pero no menos efectivas, como la manipulación de las materias primas para las publicaciones, la limitación del acceso a las fuentes de información, la creación de monopolios estatales o privados en el área, el acorralamiento impositivo o, en fin, mediante el manejo discrecional en la entrega de la publicidad oficial. Cada una de éstas minan las bases sobre las que asienta la prensa, que sigue siendo condición necesaria para un gobierno libre y el medio de información más apto y eficiente para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta a la actividad del gobierno y que actúa, en la práctica, como un medio de contralor de las instituciones y sus hombres y rinde un servicio de inestimable valor afianzando la salud del sistema y las instituciones republicanas"⁽⁶⁹⁸⁾.

IV. EL CASO "RÍO NEGRO"

En 2007, la situación era distinta no solo por los cambios en la integración de la Corte Suprema. Además de los informes de la CIDH

y el monitoreo de la ADC, la cuestión de la distribución discriminatoria de publicidad oficial formaba parte del debate público⁽⁶⁹⁹⁾. En el caso "Río Negro" la Corte Suprema volvió sobre sus pasos y quienes habían formado la disidencia del caso "Emisiones Platenses", diez años después, conformaron una nueva mayoría.

En ese caso, el tribunal tuvo por acreditado que el gobierno de Neuquén había suspendido la contratación de publicidad oficial en el diario *Río Negro* luego de que este publicara una serie de artículos críticos del gobernador⁽⁷⁰⁰⁾. La Corte consideró que "(...) no existe un derecho subjetivo por parte de los medios a obtener publicidad oficial. Sin embargo, el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, en base a criterios irrazonables"⁽⁷⁰¹⁾.

"(...) el comportamiento de la Provincia del Neuquén configura un supuesto de presión que lejos de preservar la integridad del debate público lo puso en riesgo, afectando injustificadamente, de un modo indirecto, la libertad de prensa y el legítimo interés que el diario 'Río Negro' y sus lectores tienen en el comportamiento de los funcionarios políticos de dicha provincia en el ejercicio de sus funciones. Tal como se manifestó ut supra el gobierno debe evitar las acciones que intencional o exclusivamente estén orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa y también aquellas que llegan indirectamente a ese resultado. Es decir, basta con que la acción gubernamental tenga ese objetivo para que se configure un supuesto de afectación a dicha libertad. Es por ello, que no resulta necesario la asfixia económica o quiebre del diario, supuesto que, por otro lado, se configuraría en casos de excepción. Por lo demás, la afectación económica debe examinarse no sólo en relación con la pérdida por no recibir publicidad oficial, sino también por la disminución en la venta de diarios en tanto muchos lectores se verán obligados a informarse por otros medios acerca de la gestión pública"⁽⁷⁰²⁾.

La Corte volvió a intervenir en relación con este tema en numerosos casos. En "Radiodifusora Pampeana SA" ratificó lo sostenido en el caso "Río Negro", esta vez ante una discriminación sufrida por una radio de la provincia de La Pampa⁽⁷⁰³⁾. En un breve fallo, el tribunal ratificó la decisión de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal favorable a la Editorial Perfil, uno de los principales medios afectados por la distribución discriminatoria realizada por el Gobierno nacional⁽⁷⁰⁴⁾. Esta jurisprudencia, sin embargo, no logró modificar las prácticas estatales.

La dificultad del tribunal para encontrar una solución definitiva al problema se vio expresada en la sentencia del caso "Arte

Radiotelevisivo Argentino SA c. Estado Nacional"⁽⁷⁰⁵⁾. Allí, la Corte invocó su función de intérprete supremo de la Constitución para insistir sobre la necesidad de que el Estado nacional cese de utilizar su presupuesto publicitario como un mecanismo de censura indirecta⁽⁷⁰⁶⁾. El tribunal reiteró la necesidad de que el Estado distribuya la publicidad oficial de acuerdo con pautas "objetivas, cuantificables y generales"⁽⁷⁰⁷⁾.

Cabe destacar que, en 2010, la CIDH sugirió que la solución para este problema debe provenir del Poder Legislativo. En efecto, señaló que "(...) [u]n régimen legal adecuado en materia de distribución de la pauta estatal debe necesariamente disminuir la discrecionalidad de los funcionarios públicos para efectuar esa distribución, de forma tal que estos fondos públicos no sean utilizados de un modo que restrinja la libertad de expresión"⁽⁷⁰⁸⁾. A efecto de guiar a los Estados en la producción de esos regímenes regulatorios, la CIDH estableció una serie de principios rectores entre los que se destacan la definición de los objetivos de la publicidad oficial, el establecimiento de criterios claros de distribución, la planificación adecuada, criterios claros de contratación, entre otros⁽⁷⁰⁹⁾. Si bien en 2009 el Poder Ejecutivo emitió el dec. 84/2009 como forma de regulación, este no cumple con el objetivo de limitar la discrecionalidad, sino que solo busca ordenar los procesos de contratación internos de la administración⁽⁷¹⁰⁾.

El cambio de gobierno no ha traído demasiadas novedades, más que algunas regulaciones de la Secretaría de Comunicación Pública⁽⁷¹¹⁾. Las regulaciones recogen algunas de las recomendaciones de la CIDH, como una mayor planificación e incorporan criterios objetivos de distribución como alcance del medio, pertinencia del mensaje y zona geográfica. Asimismo, la resolución acepta la posibilidad de que el fomento del federalismo y la pluralidad de voces sean criterios a tener en cuenta a la hora de la distribución. Más allá de que este tipo de regulaciones constituyen un avance, los estándares interamericanos de derechos humanos exigen —por la relevancia de la regulación para la libertad de expresión— que la misma sea establecida no de modo unilateral por el poder ejecutivo, sino por medio de una ley en sentido formal y material, es decir, sancionada por el Congreso de la Nación. En términos fácticos, los datos de distribución presupuestaria sugieren una baja del monto total invertido en este concepto, y una mayor concentración en los medios de mayor audiencia y de la ciudad de Buenos Aires⁽⁷¹²⁾.

V. LOS MEDIOS PÚBLICOS

Para la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, los medios públicos

"(...) pueden (y deberían) desempeñar una función esencial para asegurar la pluralidad y diversidad de voces necesarias en una sociedad democrática. Su papel es fundamental a la hora de proveer contenidos no necesariamente comerciales, de alta calidad, articulados con las necesidades informativas, educativas y culturales de la población. Sin embargo, para que los medios públicos puedan realmente cumplir su función, debe tratarse de medios públicos independientes del Poder Ejecutivo; verdaderamente pluralistas; universalmente accesibles; con financiamiento adecuado al mandato previsto por la ley; y que contemplen mecanismos de rendición de cuentas y de participación de la comunidad en las distintas instancias de producción, circulación y recepción de contenidos"⁽⁷¹³⁾.

La CIDH también consideró que "la radio y la televisión públicas no pueden ser utilizadas como herramientas de comunicación o propaganda de los gobiernos, sino como espacios informativos y culturales autónomos que actúen al servicio de los intereses de la sociedad en su conjunto"⁽⁷¹⁴⁾. Finalmente, también estableció la necesidad de que los medios públicos "garanticen acceso a la información sobre todos los aspectos vinculados a su gestión"⁽⁷¹⁵⁾.

De acuerdo con estos criterios es difícil juzgar a la LSCA como satisfactoria en su regulación de los medios estatales, al menos por dos razones. En primer lugar, la ley es poco precisa respecto de las obligaciones de pluralismo de los medios públicos: el art. 121.b, que establece la obligación de "respetar y promover el pluralismo político, religioso, social, cultural, lingüístico y étnico", es ambiguo en relación con los estándares interamericanos, que son mucho más precisos.

En segundo lugar, la LSCA puede juzgarse en este aspecto por sus resultados: en ninguno de los puntos destacados que surgen de los estándares interamericanos los medios públicos nacionales han cumplido, en los últimos años, esos estándares. Piénsese, por ejemplo, en los mecanismos de rendición de cuentas de los que habla la CIDH. En su art. 130, la LSCA establece un *Consejo Consultivo Honorario de los Medios Públicos* al que le compete, entre otras cosas, convocar a audiencias públicas para evaluar la programación, los contenidos y el funcionamiento de *Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado*. Ese Consejo Consultivo podría funcionar como una instancia de control adecuado pero recién se constituyó el 15 de enero de 2015. Otro ejemplo significativo es el vinculado a la utilización de los medios estatales "como herramientas de

comunicación o propaganda de los gobiernos": la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación reconoció expresamente el uso del programa Fútbol para Todos con ese objetivo⁽⁷¹⁶⁾. Finalmente, y en términos de transparencia, cabe destacar que *Radio y Televisión Argentina SE* negó el acceso a contratos con la productora *PPT* a la periodista Mariel Fitz-Patrick, quien llevó su reclamo a los tribunales de manera exitosa⁽⁷¹⁷⁾.

VI. CONCLUSIÓN

Los principios de pluralismo y diversidad son fundamentales para la conformación de un ecosistema de medios de comunicación democrático. Sin cierta igualdad *real* de acceso al debate público, los ideales democráticos de deliberación y discusión quedan mutilados: solo participan quienes pueden acceder a los medios de comunicación, que actúan como grandes *gatekeepers*, o quienes cuentan con recursos propios para financiar su propia expresión. Esta situación replica en el debate público las desigualdades estructurales que padecen nuestras sociedades. En este sentido, los principios de pluralismo y diversidad se vuelven especialmente relevantes para América Latina.

Estos principios requieren la intervención activa del Estado como distribuidor de recursos. En estos casos, la posición de que el Estado puede de alguna manera no intervenir y que un *muro* puede levantarse entre el discurso y las autoridades públicas es demasiado inocente: como explica Fiss, en toda distribución hay una interacción necesaria entre el Estado y los ciudadanos⁽⁷¹⁸⁾. La no intervención del Estado en estos casos es especialmente problemática en sociedades marcadas por profundas desigualdades como la Argentina: los mecanismos del mercado reproducirían en el ecosistema de medios de comunicación las desigualdades que cruzan a nuestra sociedad de punta a punta. Los principios de pluralismo y diversidad que analizamos en este comentario tienen el objetivo expreso de orientar al Estado en la forma de intervención: *debe* hacerlo pero esa obligación no puede constituirse en la excusa para acallar voces críticas. No es un equilibrio fácil de lograr.

Tal vez la clave de la dificultad radique en la función de mediación que ejercen los medios de comunicación en relación con el libre debate democrático. Nino, en un texto recientemente rescatado por la *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, señalaba que los medios de comunicación constituyen

"(...) uno de los más importantes instrumentos de poder social, y, como tales son codiciados por todos los sectores o grupos que

procuran ejercer ascendencia o influencia sobre el resto de la sociedad. La regulación de los medios tiene el efecto de distribuir ese poder y no es por nada que sea objeto de casi tantas expectativas, tensiones y presiones como el establecimiento de una estructura constitucional"⁽⁷¹⁹⁾.

Esta lógica de botín de guerra que Nino resalta explica, como vimos, las dificultades para reformar el decreto-ley de radiodifusión de la dictadura y también explica el uso que se da a los fondos públicos tanto en relación con la distribución de publicidad oficial como en relación con los medios públicos. Sin embargo, los principios que deben guiar la acción están allí: los de pluralismo y diversidad ofrecen razones específicas que es posible postular en el lenguaje de las obligaciones que surgen de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en materia de derechos humanos. Estos se vinculan, en última instancia, con una visión vigorosa sobre la democracia que supone una ciudadanía plural y diversa que necesita dialogar y deliberar hacia su interior para resolver los problemas comunes que la aquejan.

Vale la pena la cita extensa de Nino sobre este punto.

"La democracia es un procedimiento de solución pacífica de conflictos mediante la obtención de consenso, y no hay consenso genuino sin una previa confrontación de ideas, en la que se consideren imparcialmente todos los puntos de vista. Incluso es posible concebir a la democracia como una forma institucionalizada de discusión tendiente a determinar qué principios de moralidad social son aceptables desde una perspectiva imparcial y racional. Cuanto más amplia y libre sea esa discusión más probabilidades hay de que los principios que son consensualmente adoptados para dirimir conflictos y establecer un esquema de cooperación son los principios que serían aceptados si se tomaran en cuenta racional e imparcialmente todos los intereses relevantes. Esto implica que es fundamental que el debate democrático sea lo más amplio posible y que todos los que participan en él puedan expresar sus intereses y los principios que los podrían legitimar, así como que conozcan los intereses e ideales de los demás. En una sociedad compleja ello no puede lograrse solo a través de los oradores callejeros sino que requiere el acceso a los medios de comunicación masiva. Esos medios son indispensables para enriquecer el debate público, proveyendo toda la información que es necesaria para adoptar decisiones colectivas, reflejando en forma imparcial los diversos intereses involucrados y proporcionando un foro para las diversas ideas y

propuestas sin hacer discriminación alguna sobre la base de su contenido"⁽⁷²⁰⁾.

Esto, sin embargo, no solo ha demostrado ser sumamente difícil de hacer en la práctica, sino que también implica riesgos. En efecto, si bien el Estado puede y debe adoptar medidas activas de promoción de la libertad de expresión en el sentido resaltado por Fiss en *The Irony of Free Speech*, quienes se muestran escépticos ante esa posibilidad tienen fundadas razones para hacerlo. El Estado ha utilizado su poder en innumerables ocasiones para perseguir discursos críticos, grupos disidentes y minoritarios. Las falencias en términos de rendición de cuentas que muestran los Estados de América Latina solo agravan el problema: los principios de pluralismo y diversidad habilitan el ejercicio de facultades estatales que pueden ser fácilmente abusadas, precisamente porque los mecanismos de *accountability* son poco eficientes⁽⁷²¹⁾.

Esa historia pesa, o debería pesar, sobre quienes creemos en la necesidad de garantizar a todos el acceso a la palabra en los medios masivos de comunicación. Esa historia es también la razón por la cual la actuación del Estado en este sentido debe someterse al más estricto control constitucional para impedir que a través de su función regulatoria restrinja un derecho fundamental. Como lo sostuvo la Corte Suprema en el caso "Clarín", la LSCA en sí misma no viola la CN. Por el contrario, ella responde a una obligación del Estado sobre la que se sostiene una actividad reglamentaria legítima. Sin embargo, y como vimos, la Corte Suprema también formuló advertencias que deberían ser tenidas en cuenta durante el proceso de implementación de la ley. Martín Becerra, al realizar un análisis retrospectivo a cinco años de la sanción de la norma, llegó a la siguiente conclusión.

"(...) [l]os objetivos inclusivos de esa norma fueron postergados por una política de comunicación que priorizó en el discurso la guerra con el grupo Clarín y, en los hechos, posicionó a otros grupos concentrados en la disputa por la rentabilidad del sector, como Telefónica, Fintech o Cristóbal López (...) la política aplicada por el gobierno registra mucho más incumplimiento que respeto por el texto de la ley audiovisual. Hoy el sector audiovisual está, al menos, tan concentrado como en 2009. Cambiaron, sí, algunos nombres. Por ejemplo, Daniel Hadad fue sustituido por Cristóbal López (quien, además, ensanchó el multimedios con Radio 10 y C5N como cabeceras, al comprar Ámbito Financiero e Ideas del Sur). El grupo Clarín crece en el mercado del cable, donde ostenta posición dominante e incrementa año tras año su facturación.

Telefónica fue indultada de la incompatibilidad legal múltiple en la que incurre al gestionar, a través de la marca Telefe, una gran cantidad de canales de tv en el país. Al real dueño de la licencia de Canal 9, Ángel (a) El Fantasma González, se le admitió la operación de la emisora a través de una figura fronteriza con el testaferrismo. En diciembre último el oficialismo certificó su abandono del objetivo desconcentrador que inspiró la ley audiovisual con la sanción de la ley 'Argentina Digital'. Esta habilita la apertura del sector audiovisual a las telefónicas, con un modelo de mercado convergente, concentrado y extranjerizado"⁽⁷²²⁾.

La LSCA bien podría tratarse de un caso más de distancia entre el derecho *en los libros* y *en la realidad*. La forma en que fue reformada sugiere que la legitimidad social que se suponía tenía la ley no pudo soportar el embate de la legitimidad, típica en nuestro sistema *delegativo*, de un presidente recién electo⁽⁷²³⁾. De cara a un proceso de reforma legal, las lecciones arrojadas por el proceso de promoción, sanción e implementación de la LSCA solo pueden ser obviadas a riesgo de quienes apuestan a un marco regulatorio promotor de los principios de pluralismo y diversidad que aquí comentamos.

LOS LÍMITES DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: LAS EXPRESIONES DE ODIO, LA PORNOGRAFÍA, EL DISCURSO COMERCIAL Y LAS CAMPAÑAS ELECTORALES

Comentario por Julio Rivera^(h)

I. Introducción

La lógica interna del autogobierno democrático exige que el debate acerca de lo que es legítimo o ilegítimo, valioso o carente de todo valor, se mantenga siempre abierto y no sea clausurado⁽⁷²⁵⁾. Ello implica, en materia de libertad de expresión, que el Estado no puede imponer *verdades ideológicas oficiales*.

Es importante dejar en claro que esto no significa que el Estado tenga que ser *neutral*. La implementación de las políticas públicas del gobierno de turno depende, obviamente, de las preferencias ideológicas de sus funcionarios. Por ejemplo, un Estado puede tener una política de castigo del cliente en materia de prostitución y sus funcionarios pueden defender, justificar y promover esta política pública mediante el uso de los distintos medios con que cuenta el

Estado. Lo que no es constitucionalmente válido es castigar al individuo que cuestiona las bondades de dicha política y promueve, por el contrario, una política basada en la libertad de contratar servicios sexuales ya que ello implicaría *clausurar* de forma definitiva el debate acerca de la prostitución.

Desde esta perspectiva, la libertad de expresión es manifiestamente *antipaternalista*, ya que el Estado no puede suplantar el juicio de cada persona respecto a la validez o invalidez de las ideas que circulan. Como ha señalado el juez Petracchi, "[s]ólo los propios hombres deben tener y ejercer el control de su ignorancia, y no puede pretender el Estado, so color de origen mayoritario, y aun en la mentada hipótesis de que su postura expresara la verdad, privar a una minoría del ejercicio de ese control"⁽⁷²⁶⁾.

Por consiguiente, uno de los principios fundamentales de la libertad de expresión es que el Estado no puede prohibir la difusión de determinadas ideas con el argumento de que dichas ideas son incorrectas, nocivas o falsas. Este principio se deriva directamente de la igualdad de estatus político de los ciudadanos⁽⁷²⁷⁾. Todas las personas, sin importar cuán excéntricas o despreciables sean, deben tener la oportunidad de influir en las políticas públicas, en las elecciones y en el medio ambiente moral en que viven⁽⁷²⁸⁾.

En la medida en que la tutela de la libertad de expresión se encuentra intrínsecamente vinculada al derecho de todo individuo a tratar de influir sobre la colectividad, su núcleo central está integrado por el *discurso político*; o sea, el discurso dirigido a producir cambios políticos y sociales y vinculado con cuestiones de interés general. El discurso político comprende también el arte y la literatura, en cuanto buscan y contribuir a la deliberación social acerca de los asuntos públicos⁽⁷²⁹⁾. Todo intento del Estado de restringir esta clase de discurso debe ser visto con sospecha y sometido a un escrutinio intenso.

Es en este marco en el que se deben analizar las restricciones a la libertad de expresión en las que se enfoca este artículo: las expresiones de odio, la pornografía, la publicidad comercial y las campañas electorales.

II. LAS EXPRESIONES DE ODIO

No resulta sencillo definir qué se entiende por expresiones de odio. Un examen meramente superficial de la legislación comparada nos muestra que los países tienen concepciones muy diversas acerca de cómo definir esta clase de expresiones. A los fines de facilitar el análisis, resulta necesario empezar con algunas distinciones fundamentales.

En primer lugar, el Estado puede válidamente establecer como agravante de cualquier delito la circunstancia de que sea cometido por razones discriminatorias, tal como lo establece el [art. 2º de la ley 23.592](#)⁽⁷³⁰⁾. Ello no presenta problema alguno desde la perspectiva de la libertad de expresión. Como ha sostenido la Corte Suprema de Estados Unidos en forma unánime en el caso "Wisconsin v. Mitchell", los motivos para cometer un crimen han sido tradicionalmente considerados a los fines de la determinación de la pena⁽⁷³¹⁾. En el caso de los delitos cometidos por motivos discriminatorios, la Corte estadounidense destacó que se castiga más duramente esta clase de conductas porque "inflige un mayor daño individual y social"⁽⁷³²⁾. Por ejemplo, así como el Cód. Penal argentino castiga con mayor dureza el homicidio cometido por placer o por precio o promesa remuneratoria, también puede hacerlo respecto del homicidio cometido por odio racial o religioso (art. 80. incs. 3º y 4º, Cód. Penal).

En segundo lugar, es necesario distinguir entre expresiones dirigidas de forma pública a un grupo indeterminado de personas y las expresiones dirigidas directamente contra una persona determinada. Como explica Schauer, "cuando pensamos en los factores que caracterizan el escenario arquetípico de la libertad de expresión, el intento de persuadir o de informar a una audiencia está en el primer plano de nuestra comprensión", de modo que corresponde distinguir entre las expresiones dirigidas a un público numeroso y lo que se comunica persona a persona⁽⁷³³⁾. Por consiguiente, el Estado cuenta también con un amplio margen para regular las expresiones discriminatorias dirigidas contra una persona determinada. Por ejemplo, si alguien insulta a una persona en la calle o en una red social en función de su raza, religión u orientación sexual, dicha conducta podría ser fácilmente encuadrada en el delito de injurias. De la misma manera, las expresiones amenazantes o intimidantes realizadas contra una persona específica basadas en consideraciones de raza, sexo, religión, orientación sexual o cualquier otra característica similar pueden ser castigadas en los términos genéricos del art. 149 bis del Cód. Penal que reprime al que "hiciera uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas". El castigo penal de esta clase de expresiones no aparece como constitucionalmente problemático y el daño que causa ha sido analizado detalladamente por algunos autores que integraron la corriente de la teoría crítica racial en Estados Unidos⁽⁷³⁴⁾.

En tercer lugar, el Estado tiene también un gran margen para regular las expresiones discriminatorias en ámbitos no destinados esencialmente a la discusión pública tales como el lugar de trabajo, la escuela, o en instituciones gubernamentales tales como el ejército

o el Poder Judicial. Hay una diferencia esencial entre una persona que niega la existencia del Holocausto desde su cuenta en Twitter y un profesor de historia de escuela primaria que pregona el negacionismo en clase. O entre una persona que cuestiona en una carta de lectores que los extranjeros tengan derecho a acceder a ciertos empleos públicos en el Poder Judicial y un abogado que en una audiencia dice al empleado judicial que la está tomando "que vuelva a su país y que deje de robar acá". Hay ámbitos —a los que Post denomina "ámbitos de gestión"— en los que el Estado puede regular la expresión a los fines de alcanzar los objetivos que caracterizan a dichas instituciones⁽⁷³⁵⁾.

La tensión central entre la libertad de expresión y la regulación de las expresiones de odio se configura cuando se trata de expresiones difundidas de forma pública a una audiencia indeterminada. En efecto, en muchísimos casos, las expresiones de odio tratan sobre cuestiones de interés general tales como la inmigración, los derechos de las minorías sexuales, el rol de la mujer en la sociedad, el terrorismo, las consecuencias políticas y sociales de determinado dogma religioso, etc. Por lo tanto, el castigo de esa clase de expresiones de odio implica poner determinadas opiniones y puntos de vista acerca de cuestiones vitales de interés público fuera del debate público⁽⁷³⁶⁾.

A continuación, analizo los principales problemas que presentan las normas que sancionan las expresiones de odio y las posibles justificaciones de estas sanciones.

2.1. Análisis crítico de los fundamentos para la restricción de las expresiones de odio

El punto de partida de todo análisis constitucional de la regulación de las expresiones de odio es tener en claro que resulta manifiestamente irrazonable pretender regular todo tipo de discurso susceptible de crear una atmósfera más proclive a la discriminación. Ello importaría otorgar al Estado un poder inmenso para moldear el debate público, incompatible con una concepción básica de la libertad de expresión.

Como ha observado Post, si efectivamente el legislador tuviese la intención de castigar todas las expresiones susceptibles de crear en el mediano o largo plazo un clima más proclive a la discriminación, debería prohibir mucho más que lo que actualmente está clasificado como expresiones de odio y vedar "todas las formas de cine, novelas y entretenimiento popular"⁽⁷³⁷⁾.

Por ello, las normas que regulan las expresiones de odio se enfocan —en general— en un subgrupo limitado de expresiones:

aquellas que alientan o estimulan el odio o la persecución contra determinados grupos, o que son expresadas de una manera desmesurada o grotesca. Asimismo, algunos autores proponen enfocarse exclusivamente en las expresiones que generan un "efecto silenciador". A continuación, analizo cada uno de estos supuestos.

2.1.1. El discurso que incita a la violencia o a la discriminación contra un grupo determinado

La mayor parte de los tratados internacionales de derecho humanos solo establecen la *obligatoriedad* de castigar las expresiones discriminatorias que constituyan una forma de "incitación", es decir, que "alienten" a la realización de cierto tipo de conductas contra determinados grupos.

Por ejemplo, el art. 3º, inc. c) de la Convención para la Prevención y sanción del Genocidio castiga "la incitación directa y pública a cometer genocidio". Por su parte, el art. 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que estará prohibida por ley "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". Finalmente, el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que "toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por ley.

De estos tratados surge claramente que no existe una *obligación* convencional de castigar la mera difusión de ideas discriminatorias que no alcance el grado de "incitación".

La única excepción a esta regla es el art. 4º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial que establece la *obligación* de los Estados signatarios de declarar como acto punible no solamente "toda incitación a la discriminación racial" sino también "toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial". La Convención no define los conceptos de raza o etnia pero es razonable presumir que protege a todo grupo que tiene una identidad colectiva definida⁽⁷³⁸⁾. Según algunos autores, el tratamiento de las expresiones racistas como una categoría *sui generis* se sustenta en el rechazo universal por parte de la comunidad internacional de las ideologías de supremacía racial⁽⁷³⁹⁾.

Ahora bien, aun dentro del grupo de tratados de derecho internacional que exigen solamente el castigo de expresiones discriminatorias que alcancen el nivel de "incitación", existe una

diferencia relevante entre los tratados que exigen que la incitación esté dirigida a actos de violencia y los tratados que incluyen también la incitación a la discriminación o a la hostilidad.

En el primer grupo se encuentra claramente el art. 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuya redacción se encuentra influenciada por la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos en el célebre caso "Brandenburg v. Ohio", según la cual, el Estado no puede castigar la prédica del uso de la fuerza o la violación de la ley excepto cuando tal prédica estuviere dirigida a incitar o producir una inminente acción violenta y fuera suficiente para probablemente incitar o producir tal acción⁽⁷⁴⁰⁾.

En cambio, el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos *exige* también el castigo de las expresiones que constituyan incitación a la discriminación o a la hostilidad. De esta manera, el Pacto establece la *obligación* de castigar expresiones discriminatorias que, si bien no contienen ningún elemento de violencia, incitan —alientan— a la realización de actos de discriminación u hostilidad⁽⁷⁴¹⁾. Asimismo, el art. 19 (3) del Pacto *permite* —pero no *exige*— a los Estados signatarios la imposición de restricciones a la libertad de expresión que resulten necesarias para "asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" y "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha considerado que el castigo penal de la negación del Holocausto constituía una restricción necesaria en los términos del citado art. 19 (3)⁽⁷⁴²⁾.

El art. 3º de la ley 23.592 sigue un camino intermedio entre la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto reprime a "quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas". En efecto, la noción de incitación a la persecución o al odio es más amplia que la de incitación a la violencia prevista en la Convención Americana pero más restrictiva que la de incitación a la discriminación del Pacto. Al interpretar esta norma, los tribunales argentinos han enfatizado que la acción típica de incitar o alentar "no se produce con un aislado comentario de corte discriminatorio" sino que la expresión debe estar enderezada "a animar, dar vigor, mover o estimular a la persecución o el odio (...)"⁽⁷⁴³⁾.

Analizar la compatibilidad entre las distintas —y quizás contradictorias— exigencias de cada tratado y —a su vez— la del art. 3º de la ley 23.592 con estos tratados y la Constitución excede

claramente los límites de este trabajo. Me limito a señalar que la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló, en su Informe del año 2004, que el texto del art. 13, inc. 5º "[s]ugiere que la violencia es un requisito para cualquier restricción" y advirtió acerca de la improcedencia de interpretar esta norma en la forma más restrictiva de la libertad de expresión en base a lo dispuesto en otros tratados de derechos humanos⁽⁷⁴⁴⁾.

Este análisis de compatibilidad entre las distintas normas de diferentes jerarquías que regulan las expresiones de odio no ha sido en general realizado de forma profunda por los tribunales argentinos.

Por ejemplo, la Cámara Criminal y Correccional Federal sostuvo que uno de los objetivos de la [ley 23.592](#) era el cumplimiento de las obligaciones que emanaban de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁽⁷⁴⁵⁾. Sin embargo, la Cámara se limita a transcribir las normas de cada pacto sin analizar en detalle las diferencias de cada texto. Así, la Cámara afirma, erróneamente, que en todos los tratados se menciona "a la *incitación* entre sus elementos", a pesar de que el art. 4º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial no tiene dicha exigencia⁽⁷⁴⁶⁾. La Cámara tampoco estudia las implicancias de que la Convención Americana de Derechos Humanos solo exige el castigo de las expresiones que constituyan incitación a la violencia mientras que el Pacto de Derecho Civiles y Políticos añade también la incitación a la discriminación o a la hostilidad.

Asimismo, los tribunales argentinos han hecho algunas referencias a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos. En este sentido, la Cámara Criminal y Correccional Federal ha interpretado los alcances de la [ley 23.592](#) a la luz de la doctrina del peligro claro y actual de la jurisprudencia estadounidense según la cual, el peligro actual de un mal inminente justificaba limitar la libertad de expresión⁽⁷⁴⁷⁾. Así, la Cámara ha entendido que en cada caso corresponde analizar el contexto en que las expresiones fueron realizadas y si generaron un *peligro claro y actual* de que una persona o grupo de personas fuera objeto de actitudes de odio o persecución. Sin embargo, no se tiene en cuenta que dicho estándar del *peligro claro y actual* ha sido abandonado hace más de 40 años y que de conformidad con la doctrina del caso "Brandenburg v. Ohio" ya mencionada, los tribunales estadounidenses solo aceptan el castigo de las expresiones de odio que estén dirigidas a incitar o

producir una inminente *acción violenta*⁽⁷⁴⁸⁾. O sea que la mera incitación al odio o a la discriminación —por más inminente que sea— no puede ser castigada en dicho país.

2.1.2. Las leyes que castigan las expresiones de odio en función del modo o la forma de expresión

Waldron ha observado que la mayor parte de las legislaciones que castigan las expresiones de odio tienen una especie de "refugio seguro" en cuanto buscan asegurar que haya una forma lícita de expresar ciertos puntos de vista que devienen objetables cuando son expresados de forma abusiva. Waldron da el siguiente ejemplo: imaginemos —nos dice— que alguien está en contra de la aprobación de normas antidiscriminatorias. Esa persona puede: (i) expresar su disconformidad en abstracto con el principio de que el gobierno debe mostrar igual consideración y respeto a todos los miembros de una comunidad; (ii) justificar su rechazo en alguna teoría racial que pregona la inferioridad de ciertos grupos; (iii) afirmar que los beneficiarios de dichas normas no son más que animales; (iv) sostener que los beneficiarios no son más que animales que deben ser exterminados como ratas o cucarachas. Según Waldron, las normas que reprimen las expresiones de odio seguramente castigarían (iv), muy probablemente (iii) y quizás algunas versiones de (ii). Lo que Waldron quiere subrayar es que es muy poco probable que las leyes penales que castigan las expresiones de odio alcancen expresiones como las de (i), ya que la idea discriminatoria fue expresada de forma "moderada", sin el uso de epítetos abusivos⁽⁷⁴⁹⁾.

Esta idea de que las normas penales que reprimen la difusión de expresiones de odio tienden a enfocarse en las expresiones que usan un lenguaje insultante ya había sido advertida por Post, quien entiende que dichas normas buscan "esencialmente reprimir expresiones que transgreden normas de civilidad" y que "estamos utilizando el derecho para imponer normas de decencia en áreas sensibles como la raza, la nacionalidad y la etnia"⁽⁷⁵⁰⁾.

Algunas de las consecuencias problemáticas de esta postura pueden observarse en el caso "Ekmekdjian c. Sofovich", en el que la Corte Suprema argentina entendió que la ofensa a los sentimientos religiosos de una persona —configurada a través de ciertos comentarios sobre Jesucristo y la Virgen María— no se encontraban tuteladas por la libertad de expresión⁽⁷⁵¹⁾. Al respecto, la Corte destacó—con cita de un fallo de la Cámara de los Lores del Reino Unido— que la libertad de expresión protege las opiniones críticas de una religión solamente cuando son formuladas en un lenguaje decente y atemperado⁽⁷⁵²⁾. La decisión de la Corte argentina confirma

lo que ya señalaba hace muchísimos años John Stuart Mill: la prohibición de expresiones intemperantes o insultantes solo sería aplicada cuando estas expresiones fueran dirigidas contra las ideas dominantes, mientras que si fueran dirigidas contra las ideas minoritarias, su autor sería reconocido por su honrado celo y justa indignación⁽⁷⁵³⁾.

Además, esta noción de que la tutela de la libertad de expresión desaparece cuando la expresión es difundida mediante el uso de un lenguaje abusivo o insultante presupone una visión excesivamente racional. Como ha sostenido la Corte Suprema de Estados Unidos, las palabras son elegidas tanto por su fuerza cognoscitiva como por su fuerza emotiva y ambos aspectos se encuentran protegidos por la libertad de expresión⁽⁷⁵⁴⁾. Por ejemplo, no puede esperarse el mismo lenguaje de parte de un historiador que analiza el rol de la Iglesia Católica durante la década del setenta desde su escritorio universitario que de parte de una hija de una persona desaparecida que —frente al hecho de la complicidad de algunos sacerdotes en las violaciones a los derechos humanos cometidas durante el gobierno militar— realiza expresiones manifiestamente insultantes y vulgares contra los "curas torturadores". Esa persona está expresando un sentimiento de ira, angustia, dolor que difícilmente podría transmitir con un lenguaje mesurado y académico.

2.1.3. El alegado efecto silenciador de ciertas expresiones de odio

Owen Fiss entiende que la cuestión del castigo de las expresiones de odio debe ser enfocada como un conflicto en el que la libertad de expresión está en juego tanto del lado del orador, que difunde las expresiones discriminatorias como del lado del Estado, que busca fomentar un debate completo y abierto en el que se oigan también las voces de los grupos desfavorecidos⁽⁷⁵⁵⁾. En este sentido, Fiss observa que las expresiones de odio "tienden a disminuir el sentimiento de dignidad de las personas, impidiendo de esta manera su participación completa en muchas de las actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público"⁽⁷⁵⁶⁾. En este marco, el Estado —al castigar esta clase de expresiones— busca remediar esta distorsión del debate público causada por sujetos privados y, así, promover el proceso democrático al permitir a la ciudadanía escuchar un debate completo y abierto sobre los temas de interés público⁽⁷⁵⁷⁾. En estos casos —observa Fiss— el Estado actúa en esto como el presidente de un Parlamento que dice: "ya hemos escuchado mucho a esta parte. Quizás otros deberían tener también la posibilidad de hablar antes de que votemos"⁽⁷⁵⁸⁾.

Un análisis detallado de los problemas que presenta la concepción de Fiss de la libertad de expresión y su aplicación en materia de expresiones de odio excede los límites de este trabajo. Por ello, quiero enfocarme exclusivamente en dos puntos fundamentales.

En primer término, la figura del Estado como moderador no resulta una analogía adecuada a los fines de justificar el castigo —en muchos casos de naturaleza penal— de las expresiones de odio. Según Fiss, cuando el Estado actúa como presidente de un Parlamento no busca alcanzar un resultado determinado sino simplemente asegurar que el debate público sea amplio y robusto. Este análisis puede ser correcto en materia de límites de gastos en las campañas electorales o de restricciones a la concentración en la propiedad de medios masivos de comunicación pero es manifiestamente incorrecto en el área de las expresiones de odio. Los sistemas legales que reprimen este tipo de expresiones a través del Cód. Penal persiguen un resultado específico que es censurar este tipo de ideas del *discurso público*, en virtud de sus efectos nocivos o perjudiciales. Un sistema que considera que quienes difunden expresiones de odio deben ir presos no es un sistema que les dice que "han hablado demasiado y tienen que dejar hablar a otros" sino un sistema que les dice "tienen prohibido hablar sobre esto".

En segundo lugar, el estándar judicial propuesto por Fiss a los fines de juzgar la validez de las restricciones a las expresiones de odio es en sí mismo problemático. Por un lado, Fiss no ofrece prueba alguna acerca de ese supuesto "efecto silenciador" que causarían las expresiones de odio dirigidas contra los grupos desfavorecidos. En realidad, una cosa es que un grupo se encuentre subordinado en la sociedad y otra muy distinta es que esté totalmente silenciado por los prejuicios vigentes en dicha sociedad. Por ejemplo, si uno tiene en cuenta la experiencia estadounidense del movimiento por los derechos civiles, es válido concluir que los afroamericanos —a pesar de la intolerable situación de subordinación en la que se encontraban en los estados del sur— pudieron, sin embargo, hacer oír su voz, de forma relativamente exitosa, en el *discurso público*. De la misma manera, en Argentina, grupos claramente desfavorecidos e históricamente oprimidos como los miembros de los pueblos indígenas o los homosexuales pueden participar del debate público en cuestiones relativas a sus derechos y reclamar —con relativo éxito— la aprobación de significativas reformas legales e incluso constitucionales.

Por último, el estándar que propone Fiss es manifiestamente indeterminado. ¿Cómo puede un tribunal judicial evaluar si una

determinada expresión causa o no un "efecto silenciador"? Este estándar resulta poco compatible con el principio de legalidad en materia penal que exige en la elaboración de los tipos penales la utilización de "términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles" ya que la ambigüedad "genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad"⁽⁷⁵⁹⁾.

2.2. La tendencia argentina en materia de expresiones de odio: hacia una regulación amplia de las expresiones discriminatorias

En Argentina, existe una tendencia cada más notoria a regular las expresiones meramente discriminatorias, más allá de si constituyen alguna forma de incitación o si la expresión es comunicada mediante epítetos abusivos.

Por ejemplo, el art. 6º, inc. f) de la ley 26.485 define como "violencia mediática" contra las mujeres "aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres". Asimismo, el art. 81 (i) de la ley 26.522 establece que "los avisos publicitarios (...) no ofenderán convicciones morales o religiosas (...)".

Además, existen diversos proyectos de leyes tendientes a ampliar sustancialmente la regulación de las expresiones de odio. Por ejemplo, en Cámara de Diputados circula actualmente un proyecto que, por un lado, amplía sustancialmente los grupos protegidos que ahora incluyen también a grupos en función de "lengua, idioma o variedad lingüística, opinión política o gremial, ideología, sexo, orientación sexual, género, identidad de género y/o su expresión, edad, color de piel, estado civil, situación familiar, filiación, embarazo, discapacidad, responsabilidad familiar, antecedentes o situaciones penales, trabajo u ocupación, lugar de residencia, caracteres físicos, características genéticas, capacidades psicofísica y condiciones de salud, posición económica o condición social y/o hábitos personales". Por el otro, mientras que la ley antidiscriminatoria vigente castiga exclusivamente la incitación al odio o a la persecución, el proyecto añade la incitación a la discriminación contra los grupos mencionados.

Esta clase de normas y proyectos revela que en nuestro sistema constitucional se regulan las expresiones de odio con fines principalmente simbólicos sin tener particularmente en cuenta los límites constitucionales que impone la libertad de expresión, castigándose diversas formas de discurso ideológico-político, a pesar de las implicancias que ello tiene desde el punto de vista de la legitimidad democrática.

III. EL DISCURSO PORNOGRÁFICO

El Cód. Penal argentino actualmente solo contempla el delito de pornografía infantil (art. 128) y el de exhibiciones obscenas (art. 129) pero no castiga la pornografía en general, por lo que el debate acerca de la constitucionalidad del castigo de este tipo de discurso no ha tenido demasiado desarrollo en nuestro país en los últimos tiempos. Sin embargo, como veremos, el dictado de la ley 26.522 establece sanciones graves para este tipo de discurso, lo que torna necesario analizar con cierto detalle los principales argumentos que se han desarrollado para justificar el castigo de al menos cierta clase de pornografía y publicaciones sexualmente explícitas.

3.1. La moral pública y la autoridad del Estado para mantener una sociedad decente

Originalmente, las leyes que reprimían las publicaciones obscenas buscaban proteger la moral pública. Un típico ejemplo de esta visión es la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso "Paris Adult Theatre v. Slaton", en el que el tribunal observó —con cita de Bickel— que "lo que habitualmente se lee, se ve, se escucha o se hace se inmiscuye sobre todos nosotros, lo queramos o no" por lo que el Estado tiene el derecho a castigar este tipo de publicaciones a los fines de "mantener una sociedad decente"⁽⁷⁶⁰⁾. Así, el Estado puede prohibir las publicaciones obscenas con independencia de si las únicas personas que acceden a ver ese material son adultos que lo hacen de forma voluntaria.

En Argentina, la Cámara Criminal y Correccional Federal en el caso "Musotto" señaló —al interpretar el viejo art. 128 del Cód. Penal que castigaba las publicaciones obscenas— que dicho castigo buscaba "evitar la corrupción y la desintegración social"⁽⁷⁶¹⁾. De acuerdo con este enfoque, el Estado "debe promover el mejoramiento moral del pueblo" y así "prohibir lo que empeora al hombre"⁽⁷⁶²⁾. El enfoque del tribunal argentino guarda algunas semejanzas con el de la Corte Suprema de Estados Unidos en "Paris Adult Theatre" pero la justificación del castigo de las publicaciones

obscenas hace más énfasis en la necesidad de proteger al individuo que consume estos materiales que a la protección de la sociedad en general, a punto tal que el tribunal dice que "el extraviado tiene derecho a ser enmendado por la autoridad"⁽⁷⁶³⁾. Esta interpretación es manifiestamente incompatible con el art. 19CN ya que —como ha dicho la Corte Suprema— "las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones"⁽⁷⁶⁴⁾.

3.2. La pornografía *hard core* como mera "ayuda masturbatoria"

Algunos autores han sostenido que el castigo de lo "obsceno" debe limitarse a lo que se conoce como pornografía *hard core*, entendida como un material que constituye solamente una "ayuda masturbatoria"⁽⁷⁶⁵⁾, sin ningún tipo de valor literario, artístico o científico.

En este sentido, Schauer afirma que la libertad de expresión tutela la promoción de una moral sexual diferente, incluyendo la promoción del adulterio, las prácticas sadomasoquistas, o el bestialismo⁽⁷⁶⁶⁾. Sin embargo, hay cierta clase de materiales que no constituyen una actividad comunicativa porque no apelan al intelecto y que no son más que un producto que busca inducir a una estimulación sexual inmediata⁽⁷⁶⁷⁾.

En otras palabras, Schauer entiende que los argumentos a favor de cierto tipo de sexo están protegidos por la libertad de expresión pero el sexo en sí mismo, no. Y el material obsceno que apela al interés lascivo es "sexo" y no "predica acerca del sexo"⁽⁷⁶⁸⁾. Lo ejemplifica de la siguiente manera: si una persona contrata dos prostitutas y les pide que tengan relaciones entre ella mientras las observa, ello no genera un caso de libertad de expresión, a pesar de que la estimulación sexual provenga exclusivamente de lo que esta persona ve o escucha. Tampoco hay un caso de libertad de expresión —entiende Schauer— si esa estimulación sexual proviene de una escena sexual entre dos mujeres grabada en una película⁽⁷⁶⁹⁾. Schauer aclara, en todo caso, que este tipo de material pornográfico puede ser castigado siempre y cuando carezca de todo tipo de valor literario, artístico, político o científico⁽⁷⁷⁰⁾.

3.3. La pornografía como discurso discriminatorio

Un sector del movimiento feminista —liderado por Catharine MacKinnon— ha justificado la constitucionalidad del castigo de la

pornografía, definida como el material sexualmente explícito que subordina a las mujeres a través de imágenes o palabras⁽⁷⁷¹⁾.

El ataque de MacKinnon ha estado dirigido contra la pornografía que muestra a las mujeres como personas que quieren ser atadas, golpeadas, torturadas, humilladas y asesinadas o simplemente usadas. De acuerdo con MacKinnon, esta clase de pornografía causa la subordinación de las mujeres al presentarlas como objetos sexuales deshumanizados⁽⁷⁷²⁾. Para MacKinnon, la pornografía construye lo que la mujer es en función de lo que los hombres desean desde el punto de vista sexual: actos de violación, golpizas, acoso sexual, prostitución⁽⁷⁷³⁾. Al erotizar la desigualdad, la dominación y la sumisión, MacKinnon sostiene que la pornografía constituye una práctica de discriminación sexual, que "institucionaliza la supremacía del hombre desde el punto de vista sexual"⁽⁷⁷⁴⁾. Asimismo, MacKinnon argumenta que la pornografía silencia a las mujeres, porque destroza su credibilidad⁽⁷⁷⁵⁾.

La postura de MacKinnon se basa en la idea que, en un contexto de desigualdad social, la expresión constituye un ejercicio de poder que construye la realidad social en la que las personas viven⁽⁷⁷⁶⁾. MacKinnon entiende que las expresiones difamatorias dirigidas contra determinados grupos de la sociedad no son meras opiniones, sino que constituyen prácticas discriminatorias que mantienen a esos grupos en una posición de subordinación, mediante la promoción de terror, intolerancia, segregación, exclusión, difamación, violencia y genocidio⁽⁷⁷⁷⁾.

Este enfoque de MacKinnon ha encontrado cierto eco en la Corte Suprema de Canadá. En el caso "R. v. Butler"⁽⁷⁷⁸⁾, el Máximo Tribunal canadiense concluyó que no era inconstitucional el castigo de la pornografía que muestra: (i) sexo explícito con violencia o (ii) sexo explícito sin violencia pero sometiendo a las personas a un trato deshumanizante o degradante. Según la Corte Suprema de Canadá, la restricción a la libertad de expresión se encontraba justificada en dichos casos porque la exposición a ese tipo de material afecta la igualdad entre hombres y mujeres⁽⁷⁷⁹⁾. En este sentido, la Corte canadiense destacó dos tipos de daños: (i) el daño social, en cuanto la exposición sustancial a esta clase de material refuerza estereotipos acerca del hombre y de la mujer y busca hacer aparecer como normal y aceptable la degradación, humillación, victimización y violencia en las relaciones humanas⁽⁷⁸⁰⁾ y (ii) el daño individual, ya que las publicaciones que presentan a las mujeres como objeto para la explotación sexual afectan negativamente en su autoestima⁽⁷⁸¹⁾.

3.4. La protección de los menores y de los adultos no interesados en materiales sexualmente explícitos

Algunas regulaciones del discurso sexualmente explícito —y de otra clase de contenidos sensibles como los que muestran actos de violencia— apuntan simplemente a evitar que los menores accedan a esta clase de contenidos o que los adultos queden involuntariamente expuestos a los mismos.

Por ejemplo, el art. 68 de la ley 26.522 dispone que la programación debe ser apta para todo público en el horario desde las 6.00 hasta las 22.00 horas. Por su parte, el dec. 1225/2010 que reglamenta la ley establece que "[d]e manera previa a la difusión de flashes o avances informativos, contenidos noticiosos o de alto impacto que puedan vulnerar los principios de protección al menor en horarios no reservados para público adulto, se deberá insertar la leyenda: 'Atención, contenido no apto para niñas, niños o adolescentes'".

Por razones similares, el [art. 2º](#) de la [ley 23.052](#) prescribe que en el Instituto Nacional de Cinematografía "funcionará un sistema de calificación de películas cinematográfica (...) a los fines de: Establecer su aptitud para ser vistas por menores, contemplando el caso, si se lo considera conveniente, de que asistan a su exhibición en compañía de sus padres. b) Prevenir a los adultos sobre su contenido mediante una calificación específica".

Esta clase de reglamentaciones —en la medida que no prohíben los materiales sexualmente explícitos, sino que simplemente regulan su acceso— son sustancialmente menos problemáticas desde el punto de vista de la libertad de expresión.

3.5. La pornografía no consentida o pornografía de venganza

La pornografía no consentida consiste en la publicación o distribución de imágenes sexualmente gráficas de un individuo sin su consentimiento⁽⁷⁸²⁾. Esta noción incluye tanto imágenes obtenidas sin consentimiento (p. ej., a través de grabaciones ocultas) como aquellas obtenidas originalmente con el consentimiento del individuo afectado en el marco de una relación íntima⁽⁷⁸³⁾.

En el derecho argentino, esta clase de conductas constituye una violación del derecho a la intimidad, que puede dar lugar a una condena resarcitoria de conformidad con el art. 1770 del Cód. Civ. y Com. que dispone que "[e]l que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si

antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias".

Asimismo, existe un proyecto de modificación del Cód. Penal — aprobado originalmente en el Senado y modificado ulteriormente por la Cámara de Diputados— que, en su versión actual, establece que será reprimido con multa de \$ 50.000 a \$ 300.000 "el que, por cualquier medio, y sin autorización, difundiere, divulgare, publicare, distribuyere o de cualquier manera pusiere al alcance de terceros u video, imagen o cualquier material sobre desunidos o semidesnudos de otra persona, o material de contenido erótico o sensual, que sea privado, cuando menoscabe la intimidad de la víctima". El proyecto aclara que quedará "exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público".

En principio, en la medida en que se tratan de expresiones que carecen de toda vinculación con cuestiones de interés público, su castigo no aparece como constitucionalmente problemático, en especial si se tiene en cuenta que —en el derecho argentino— el derecho a la intimidad tiene fundamento constitucional y resulta oponible tanto frente al Estado como frente a los particulares⁽⁷⁸⁴⁾. Sin perjuicio de ello, resulta razonable la salvedad que se realiza en el proyecto de reforma al Cód. Penal ya que pueden existir situaciones en que exista un interés público en difundir videos o imágenes de contenido erótico o sensual de un individuo. Por ejemplo, si se trata de un funcionario o figura pública que envía esa clase de grabaciones o imágenes a otra persona como una forma de acoso sexual⁽⁷⁸⁵⁾.

IV. EL DISCURSO PURAMENTE COMERCIAL

4.1. La aplicación limitada de los estándares de la libertad de expresión al discurso comercial

El sistema legal argentino establece numerosas restricciones en materia de publicidad comercial. El punto de partida para analizar la constitucionalidad de estas restricciones es determinar si están sometidas o no a los mismos estándares de libertad de expresión que rigen en materia de discursos acerca de cuestiones de interés general.

En una primera aproximación, alguien podría observar que — desde una perspectiva puramente gramatical— el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos tutela "informaciones e ideas de toda índole". Con lo cual, no existirían razones para distinguir entre distintas clases de expresiones en función de su contenido.

Sin embargo, una interpretación meramente gramatical y literal de esta disposición —que propiciara la protección constitucional de cualquier tipo de información y rechazara las distinciones entre diferentes tipos de discursos— llevaría a resultados absurdos. Hay un sinnúmero de expresiones cuya regulación no queda sometida a los estrictos estándares de libertad de expresión. Por ejemplo, si alguien perseguido penalmente por ejercicio ilegal de la medicina (art. 208, Cód. Penal) invocara en su defensa la libertad de expresión, nuestra conclusión natural sería que este no es un caso en el que entre en juego este derecho. De la misma manera, si una sociedad calificadora de riesgo se aparta de las normas reglamentarias al asignar la calificación correspondiente a los títulos de mejor calidad y más bajo riesgo a Obligaciones Negociables emitidas por determinadas entidades financieras, dicha conducta puede ser sancionada por la Comisión Nacional de Valores sin que ello implique problema de libertad de expresión alguno⁽⁷⁸⁶⁾.

Por consiguiente, no puede justificarse la aplicación de los estándares de la libertad de expresión al discurso comercial con el argumento de que constituye una forma de difusión de información e ideas. Hay muchísimas formas de comunicación de informaciones e ideas cuya reglamentación no genera la aplicación de los estándares de libertad de expresión.

Ahora bien, ¿qué es lo relevante para determinar si el discurso comercial se encuentra tutelado constitucionalmente de la misma forma que el discurso acerca de cuestiones de interés general? La respuesta es la relación que tiene el discurso comercial con los fines perseguidos por la libertad de expresión. En efecto, los alcances de este derecho deben ser interpretados en función de los fines perseguidos mediante su reconocimiento⁽⁷⁸⁷⁾.

Como ya he señalado al principio de este trabajo, la libertad de expresión protege el derecho de todo individuo a tratar de influir sobre la colectividad, lo que conlleva una tutela especial del "discurso político". Por ende, el discurso puramente comercial tiene una tutela constitucional limitada porque su propósito principal es la venta de un producto determinado y no constituye una forma de participación en la creación de la opinión pública⁽⁷⁸⁸⁾. En este sentido, Lorenzetti destacó, en el fallo "Nobleza Piccardo c. Provincia de Santa Fe", que el discurso que tiene como solo objetivo fomentar el consumo de bienes y servicios "no tiene una estrecha relación con el funcionamiento del sistema republicano y democrático"⁽⁷⁸⁹⁾. Ello implica, según Lorenzetti, que "no hay fundamento constitucional para otorgarle una protección tan intensa como a otras

manifestaciones de ideas que forman parte de la necesaria participación y deliberación en toda sociedad democrática (...)"⁽⁷⁹⁰⁾.

La regulación del discurso comercial —y en particular de la publicidad comercial— es enfocada desde la perspectiva del derecho del consumidor que, como explica Lorenzetti, es un área del derecho protectorio, de base constitucional, cuyo presupuesto es la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el consumidor⁽⁷⁹¹⁾. Por lo tanto, el derecho del consumidor contiene reglas "intervencionistas" o "dirigistas" cuya finalidad es la tutela de la parte "débil" en los negocios⁽⁷⁹²⁾.

Este enfoque regulatorio del discurso comercial —de base constitucional— es radicalmente diferente al enfoque regulatorio del discurso político, también de base constitucional. El paternalismo subyacente al derecho del consumidor es incompatible con los principios más básicos de la libertad de expresión. Al respecto, Balkin señala que, en materia de libertad de expresión, la Constitución trata a los individuos como "libres, independientes y autónomos" mientras que, en el área de la publicidad comercial, la regulación asume que las personas son a menudo "dependientes y vulnerables" y no son "igualmente capaces de defenderse por sí mismas"⁽⁷⁹³⁾.

En efecto, en el ámbito del debate público, no resulta posible prohibir la difusión de una determinada información o idea con el argumento de que puede inducir a error al público. Por ejemplo, sería manifiestamente irrazonable castigar la difusión de estadísticas acerca de actos delictivos porque genera —según el gobierno— la falsa creencia de que un determinado barrio o municipio es inseguro. Tampoco sería razonable castigar los discursos de los candidatos presidenciales porque inducen a error a los electores respecto de sus cualidades personales y de su capacidad para solucionar los problemas del país. Como ha señalado la Corte Suprema de Estados Unidos, "si hay algún peligro de que el pueblo no pueda evaluar la información y los argumentos presentados, es un peligro contemplado por los redactores de la Primera Enmienda"⁽⁷⁹⁴⁾.

En síntesis, la regulación del discurso puramente comercial trata al individuo como un *consumidor* que se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente a los emisores del discurso comercial, mientras que la libertad de expresión es claramente *antipaternalista* y concibe a los individuos con la capacidad suficiente para evaluar de forma individual la validez o invalidez de las ideas que circulan.

Por consiguiente, así como no corresponde aplicar los estrictos estándares de constitucionalidad de la libertad de expresión a la regulación de la publicidad comercial, tampoco pueden utilizarse las normas del derecho del consumidor para justificar la regulación el

discurso político. El derecho a la difusión de información relativa a cuestiones de interés público no puede ser analizado desde la perspectiva de las normas de defensa del consumidor. Por ejemplo, las multas impuestas por la Secretaría de Comercio a la consultora que difundía cifras diferentes a las del INDEC en materia de inflación resultaban claramente inconstitucionales ya que se sustentan en principios y normas del derecho del consumidor —como el art. 9º citado de la ley 22.802— que no pueden ser invocados para regular el discurso sobre cuestiones de interés general.

Por las mismas razones, es irrazonable aplicar a eventos gratuitos de interés general un sistema de *responsabilidad objetiva agravado* en el que no se admite como eximente ni siquiera el hecho de un tercero —creado específicamente para la tutela de los usuarios de espectáculos deportivos en los que los organizadores obtienen beneficios económicos—, sin tener en cuenta el *efecto inhibitorio y amedrentador* en el ejercicio del derecho de reunión y de la libertad de expresión. En el caso "Arregui", la Corte revocó un fallo de la Cámara Contencioso Administrativo que no había tenido en cuenta estas diferencias y había condenado a la Comunidad Homosexual Argentina —en su carácter de organizador de un evento contra el sida— a pagar una indemnización de \$ 250.000 en favor de una persona que había sido agredida por desconocidos poco tiempo después de terminado dicho evento⁽⁷⁹⁵⁾. Si bien la mayoría de la Corte se limitó a revocar la sentencia de la Cámara en base a la doctrina de la "arbitrariedad", sin analizar los planteos de libertad de expresión, los jueces Maqueda y Lorenzetti sostuvieron —en sus votos concurrentes— que era constitucionalmente problemático aplicar un estándar de responsabilidad objetiva en estos casos⁽⁷⁹⁶⁾.

En algunos supuestos, la línea demarcatoria entre el discurso puramente comercial y el discurso político no es tan clara y el formato en que se difunden determinadas ideas puede llevar a errar el tipo de análisis que corresponde efectuar. El mero hecho de que una idea se promueva en el formato de "publicidad comercial" no significa que automáticamente se trate de un discurso puramente comercial. Una empresa, por ejemplo, puede publicar un aviso publicitario en un diario cuestionando la política impositiva del gobierno de turno. Ello sería discurso político por excelencia y se encuentra tutelado por la libertad de expresión.

4.2. Las reglamentaciones del discurso comercial: algunas distinciones necesarias

Como ya he señalado, las leyes argentinas contienen diversas reglamentaciones del discurso comercial y resulta necesario efectuar

algunas distinciones entre ellas, en lo que concierne a los problemas constitucionales que estas reglamentaciones eventualmente puedan generar.

En primer lugar, hay reglamentaciones tendientes a asegurar que el consumidor o usuario reciba información veraz y no engañosa. Por ejemplo, el nuevo Cód. Civ. y Com. establece en su art. 1101 que está prohibida la publicidad que "contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio" o que "efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor" (inc. 2º). En este mismo orden de ideas, el art. 7º de la ley 26.687 dispone que la publicidad de productos elaborados debe incluir un "mensaje sanitario" que diga, por ejemplo, que "fumar causa cáncer" (art. 7º, inc. a)], "fumar causa impotencia" (art. 7º, inc. d)], "fumar quita años de vida" (art. 7º, inc. i)], etc. Esta clase de normas —tendientes a asegurar el derecho a una información adecuada y veraz ([art. 42, CN](#))— no genera problema constitucional alguno. A diferencia de lo que sucede con el discurso político, no resulta necesario en el ámbito de la publicidad comercial otorgar una cierta protección constitucional frente al error a los fines de evitar la autocensura. Por ello es que ningún tribunal ha aplicado la doctrina "Campillay" o la doctrina de la real malicia en materia de publicidades inexactas⁽⁷⁹⁷⁾. Y tampoco resulta problemático obligar a los vendedores de ciertos productos a advertir al consumidor acerca de los riesgos que conlleva su consumo.

En segundo lugar, existen normas que restringen la publicidad comercial de ciertos productos a los fines de reducir su consumo. Por ejemplo, el art. 5º de la ley 26.687 prohíbe la "publicidad, promoción y patrocinio de los productos elaborados con tabaco, en forma directa o indirecta, a través de cualquier medio de difusión o comunicación". En Argentina, a diferencia de Estados Unidos⁽⁷⁹⁸⁾, no ha habido cuestionamientos constitucionales exitosos contra esta clase de normas paternalistas que buscan proteger al consumidor mediante el ocultamiento de cierta información. En el caso "Nobleza Picardo c. Provincia de Santa Fe", la Corte Suprema confirmó la constitucionalidad de la regulación local —ley 12.439— que prohíbe "en todo el territorio de la provincia la publicidad directa e indirecta de los productos del tabaco destinado al consumo humano a través de la acción de fumar, cualquiera sea su medio de difusión"⁽⁷⁹⁹⁾.

Por último, existen normas que restringen el discurso comercial en función del tipo de mensaje ideológico que esta promueve. Por ejemplo, el art. 1101, inc. c) prohíbe la publicidad discriminatoria y el

art. 81 (i) de la ley 26.522, los avisos publicitarios que ofenden "convicciones morales o religiosas". Más allá del formato "publicitario", este tipo de normas no buscan proteger al consumidor sino restringir un discurso ideológico determinado, lo que las torna más problemáticas desde la perspectiva de libertad de expresión⁽⁸⁰⁰⁾. Muchas de las publicidades más controvertidas son naturalmente ofensivas para ciertos grupos pero en todo caso constituyen una contribución al debate público. El hecho de que estas normas apunten a restringir un determinado mensaje ideológico debería llevar a la aplicación de estándares más exigentes en materia de libertad de expresión.

V. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS CAMPAÑAS ELECTORALES

5.1. La reglamentación de las contribuciones, los gastos y la publicidad durante las campañas electorales

En el derecho argentino existen diversas leyes que regulan las contribuciones, los gastos y la publicidad durante las campañas electorales, tendientes a asegurar la igualdad de oportunidades en materia electoral.

En materia de financiamiento de campañas electorales se establece un sistema de financiamiento mayoritariamente público. En este sentido, la [ley 26.215](#) establece que el 50% de los aportes estatales se distribuye en partes iguales entre todos los partidos o agrupaciones mientras que el otro 50% se distribuye de forma proporcional en función de los votos obtenidos en la última elección (art. 36). El Estado tiene también a su cargo la contratación de los espacios de publicidad electoral, quedando prohibido a las agrupaciones políticas contratar por sí o por terceros dichos espacios con fines electorales (art. 43). Asimismo, la ley prohíbe las donaciones o contribuciones por personas jurídicas durante las campañas electorales (art. 44 bis), establece límites a los recursos que los partidos pueden recibir con motivo de la campaña electoral (art. 44) y a los gastos que pueden realizar durante la campaña (art. 45).

Por su parte, el Código Electoral establece límites a la duración de las campañas electorales que se inicia treinta y cinco días antes del comicio (art. 64 bis) y prohíbe la emisión o publicación de avisos publicitarios a los fines de promover la captación del sufragio antes de los veinticinco días previos a la fecha fijada para el comicio (art. 64 ter).

Como ya hemos explicado, esta clase de leyes busca garantizar la igualdad de oportunidades en el ámbito electoral para todas las

agrupaciones políticas y reducir la dependencia financiera del sector privado.

Ahora bien, el problema de esta clase de leyes es que, en el ámbito del debate público, no existe un derecho a ejercer una influencia similar a la de otras personas. Restringir la participación de una persona en el debate público con el argumento de que ejerce una influencia desmedida en las discusiones acerca de cuestiones de interés general —ya sea por su riqueza, por su acceso a los medios masivos de comunicación o por el tipo de trabajo que tiene— sería probablemente inconstitucional. Como acertadamente observa Post, sería impensable limitar la cantidad de libros que una persona puede publicar o la cantidad de columnas que puede escribir para un periódico, por más que dichas limitaciones pudieran contribuir a una mayor igualdad⁽⁸⁰¹⁾. La libertad de expresión tutela la efectiva participación en el debate público pero no asegura la igualdad de influencia en dicho debate⁽⁸⁰²⁾.

Con lo cual, la constitucionalidad de las leyes electorales mencionadas depende —en gran medida— de la posibilidad de concebir las campañas electorales como un ámbito específico en el que —por determinadas razones— existen reglas distintas a las que rigen en el ámbito general del debate público.

En este sentido, Lessig ha señalado que en una democracia representativa debe existir un vínculo de dependencia entre "el Pueblo" y los funcionarios elegidos por el voto⁽⁸⁰³⁾. De esta manera, según Lessig, las normas que regulan las campañas electorales buscan asegurar que los funcionarios no terminen dependiendo de los "financistas" en lugar del "Pueblo"⁽⁸⁰⁴⁾. Así, Lessig distingue entre el "ámbito de la República" —en el que se admiten las restricciones de la libertad de expresión de los "financistas" en cuanto corrompen la "cadena de representación" entre el candidato y el Pueblo— y el ámbito del debate público, en el que esta clase de normas no son aceptadas⁽⁸⁰⁵⁾.

Post también concibe a las campañas electorales como un ámbito de gestión específico en el que rigen reglas distintas a las que rigen en el ámbito del debate público. Según Post, las elecciones son instituciones gubernamentales cuyo propósito es transformar la opinión pública en la voluntad popular; o, dicho de otro modo, las elecciones son el medio a través del cual el discurso político se traduce en acciones de gobierno concretas⁽⁸⁰⁶⁾. Por consiguiente, el Estado se encuentra legitimado para reglamentar las campañas electorales a los fines de asegurar que los funcionarios electos sean efectivamente sensibles a la opinión pública (y no a la riqueza de las corporaciones)⁽⁸⁰⁷⁾.

La Corte Suprema de Canadá ha justificado —en términos relativamente similares— la constitucionalidad de ciertas restricciones a los gastos en publicidades electorales durante la campaña por parte de cualquier individuo. Según la Corte canadiense, esta clase de restricciones resultan necesarias para impedir que las personas con mayores recursos económicos inunden la campaña electoral con sus mensajes ahogando así las voces de sus oponentes y afectando a su vez el derecho de los votantes a estar adecuadamente informados⁽⁸⁰⁸⁾. La ausencia de esta clase de restricciones —advierte la Corte— podría erosionar la confianza del electorado canadiense en el proceso electoral al ser percibido como dominado por los más ricos⁽⁸⁰⁹⁾.

La concepción de las campañas electorales como un ámbito específico en el que rigen reglas diferentes a las que rigen en el ámbito del debate público exige delimitar lo más claramente posible ambos ámbitos, lo que no resulta sencillo. Como ha observado Post, el caso "Citizens United"⁽⁸¹⁰⁾ derivó en una controversia constitucional significativa cuando el abogado del gobierno concedió en la audiencia ante la Corte Suprema que sería posible prohibir a las corporaciones la utilización de fondos para publicar libros durante la campaña electoral⁽⁸¹¹⁾. O sea, el caso se volvió particularmente problemático cuando el gobierno pretendió dar un alcance desmedido a las normas electorales invadiendo el ámbito del discurso público. Por ello, es fundamental asegurarse que las reglas excepcionales de las campañas electorales no se traspasen al ámbito del debate público.

Por último, en el derecho argentino, existe un problema adicional desde la perspectiva de la equidad e igualdad en las campañas electorales, que es el de la publicidad oficial. La Cámara Electoral ha observado, con cita del Informe Anual 2010 de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se deben establecer "mecanismos que impidan que las campañas que deben servir al interés comunitario sean utilizadas como herramientas de captación del sufragio, ya que la utilización de recursos públicos con ese fin vulneraría el principio de equidad e igualdad de condiciones que deben regir una contienda electoral"⁽⁸¹²⁾. Al analizar la legislación nacional, la Cámara subrayó que esta "no regula especialmente la pauta publicitaria estatal para épocas de elecciones ni prohíbe cualquier publicidad oficial —institucional o de actos gubernamentales— durante el período de campañas electorales"⁽⁸¹³⁾. En efecto, el art. 64 quáter del Código Electoral establece que "[d]urante la campaña electoral, la publicidad de los actos de gobierno no podrá contener elementos que promuevan;

expresamente la captación del sufragio a favor de ninguno de los candidatos a cargos públicos electivos nacionales". La Asociación por los Derechos Civiles había planteado en este caso la inconstitucionalidad de dicha disposición, en cuanto permite la publicidad de actos de gobierno que en forma *no expresa* busque captar el sufragio. Sin embargo, a pesar de reconocer los efectos distorsivos de la publicidad oficial en las campañas electorales, la Cámara Electoral rechazó el planteo con argumentos que revelan una concepción excesivamente conservadora y formalista del alcance del control de constitucionalidad en este tipo de casos, limitándose tímidamente a exhortar al Congreso a que "extreme los recaudos necesarios a fin de revisar y armonizar la regulación vigente en la materia cuestionada en estos autos, a la mayor brevedad posible"⁽⁸¹⁴⁾. Es justamente en estos casos en los que el gobierno de turno abusa de su poder para distorsionar el debate electoral en los que más se justifica el control de constitucionalidad⁽⁸¹⁵⁾.

5.2. Le denegación de la personería de los partidos políticos en virtud de su programa

La [ley 23.298](#) establece los requisitos para el reconocimiento de la personalidad jurídico-política de los partidos políticos. Si bien esta ley no establece ningún tipo de control sustantivo de los principios y programas políticos, la Corte Suprema argentina ha entendido que los tratados de derechos humanos exigen el no reconocimiento de los partidos políticos que "incurren en apología del odio e, indirectamente incitan a la violencia"⁽⁸¹⁶⁾.

La Corte Suprema sustentó dicha conclusión en el art. 4º, inc. b), de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el art. 20, inc. 2º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 13, inc. 5º, de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, la Corte no analizó en detalle las diferencias existentes entre cada una de estas normas, a las que ya hemos hecho referencia, ni la forma en que este tipo de normas debería aplicarse en materia de reconocimiento de partidos políticos.

El no reconocimiento de partidos políticos debería constituir una medida excepcional. Como ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos, la esencia de la democracia radica en permitir y debatir diversos programas políticos⁽⁸¹⁷⁾. Así, los partidos políticos "cumplen un rol esencial para asegurar el pluralismo y el correcto funcionamiento del sistema democrático"⁽⁸¹⁸⁾.

Sin perjuicio de ello, si las campañas electorales son consideradas como un ámbito específico en el que rigen reglas diferentes a las del

ámbito del debate público, podría pensarse que el Estado goza de un margen quizás ligeramente mayor para regular las expresiones discriminatorias de los partidos políticos que para regular dichas expresiones en el debate público, si bien en todo caso dicho margen siempre debería ser muy limitado en ambos casos.

VI. CONCLUSIÓN

La libertad de expresión busca asegurar a cada persona la posibilidad de participar en el debate colectivo, por lo que toda norma que prohíba o castigue la difusión de una determinada idea u opinión política, religiosa, filosófica o histórica tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad.

Las posiciones existentes respecto de las expresiones de odio, de la pornografía, del discurso comercial o de las expresiones electorales dependen, en gran medida, de si estas clases de discurso constituyen una forma válida de participar en la formación de la opinión pública. Las visiones acerca de este punto son naturalmente divergentes.

Cuanto menos se perciba esta clase de discurso como un intento de influir en el debate colectivo o cuanto más convencido se esté acerca de cómo afecta este tipo de discurso la participación de otros individuos en el debate colectivo, mucho más sencillo resulta justificar su regulación.

En cambio, cuanto más se perciba este tipo de discurso como vinculado a cuestiones de interés general o cuanto más escéptico se esté respecto de su efecto silenciador, mucho más problemática resulta su restricción.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INTERNET: LA NO RESPONSABILIDAD DE INTERMEDIARIOS Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Comentario por Vladimir Chorny(819)

Internet es uno de los medios más importantes para compartir información y para que las personas se expresen. El debate sobre su regulación se impulsa desde el Estado y la sociedad civil (no siempre en las mismas direcciones), en busca de garantizar la libertad de expresión y otros derechos relacionados con este, como los derechos de autor o el derecho al honor y buena imagen. Este debate incluye un tema fundamental para el libre flujo de información que protege a la libertad de expresión de la censura previa y

las restricciones desproporcionales a su ejercicio: la *No Responsabilidad de Intermediarios* (en adelante, NRI). La doctrina argentina se ha encargado de estudiarlo con detenimiento y la forma en que el debate de su aplicación se ha resuelto ha sido jurisprudencial. En este trabajo estudio los casos principales que han resuelto, al menos parcialmente, la discusión. El primer apartado es una breve introducción al tema para plantear el problema alrededor de la NRI y señalar los principales puntos a debate en la discusión en Argentina. En el segundo describo y analizo brevemente los principales fallos judiciales que trataron el tema, y los separo en dos etapas: la *etapa de incertidumbre* y la *etapa de certidumbre*. El tercer apartado es una serie de conclusiones y una crítica al criterio establecido jurisprudencialmente por la Corte Suprema, por considerar que este abre un "problema de interpretación" que debería resolverse acotándose a los principios establecidos en el sistema interamericano de derechos humanos.

I. INTRODUCCIÓN: LA RESPONSABILIDAD Y LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO PARTE CENTRAL DEL PROBLEMA

La libertad de expresión e Internet son inseparables en la actualidad. Este *espacio para compartir información*⁽⁸²⁰⁾ se ha convertido en una plataforma donde todas las personas que tienen acceso a la red pueden buscar, recibir y difundir información. Internet es otro medio más que debe ser protegido por el Estado para garantizar el derecho a la libertad de expresión contenido en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional (en adelante, CN)⁽⁸²¹⁾ y en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH)⁽⁸²²⁾, de rango constitucional por vía del art. 75, inc. 22 de la CN.

Esto es particularmente importante para la interpretación jurídica de los casos en los que se estudie la responsabilidad de los intermediarios. Tal como ha sido reiterado por la doctrina⁽⁸²³⁾, los estándares interamericanos sobre libertad de expresión contienen muchos de los principios que garantizan este derecho, y esto ha sido reconocido por la justicia argentina en distintas ocasiones, particularmente por la Corte Suprema en los casos que mencionaremos más adelante. La tendencia jurisprudencial en Argentina debe entonces mantenerse y desarrollarse para proteger este derecho⁽⁸²⁴⁾.

El tema de la NRI tiene tres dilemas principales en constante debate: i) el tipo de responsabilidad que tienen frente al contenido de terceros en sus plataformas; ii) el rol de las *medidas cautelares* para la protección de otros derechos o principios frente a la libertad de expresión; y iii) los casos en que la autoridad puede ordenar el bloqueo de contenidos, junto con el debate de qué autoridad (o sujeto) es la que está legitimada para exigir el mismo.

En cuanto al primer punto, hay dos polos y algunas posturas intermedias. En un extremo, hay quienes consideran que los intermediarios deben ser completamente irresponsables, puesto que

ellos solamente indexan, ordenan y facilitan que las personas accedan a contenidos creados por terceras personas. En este caso, no serían responsables ni siquiera cuando sean notificados por una autoridad que les exija bloquear o desindexar algún contenido. En el otro extremo, algunos sectores sostienen que deben ser responsables *objetivamente* por el tipo de contenidos que indexen o incorporen a sus plataformas, aunque no tengan nada que ver con su producción ni tengan la capacidad de revisarla⁽⁸²⁵⁾. Entre ambos extremos hay grados que generan modelos distintos y que encuentran formas diversas de articular la necesidad de contar con intermediarios, con la demanda de que su campo de acción no sea absoluto o ilimitado. Según el extremo, pueden verse como *guardianes privados* de derechos (la intimidad o los derechos de autor) o como sujetos inmunes por ser fundamentales para difundir y promover contenidos necesarios para un debate democrático robusto en Internet⁽⁸²⁶⁾, particularmente dentro de un marco deliberativo⁽⁸²⁷⁾.

El segundo dilema enfrenta en términos generales a dos posturas: la que considera que las *medidas cautelares* no están permitidas porque constituyen actos de censura previa y son por ello también desproporcionales como límite a la libertad de expresión, y la que cree que estas son necesarias y deben utilizarse para defender derechos como la honra y la imagen, la intimidad y los derechos de autor cuando se señale que un contenido los lesiona. Por último, en el tercer dilema hay quienes reconocen que los intermediarios deben responder a las solicitudes de bloqueo de información hechas por particulares (*Notice and Takedown*) sin esperar que una autoridad judicial se los exija, siendo ellos quienes evalúen si el exceso en el ejercicio de la libertad de expresión y la afectación a otros derechos tuvo lugar o no; mientras que hay quienes subrayan que los intermediarios solo deben responder a las órdenes de una autoridad judicial (*Judicial Takedown*) o incluso administrativa en casos en que sea estrictamente necesario remover el contenido.

Los estándares internacionales (y particularmente los interamericanos) han optado por una especie de *inmunidad limitada* de los intermediarios, de acuerdo con reglas que compatibilizan los derechos de los usuarios de Internet en particular y la libertad de expresión y la privacidad en general. En el sistema interamericano, la libertad de expresión tiene un peso particularmente grande puesto que la regulación de la CADH protege fuertemente este derecho (un *derecho preferente*) y es clara sobre la prohibición de censura previa —que se produce siempre que se limitan contenidos *a priori* con medidas cautelares, además de ser

enfática en el riesgo de responsabilizar a intermediarios y establecerlos como *vigilantes privados* de contenidos—⁽⁸²⁸⁾.

La censura previa está prohibida (por regla general) como medida contra la libertad de expresión en el sistema interamericano. En este, solo es posible responsabilizar ulteriormente en casos de excesos, salvo para el caso —restringido y concreto— de acceso a *espectáculos públicos* para proteger a la infancia⁽⁸²⁹⁾. Por ello, las medidas cautelares son particularmente problemáticas, al bloquear contenidos o inhabilitar información de manera previa al pronunciamiento de fondo en la decisión judicial. Esta limitación *a priori* es desproporcional⁽⁸³⁰⁾. Tal como la doctrina lo menciona, invertir esta regla para permitir controles precautorios genera un *efecto inhibitorio* (*chilling effect*) que viola la libertad de expresión y que puede generar una práctica de censura previa privada de los intermediarios, quienes prefieren restringir su libertad de expresión para evitar procesos judiciales, aun cuando no haya una decisión judicial que los obligue a esto⁽⁸³¹⁾. Este problema, además, se agrava cuando las medidas cautelares son *genéricas*, es decir, que exigen la desindexación o bloqueo de *todos* los contenidos relacionados con el nombre o la imagen de determinado peticionario⁽⁸³²⁾.

Tanto la Corte (en adelante, Corte IDH) como la Comisión (en adelante, CIDH) Interamericanas han mantenido esta postura al revisar decisiones judiciales que restringían previamente la difusión de películas, libros o revistas. Al establecer controles preventivos de la información se genera un veto y un control que *produce una suspensión radical de la libertad de expresión* tanto individual como colectiva⁽⁸³³⁾. De particular atención es la consideración de la Relatoría de Libertad de Expresión de la CIDH sobre el caso de *medidas cautelares* que tenían por efecto la remoción de contenidos en Internet de una revista en Brasil (*Viver*) porque podían lesionar la imagen y la honra de un alcalde de Nova Lima. Aquí se señaló la incompatibilidad de estas medidas con los estándares de libertad de expresión interamericanos, particularmente con el principio 5º de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2002). El control previo de la difusión de la información sería entonces aparentemente incompatible a la libertad de expresión⁽⁸³⁴⁾, aunque como veremos, ha sido una práctica común de los tribunales argentinos.

II. LA NO RESPONSABILIDAD DE INTERMEDIARIOS COMO LÍMITE A LA CENSURA

En términos generales, es correcto decir que hay dos vías por las que los tribunales pueden imponer responsabilidad (y sancionar) a

intermediarios en Internet. La primera es cuando una autoridad competente solicita a un intermediario (el buscador de Google, p. ej.) que retire información de su plataforma y el intermediario se rehúsa a hacerlo o no lo hace de manera diligente, por lo que se le sanciona. La segunda forma es cuando los intermediarios son sancionados aun cuando quitan la información de sus plataformas una vez recibida la solicitud de la autoridad competente o incluso sin ser notificados judicialmente. En esta última forma, el mero hecho de que la información denunciada por un particular se encuentre en sus plataformas (aunque sea información de terceros) es razón suficiente para responsabilizarlos (sea subjetiva u objetivamente, como veremos adelante)⁽⁸³⁵⁾.

La justicia argentina resolvió los tres dilemas señalados de distintas formas, sin una línea de argumentación clara ni continua, resultando en decisiones diversas que no los resolvían de manera definitiva. Esta primera etapa (hasta antes de octubre de 2014) puede considerarse como la *etapa de incertidumbre*. Fue hasta un fallo dictado a finales del 2014 cuando la Corte Suprema dibujó una ruta jurisprudencial más clara, que fue reiterada en tres casos más (y con una relevancia particular el último de ellos). Es a partir de esto que puede hablarse de una *etapa de certidumbre* que, aunque no esté libre de problemas, termina la fase contradictoria y volátil anterior.

2.1. Primeros fallos judiciales: la etapa de incertidumbre

En la legislación argentina no hay una regulación específica sobre la NRI. Este vacío legal ha obligado a jueces de distintas jurisdicciones e instancias a hacer uso de distintas legislaciones para resolver los casos que se les presentan, y a justificar sus fallos a través de argumentos que resultan dispares, contradictorios o confusos (en parte, también, por el desconocimiento en torno al papel que los intermediarios juegan en Internet)⁽⁸³⁶⁾.

La situación de vacío legal y los fallos resultado de la etapa de certidumbre generaron que el tema de la NRI se llevara al Congreso argentino. Por medio de dos proyectos de ley impulsados por la senadora Liliana Fellner (S-1865/15) y el senador Federico Pinedo (S-2/16), el proyecto final se aprobó en la Cámara de Senadores en noviembre de 2016 y fue posteriormente dictaminado en la Cámara de Diputados por las comisiones de Comunicación e Informática, Defensa del Consumidor y de Justicia en noviembre de 2017. Sin embargo, dado la suspensión de la última sesión ordinaria en la que se votaría y la nueva composición de esta Cámara a finales de 2017, el dictamen pierde validez y debe ser redictaminado. Además, el proyecto cuenta con el respaldo de la Relatoría sobre la Promoción y

Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión de la ONU y de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH (con carta redactada por sus relatores), en el sentido de mantener las reglas sostenidas por los precedentes "Rodríguez" y "Gimbutas" de la Corte Suprema, como explico más adelante⁽⁸³⁷⁾.

Si bien son muchos los casos en donde se exige responsabilizar a intermediarios en Internet y retirar cierta información de sus sitios⁽⁸³⁸⁾, es posible mostrar las tendencias generales de esta primera etapa a partir de cinco casos emblemáticos que han atraído la atención de la doctrina nacional. En estos, la justicia aplicó criterios irregulares en torno a los tres dilemas de la responsabilidad de intermediarios, a partir de dos ordenamientos jurídicos distintos: el Cód. Civil argentino y la Ley de Propiedad Intelectual.

En el primer caso (caso "Bluvol")⁽⁸³⁹⁾, un empresario demandó a Google por la aparición de su nombre en un *blog* que tenía información que lo agraviaba y exigió una indemnización por el mero hecho de que la información pudiera encontrarse a través de los servicios del buscador. Cada instancia judicial atribuyó un tipo de responsabilidad distinta al intermediario, basándose en los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil entonces vigente⁽⁸⁴⁰⁾, imponiendo las figuras de responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva respectivamente.

Aunque ambas instancias señalaron que Google era responsable, la segunda rechazó la responsabilidad objetiva imputada por la primera, pues consideró que *Google* no podía ser imputado directamente por los actos de un tercero que utilizaba sus servicios. Dado que solo actuaba en carácter de intermediario de la información (y que esta era imposible de controlar previamente por la cantidad que circula en la red), y comprendiendo que los buscadores no producían la información impugnada, sino que simplemente facilitaban su localización a través de sus motores de búsqueda, no era responsable objetivamente, sino subjetivamente por haber sido *negligente* al no retirar los contenidos una vez notificado (tardó dos meses en hacerlo). La responsabilidad subjetiva se justificaba por tener "*efectivo conocimiento*" y no hacer nada al respecto.

En el segundo caso, *Florencia Peña*⁽⁸⁴¹⁾ demandó a *Google* para que este bloqueara los *links* que llevaban a un video donde la actriz aparecía teniendo relaciones sexuales (y que de acuerdo con su testimonio había sido robado). El tribunal determinó —como medida cautelar— que Google debía omitir de manera *genérica todos* los resultados en los que apareciera el nombre de la actriz en su motor de búsqueda (no exigió el bloqueo de URL definidas⁽⁸⁴²⁾, sino que concedió el bloqueo de manera genérica). Este caso es

particularmente relevante porque la peticionaria exigía una medida desproporcional para el intermediario, al obligarlo a realizar una acción técnica de buscar genéricamente *todos los sitios* donde el video apareciera relacionado⁽⁸⁴³⁾, pero además porque lo obligaba a bloquear información a través de una *medida cautelar*, y no de forma posterior al análisis de la información⁽⁸⁴⁴⁾. Esto es problemático puesto que permitir el bloqueo de información de manera preventiva contradice la prohibición de censura previa, en lugar de realizar un análisis que —dado el caso— resulte en responsabilidades ulteriores.

Al contrario de este caso, en el caso "Rodríguez" (que analizamos en el siguiente apartado), la primera instancia falló justo al revés, determinando que no debía exigirse el retiro genérico sino particular y específico de URL determinados relacionados con la información denunciada⁽⁸⁴⁵⁾. Este tipo de contradicciones entre casos fue común y dio pie a incertidumbre sobre las obligaciones específicas y el tipo de responsabilidades de los intermediarios.

En el tercer caso (caso "Carrozo")⁽⁸⁴⁶⁾, la Cámara de Apelaciones estableció un régimen de responsabilidad objetiva a Google y Yahoo porque en sus motores de búsqueda aparecían sitios relacionados con la imagen de Evangelina Carrozo. Se consideró que ambos realizaban actividades riesgosas y que era una razón suficiente para determinar su responsabilidad en el caso. Los buscadores de ambos intermediarios no solo se vieron obligados a pagar una suma por daños y perjuicios, sino que además debieron "eliminar en forma definitiva de sus páginas tanto la imagen como el nombre de la accionante cuando estuvieran indexados con sitios web de contenido sexual o pornográfico", puesto que supuestamente i) los buscadores *decidían* qué contenidos eran incluidos en sus sitios, y ii) aun si no fuera así, su responsabilidad por el daño al derecho a la imagen, el honor y la dignidad personal, no podía eximirse.

En cuarto lugar, el caso "Cuevana"⁽⁸⁴⁷⁾ presenta una base legal distinta para responsabilizar a los intermediarios, porque las demandas presentadas en su contra se fundamentan en la legislación sobre derechos de autor. El caso es relevante porque se mantienen distintos problemas en torno los dilemas de la NRI: la atribución de responsabilidad no solo civil, sino penal; el bloqueo de contenidos de manera precautoria y los deberes que los servidores deben tener en distintos niveles. El caso inició en noviembre de 2011 por la vía civil cuando *Imagen Satelital SA* demandó al sitio porque facilitaba el acceso a contenidos de los que era propietaria (en virtud de que tenía la licencia de Turner Internacional SA), bajo el argumento de que era víctima de un daño a sus derechos de autor (de acuerdo con el art. 79 de la Ley de Propiedad Intelectual —ley

11.723, de 1933—)⁽⁸⁴⁸⁾, por lo que solicitó además una medida cautelar sobre varios contenidos para *evitar un perjuicio inminente o irreparable*. El juez de la causa consintió en otorgar la medida cautelar y remitió a la Comisión Nacional de Comunicaciones, que solicitó el bloqueo *parcial* de contenidos de acuerdo con el requerimiento judicial⁽⁸⁴⁹⁾.

Esto es relevante porque, posteriormente, HBO Ole Partners presentó una denuncia penal en contra de Cuevana por la difusión de una serie de televisión (también por violaciones a derechos de autor). HBO había solicitado el bloqueo *preventivo* de todo el sitio, pero había sido rechazado en la primera instancia por el juez Sergio Torres. En la segunda instancia, la Sala II del tribunal de apelaciones de la Cámara Federal porteña desestimó la medida por considerar que era "excesivamente amplia y desproporcionada", en particular porque no tenían conocimiento de quiénes eran los sujetos a los que se podía atribuir la responsabilidad ni determinar si era un sitio de enlaces, indexación de contenidos o si alguien lo controlaba efectivamente⁽⁸⁵⁰⁾.

Finalmente, el caso "DAIA"⁽⁸⁵¹⁾ es paradigmático porque en él, el juez autorizó una *medida precautoria* para bloquear y remover información (*links*) relacionada con contenidos antisemitas y discriminatorios contra la comunidad judía en Argentina, en beneficio de esta y en contra de Google. Pero al hacerlo, *reconoció que dicha medida podía considerarse como censura previa y que esta estaba prohibida en el derecho constitucional argentino*, aunque en casos excepcionales estas restricciones previas podían aceptarse. Dado que en este caso se había encontrado que los contenidos eran evidentemente discriminatorios y contrarios a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y a las leyes antidiscriminación argentinas, la restricción era admisible. Este tipo de interpretación es problemática porque hace una lectura expansiva de los discursos no protegidos por la libertad de expresión y puede llevar a restringir el derecho de forma desproporcional, como señalo en el último apartado de este trabajo.

2.2. La etapa de la certidumbre: protección limitada a los intermediarios

A finales del 2014, la Corte Suprema estableció el criterio del caso "Rodríguez". Este criterio fue reiterado pronto en la resolución final de dos casos que tienen origen en la *etapa de incertidumbre*: el caso "Da Cunha" y el caso "Bárbara Lorenzo". Pero, además, el criterio fue reafirmado y desarrollado en el reciente caso "Gimbutas". De manera

posterior a este fallo, la atención en el tema aumentó y llegó incluso a sede legislativa. Definitivamente, es en este camino que la interpretación judicial debe mantenerse para proteger la libertad de expresión.

A partir del caso "Rodríguez"⁽⁸⁵²⁾, la Corte Suprema estableció por primera vez los parámetros claros en torno a los dilemas de la NRI y resolvió parte importante de las contradicciones e incertidumbres de la etapa anterior. Reconoció los estándares de la CADH y fundamentó su fallo en torno a instrumentos internacionales de derechos humanos como la Declaración Conjunta acerca de la Libertad de Expresión en Internet, del 2011 o el Informe del Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión en este tema. Al ser el primer caso del tema resuelto en última instancia, se dio un nuevo parámetro jurisprudencial a ser retomado por la justicia argentina.

La primera instancia estableció que los motores de búsqueda de Google eran responsables objetivamente por contener información relacionada a la imagen de la modelo (relacionada generalmente con sitios de pornografía). Por esta razón, exigió un bloqueo *genérico* de todos los contenidos relacionados con la búsqueda que resultara del nombre de la peticionaria, pero Google se agravió ante esta medida por considerarla desproporcionada. La segunda instancia rechazó la responsabilidad objetiva y redujo la medida a los URL que fueran debidamente identificados para ser bloqueados o desindexados de manera específica (rechazando el bloqueo genérico)⁽⁸⁵³⁾. Además, determinó que la responsabilidad subjetiva (por *negligencia* del intermediario ante la notificación) iniciaba con la mera notificación *privada* de la supuesta información ilegal (pero que esta no se había dado en el caso concreto); es decir, que el *control judicial o administrativo* no era necesario, sino que era suficiente que tuvieran conocimiento efectivo del reclamo del peticionario en cuestión.

La Corte Suprema resolvió tres cuestiones fundamentales⁽⁸⁵⁴⁾: 1) que los intermediarios solamente pueden ser sujetos de responsabilidad subjetiva, en casos donde tengan "*efectivo conocimiento*" de la ilicitud de un contenido que hayan indexado y que por ello deba ser bloqueado (consideró que hay negligencia cuando son avisados y no actúan *diligentemente*); 2) que la notificación debe ser *judicial o administrativa*, salvo cuando se trate de casos de "*ilicitud manifiesta*", como los casos de pornografía infantil, apología al genocidio, violaciones claras a la privacidad o "*el montaje notoriamente falso de imágenes*", entre otras (dejando la posibilidad de sumar supuestos); 3) que los jueces fueron tajantes en

el régimen que debe regir en torno a las *medidas cautelares*: la tutela preventiva está prohibida por constituir un acto de censura previa de contenidos en Internet; solo en casos *absolutamente excepcionales* puede llevarse a cabo. En estos casos, los intermediarios deberán responder a notificaciones privadas.

Desafortunadamente, el problema de este fallo se encuentra en los últimos dos criterios, ya que una interpretación posible de ambos es utilizar las categorías vagas de "ilicitud manifiesta", violaciones claras a la privacidad u otra similar para justificar el uso de medidas cautelares o que los intermediarios manejen contenido en línea sin una orden judicial que les obligue a desindexar enlaces, por ejemplo. Por esto la lectura del criterio "Rodríguez" debe ser leída de forma conjunta con la del caso "Gimbutas".

El caso "Da Cunha"⁽⁸⁵⁵⁾ tuvo un desarrollo similar entre la primera etapa y la decisión final. La primera instancia estableció la responsabilidad objetiva de Google Inc. y de Yahoo Argentina, además de ordenar el pago de una indemnización por daño moral y económico, puesto que se había hecho un mal uso de su imagen (comercialización no autorizada, relacionada con páginas de contenido pornográfico), además del daño correspondiente al honor, nombre, imagen e intimidad. Se avaló la indemnización y exigió el bloqueo general de contenidos (argumentando que era *técnicamente factible*), señalando que la libertad de expresión no era un derecho absoluto, y que en este caso debía ser limitado por el daño causado a los otros derechos. La segunda instancia rechazó la responsabilidad objetiva y sostuvo la responsabilidad subjetiva: como los intermediarios no creaban la información, solo podían ser responsables por no responder al ser notificados de que debían bajar la información. Así, no era suficiente demostrar la afectación a un derecho como el del honor, la imagen o la intimidad, sino que además debía mostrarse *la culpa o negligencia en que incurrió el buscador*. Tal como en las primeras instancias del caso "Rodríguez", la naturaleza de la notificación (privada o judicial) que obligaba a actuar diligentemente no era clara (debían actuar "*a través de los mecanismos pertinentes*").

Para este momento —segunda instancia—, los jueces ya reconocían el riesgo que significaba para la libertad de expresión sancionar a intermediarios y no a los creadores de los contenidos, por el efecto amedrentador que podía provocar en ellos, llevándolos a censurar contenidos de manera previa ante el temor de ser sancionados. En este punto, la opinión de la *Procuración General de la Nación* es relevante porque señaló correctamente que responsabilizar a intermediarios de esta forma podía generar

el *efecto inhibitorio* para la libertad de expresión y la autocensura de este tipo de plataformas. Precisamente por advertir este riesgo, tanto la *Procuración* como la doctrina exigieron la aplicación de la doctrina "Campillay" de acuerdo con la cual, los medios de comunicación no son responsables por reproducir la información de terceras personas si muestran la fuente de dicha información, tal como sucede con los motores de búsqueda (solo que automáticamente, sin mediar edición)⁽⁸⁵⁶⁾.

Finalmente, la Corte Suprema rechazó la petición y reafirmó lo resuelto en el caso "Rodríguez", dando por reproducidos los mismos argumentos en este caso. La Corte resolvió exactamente de la misma forma en el caso "Lorenzo"⁽⁸⁵⁷⁾, donde se confirmó lo que la segunda instancia había establecido con respecto a la responsabilidad subjetiva de los intermediarios, la naturaleza de la notificación para establecer esta responsabilidad y la protección constitucional que las imágenes tienen en Internet, todo de acuerdo y en referencia a los criterios fijados en el caso "Rodríguez".

En el caso "Gimbutas"⁽⁸⁵⁸⁾, la Corte Suprema mantuvo el sentido del fallo "Rodríguez" pero, además, el juez Carlos Rosenkrantz realizó una ampliación de argumentos en la que desarrolló dos puntos importantes para el tema de este trabajo. En este caso, Carolina Gimbutas demandó a Google en dos ocasiones: primero, sobre el argumento del uso sin consentimiento previo y escrito de datos personales (nombre, apellido, imagen) vinculados a sitios de Internet que la modelo consideraba denigrantes, por lo que pedía que se eliminaran estos datos de todos los sitios donde aparecían, además de solicitar que cesara el uso de imágenes en miniatura (*Thumbnails*) ya que ella no había autorizado su publicación en línea y sí solamente en los medios de comunicación donde su imagen había sido publicada (con base en el art. 31 de la ley 11.723 y el art. 5º de la ley 25.326); segundo, sobre el argumento de una afectación a sus derechos al nombre, honor e intimidad, pidiendo una indemnización por daños y perjuicios por la vinculación de su nombre a sitios pornográficos y de prostitución (y también por el daño que causaban las imágenes en miniatura).

Ambas demandas fueron rechazadas en las primeras dos instancias (aunque en primera instancia se concedió una medida cautelar para cese no autorizado de sitios con el nombre e imagen de la modelo) utilizando el caso "Rodríguez". La Corte reiteró el criterio de la NRI en general, salvo casos en que existe el "efectivo conocimiento" de un daño y el "actuar negligente", para la atribución de responsabilidades. Al hacerlo argumentó que las características

particulares de Internet frente a la libertad de expresión justifican la no responsabilidad por contenido de terceros.

La Corte señaló de manera clara que los *Thumbnails* no lesionan el derecho a la propia imagen porque no "captan, reproducen ni ponen en el comercio" las imágenes en el sentido del art. 31 de la ley 11.723 y del art. 53 del Cód. Civ. y Com., sino que simplemente facilitan el acceso a las imágenes captadas, reproducidas o puestas en el comercio por otros. Esto en especial por las funciones concretas del servicio de motor de búsqueda (automatizada y similar a la función del buscador de contenido o de textos). Aquí, la ampliación de fundamentos de Rosenkrantz delineó dos puntos importantes:

1) *La forma de entender el consentimiento expreso en relación con Internet y los thumbnails.* El consentimiento expreso del art. 31 (ley 11.723) no debe tomarse como la exigencia de una forma sacramental y determinada, sino como la de una manifestación de voluntad positiva a la exhibición de una imagen. Así, esta expresión de voluntad no conllevaría el consentimiento del art. 53 del Cód. Civ. y Com. Por el funcionamiento de Internet, Gimbutas habría dado su consentimiento para que su imagen circulara porque consintió "la consecuencia normativa o fáctica" que resultara de su consentimiento positivo. Al consentir que su imagen se alojara en una página de Internet, nos dice Rosenkrantz, aceptó su uso en los motores de búsqueda porque esta es la forma en que funcionan en Internet. En otras palabras, los intermediarios motores de búsqueda no captan ni reproducen ni ponen en el comercio las imágenes, sino que habilitan un espacio de búsqueda de contenidos del entorno digital (para el que son necesarios).

2) *Los límites que los motores de búsqueda encuentran frente a los derechos humanos.* Los motores de búsqueda pueden causar un daño a ciertos derechos, por lo que es necesario un estándar que armonice el interés por la información con los derechos personalísimos. Esto significa que la acción de los intermediarios no es una carta en blanco donde no hay límites y que en cada caso deberá analizarse si estos fueron rebasados (aunque por regla general se mantenga el estándar de NRI). Me detengo en este tema en el último apartado de las conclusiones.

Es interesante señalar algunos puntos del voto minoritario para mostrar las concordancias y diferencias. En primer lugar, reconoció que los buscadores de Internet están protegidos por la libertad de expresión (tomando el caso "Rodríguez") de forma general. En segundo lugar, mantuvo el criterio de la manifiesta ilicitud (palmaria ilicitud) de contenidos para señalar que los intermediarios pueden ser responsables cuando no los bloqueen ellos mismos, pero limitándose

a señalar los ejemplos de la incitación directa y pública al genocidio y la pornografía infantil (aunque dejando la lista abierta a otras posibilidades). En este sentido, sostuvo el criterio del efectivo conocimiento y eximió de responsabilidad a Google por considerar que actuó con diligencia debida desde la primera instancia (permanece la exigencia de control de autoridad judicial o competente). La diferencia principal del voto en minoría se dio en el tema de los *thumbnails*, al señalar que la regla general en el derecho argentino es la prohibición de la reproducción de las imágenes salvo que se tratase de un interés general que haga necesaria su publicación (con apoyo en el art. 19 de la Constitución en relación con el derecho a la imagen de la persona como elemento central de la vida humana, "cuya dimensión jurídica trasciende las fronteras del derecho de propiedad").

Para la minoría, el funcionamiento de los motores de búsqueda por imagen amenazaría seriamente el ámbito de la inviolabilidad de la persona porque prescinden de los parámetros fijados por los principios constitucionales. Además, señaló que la regla del art. 53 del Cód. Civ. y Com. establece dos etapas que son independientes: la de la captación de la imagen y la de la reproducción. Dado que la etapa de reproducción exigía el consentimiento del titular el derecho y Carolina Gimbutas no lo había dado en este caso, su esfera íntima había sido violentada.

III. CONCLUSIONES

La Corte Suprema ha fijado una postura importante en torno a los principales dilemas de la No Responsabilidad de Intermediarios y es sin duda positiva frente a la etapa de incertidumbre que se tenía en un inicio en la jurisprudencia argentina y que lesionaba constantemente la libertad de expresión en Internet. Sin embargo, algunos criterios del fallo "Rodríguez" que se mantuvieron en el caso "Gimbutas" son problemáticos, aunque otros criterios de este último son benéficos para la NRI.

El dilema del tipo de responsabilidad se resolvió correctamente a favor de los intermediarios al descartar la responsabilidad objetiva. Sin embargo, la posibilidad del bloqueo o desindexación de ciertos contenidos permanece —si bien mucho más limitada—. En estos casos, un resultado posible es el de un bloqueo por un supuesto ejercicio excesivo de la libertad de expresión que sería similar —análogamente— a prohibir una emisora de radio o un periódico, en lugar de sancionar de manera ulterior a la persona o medio que hubiera ejercido de manera excesiva la libertad de expresión⁽⁸⁵⁹⁾. Aunque esta medida es considerada extremadamente excepcional

en los estándares internacionales aceptados e incorporados por la Corte Suprema, parece que la Corte mantiene un doble estándar para el bloqueo de información en Internet. Con esto, la importancia de transitar hacia un sistema donde se responsabilice de manera ulterior a los creadores de contenidos y no a los intermediarios, *justo como sucede en el mundo offline*, parece también dejarse de lado.

En cuanto al dilema de las *medidas cautelares* también se dio un avance enorme, dado que se reconoció su prohibición general por constituir censura previa. Desafortunadamente, las excepciones sentadas por la Corte abren un abanico de posibles causas que podrían justificar otorgar medidas cautelares más allá de la excepción clara del art. 13.4 de la CADH. Al analizar las posibles causas para justificar un bloqueo de contenidos sin notificación judicial, la Corte estableció el estándar de "manifiesta ilicitud", un término que es al menos vago y que funciona como cláusula abierta para incluir cosas como: "apología del genocidio, incitación a la violencia, pornografía infantil, montajes de imágenes notoriamente falsos", que van claramente más allá de los supuestos que permiten limitar *a priori* la libertad de expresión. Una posible interpretación, que sería incorrecta, es que si el bloqueo de contenidos puede darse bajo estos supuestos de "manifiesta ilicitud", porque son excepcionales, entonces también las medidas cautelares podrían otorgarse en estos casos y serían también altamente excepcionales. Si bien el caso "Gimbutas" utiliza solamente los ejemplos de la incitación al genocidio y la pornografía infantil, deja una lista abierta a otros posibles casos que tendrían que ser determinados por los intermediarios (por prevenir alguna sanción) o por el Poder Judicial.

Esto abre un *problema de interpretación jurídica* que debe ser resuelto de la siguiente manera para garantizar la libertad de expresión en Internet: *los tribunales deberán interpretar el caso "Rodríguez" de manera restringida, en su mejor luz y en concordancia con los principios en la materia que garanticen este derecho en un marco deliberativo*. Esta interpretación jurídica particularísima se acerca a muchos de los estándares interamericanos porque sucede que estos han coincidido con los principios que requiere una democracia deliberativa⁽⁸⁶⁰⁾. Sin embargo, su análisis y aplicación deben estar siempre anclados al marco interpretativo de esta idea de democracia y no a un argumento de autoridad. Solucionar de esta forma este "problema de interpretación" permitirá evitar futuras contradicciones internas entre este fallo y los que pudieran seguirle, pero también abrirá la puerta para construir una mejor interpretación que corrija los errores establecidos por la Corte que estén en tensión con los derechos y principios democráticos. Muestra de esto es la

continuación dada en el caso "Gimbutas" y el mejoramiento interpretativo con la ampliación de argumentos del juez Rosenkrantz (aunque los otros problemas señalados se mantengan).

Para evitar que se abran nuevas vías para la censura previa, en casos de incitación al genocidio por ejemplo, no bastará con declarar que son de "manifiesta ilicitud", sino que la interpretación tendría que —como mínimo— lograr los estándares interamericanos desarrollados al respecto (que se presuponga la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión —por dura, injusta o perturbadora que esta sea—, sino que tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos), o avanzar hacia otros que protegieran de manera más amplia los derechos en juego. De otra forma, se abre una ventana de discrecionalidad que difícilmente pueda ser compatible con los avances logrados.

Afirmar lo anterior no significa en ningún sentido posicionar a la libertad de expresión en Internet como un derecho absoluto. Por el contrario, comprender correctamente el lugar de la *censura previa* en torno a las medidas cautelares permite encarar de forma correcta las discusiones sobre sus límites, sin colapsarlo de forma irreparable. Las discusiones sobre límites en torno a la pornografía infantil (bajo la cual la censura previa suele permitirse sin cuestionamiento), el acoso en línea (relacionado con los *delitos informáticos*) y el derecho al honor y la honra, entre otros, son compatibles con la fórmula de *responsabilidades ulteriores* que funciona como piso mínimo para garantizar la libertad de expresión.

En este punto se abre una oportunidad relacionada con el proyecto de ley que se encuentra en el Congreso argentino, que ya recibido el aval de los dos relatores en materia de libertad de expresión de la ONU y la CIDH y que estuvieron cerca de aprobarse el año pasado. Sin duda, la resolución en sede legislativa de este tema es fundamental no solo por dotar de un marco legal claro y de acuerdo con los estándares interamericanos⁽⁸⁶¹⁾, sino porque esta es otra de las discusiones fundamentales que deben pasar por la deliberación democrática y el debate público, donde el Congreso funciona como espacio deliberativo principal. Esta oportunidad también da lugar a que los errores jurisprudenciales que he señalado sean atendidos en sede judicial.

Finalmente, en cuanto al tercer dilema de las notificaciones privadas (*Notice and Takedown*), es un hecho que permitir el bloqueo privado de contenidos bajo amenaza de generar responsabilidad de intermediarios si no se atienden diligentemente la petición de

particulares para bloquear determinada información, deja el análisis y el balance de los derechos en manos de los estos. Si bien el bloqueo de información en Internet por vía judicial o administrativa puede ser el centro de un debate alrededor de la proporcionalidad de esta medida o de su equiparación con actos de censura —no de atribución de responsabilidades ulteriores— en el mundo analógico (con el resultado de que ambos casos serían contrarios a la libertad de expresión), dejárselo a los particulares parece sencillamente un sinsentido. El que los jueces hayan establecido una categoría vaga y poco clara como la "manifiesta ilicitud" ayuda muy poco, y una interpretación compatible con la libertad de expresión debería rechazar este mecanismo de control de la información por su potencial de amenaza a la libertad de expresión y a la democracia.

"(...) de profesar libremente su culto (...)"

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTO EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

Comentario por Nahuel Maisley(862)

La Constitución argentina regula la libertad religiosa en siete artículos(863). Además del art. 14, que consagra el derecho general de todos los habitantes de la nación a "profesar libremente su culto", el art. 20 dispone que los extranjeros pueden "ejercer libremente su culto" en el territorio nacional. Otros tres artículos regulan las relaciones entre los cultos y el Estado: el 2º establece que el "gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico, romano"; el 73, que los "eclesiásticos regulares no pueden ser miembros del Congreso" y el 93, que el presidente y vicepresidente jurarán al tomar posesión de su cargo "respetando sus creencias religiosas". Todas estas disposiciones se complementan con el art. 19, que establece el principio de autonomía individual(864) y el art. 16, que establece el principio de igualdad(865).

Si bien han existido momentos históricos diversos (que examinaremos a continuación), puede decirse que la tendencia general en la interpretación de estas disposiciones ha sido una que atiende a las dos facetas que comprenden este derecho. Por un lado, la faceta de la *libertad*, que incluye la protección del derecho de cada individuo de decidir autónomamente si desea profesar o no una religión y de llevar a cabo los actos que ello implique, al menos en la medida en que no afecten a terceros (arts. 14, 19 y 20). Y, por otro lado, la faceta de la *igualdad*, que implica que estas libertades deben estar distribuidas de modo ecuaníme entre los habitantes de la nación, que ninguna religión puede prevalecer sobre el resto (ni sobre

las opciones no religiosas, como el ateísmo o el agnosticismo) y, sobre todo, que el Estado debe mantenerse neutral frente a las decisiones espirituales de los ciudadanos (arts. 2º, 16, 19, 73, 93).

En lo que sigue, intentaremos describir el desarrollo histórico de la práctica interpretativa de estos artículos en nuestro país, desde sus orígenes en la Convención Constituyente de 1853 hasta nuestros días. Para ello, dividiremos esa evolución en seis períodos distintos, abarcando los más de ciento cincuenta años de nuestra constitución.

I. EL PREDOMINIO LIBERAL EN LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE 1853

A diferencia de lo ocurrido en otras convenciones constituyentes, como las de Chile (1823 y 1833), Colombia (1843 y 1886), Ecuador (1869), México (1843) o Perú (1839)⁽⁸⁶⁶⁾, los convencionales argentinos decidieron no adoptar oficialmente una religión de Estado⁽⁸⁶⁷⁾. Por el contrario, votaron por establecer una libertad de culto medianamente amplia, aunque selectiva, dado que la Constitución aprobada en 1853 facultaba al Congreso a "conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo" (art. 67, inc. 15)⁽⁸⁶⁸⁾.

Dejando de lado la cuestión indígena, en los debates de la Asamblea Constituyente se puede observar cómo, más allá de ciertas concesiones obtenidas por los sectores conservadores⁽⁸⁶⁹⁾, la redacción final de los artículos fue en gran medida coincidente con las propuestas del sector liberal⁽⁸⁷⁰⁾. Esta inclinación de la mayoría de los convencionales por la tolerancia religiosa probablemente estuvo relacionada con la influencia del pensamiento de los autores de la llamada "generación de 1837"⁽⁸⁷¹⁾, que tenía cierta llegada al grupo de hombres que tomó el poder tras la caída de Juan Manuel de Rosas. Este grupo de intelectuales defendió fuertemente la tolerancia religiosa y la libertad de cultos, no necesariamente porque las entendieran valiosas en sí mismas, pero sí porque las consideraban fundamentales para lograr el objetivo de fomentar la inmigración europea. En sus *Bases*, por ejemplo, Alberdi decía que "el dilema es fatal: o católicos exclusivamente y despoblada; o poblada y próspera, y tolerancia en materia de religión"⁽⁸⁷²⁾.

En particular, puede decirse que el sector liberal se impuso en los tres debates centrales de la Convención Constituyente en relación con el tema religioso. En primer lugar, los conservadores no lograron establecer al catolicismo como religión oficial o como "la única y sola verdadera"⁽⁸⁷³⁾, como proponía el proyecto del cura catamarqueño Pedro Zenteno. En su lugar, la versión del art. 2º que fue finalmente aprobada, que es la actual, incluyó compromisos mínimos con la Iglesia Católica —aun menores que los que el propio Alberdi había

previsto en su proyecto—⁽⁸⁷⁴⁾. Como consta en los debates de la Asamblea Constituyente, la idea era que "la religión dominante y de la mayoría del país era la Católica Apostólica Romana", y que de ello se derivaba, por un lado, un "derecho del gobierno de intervenir en su ejercicio" y, por otro, un "deber de sostener su culto"⁽⁸⁷⁵⁾. Es decir, una facultad de garantizar que el funcionamiento del culto estuviera de acuerdo con los principios constitucionales, sumada a un deber de asegurar que los ciudadanos tuvieran los bienes materiales suficientes para profesar su religión. Como aclaraba el constituyente mendocino Martín Zapata, "esto era lo único que el Congreso debía declarar, y lo único contenido en el artículo en discusión. Toda otra adición o reforma sería inconstitucional"⁽⁸⁷⁶⁾.

En segundo lugar, los conservadores tampoco pudieron imponer su propuesta de que "todos los habitantes de la Confederación [le tributaran a la Iglesia Católica] respeto, sumisión y obediencia"⁽⁸⁷⁷⁾. Por el contrario, la Constitución aprobada incluyó el derecho de todos los habitantes de la nación de "profesar libremente su culto". Además del argumento instrumental ("era indispensable la tolerancia para el progreso del País por la inmigración virtuosa que traería a nuestro suelo"⁽⁸⁷⁸⁾), y del argumento histórico ("pertenecer a la comunión católica jamás había sido por nuestras leyes un requisito para obtener la ciudadanía"⁽⁸⁷⁹⁾) estuvo presente en el debate un argumento eminentemente moral. El miembro informante de la comisión redactora, Benjamín Gorostiaga, explicó con claridad que no podía "establecerse que la religión católica [fuera] la única verdadera, puesto que este es un punto de dogma, cuya decisión no es de la competencia de un congreso político que tiene que respetar la libertad de juicio en materias religiosas y la libertad de culto según las inspiraciones de la conciencia"⁽⁸⁸⁰⁾.

En tercer lugar, también fue derrotada la propuesta del santafesino Manuel Leiva de que el empleo público en la Confederación Argentina se supeditara a que "el individuo profes[ara] y ejer[ciera] el Culto Católico Apostólico Romano"⁽⁸⁸¹⁾. No obstante, los conservadores sí lograron que prosperara la propuesta del cura santiagueño Benjamín Lavaysse —quien, en otros aspectos, había sido más proclive a la separación entre Iglesia y Estado— de que tanto el presidente como el vicepresidente de la república debieran ser católicos⁽⁸⁸²⁾. En gran medida, la aceptación de esta cláusula se relacionaba con la institución del patronato (antiguo art. 67, inc. 19), es decir, la participación del Estado en la creación de diócesis, y en la designación de sus titulares. Según Lavaysse y la mayoría de los constituyentes, tenía sentido exigir que aquellos encargados de designar a los curas católicos fueran católicos pero no había razones

para que el resto de los empleados también lo fueran⁽⁸⁸³⁾. La institución del patronato fue eliminada mediante un tratado entre el Estado argentino y la Santa Sede, en 1966⁽⁸⁸⁴⁾, y sus vestigios fueron removidos de la Constitución en la reforma de 1994. En ese momento se eliminó, también, el requisito religioso para las más altas autoridades de la nación.

II. EL "PACTO LAICO" DE FINES DE SIGLO XIX Y PRINCIPIOS DEL SIGLO XX

La interpretación liberal-igualitaria del texto constitucional que defendía la mayor parte de los constituyentes fue confirmada, poco tiempo después de la Convención, por las cabezas de al menos dos de los tres poderes del Estado: el Congreso de la Nación, y la Corte Suprema de Justicia.

A fines del siglo XIX, el Congreso de la Nación sancionó una serie de leyes —las llamadas "leyes laicas"— que atentaron fuertemente contra los intereses monopólicos de la Iglesia Católica, confirmando la práctica interpretativa de los constituyentes respecto de la separación entre el Estado y las instituciones religiosas, y de la igualdad entre los cultos⁽⁸⁸⁵⁾. En 1884 se aprobó la ley de Registro Civil, que ponía en cabeza del Estado (y quitaba de manos de la Iglesia) el registro de los nacimientos, los matrimonios y las defunciones. Se trataba de una norma que apelaba implícitamente a una interpretación igualitaria de la Constitución, en la medida en que buscaba garantizar que todos los ciudadanos fueran registrados igualmente ante la ley, fuera cual fuera el culto que profesaran. Ese mismo año, el Congreso aprobó la [ley 1420](#) de educación común. Esta norma no solo estableció la obligación del Estado de cumplir una función antes prácticamente monopolizada por el clero, sino que además dispuso, en su art. 8º, que la enseñanza religiosa solo pudiera "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". Una vez más, el Congreso evidenciaba su entendimiento igualitario de la libertad religiosa, sugiriendo que la Constitución no permitía que el Estado incluyera contenidos religiosos en la educación brindada a los niños. Finalmente, en el año 1889 el Congreso aprobó la Ley de Matrimonio Civil, con la que el Estado terminó de expropiarle a la Iglesia la facultad de regir las relaciones nupciales. Una vez más, detrás de esta norma asoma una interpretación igualitaria de la libertad religiosa, que garantiza la igualdad entre teístas y ateos (porque solo el Estado puede garantizar el matrimonio en condiciones iguales para todos) y entre los distintos cultos (porque todos los creyentes pueden casarse de acuerdo con sus tradiciones, en iguales condiciones).

Esta idea no estuvo solamente implícita en la ley, sino que fue explícitamente el propósito buscado. En efecto, en el mensaje enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso acompañando el proyecto se decía que: "las leyes que reglamenten el matrimonio deben inspirarse en el mismo espíritu liberal de la Constitución para que sea una verdad la libertad de conciencia como promesa hecha a todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino"⁽⁸⁸⁶⁾.

Esta práctica interpretativa fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la primera ocasión en que le tocó pronunciarse sobre el tema: el fallo "Correa"⁽⁸⁸⁷⁾, del año 1893. En ese caso, dos jueces de paz del departamento de Punilla, en la provincia de Córdoba, habían denunciado al cura Jacinto Correa por practicar matrimonios religiosos sin que los contrayentes hubieran celebrado previamente su matrimonio civil, como exigía el art. 118 de la ley de 1889. Ante esta denuncia, Correa alegó la inconstitucionalidad de la ley, afirmando que era contraria a las reglas de la Iglesia. El cura sostuvo que, de acuerdo con la Constitución, "la Iglesia es un poder constitucional de existencia necesaria, como lo son los otros poderes del Estado, y (...) es a aquella a quien exclusivamente corresponde legislar sobre matrimonio"⁽⁸⁸⁸⁾. Por lo tanto, según el presbítero, "al declarar la ley fundamental que la Nación sostiene el culto católico, apostólico, romano, con otras disposiciones que consagran la condición privilegiada de dicho culto, obliga a los poderes públicos a respetar sus dogmas y sus leyes en lo referente a la celebración del matrimonio, que es puramente de institución canónica"⁽⁸⁸⁹⁾. Los argumentos de Correa eran, entonces, un ataque directo a la interpretación igualitaria de la Constitución, otorgándole una "condición privilegiada" a la Iglesia, y prohibiéndole al Estado intervenir para lograr una distribución equitativa entre los ciudadanos de la posibilidad de profesar su culto.

La Corte rechazó rotundamente los argumentos del cura y defendió una mirada igualitarista del texto constitucional. El tribunal sostuvo que aun "siendo innegable la preeminencia consignada en la CN en favor del culto católico, apostólico, romano al establecer la libertad de todos los cultos, no puede sostenerse, con su texto, que la Iglesia católica constituye un poder político en nuestra organización"⁽⁸⁹⁰⁾. Para la Corte, la Iglesia forma parte de la sociedad civil y no de la estructura del Estado, y todo lo que hace la Constitución es —como explicaba Zapata en la Convención Constituyente— remarcar la preeminencia fáctica de este culto, y sugerir que la libertad en su ejercicio es particularmente importante para la nación. Esta mirada queda clara cuando la Corte profundiza

su argumento, sosteniendo que, "inspirada siempre en el mismo espíritu, la Constitución ha reservado también al Congreso la admisión en el territorio de la Nación (artículo sesenta y siete, inciso veinte) de otras órdenes religiosas a más de las existentes, lo que contribuye a evidenciar que la Iglesia no es considerada en dicha ley como un poder político, de existencia necesaria e independiente en nuestra organización, como lo sostiene el apelante"⁽⁸⁹¹⁾. La Iglesia es solo una organización de la sociedad civil entre tantas, aunque una particularmente importante por su alto grado de adhesión pública.

Luego de determinar, entonces, que el Congreso tenía facultades *prima facie* para dictar la norma, la Corte se abocó al análisis de la razonabilidad en la restricción de la libertad de culto. Allí sostuvo que la disposición que obligaba a los ministros religiosos a exigir el contrato de matrimonio civil antes de celebrar el acto nupcial según su propio culto "en nada puede afectar ni vulnerar el dogma católico, ni los principios de cualquier otra religión, pues en la misma ley se permite expresamente la celebración del matrimonio religioso a cuantos quisieran contraerlo conforme a sus creencias"⁽⁸⁹²⁾. Según la Corte, "ésta es una disposición que no encierra en sí misma desconocimiento de ningún principio, regla, dogma o precepto religioso"⁽⁸⁹³⁾. La interpretación es, una vez más, una de claro espíritu igualitario: siempre que ello no implique desvirtuar considerablemente la práctica individual, la libertad de culto está mejor protegida cuando el Estado interviene para que todos los ciudadanos la puedan ejercer por igual.

Este "pacto laico" de fines del siglo XIX, evidenciado tanto en la posición del Congreso como en la de la Corte Suprema, se mantuvo intacto a comienzos del siglo XX, aun cuando, según los historiadores, el espíritu religioso tendió a florecer nuevamente en la sociedad⁽⁸⁹⁴⁾. Más allá del fracaso del proyecto de ley de divorcio vincular de 1902, el Congreso no tuvo actividad significativa relacionada con la temática, y mantuvo vigentes las leyes del período anterior. En cuanto a la Corte Suprema de Justicia, pueden destacarse dos precedentes que reforzaron, una vez más, la mirada igualitaria de los primeros años de la nación. El primero es el caso "Rosa Melo de Cané"⁽⁸⁹⁵⁾, de 1911, en el cual la Iglesia argumentaba que un legado destinado al clero no podía estar sujeto a gravámenes estatales, "dada su condición jurídica"⁽⁸⁹⁶⁾. La Corte respondió, contundentemente, que "el art. 2º de la CN, al declarar que el gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico y romano, no impide que la iglesia pueda ser sometida al pago de las contribuciones comunes sobre los bienes que posea o reciba como persona jurídica, al igual de otras personas de la misma clase"⁽⁸⁹⁷⁾. El

carácter igualitarista de la referencia a las "otras personas de la misma clase" es evidente.

El segundo fallo relevante del período es el que la Corte dictó en la causa "Didier Désbarats"⁽⁸⁹⁸⁾, en 1928. Los hechos eran muy similares a los del caso "Melo de Cané", pero la Corte se explayó bastante más en su argumentación. Sostuvo que el art. 2º de la Constitución fue dictado "respondiendo a una necesidad impuesta por las costumbres de la sociedad y por las tradiciones legislativas", y citó los dichos de Benjamín Gorostiaga en la Convención para afirmar que "la constitución del año 1854 [sic] desechó la proposición de que el catolicismo fuera declarado la religión del Estado y la única verdadera, arribándose como solución transaccional, a la fórmula del art. 2º, cuyo alcance no es otro que el emergente de su texto: los gastos del culto serán pagados por el tesoro nacional, incluidos en su presupuesto y sometidos por consiguiente al poder del Congreso"⁽⁸⁹⁹⁾. Más allá de la explícita defensa de la separación entre Iglesia y Estado, el fallo es relevante porque pone de manifiesto, una vez más, la facultad de regulación estatal de las actividades de las instituciones religiosas. En este caso, como sugiere Norberto Padilla, la atribución de esa potestad es paradójica, porque interpretaba el art. 2º como un sometimiento de la Iglesia Católica "a una injerencia de la que las otras confesiones, tanto las existentes a la fecha de la sanción de la constitución, como las arribadas luego, estaban exentas"⁽⁹⁰⁰⁾. Explícitamente, la Corte entendió que "el hecho de que la Nación sostenga con sus recursos los gastos del culto confiere al Gobierno el derecho correlativo de contralorear y vigilar su inversión"⁽⁹⁰¹⁾.

III. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA ERA DE LAS DICTADURAS

A partir de la década de 1930, y durante más de cincuenta años, la Argentina estuvo recurrentemente bajo el gobierno de dictaduras militares. Es complejo analizar la práctica interpretativa de la Constitución en este período, dado que los gobiernos totalitarios obraban de un modo evidentemente contrario a cualquier principio constitucional. En ese contexto, algunos de los episodios más disonantes con la mirada igualitarista de la libertad religiosa —como la imposición de la enseñanza religiosa en escuelas públicas de la dictadura de 1943, o la persecución a ciertos cultos de la dictadura de 1976—, pueden ser descartados como prácticas ajenas al discurso constitucional.

De todos modos, estos episodios fueron relativamente aislados⁽⁹⁰²⁾ y, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia mantuvo cierta coherencia con la ya asentada práctica

interpretativa en torno a este derecho. El primer ejemplo de ello es el fallo "Moxey"⁽⁹⁰³⁾, del año 1945. En esa ocasión, un jefe de un Registro Civil le había impedido a un ciudadano nombrar a su hijo con un nombre que no estuviera incluido en el santoral católico. La Corte entendió que la decisión era contraria a los arts. 14 y 19 de la Constitución, y le ordenó al Registro Civil que le permita al señor Moxey nombrar "Patricio Keith" a su hijo.

Otro ejemplo significativo de interpretaciones igualitarias en este período es el fallo "Glaser"⁽⁹⁰⁴⁾, de 1966. En esa ocasión, la Corte tuvo que interpretar el decreto-ley que regulaba el servicio militar obligatorio, y que preveía excepciones para los "seminaristas". Las autoridades militares le habían denegado a Benjamín Glaser esta excepción, debido a que no era seminarista católico, sino judío. La Corte entendió que la excepción debía ser extendida a los seminaristas de todos los cultos, dado que "esta interpretación no sólo contempla el espíritu de la norma cuestionada, sino también el de la CN, la que —sin mengua de las disposiciones en cuya virtud se otorga primacía a la religión católica apostólica y romana (arts. 2º, 76 y 80)— ha querido asegurar a todos los habitantes de la Nación el derecho de profesar libremente su culto y practicarlo en igualdad de condiciones"⁽⁹⁰⁵⁾.

Un tercer caso significativo es "Carrizo Coito"⁽⁹⁰⁶⁾, de 1980. En esa ocasión, la Dirección Nacional de Migraciones le había denegado a un ciudadano uruguayo la residencia en el país, argumentando que había confesado ser Testigo de Jehová, un culto prohibido por el gobierno militar. La Corte, evitando cuidadosamente pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta prohibición⁽⁹⁰⁷⁾, sostuvo que, de todos modos, el culto que profesara Carrizo Coito no podía ser fundamento para negarle la residencia. Ello se debía a que, según aquella Corte, la faz interna de la profesión del culto (es decir, la mera creencia), que era la única que había sido constatada en los hechos, se encontraba protegida por el art. 19 de la Constitución.

Finalmente, en el caso "Carbonell"⁽⁹⁰⁸⁾, de 1982, la Corte reiteró la constitucionalidad de la Ley de Matrimonio Civil, decidida casi cien años antes en el caso "Correa", y le denegó una pensión a una persona que solamente había contraído matrimonio religioso. La Corte hizo suyos los argumentos del Procurador, quien reiteró la doctrina de "Correa" y "Didier Désbarats", y sostuvo que "lo único que el Estado exige, haciendo uso de su poder reglamentario, es en efecto que se respeten sus leyes, pero desde el momento en que hayan sido observadas, no tiene interés ni propósito alguno en obstaculizar el ejercicio de las creencias religiosas de los particulares"⁽⁹⁰⁹⁾.

Quizás, en este período, el fallo más disonante con la práctica interpretativa de la libertad religiosa haya sido aquel dictado por la Corte en la causa "Agüero"⁽⁹¹⁰⁾, en junio de 1949 (paradójicamente, en uno de los lapsos del período sin dictadura militar)⁽⁹¹¹⁾. En esa ocasión, la Universidad Nacional de Córdoba le había negado a un graduado la posibilidad de recibir su título sin prestar el juramento de práctica, que él, Sergio Agüero, consideraba contrario a sus convicciones religiosas. La Corte sostuvo que este requisito no violentaba la libertad religiosa de Agüero, por dos razones. Por un lado, porque el problema de Agüero no era con el contenido de la promesa en sí, sino con la formalidad requerida, y "no es admisible que se haga cuestión de la solemnidad con que la autoridad entiende que debe requerirla"⁽⁹¹²⁾. Y, por otro lado, porque "en este caso, la solemnidad está en estricta congruencia con el orden institucional de la comunidad en que el actor es miembro"⁽⁹¹³⁾, en particular, con las reglas de juramento establecidas en la Constitución.

Esta decisión de la Corte, que en definitiva terminó imponiéndole a Agüero una obligación de sujetarse a una práctica religiosa que él entendía ajena, no puede ser entendida hoy en día como un precedente válido en relación con la interpretación de este derecho, por cuatro razones. En primer lugar, porque —como resulta evidente— es una decisión disonante con el resto de la jurisprudencia del tribunal en la materia⁽⁹¹⁴⁾. En segundo lugar, porque la Corte estaba interpretando una Constitución distinta a la que está actualmente en vigor, dado que en marzo de ese año se había aprobado la reforma constitucional que fue finalmente derogada en 1955. Si bien la reforma mantenía algunos de los preceptos centrales de la Constitución de 1853, el espíritu de esa norma no era totalmente consonante con el de la Constitución actual⁽⁹¹⁵⁾. En tercer lugar, porque la reforma constitucional de 1994 incluyó la posibilidad de que las autoridades juren "respetando sus creencias religiosas" (art. 93), y no necesariamente siguiendo los preceptos de un culto en particular⁽⁹¹⁶⁾. Y, por último, porque tanto la doctrina⁽⁹¹⁷⁾ como la práctica⁽⁹¹⁸⁾ y la jurisprudencia posterior⁽⁹¹⁹⁾ han entendido que la Constitución permite hoy en día que los funcionarios prometan cumplir sus tareas del modo en que lo consideren apropiado.

IV. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA VUELTA A LA DEMOCRACIA

Con el regreso a la democracia, en 1983, tanto la Corte como el Congreso de la Nación confirmaron explícitamente el retorno a la práctica interpretativa originaria respecto de la libertad religiosa. De hecho, puede decirse que la Corte fue incluso más allá, consagrando

una interpretación aún más explícitamente igualitarista que la que había primado en nuestro país luego de la sanción de la Constitución.

En el año 1986, la Corte tuvo que decidir respecto de la constitucionalidad de la prohibición del divorcio vincular, en el memorable caso "Sejean"⁽⁹²⁰⁾. Los hechos eran sencillos: Juan Bautista Sejean, divorciado de Ana María Zaks, sostenía que el artículo de la Ley de Matrimonio Civil que le impedía volver a contraer matrimonio era inconstitucional. Así presentada, la cuestión parecía no tener relación alguna con la libertad religiosa: Sejean no basaba su presentación en este derecho, y la norma era una norma civil, aplicable a todos los ciudadanos por igual. De hecho, así lo entendió, en su voto —uno de los tres votos separados que conformaron la mayoría—, el juez Carlos Fayt.

Pero lo cierto es que la cuestión religiosa estaba presente, en el trasfondo y en el contexto, tanto histórico como presente. En efecto, los otros dos votos mayoritarios, los de Enrique Petracchi y Jorge Bacqué, hicieron referencia a estas cuestiones. Ambos citaron el mensaje de Juárez Celman al Congreso, que defendía el proyecto de Ley de Matrimonio Civil basándose en "el espíritu liberal de la Constitución" y en la voluntad de que la libertad de conciencia sea efectiva para "todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino"⁽⁹²¹⁾, pero ambos luego aclararon que, "sin embargo, el proyecto de ley luego sancionado establece en un artículo, cuya constitucionalidad está hoy sometida al Tribunal, la indisolubilidad del matrimonio por divorcio, lo que evidentemente —como lo ha reconocido, por lo demás, la mayoría de la doctrina— importa recibir la concepción sostenida por la Iglesia Católica sobre ese vínculo"⁽⁹²²⁾. Tanto para Petracchi como para Bacqué, bajo el disfraz secular de la prohibición del divorcio civil se escondía, en los hechos, un intento de imposición de un dogma religioso a todos los ciudadanos del país. Pese a esta convicción, ambos jueces reconocieron, a su modo, que era imposible probar este punto, al menos con "la prudencia que exige el examen de la constitucionalidad de una ley como la de que se trata"⁽⁹²³⁾. Pero, no obstante, debido al "convencimiento de este Tribunal del origen dogmático de la indisolubilidad civil del matrimonio, por sus raíces en una confesión particular"⁽⁹²⁴⁾, ambos decidieron analizar en detalle, aunque más no fuera como *obiter dictum*, qué tan compatible era este origen religioso de la norma con la libertad religiosa prevista en la Constitución.

El análisis de Petracchi fue largo y minucioso. Comenzó definiendo la garantía del art. 14 como "el reconocimiento para todos los habitantes de la Nación de la libertad religiosa, la que conlleva la facultad de no profesar religión alguna"⁽⁹²⁵⁾. Para Petracchi, el

derecho establecido en la Constitución "demanda que las normas religiosas sólo sean seguidas fuera de toda compulsión. Esta libertad garantiza el respeto de la dignidad de cada hombre y la convivencia en una comunidad política de personas con diversidad de creencias religiosas o de cosmovisiones seculares"⁽⁹²⁶⁾. Por lo tanto, "la libertad de conciencia es incompatible (...) con la confesionalidad del estado. El privilegio que, como religión de la mayoría de los habitantes del país, recibió la Iglesia Católica en la Constitución de 1853/1860 no importa (...) que aquélla sea citada como religión del Estado"⁽⁹²⁷⁾. Petracchi es contundente en relación con este punto: dice que de la consagración de la libertad de cultos surge que nuestra Constitución establece una "neutralidad religiosa"⁽⁹²⁸⁾, e incluso cita a Sánchez Viamonte diciendo que "según la Constitución argentina, el estado es laico"⁽⁹²⁹⁾. Estos principios constitucionales tienen, a su vez, un impacto directo en las normas respecto del matrimonio: "El sentido pleno y manifiesto del art. 20 de la Constitución desde su origen, ha consistido por lo tanto, en que nadie puede ser compelido directa o indirectamente a aceptar el régimen de condiciones y formas matrimoniales de confesión religiosa alguna. La consecuencia inevitable de esta concepción estriba en la imposibilidad de imponer reglas sobre la permanencia del matrimonio cuyo sustento sea una fe determinada"⁽⁹³⁰⁾. Entonces, dice Petracchi, si se probara que la disposición de la [ley 2393](#) es la consagración legislativa del Canon 1141 que establece la indisolubilidad del matrimonio como dogma de la Iglesia Católica, esta sería abiertamente inconstitucional. "Esto es así porque la CN protege la libertad, de todos los habitantes de la Nación que no profesan el credo católico, de concebir sus vinculaciones matrimoniales con alcances distintos que los que establece esa religión en particular"⁽⁹³¹⁾.

El análisis de Bacqué fue más breve, pero no por ello menos contundente. Según este juez, "la circunstancia de sujetar [el matrimonio] a la doctrina de una determinada religión en lo relativo a su disolución, no resulta compatible con la libertad de los habitantes de la Nación de profesar diversas creencias religiosas, en razón de que muchas de ellas no conciben al vínculo como indisoluble, ni con el derecho de quienes no profesan ninguna religión, pues éstos también deben asumir iguales consecuencias"⁽⁹³²⁾. Para Bacqué, "la neutralidad religiosa de nuestra CN, que surge de la enfática declaración de la libertad de cultos, resulta antagónica con la consagración de normas que impongan la doctrina de una religión determinada y ello constituye una solución que armoniza con la jurisprudencia de esta Corte establecida en el caso Moxey, donde se examinaron los impedimentos constitucionales a la imposición

compulsiva de normas de una religión estableciéndose que los actos de la vida civil no pueden subordinarse a valores específicos de un culto determinado. Porque ello es contrario a la libertad religiosa establecida por el art. 14 de la CN"⁽⁹³³⁾.

El fallo fue publicado el 27 de noviembre de 1986. El 22 de diciembre, menos de un mes después, un senador pidió en el Congreso de la Nación una moción de preferencia para que se trate definitivamente el proyecto de ley de divorcio vincular que volvía en revisión de la Cámara de Diputados, con cierta urgencia: "la institución del divorcio, señor presidente, rige en todo el mundo, y aún en Italia, cuna del catolicismo, y surge también de un fallo de la Corte Suprema que se nos impone"⁽⁹³⁴⁾. En la propuesta inicial, en agosto de 1986, el miembro informante de la comisión de Legislación General y Familia había hecho explícita mención de que el proyecto de ley era propuesto "sobre la base de los principios de protección de la familia —especialmente con miras al interés de los hijos— y de libertad de conciencia"⁽⁹³⁵⁾. Una parte importante de la Iglesia Católica argentina adoptó una militancia activa en contra de la ley, convocando manifestaciones públicas, realizando visitas al Congreso para establecer "un diálogo de esclarecimiento doctrinal"⁽⁹³⁶⁾, y enviando cartas a los legisladores cristianos⁽⁹³⁷⁾. Pese a estas presiones, y más allá de las posiciones minoritarias de un grupo de legisladores conservadores, la [ley 23.515](#) fue aprobada el 3 de junio de 1987, confirmando que el Congreso seguía interpretando al Estado, como lo había hecho a fines del siglo XX, y como lo venía haciendo la Corte Suprema, como una institución completamente independiente de la Iglesia.

La cuestión del divorcio vincular y su vinculación con la libertad religiosa volvió a plantearse ante la Corte Suprema de Justicia en 1989, en el caso "Villacampa"⁽⁹³⁸⁾. En esa ocasión, Ignacio Villacampa había pedido la conversión de su divorcio, efectuado antes de 1987, en vincular, en los términos de la [ley 23.515](#). Ante ese pedido, su exesposa, María Angélica Almos, argumentó que la ley era inconstitucional, entre otras cuestiones, porque "el ordenamiento constitucional argentino, y las instituciones básicas que hacen al orden público se encuentran inspiradas en los principios de la doctrina católica, afirmación de especial relieve en materia de familia"⁽⁹³⁹⁾. La Corte rechazó estos argumentos y ratificó la constitucionalidad de la ley, refiriendo para ello a los argumentos del Procurador Fiscal, Guillermo Horacio López. López reconoció que la Constitución incluía artículos relacionados con la religión católica, preceptos que "se relacionan íntimamente con costumbres y tradiciones legislativas del pueblo argentino". No obstante, sostuvo

que "aquellas disposiciones no significan, sin embargo, que el culto católico apostólico romano revista el carácter de religión oficial del Estado y que, ineludiblemente, sus pautas confesionales deban ser consagradas en nuestra legislación positiva"⁽⁹⁴⁰⁾. Todo lo que se deriva del texto constitucional es una obligación estatal de "sostén y protección económica de los gastos de ese culto, los cuales serían pagados por el tesoro nacional, incluidos en su presupuesto y sometidos, por consiguiente, al poder del Congreso"⁽⁹⁴¹⁾. Por lo tanto, y dado que "el ámbito civil resulta distinto e independiente del religioso"⁽⁹⁴²⁾, y que "el resguardo de la autonomía de la conciencia, [y] de la libertad individual y de cultos (...) constituyen los principios fundantes de nuestra democracia constitucional"⁽⁹⁴³⁾, el Procurador y la Corte entendieron que la norma en discusión era constitucional.

Esta aproximación liberal-igualitaria de la Corte Suprema a la libertad religiosa se vio confirmada en otro fallo memorable del período, dictado en el caso "Portillo"⁽⁹⁴⁴⁾, de 1989. En esa ocasión, Alfredo Portillo, un joven que debía cumplir con el servicio militar obligatorio, había cuestionado la constitucionalidad de que se lo obligase a portar armas, cuando de acuerdo con sus más profundas creencias, basadas en la religión católica, a los hombres les está prohibido matar. Argumentaba, entonces, que "se puede servir a la patria de muchas maneras, no solo haciendo el servicio militar, sino cumpliendo un servicio civil"⁽⁹⁴⁵⁾ y pedía que le permitieran cumplir con esta obligación sin obligarlo a portar armas letales. El caso parecía más complejo que los anteriores, puesto que se vislumbraba un potencial conflicto entre la faceta liberal y la faceta igualitaria del derecho: la Corte debía determinar si el Estado —que estaba efectivamente empoderado para intervenir sobre ciertas cuestiones que afectan las convicciones religiosas de los individuos— había vulnerado el derecho de Portillo —que tenía efectivamente la libertad de no hacer aquello que fuera contrario a su conciencia—.

El voto mayoritario de la Corte, firmado por Carlos Fayt, Enrique Petracchi y Jorge Bacqué, comenzó reafirmando explícitamente la vigencia de las dos facetas del derecho. Por un lado, en cuanto a la faceta liberal, la Corte advirtió "que la libertad de religión es particularmente valiosa, que la humanidad ha alcanzado merced a esfuerzos y tribulaciones. (...) Para el hombre religioso la religión es el elemento fundamental de la concepción del mundo y, en mayor o menor grado, impregna todos los actos de su vida individual y social"⁽⁹⁴⁶⁾. Además, reivindicó su interpretación histórica de esta libertad como una que se extiende no solo a los creyentes, sino a todos los ciudadanos, religiosos o no⁽⁹⁴⁷⁾. Por otro lado, en cuanto a la faceta igualitaria del derecho, la Corte sostuvo que "es necesario

puntualizar también, que este ejercicio puede verse sujeto a las exigencias que razonablemente establezca la ley, de tal modo de garantizar la igualdad de los individuos que, en lo atinente a sus creencias significa que se es igual por merecer el mismo respeto y consideración cualesquiera fuesen las ideas religiosas que se sostengan, y aun cuando ninguna se sostenga. Según esta concepción en un sistema democrático como el nuestro, se impone al Estado una actitud imparcial frente a los gobernados, aun cuando éstos profesen cultos que la mayoría rechace"⁽⁹⁴⁸⁾.

El dilema, entonces, consistía en cuál era el punto de balance entre ambas facetas del derecho, es decir, hasta qué punto podía el Estado intervenir para garantizar la igual distribución de la libertad en juego. La Corte lo resolvió elegantemente, reafirmando su jurisprudencia según la cual, la Constitución establece "un sistema de la libertad personal cuyo centro es el art. 19"⁽⁹⁴⁹⁾. El tribunal sostuvo que "es nuestra propia Constitución la que reconoce los límites del Estado frente a la autonomía individual. El art. 19 establece la esfera en la que el Estado no puede intervenir. La combinación de este artículo con los vinculados a la libertad de cultos y a la libertad de conciencia no permiten dudar respecto del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la diversidad de pensamientos y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no se condice con la filosofía liberal que orienta a nuestra norma fundamental"⁽⁹⁵⁰⁾. En este caso, dado que "el incumplimiento estricto de esta obligación legal no conlleva un peligro grave o inminente a los intereses protegidos por el Estado, toda vez que el servicio que se exige debe ser cumplido en tiempos de paz"⁽⁹⁵¹⁾, entonces no se requiere, "necesariamente, limitar la libertad de conciencia, si es posible hallar alternativas que no eximan al sujeto obligado de sus deberes para con el Estado, pero que tampoco violenten sus convicciones con grave riesgo de su autonomía"⁽⁹⁵²⁾. Por lo tanto, la Corte ordenó que —siempre que se mantuviera la situación de paz— Portillo cumpliera con su servicio cívico realizando tareas que no le requirieran empuñar las armas, respetando así sus convicciones religiosas.

"Portillo" fue el último fallo de la Corte en relación con la libertad religiosa antes de la expansión de sus miembros y la constitución de la llamada "mayoría automática". En los años siguientes, y hasta la reforma constitucional de 1994, la cuestión de la libertad religiosa apareció en los fallos de la Corte con más frecuencia de lo que la jurisprudencia anterior hubiera permitido predecir. En gran medida, ello se debió a la influencia del juez Antonio Boggiano, un miembro del Opus Dei que llegó a la Corte gracias al apoyo de la Iglesia

Católica⁽⁹⁵³⁾. En al menos dos fallos relevantes, las convicciones religiosas de los jueces de la Corte, entre los que se encontraba Boggiano, se filtraron en decisiones que —según la jurisprudencia histórica de la Corte— deberían haber sido decididas dejando al margen las cuestiones espirituales.

El primero de estos casos fue "C.H.A."⁽⁹⁵⁴⁾, de 1991, en el cual se discutía la constitucionalidad de la decisión de la Inspección General de Justicia de negarle la personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina, por entender que no propendía al bien común. En su voto separado, Boggiano afirmó que "toda defensa social de la homosexualidad ofende la moral pública y el bien común, cuya tutela la Constitución impone a los poderes constituidos, y de modo eminente a esta Corte, para garantizar la dignidad de la persona humana creada a imagen y semejanza de Dios, fuente de toda razón y justicia (Preámbulo, Invocación Final, y arts. 2º y 19 de la CN)"⁽⁹⁵⁵⁾. La desviación de esta afirmación respecto de la jurisprudencia de la Corte acerca del sistema de libertades basado en el principio de autonomía del art. 19 es evidente, al punto que la propia Corte, años después, debió rectificar su posición, al fallar en referencia a hechos muy similares, en el caso "A.L.I.T.T."⁽⁹⁵⁶⁾.

El segundo fallo del período que se aparta de la jurisprudencia histórica de la Corte es "Ekmekdjian contra Sofovich"⁽⁹⁵⁷⁾, de 1992, famoso por inaugurar un nuevo período en la relación del derecho argentino con el derecho internacional. Allí, la Corte debió analizar, entre otras cuestiones, si las declaraciones de Dalmiro Sáenz en el programa de Gerardo Sofovich respecto de una imagen de la Virgen ("es una Virgen con un culo precioso, un cuadro muy lindo"⁽⁹⁵⁸⁾), y respecto de Cristo (Sáenz afirmó que en su nuevo libro presentaba a un Cristo humano, "un Cristo que coge, un Cristo que odia, un Cristo que se casa, que tiene hijos, que miente, que es ateo, que no cree en Dios"⁽⁹⁵⁹⁾), constituían "informaciones agraviantes" en perjuicio de Miguel Ángel Ekmekdjian, un abogado católico. En caso de que así lo fuera, Ekmekdjian tendría derecho a la réplica prevista en el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La mayoría de la Corte, con Boggiano entre sus firmantes, afirmó que, en efecto, había ocurrido "un agravio al derecho subjetivo de sostener tales valores trascendentales frente a quienes, sin razón alguna, los difaman hasta llegar al nivel del insulto soez, con grave perjuicio para la libertad religiosa"⁽⁹⁶⁰⁾. Para estos jueces, "la defensa de los sentimientos religiosos, en el caso a través del ejercicio del derecho de respuesta, forma parte del sistema pluralista que en materia de cultos adoptó nuestra Constitución en su art. 14. Es fácil advertir que, ante la injuria, burla o ridícula presentación a través de los medios de

difusión de las personas, símbolos o dogmas que nutren la fe de las personas, éstas pueden sentirse moralmente coaccionadas en la libre y pública profesión de su religión, por un razonable temor de sentirse también objeto de aquel ridículo, difundido en extraordinaria multiplicación por el poder actual de los medios de comunicación masiva"⁽⁹⁶¹⁾. Nuevamente, la interpretación de la Corte parece apartarse del sistema de libertades tradicionalmente defendido, dado que el tribunal decide interferir con la libertad de expresión de Sofovich, aun cuando claramente no haya existido un "daño" hacia Ekmekdjian, como lo requería el art. 19 de la Constitución.

Más allá de estos precedentes disonantes, un tercer fallo relevante del período —más complejo de clasificar, como se verá a continuación— es el que la Corte dictó en 1993 en el caso "Bahamondez"⁽⁹⁶²⁾. Se trataba de un Testigo de Jehová que se negaba a realizarse una transfusión de sangre pese a que los médicos entendían que era necesaria para salvarle la vida. Lo singular del caso es que cuando llegó a la Corte, Bahamondez ya se había curado de sus dolencias, sin necesidad de que se le realice la transfusión. Por este motivo, la mayoría del tribunal entendió que "ante la inexistencia de un agravio actual, no corresponde a esta Corte dictar un pronunciamiento"⁽⁹⁶³⁾. Las disidencias, no obstante, enfatizaron el derecho de Bahamondez a decidir respecto de su propio cuerpo. Belluscio y Petracchi, por ejemplo, lo hicieron —en línea con el sistema de libertades clásicamente defendido por la Corte— con eje en el art. 19 de la Constitución, por el cual "no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros"⁽⁹⁶⁴⁾. Cavagna Martínez y Boggiano, por el contrario, entendieron que el art. 19 no era relevante para el caso, porque la libertad allí contenida estaba limitada por "el principio fundamental según cual nadie puede legalmente consentir que se le inflija un serio daño corporal"⁽⁹⁶⁵⁾ (aunque no explicaron en qué rincón del ordenamiento jurídico argentino estaba presente este principio, que no surge de la lectura de la Constitución). En cambio, sostuvieron que este peculiar principio "no halla aplicación cuando, como ocurre en el caso, el daño serio que eventualmente pueda resultar es consecuencia de la objeción a una transfusión de sangre, fundada en convicciones íntimas de carácter religioso"⁽⁹⁶⁶⁾. Según estos jueces, entonces, las convicciones fundadas en dogmas religiosos de los creyentes (cubiertas por esta noción estrecha de la libertad religiosa) merecen mayor protección que aquellas fundadas en razones,

sostenidas por el resto de los ciudadanos (cubiertas por una noción, también estrecha, de la libertad de conciencia). La incompatibilidad de estas afirmaciones con lo decidido por la Corte en sus fallos precedentes es evidente, y la propia Corte así lo entendió al abandonar completamente esta aproximación a la cuestión, años después, en el caso "Albarracini"⁽⁹⁶⁷⁾.

V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LA CONSOLIDACIÓN DE INTERPRETACIÓN IGUALITARIA

Pese a estos deslices de la Corte de principios de la década de 1990, la reforma constitucional decididamente consagró la versión liberal-igualitaria del derecho a la libertad religiosa⁽⁹⁶⁸⁾. Aun cuando no se pudo poner en discusión la modificación del art. 2⁽⁹⁶⁹⁾, en la reforma se eliminaron las referencias al patronato y se reemplazó la frase sobre la evangelización por un reconocimiento de la "preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos" (art. 17). Además, se eliminó el requisito de que el presidente y vicepresidente de la Nación sean católicos apostólicos romanos, y se dotó de jerarquía constitucional a once instrumentos de derechos humanos, que hoy en día complementan el "sistema de libertades" reconocido tradicionalmente por la Corte y refuerzan su carácter liberal-igualitario.

Quizás como resultado del mensaje de los constituyentes, luego de la reforma, la jurisprudencia de la Corte volvió a su cauce habitual en materia de libertad religiosa. El ejemplo más concreto de ello es el fallo "Sisto y Franzini"⁽⁹⁷⁰⁾, de 1998. En esa ocasión, una pareja solicitaba que se declarara inconstitucional el artículo del Cód. Civil que disponía la nulidad de la renuncia de cualquiera de los cónyuges a pedir el divorcio vincular. Entre otras razones, Sisto y Franzini sostenían que esa prohibición era violatoria de su libertad religiosa, dado que les impedía cumplir con su obligación canónica de casarse sin opción al divorcio. La Corte sostuvo, una vez más, que el modelo único matrimonial "no resulta contrario a la CN, pues la unión celebrada ante los sacerdotes del culto respectivo rige en el orden de la conciencia, pero en el ámbito civil no impide una reglamentación uniforme del tema que —sin menoscabar la multiplicidad de creencias existentes en la organización social y el respeto de las conciencias— establezca las distinciones que se reputen apropiadas al legislar sobre la quiebra de los lazos conyugales"⁽⁹⁷¹⁾. El tribunal explicó que la disposición del Cód. Civil no les impedía a los demandantes cumplir con sus obligaciones religiosas, por un lado, porque podían decidir no divorciarse, y por el otro, porque permitía la opción de la separación sin divorcio vincular. Y finalmente reiteró su

posición histórica respecto de la cuestión de la separación entre Iglesia y Estado: "los arts. 2º y 14 de la CN invocados por los recurrentes en sustento de su derecho a contraer matrimonio indisoluble, carecen de relación directa con el caso, toda vez que hacen referencia a la libertad de culto y al sostenimiento por el Estado del culto católico apostólico romano respectivamente, circunstancia que no resulta suficientemente demostrativa de que los redactores de la Carta Magna hubieran contemplado una absoluta identidad del Estado con los postulados y modo de reglamentación del matrimonio de la citada iglesia, al punto de impedir de un modo genérico y absoluto toda disolución de su vínculo matrimonial por causa de divorcio"⁽⁹⁷²⁾. El único voto en disidencia fue el de Antonio Boggiano, quien, citando el Código Canónico, afirmó que "la indisolubilidad y la unidad son propiedades esenciales de todo matrimonio, que en el cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento"⁽⁹⁷³⁾. De este modo, el juez confundió el matrimonio civil y el religioso en un único concepto, a contramano de más de cien años de práctica institucional, tanto de la propia Corte Suprema como del Congreso de la Nación.

Otro ejemplo de la recuperación de la interpretación histórica de la Corte en materia de libertad religiosa es el llamado "caso de la Virgen de Tribunales". En febrero de 2002, un grupo de creyentes cristianos colocó una imagen de una virgen a los pies de una estatua representativa de la justicia, en el hall central del Palacio de Tribunales. Ante la permanencia de la imagen y la circunstancia de que grupos de fieles comenzaron a reunirse a los pies de la estatua para orar, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) se presentó ante la Administración General de la Corte y "solicitó el retiro de la imagen sobre la base del argumento de que su permanencia en el hall de entrada del Palacio de Justicia era contrario al tratamiento igualitario que los tribunales debían asegurarles a aquellos que dirimieran sus conflictos ante ellos"⁽⁹⁷⁴⁾. Tres de los nueve jueces de la Corte se manifestaron de acuerdo con el pedido de la ADC, incluido el presidente Enrique Petracchi, quien afirmó que "en cuanto se ubica la imagen en un sitio relevante de la sede de un poder del Estado que (aunque resulte tautológico) ejerce el 'poder', aquel resulta institucionalmente comprometido con un culto con el que comulgan solo una parte de quienes lo integran y de los justiciables que a él recurren. El mentado compromiso institucional se acercaría peligrosamente a la adopción de una 'religión de estado' —tesis expresamente descartada por los constituyentes (...)— porque revelaría una implícita, pero no por ello menos clara, adhesión a un credo, en detrimento de los otros"⁽⁹⁷⁵⁾. La jueza de primera instancia

coincidió con los argumentos igualitaristas de los jueces de la Corte, y ordenó que se retirara la imagen. La Corte consintió la decisión y ordenó retirar la Virgen (por supuesto, con la disidencia de Antonio Boggiano y Roberto Vázquez), en uso de sus facultades de superintendencia del Palacio. No obstante, un grupo de abogados católicos apeló la decisión, y la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo revocó el fallo de primera instancia, basando su argumentación en cuestiones procesales. La cuestión llegó nuevamente a la Corte Suprema, que entendió que "al presente la imagen ha sido retirada, lo cual —más allá de poder constituir un cumplimiento de lo resuelto en la sentencia de primera instancia— fue consecuencia de una decisión que la demandada [es decir, la propia Corte,] dijo adoptar en virtud del ejercicio de facultades de superintendencia que le son propias"⁽⁹⁷⁶⁾. Por este motivo, declaró "inoficioso el pronunciamiento por haber devenido abstracta la cuestión planteada en el recurso extraordinario"⁽⁹⁷⁷⁾, sugiriendo que la posición de la Corte ya había sido sentada en la instancia procesal anterior.

VI. REGULACIÓN ACTUAL

En los últimos tiempos, la práctica institucional en materia de libertad religiosa del Congreso de la Nación ha tenido algunos puntos de enorme coincidencia con la interpretación histórica de separación entre Iglesia y Estado, y otros de notable disonancia, en los que la Iglesia Católica tuvo privilegios injustificables. Entre los primeros se pueden mencionar las discusiones de las leyes de matrimonio igualitario e identidad de género, en las que los legisladores se apartaron de la voluntad de la Iglesia y regularon las cuestiones seculares en función del sistema de libertades previsto en la Constitución. Entre los segundos, en tanto, tuvo un lugar especial la discusión del nuevo Cód. Civil, en la que la Iglesia, encabezada ahora a nivel mundial por el cura argentino Bergoglio, ejerció una presión considerable sobre los legisladores para modificar, por ejemplo, consideraciones sobre el comienzo de la vida⁽⁹⁷⁸⁾ y para mantener sus privilegios como persona de derecho público, aun en contra de la jurisprudencia constitucional de la Corte. Otro ejemplo de la indebida influencia de la Iglesia son las incipientes discusiones parlamentarias respecto de la despenalización del aborto, en las cuales la "neutralidad religiosa" del Estado defendida históricamente por la Corte es puesta en jaque por los grupos que defienden dogmáticamente sus valores espirituales, entorpeciendo la deliberación de uno de los órganos centrales del Estado.

En cuanto a la Corte Suprema de Justicia, tres fallos confirman su compromiso con la interpretación liberal-igualitaria de la libertad religiosa. El primero es "Asociación de Testigos de Jehová"⁽⁹⁷⁹⁾, del año 2005. En esa ocasión, la asociación en cuestión había impugnado la constitucionalidad de una regulación provincial que obligaba a los docentes a respetar los símbolos patrios, aun cuando profesaran cultos que les impidieran hacerlo, como en el caso de los Testigos de Jehová. La mayoría de la Corte entendió que no existían las circunstancias suficientes para que el tribunal entendiera en la causa, dado que la resolución podía ser compatibilizada con la profesión del culto (los propios Testigos de Jehová entendían que respetaban los símbolos, a su modo) y no habían existido situaciones fácticas en la que se la interpretase de otro modo. No obstante, la jueza Elena Highton de Nolasco sí aceptó flexibilizar este tipo de recaudos y analizar el fondo de la cuestión. Highton entendió que tanto la libertad religiosa, protegida en el art. 14 de la Constitución, como el derecho a la privacidad, consagrado en el art. 19, protegen las acciones de los individuos que no afecten el orden público, la moral pública, o los derechos de terceros. "Abstenerse de izar o saludar la bandera, o de cantar el himno, o de exhibir una escarapela no transgrede ninguno de los bienes que el art. 19 de la CN protege cuando deslinda lo que queda inmunizado como intimidad reservada a Dios, y lo que cae bajo el poder del Estado"⁽⁹⁸⁰⁾.

El segundo fallo relevante del período es "Albarracini Nieves"⁽⁹⁸¹⁾, de 2012. Se trata de un caso con hechos similares a los de "Bahamondez", con la diferencia de que, en esta ocasión, Jorge Albarracini Nieves se hallaba inconsciente y no podía rehusarse específicamente a la transfusión de sangre. No obstante, había dejado una declaración certificada por escribano público solicitando que, en caso de encontrarse en una situación de este tipo, optaba porque no se le hicieran transfusiones. La Corte retomó los argumentos de Belluscio y Petracchi en "Bahamondez" y afirmó que "esta Corte ha dejado claramente establecido que el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo 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"⁽⁹⁸²⁾. Con sustento en estos principios, el tribunal sostuvo que "es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento, hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus

propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada"⁽⁹⁸³⁾.

El último fallo relevante del período es uno de los más importantes en la historia de la interpretación constitucional de las cláusulas constitucionales en materia de libertad religiosa⁽⁹⁸⁴⁾. Se trata de un caso en el que la provincia de Salta fue demandada por un grupo de madres de estudiantes de escuela primaria que consideraban inconstitucional el dictado de clases de educación religiosa en las escuelas públicas de la provincia. La práctica en cuestión, además, estaba prevista por la legislación salteña, en dos niveles. La Constitución de la provincia establecía, en su art. 49, que "[l]os padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones". Esta redacción es muy similar a la del art. 12(4) de la Convención Americana de Derechos Humanos, con un detalle: la CADH no dice nada acerca de que sea la "escuela pública" el lugar apropiado para que las niñas y los niños reciban esta educación. La ley 7546 de Educación de Salta repetía esta formulación en su art. 8º, inc. m), y además la reglamentaba, determinando como objetivo de la educación primaria en Salta, en el art. 27, inc. ñ), "brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores, quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa".

Luego de un sinuoso derrotero procesal, y de la celebración de audiencias públicas, la Corte finalmente falló en contra de la provincia de Salta. La decisión puede dividirse en cinco grandes secciones. En primer lugar, el tribunal dedicó algunos párrafos a reafirmar la vigencia de lo que denominó el "principio de neutralidad religiosa"⁽⁹⁸⁵⁾ y a rebatir una afirmación de la Corte de Justicia de Salta según la cual "la Argentina está jurídicamente estructurada desde su fundación como una nación católica apostólica romana"⁽⁹⁸⁶⁾. Para ello, recurrió a algunas referencias clásicas y ya indiscutidas en la tradición interpretativa constitucional en la materia: citó algunos párrafos de la exposición de Gorostiaga en la Convención Constituyente⁽⁹⁸⁷⁾, explicó cómo se rechazaron explícitamente las propuestas de redacciones alternativas del art. 2º⁽⁹⁸⁸⁾, y recordó — con citas a los fallos "Correa", "Didier Desbarats" y "Sejean"— que "esta Corte ha manifestado en numerosas ocasiones antes de 1994 —y el presente caso es oportunidad de reiterarlo— que ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino"⁽⁹⁸⁹⁾.

En segundo lugar, la Corte analizó, generalmente, "el alcance del principio de neutralidad del Estado en materia religiosa en el ámbito de la educación"⁽⁹⁹⁰⁾. Para ello, examinó los debates de la Convención Constituyente de 1994 (en particular en torno al art. 75, inc. 19, sobre leyes de educación), y concluyó que, en ellos, "todos aludieron al carácter laico de la educación pública como un principio clave para asegurar la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna. En el seno de la Convención hubo un consenso prácticamente unánime en que con la nueva previsión se buscaba que la educación pública mantuviera el espíritu de la [ley 1420](#) que estipuló su carácter laico y gratuito"⁽⁹⁹¹⁾. También estudió una serie de cláusulas de tratados internacionales relacionadas con el tema⁽⁹⁹²⁾ y concluyó que "la noción de neutralidad comprende no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular —incluso la de los no creyentes—, sino también una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar"⁽⁹⁹³⁾. No obstante, citó un fragmento de la Observación General 22 del Comité de Derechos Humanos en la que este afirmó que "la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párr. 4º del art. 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores".

En tercer lugar, entrando ya en la resolución del caso, el tribunal consideró la constitucionalidad del art. 49 de la Constitución salteña en función de este contenido del principio de neutralidad religiosa. El razonamiento de la Corte fue algo curioso. Haciendo un esfuerzo significativo por encontrar "una lectura que armoni[ce] de manera razonable la norma provincial con la CN y la ampar[e] por lo tanto de la tacha de inconstitucionalidad"⁽⁹⁹⁴⁾, el tribunal sostuvo que la consagración de un derecho de los padres a que sus hijos reciban educación religiosa "en la escuela pública" no era inconstitucional, pese al carácter laico de la educación pública en el país, puesto que esta previsión, "al no distinguir, puede ser entendida como comprensiva de todos los establecimientos educativos reconocidos por las autoridades salteñas"⁽⁹⁹⁵⁾. En otras palabras: como todas las escuelas son "públicas", en algún sentido, la norma no es *per se* inconstitucional, ya que puede interpretarse su alcance como restringido a aquellas escuelas públicas, pero de gestión privada. El principio de que la educación pública debe ser laica, según el tribunal, solo alcanza a las escuelas de gestión estatal, y si el gobierno de Salta así interpretase su Constitución, no habría contradicción con la CN.

Pero cuando, en cuarto lugar, la Corte analizó el modo en que la Constitución salteña era efectivamente interpretada por la provincia, concluyó que el art. 27, inc. ñ), de la ley 7546, que contenía la reglamentación de la provincia del principio general, sí era inconstitucional, por dos motivos. Por un lado, el tribunal sostuvo que pese a la apariencia de neutralidad del artículo —"en principio, de su letra no surge preferencia de ningún culto respecto de otro"⁽⁹⁹⁶⁾—, lo cierto es que este habilitaba la presencia de "patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes. La forma como se ha venido implementando la "enseñanza religiosa" —durante el horario escolar, como parte del plan de estudios y con aval de las autoridades religiosas— ha generado un tratamiento preferencial hacia las personas que profesan el culto mayoritario, sin que la Provincia de Salta haya justificado de manera alguna la necesidad de la política de educación religiosa que implementa"⁽⁹⁹⁷⁾. Por lo tanto, "bajo la apariencia de neutralidad, [la norma] tiene decisivos efectos discriminatorios y, de este modo, viola el principio de igualdad y no discriminación que debe orientar e inspirar las políticas con miras a alcanzar una educación inclusiva que priorice la igualdad plena de oportunidades"⁽⁹⁹⁸⁾. Además, por otro lado, la Corte sostuvo que la obligación de que los padres tuvieran que manifestar, a través de unos formularios obligatorios, si querían que sus hijos recibieran educación religiosa, y en tal caso de qué fe, era violatoria "del derecho que tiene toda persona de no revelar un aspecto de su esfera personal —tales como los pensamientos o la adhesión o no a una religión o creencia— en tanto obliga a divulgar una faceta de la personalidad espiritual destinada a la dimensión propia de cada individuo"⁽⁹⁹⁹⁾.

Finalmente, en quinto lugar, la Corte analizó las implicancias de su decisión para el derecho de aprender y para el derecho de profesar libremente un culto, contenidos en el art. 14 de la CN. Con respecto al primero, el tribunal sostuvo que "resulta plenamente vigente el derecho que tienen los alumnos de las escuelas públicas de Salta a recibir contenidos de historia y filosofía de las religiones dentro del plan de estudios y en horario escolar", pero ello siempre que estos sean "expuestos de manera objetiva y neutral", en línea con la Observación General 13 del Comité DESC⁽¹⁰⁰⁰⁾. La Corte luego se tomó el trabajo de delinear un poco mejor el restrictivo estándar para este tipo de prácticas. El tipo de contenidos válidos, explicó, son "clases donde se brinden conocimientos sobre las principales religiones y de una forma no sesgada. Este campo específico de formación no requiere la adhesión personal de la fe del alumno, sino que exige el respeto a la masa crítica que pueda verificarse en cada

grupo de alumnos"⁽¹⁰⁰¹⁾. Las autoridades deben garantizar "la posibilidad de un pluralismo educativo que asegure que las informaciones y conocimientos que figuran en el plan de estudios se difundan de manera que los alumnos desarrollen un sentido crítico respecto del fenómeno religioso en una 'atmósfera serena preservada de todo proselitismo'"⁽¹⁰⁰²⁾. Para ello, "resulta imprescindible la elaboración de un contenido curricular específico y claro respecto de la neutralidad, que se enfoque en el encuentro interreligioso y en el respeto de los laicos como una manera de lograr la paz social, en la búsqueda de una unidad en la diversidad"⁽¹⁰⁰³⁾.

Finalmente, con respecto a "la libertad de cada habitante de profesar su culto o ninguno en la escuela pública salteña"⁽¹⁰⁰⁴⁾, la Corte resaltó que "dentro de los distintos mecanismos que pueden ser diseñados por los Estados para asegurar el ejercicio de la libertad de culto dentro de la escuela pública reviste especial significación histórica el modelo que estableció la [ley 1420](#), de educación pública de 1884"⁽¹⁰⁰⁵⁾. Así, el tribunal sugirió que el modelo regulatorio en el cual la educación religiosa es admitida en la escuela pública exclusivamente fuera del horario de clase es aquel que ha sido adoptado, históricamente, por nuestro país y aquel vigente en la actualidad a nivel nacional. No obstante, la Corte no se pronunció explícitamente sobre su constitucionalidad o conveniencia, dado que la parte actora no presentó agravios respecto de dicho modelo⁽¹⁰⁰⁶⁾, y que la cuestión no estaba verdaderamente en discusión en el expediente (puesto que no era el modelo adoptado por Salta).

LA REMOCIÓN DEL PRIVILEGIO CATÓLICO

Comentario por Laura Saldivia Menajovsky

La reforma constitucional del año 1994 estableció el abandono del carácter confesional que imponía la Constitución predecesora. Los primeros constituyentes, aquellos de la Convención del año '53, luego de arduas discusiones adoptaron un modelo que se apartaba de una directa confesionalidad católica del Estado propuesta por muchos constituyentes para terminar adoptando uno más tenue pero que de todos modos implicaba una clara vinculación y preferencia hacia el

credo católico. Dicho modelo se encuentra en el art. 2º de la Constitución y estipula: "El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano". Respecto de esta cláusula, la Corte Suprema ha entendido que el tipo de apoyo que debe brindar el Estado a la Iglesia Católica es de índole económico y que ello no implica que el Estado argentino sea confesional. Lo cierto es que este artículo fundamentó la paulatina confesionalización del Estado a través de la sanción de normas y prácticas del más variado tipo que confieren a la religión católica de un estatus jurídico privilegiado (Cód. Civil, ley de medios, pago de sueldos y jubilaciones a obispos, abandono de la exclusividad de la educación pública laica, símbolos religiosos católicos en oficinas del Estado tales como tribunales, fuerzas armadas, ministerios, escuelas, etc.).

La colonización del Estado y sus prácticas por parte del credo católico habilitada por el art. 2º convive en el texto constitucional con otras disposiciones que obligan a su armonización con ellas en el sentido de rever y descartar tal preferencia católica. En primer lugar, el art. 2º debe convivir con otro que garantiza la libertad de cultos y de conciencia, el art. 14, y otro, el art. 20 que, con el fin de alentar la inmigración, establece que los extranjeros gozan del derecho a ejercer libremente su culto. Ya la convivencia entre estos artículos había ocasionado confrontes interpretativos de los que salió victorioso el primer artículo. En segundo lugar, la reforma del '94 incorpora una mirada constitucional a favor de la protección de grupos sociales diversos y minoritarios, principalmente en los arts. 75, incs. 17 y 23, entre otros. En tercer lugar, el art. 75, inc. 22 reconoce con jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos que en diversas cláusulas reconocen los derechos de las minorías y a la diversidad religiosa. En cuarto lugar, los constituyentes del año 1994 han removido cláusulas que privilegiaban el culto católico.

Cabe recordar que la ley que estableció la necesidad de reforma de la Constitución no habilitó la modificación de la primera parte de la Constitución referida a la declaración de derechos donde se encuentra el art. 2º que favorece a la religión católica⁽¹⁰⁰⁷⁾. No obstante este límite a la reforma, los constituyentes dieron claras señales de querer eliminar los beneficios de la Iglesia Católica al modificar una serie de disposiciones del plexo normativo constitucional —de la parte que sí se podía reformar— que jerarquizaban y beneficiaban a dicho culto. De este modo, removieron el requisito de ser católico para el presidente y vicepresidente (ex art. 76). Además, constitucionalizaron un acuerdo celebrado con la Santa Sede en el año 1966 por medio del cual el

Estado se desprende de prerrogativas que tenía respecto de cuestiones eclesiásticas y la posibilidad de intervenir en el manejo de la Iglesia Católica (p. ej., el ejercicio del Patronato, el otorgamiento del pase de bulas y rescriptos pontificios o decretos de los concilios, la facultad del Congreso para autorizar el establecimiento de nuevas órdenes religiosas, y eliminaron la promoción de la conversión de los "indios" al catolicismo (ex art. 67, inc. 15), todo esto con el objeto de hacer más secular al Estado.

Es decir, los constituyentes, respecto de la parte de la Constitución que sí podían modificar, manifestaron su clara voluntad en el sentido de desnudar a la religión mayoritaria de todo privilegio. Ello lleva a pensar que en la Constitución habitan dos voluntades constituyentes, una más confusa, la de mediados del siglo XIX que favorece a la religión católica y que, contradiciendo al art. 2º, establece la libertad de cultos para nacionales y extranjeros, puja que, salvo por un *intermezzo* pro laico durante el gobierno de Roca, termina saldándose a favor del privilegio católico, y otra voluntad, la de fines del siglo XX, que da señales claras de querer renunciar a tal favoritismo —pero cuyas manos están atadas para modificar el art. 2º—. Esta última voluntad, además, reconoce los derechos de los grupos minoritarios, tanto en la misma Constitución como a través de la constitucionalización de los instrumentos internacionales de derechos humanos, instrumentos que también reconocen la diversidad religiosa, lo cual va en sintonía con la eliminación del privilegio de la religión mayoritaria. Esto implica que con las modificaciones introducidas en la reforma del año 1994 se produjo una suerte de inconstitucionalización, derogación del texto magno anterior, de aquella parte que los constituyentes no pudieron modificar relativa al sostenimiento que el gobierno federal debe hacer del culto católico.

Una razón por la cual se deben eliminar los apoyos y beneficios que tanto la Constitución, como las leyes dictadas en sintonía confieren a la religión católica, consiste en que este favoritismo coloca a sus discursos y prácticas en un plano privilegiado respecto de los de otros grupos que carecen de dicho favoritismo, vulnerándose de este modo el derecho a la igualdad y no discriminación. Esta posición jerarquizada proviene tanto del sostén económico que brinda el Estado, que permite a una religión destinar recursos a su tarea proselitista, como del lugar central y, en especial, el carácter de "oficial" que se otorga a un credo que es colocado ante el resto de los cultos o las creencias en un lugar difícil de continuar considerando "igual". Todo ello resulta aún más grave cuando los discursos y las prácticas que reciben el favoritismo estatal enarbolan

ideas discriminatorias contra aquellos grupos de personas cuyas costumbres se diferencian y se apartan del dogma religioso mayoritario privilegiado. Y todavía peor cuando el credo favorecido se opone y aboga activamente contra las reivindicaciones y el reconocimiento de los derechos fundamentales de los grupos minoritarios, desaventajados y/o invisibilizados, como es el caso de las minorías sexuales y de las mujeres⁽¹⁰⁰⁸⁾. Por lo tanto, la comunión del Estado con la religión mayoritaria implica privilegiar la visión particular del orden social y moral que tiene la confesión religiosa católica. Ello determina el relegamiento, la subordinación y la exclusión de otras cosmovisiones, sean o no religiosas, que se apartan de la visión favorecida. La subvaloración en términos económicos y sociales de cosmovisiones no privilegiadas es contraria a una idea robusta del derecho a la igualdad que exige reconocer las diferencias culturales de las personas, como así también examinar y modificar las dinámicas y prácticas estructurales que generan relaciones de dominación de grupos con cosmovisiones, características e intereses diversos respecto de los de la mayoría dominante.

Por ello, corresponde poner una suerte de cerrojo constitucional que impida que el Estado continúe privilegiando al credo católico. Tal cerrojo consiste en reconocer que el art. 2º fue implícitamente, porque no pudo serlo explícitamente, derogado/inconstitucionalizado por la última reforma constitucional. El desarrollo de la práctica constitucional en Argentina desde el retorno de la democracia en 1983, orientada a una mayor protección a los derechos de las minorías, lo que incluye una reforma constitucional —1994— que de forma explícita recepta tal protección, obliga a destronar el favoritismo conferido al catolicismo.

El hecho de que, por un lado, el Estado democrático esté obligado a asegurar el respeto por las minorías y su diversidad y que, por el otro, contribuya con organizaciones religiosas que tienen posturas contrarias al reconocimiento de derechos de grupos en situación de vulnerabilidad, evidencia una gran contradicción moral y jurídica que debiera resolverse a favor del primero. Por consiguiente, mantener a la Iglesia Católica como si fuera una institución estatal con todos los beneficios que ello implica, consolida viejos paradigmas de exclusión y niega una sociedad pluralista y diversa. El grado actual del alcance de la protección del derecho a la igualdad, que incluye la protección de grupos minoritarios desaventajados, exige la armonización del marco constitucional de forma tal que se reinterprete en el sentido de su remoción, es decir, que se derogue/inconstitucionalice toda cláusula que favorezca a algún grupo mayoritario que niegue los

derechos de los grupos minoritarios que luego de décadas de luchas han logrado su reconocimiento jurídico⁽¹⁰⁰⁹⁾.

"(...) de enseñar y aprender".

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Comentario por Damián Azrak, Maximiliano Carrasco

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende abordar los alcances de la protección constitucional del derecho a la educación, analizando las normas constitucionales (y los instrumentos internacionales de derechos humanos) que lo regulan, con una mirada atenta en su vinculación con otros derechos humanos. Asimismo, lo analizaremos bajo el paradigma de que su efectivización es un pilar esencial para el desarrollo de una vida autónoma e igualitaria, y para la participación en una sociedad democrática y el autogobierno colectivo.

A estos fines, y a los efectos de lograr comprender cabalmente el alcance del derecho a la educación, concepto interpretable como cualquier otro derecho⁽¹⁰¹⁰⁾, haremos un repaso por la práctica constitucional argentina⁽¹⁰¹¹⁾. Especialmente, nos detendremos en la forma en que ha sido interpretado por el máximo tribunal del país y en los compromisos asumidos tanto a nivel nacional como internacional.

II. LA EDUCACIÓN COMO PRECONDICIÓN DE UNA CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA

Podríamos afirmar que existe un amplio consenso sobre el valor vital que posee la educación en el desarrollo de una ciudadanía plena y la autonomía de la persona.

En este orden, desde una visión epistémica de la democracia, es claro que las personas que participen lo deben hacer bajo la premisa de un cumplimiento y goce efectivo de bienes primarios, o en palabras de Carlos S. Nino, "derechos *a priori*"⁽¹⁰¹²⁾. Específicamente, en relación con el derecho a la educación, el autor argentino expresaba:

"La educación es esencial para la posibilidad de elegir libremente planes de vida e ideales de bien. Por otro lado, una determinada

educación es necesaria para materializar el plan de vida o el ideal del bien libremente elegido. Además, la educación de la población es conducente al adecuado funcionamiento del proceso democrático, sobre todo cuando éste es justificado sobre el valor epistemológico. Pero si bien la educación es uno de los recursos primarios que deben distribuirse igualitariamente en una sociedad comprometida con el valor de la autonomía ecuánimemente distribuida, él no es un bien neutral: el que la educación sea un bien depende de cuál sea el contenido y el método de esa educación"⁽¹⁰¹³⁾.

A similar conclusión argumental se puede arribar desde una teoría republicana: la libertad republicana, para ser puesta en práctica, exige determinadas condiciones. La primera condición es un determinado nivel de suficiencia material, de lo contrario, las personas harían cualquier cosa para conseguirla, incluso aceptar la dominación ajena, lo cual lejos está de favorecer el sistema democrático en forma igualitaria⁽¹⁰¹⁴⁾.

Retomando el derecho que nos convoca, no quedan dudas que un compromiso sincero con el sistema democrático argentino que al mismo tiempo sea respetuoso de la igualdad, la autonomía personal y la libertad, requiere dotar a todas las personas de ciertas condiciones básicas que permitan una participación robusta en la empresa democrática. Condiciones que no solo son cumplidas con el derecho al voto y la libertad de expresión, sino con bienes primarios y fundamentales como el *derecho a la educación*, el derecho a la alimentación, el derecho a la salud y el derecho a la vivienda digna y adecuada⁽¹⁰¹⁵⁾.

III. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

El derecho a la educación, a diferencia de otros derechos fundamentales que fueron incorporándose mediante las reformas constitucionales, fue expresamente reconocido en la Constitución histórica de 1853⁽¹⁰¹⁶⁾.

Así, el art. 5º, al distribuir las competencias locales y nacionales, estableció que cada provincia deberá dictar una Constitución que asegure la educación primaria gratuita. La reforma constitucional de 1860 modificó este artículo, suprimiendo el carácter gratuito obligatorio.

El art. 14, por su parte, reconoció en cabeza de todas y todos los habitantes de la Nación el derecho de enseñar y aprender. También, en el art. 25, se dejó plasmado que el Gobierno federal no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el

territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto, entre otras cosas, introducir y enseñar las ciencias y las artes. Y el art. 64, inc. 16 —art. 67, inc. 16 post reforma de 1860—, estableció, entre las atribuciones del Congreso, la consistente en "proveer lo conducente (...) al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria (...)".

Con la reforma constitucional de 1994, el derecho a la educación se vio robustecido, sea mediante la incorporación de disposiciones específicas, o mediante los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Entre otras nuevas referencias que se encuentran en la Constitución, están las que se incorporaron en los arts. 41 y 42 dentro del capítulo segundo de Nuevos Derechos y Garantías. Así, en el art. 41, que versa sobre el derecho al ambiente sano, se habla de la necesidad de proveer a la información y educación ambiental, y en el art. 42, sobre derechos de consumidores y usuarios, se fija la obligación de proveer a la educación para el consumo.

Por otro lado, entre las atribuciones del Congreso Nacional —post reforma de 1994 contenidas esencialmente en el art. 75—, se mantuvo la denominada "cláusula del progreso" (planteada originalmente en el art. 67, inc. 16, y hoy plasmada en el art. 75, inc. 18), pero también se agregaron dos disposiciones en la nueva redacción, según las cuales corresponde al Congreso:

i) "(...) reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y, en consecuencia, garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural" (art. 75, inc. 17); y ii) "(...) sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales" (art. 75, inc. 19, párrs. 3º y 4º).

3.1. Los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) que reconocen el derecho a la educación

Como mencionamos anteriormente, el derecho a la educación también encuentra protección constitucional post reforma de 1994 a través de instrumentos internacionales de derechos humanos dotados de jerarquía constitucional. Se destaca, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), que regula este derecho en los arts. 13 y 14, constituyendo el primero de los artículos la disposición más extensa del Pacto y la regulación de alcance más amplio y más exhaustivo sobre el derecho a la educación de toda la legislación internacional sobre los derechos humanos. En el art. 13, el PIDESC establece que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Asimismo, establece la obligatoriedad de la escuela primaria, accesible y gratuita, y la generalización y accesibilidad de la educación secundaria. En lo que se refiere a la educación superior, el Pacto establece que esta debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad y por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita⁽¹⁰¹⁷⁾.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los arts. 28 y 29 regula ampliamente el derecho a la educación de un modo similar al PIDESC, aunque establece específicamente la obligación de los Estados de adoptar medidas para reducir las tasas de deserción escolar y para que la disciplina en las escuelas sea acorde a los derechos enumerados en la Convención y compatibles con la dignidad humana. Por otra parte, el derecho a la educación no se agota en la "enseñanza escolar", ya que el art. 28 hace mención a la enseñanza profesional, la eliminación del analfabetismo y el acceso a los conocimientos técnicos.

IV. ALGUNAS PRECISIONES RESPECTO DE LOS ALCANCES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Enunciado el cuerpo legal que protege de manera general el derecho a la educación, en lo que sigue ahondaremos en su contenido, sus límites, alcances y su relación con la igualdad y la autonomía personal.

4.1. La educación laica como principio democrático e igualitario

Como mencionamos con anterioridad, con cita a Nino, la educación tiene una prioridad particular respecto de la autonomía personal en virtud de que es esencial para la posibilidad de elegir

libremente planes de vida e ideales del bien. Sin embargo, también afirmamos que una determinada educación es necesaria para materializar el plan de vida o ideal del bien libremente elegido⁽¹⁰¹⁸⁾. Es así que, además de los recursos materiales con los que debe contar todo educando, el contenido obligatorio que se imparta en los establecimientos educativos, conforme al compromiso antiperfeccionista que asumimos como comunidad, debe estar libre de adoctrinamientos, especialmente, religiosos.

Si bien es cierto que en materia de educación de niños/as, se le reconoce a los padres, y en su caso a los tutores, el derecho a que sus hijos/as o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (conf. art. 12.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, protectorio de la libertad de conciencia y de religión), el Estado democrático debe establecer límites a la patria potestad para asegurar que los/as niños/as y adolescentes accedan a una educación lo más neutral posible dentro del marco de los valores de autonomía personal y democracia⁽¹⁰¹⁹⁾.

En esta línea, el 8 de julio de 1884, el Poder Legislativo Nacional, luego de un intenso debate, dictó una norma basal en materia educativa: la [ley 1420](#) de educación común. Específicamente, nos detendremos en su art. 8º mediante el cual se estableció: "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 clase*"⁽¹⁰²⁰⁾.

Luego, en diciembre de 1943, el decreto presidencial 18.411 estableció en su art. 1º que la enseñanza de la religión católica debía ser impartida como materia ordinaria en los planes de estudio de todas las escuelas públicas de enseñanza primaria, post primaria, secundaria y especial. Dicho decreto fue ratificado por la ley 12.978 de 1947, que derogaba tácitamente el [art. 8º](#) de la [ley 1420](#). Posteriormente, la ley 14.401 de 1955 dejó sin efecto las dos normas antes mencionadas, ante lo cual la [ley 1420](#) recobró su vigencia.

Avanzando en el tiempo, ni la Ley Federal de Educación ([ley 24.195](#), de 1993) ni la Ley de Educación Nacional (ley 26.206, de 2006⁽¹⁰²¹⁾) han derogado de forma expresa la [ley 1420](#). Pese a ello, el Digesto Jurídico Argentino consideró que la [ley 1420](#) había sido derogada completamente en virtud de que la [ley 24.195](#) establece que todas las disposiciones que se opusieran a esa norma debían considerarse derogadas.

Frente a tal decisión, desde la academia se presentó una observación⁽¹⁰²²⁾ con la intención de señalar que el [art. 8º](#) de la [ley 1420](#) se encontraba en realidad vigente, ya que no se oponía a

ninguna disposición de la Ley Federal de Educación ni de la Ley de Educación Nacional y, debido, a ello debía ser incorporado al cuerpo normativo ordenado por la [ley 26.939](#) (ley de aprobación del Digesto Jurídico Argentino). Como respuesta a esta presentación, con fecha 6/5/2015, la mentada Comisión Bicameral dictaminó que la [ley 1420](#) no tiene aplicación en Argentina, pues se encuentra derogada.

Desde el derecho internacional de los derechos humanos, y en consonancia con una defensa de la educación laica y de los principios de no discriminación e igualdad, vale destacar los parámetros dados por el Comité de Derechos Humanos —órgano de supervisión del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de jerarquía constitucional— en la Observación General nro. 22 "Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, art. 18 —Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión" —. El Comité opina que el párr. 4º del art. 18 del PIDCP "permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva. La libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones proclamada en el párr. 4º del art. 18 está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párr. 1º del mismo art. 18. El Comité señala que la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párr. 4º del art. 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores"⁽¹⁰²³⁾.

Desde la jurisprudencia local, en línea con un compromiso laico en materia educativa, en junio de 2010, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y un grupo de madres de alumnos de escuelas públicas salteñas iniciaron una acción de amparo colectiva contra el Ministerio de Educación de la Provincia de Salta para que declare la inconstitucionalidad del art. 27, inc. ñ) de la ley provincial de educación (ley 7546) que establece impartir educación religiosa dentro del horario de clase en las escuelas públicas de la provincia, lo cual en la práctica implicaba el dictado de la religión predominante (católica) y lo consideraban por ello violatorio de los derechos constitucionales de igualdad, de libertad de culto, religión y conciencia, de recibir una educación libre de discriminación, y de respeto a las minorías étnicas y religiosas. En marzo de 2012, la sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta hizo lugar parcialmente a la demanda y ordenó al Estado provincial

adoptar las medidas necesarias para que cesen las conductas que imponen prácticas de la religión católica a estudiantes de las escuelas públicas de educación primaria. Pero luego, en 2013, la Corte salteña resolvió que la enseñanza católica en las escuelas públicas de la provincia es constitucional, disponiendo que se implemente un programa alternativo para quienes no deseen ser instruidos en esa religión. Frente a tal decisión, la parte actora interpuso recurso extraordinario que le fue concedido. La CS, en su sentencia del 12/12/2017⁽¹⁰²⁴⁾ declaró inconstitucional el inc. ñ) del art. 27 de la ley 7546, ya que entendió que, en tanto en la práctica esta norma generaba una situación de desventaja para algunos grupos —v.gr., grupos religiosos minoritarios, personas no creyentes— se estaba afectando el principio de igualdad y no discriminación. También la CS declaró la inconstitucionalidad de la norma que fijaba la obligación de los padres de manifestar si deseaban que sus hijos recibieran educación religiosa —disposición 45/2009 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial de la Provincia de Salta— en tanto estaba siendo vulnerado esencialmente el derecho a la intimidad⁽¹⁰²⁵⁾.

4.2. Gratuidad

Tal como se adelantó, la Constitución histórica de 1853 en su art. 5º establecía el deber de cada provincia de dictar una Constitución que asegure la educación primaria gratuita. Sin embargo, el carácter gratuito fue suprimido con la reforma de 1860.

Al mismo tiempo, la gratuidad de la educación también estaba garantizada en la Ley de Educación Común (ley 1420), que establecía el carácter gratuito y obligatorio de la instrucción primaria. También vale mencionar el dec. 29.337 del año 1949, por medio del cual se suspendió el cobro de aranceles en las universidades nacionales.

Con la reforma constitucional de 1994, se fijó expresamente en el texto de la CN la obligación estatal en relación con la gratuidad de la educación en el art. 75, inc. 19, el cual establece que corresponde al Congreso "(...) respetar los principios de gratuidad y equidad en la educación pública, sin distinguir niveles de enseñanza (...)". Asimismo, la jerarquía constitucional otorgada a diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22), robustecieron el estatus de disposiciones tales como las expresadas en el PIDESC o en otros Instrumentos como la CDN, anteriormente referida en el punto 3.1.

El art. 13, inc. 2º b del PIDESC, establece "la enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza

secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita".

En el mismo sentido, leyes nacionales posteriores a la reforma, tales como la Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (ley 26.061, del año 2005), o la Ley Nacional de Educación (ley 26.206, del año 2006)⁽¹⁰²⁶⁾, también fueron contundentes en dejar plasmada la gratuidad de la educación pública en todos los servicios estatales, niveles y modalidades⁽¹⁰²⁷⁾.

4.3. El derecho a la educación y su vínculo con el derecho a la igualdad

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra reconocido en la CN y en los diversos tratados con jerarquía constitucional⁽¹⁰²⁸⁾.

En lo que refiere al ámbito educativo, el art. 75, inc. 19 establece que corresponde al Congreso: "Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los *principios de gratuidad y equidad* de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales".

En este orden, no se puede dejar de soslayar que Argentina ratificó en el año 1963 un instrumento internacional específico en la materia: la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza 1960. Por su parte, la Ley de Educación Nacional 26.206 refuerza a lo largo de todo su texto el compromiso igualitario⁽¹⁰²⁹⁾.

4.3.1. Igualdad de mujeres y varones en el acceso a establecimientos educativos

Este tema fue abordado por la CS en el fallo "Cristina González de Delgado y otros c. Universidad Nacional de Córdoba s/amparo", de septiembre de 2000⁽¹⁰³⁰⁾.

En el caso referido, un grupo de padres de alumnos regulares del Colegio Monserrat (dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, y que goza de gran prestigio académico), interpuso acción de amparo con el objetivo de que el Consejo Superior de la Universidad se abstuviera de aprobar un proyecto para que el

Colegio se transformara en un establecimiento de carácter mixto. El grupo de padres manifestó que la costumbre arraigada de admitir solo varones en el Colegio Monserrat se adaptaba a la naturaleza y estructura de personalidad de sus hijos y la modificación propuesta implicaría un cambio drástico. Ante rechazos de la demanda en primera instancia y en Cámara, la parte actora interpuso recurso extraordinario ante la CS que también fue rechazado, ya que el Máximo Tribunal consideró que las autoridades de la universidad se encontraban en condiciones de tomar decisiones vinculadas a políticas educativas, aun cuando produjeran modificaciones sobre el régimen interno del colegio en cuestión.

En este sentido, la Corte hizo referencia al art. 75, inc. 19 de la CN, en lo que respecta a la autonomía universitaria, y el fallo es usualmente citado para abordar dicha temática. Pero el aspecto interesante a resaltar en materia de "educación e igualdad", es que diferentes jueces pronunciaron votos concurrentes, por separado, conteniendo consideraciones sobre el principio de igualdad y los derechos de las mujeres.

Siguiendo a Saba "la mayoría de los argumentos de los ministros de la Corte se articularon en torno al principio de [igualdad como] no discriminación, identificando al "'sexo' como criterio irrazonable apoyado en la tradición dominante de interpretación del principio de igualdad ante la ley"⁽¹⁰³¹⁾. Así, Fayt, en su voto, expresó: "no puede pensarse que usos de tiempos anteriores a estos profundos cambios sociales y políticos puedan sin más generar una suerte de estatuto inmodificable en la educación media de nuestros jóvenes, privando a las mujeres de acceder a niveles calificados de ésta". Petracchi, por su parte, y en similar línea, consideró que la existencia de un único colegio nacional —el Monserrat—, que brindaba educación exclusivamente a alumnos varones sin que existiera otro bachillerato de calidad similar destinado a alumnas mujeres, resultaba violatorio del art. 10 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y de las demás normas antidiscriminatorias.

Ahora bien, un punto interesante que destaca Saba es que en el voto del juez Petracchi se reconocen también "rasgos emergentes de una idea diferente de igualdad, más cercana a la de no sometimiento"⁽¹⁰³²⁾. Así, en el consid. 9º de su voto, el ministro de la Corte expresa que "las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia"⁽¹⁰³³⁾.

4.3.2. Educación inclusiva de las personas con discapacidad⁽¹⁰³⁴⁾

En este punto debe destacarse lo dispuesto por la CN en el art. 75, inc. 23, el cual prevé la sanción de leyes y la adopción de medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato sin discriminación alguna a las personas con discapacidad.

En consonancia con dicha disposición, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD), ratificada por Argentina, establece en su art. 24, inc. 2º el deber de los Estados de asegurar que "(a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad; (b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan; (c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales; (d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva; (e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión".

El derecho a la educación inclusiva reconocido en la CDPCD plantea diferentes desafíos a la política pública del Estado. Siguiendo a Pérez Bello⁽¹⁰³⁵⁾: "exige una importante transformación del sistema educativo existente que incluye reformas legales, la cual requiere decisión política de emprenderla, como así también la labor coordinada de numerosos actores, incluyendo los que hoy tienen su rol y función en relación con la educación de personas con discapacidad, sea desde el ámbito de la educación o de otros. En particular, la participación de organizaciones de personas con discapacidad debe ser garantizada, en razón del art. 4.3 de la Convención", y agrega: "ante la insuficiencia de los sistemas educativos actuales y sus estructuras, la obligación de efecto inmediato de proveer ajustes razonables, parte de la obligación de no discriminar, ha de tener un rol crucial en la resolución judicial de conflictos, como así también en el desarrollo de la práctica educativa y de la toma de conciencia sobre la necesidad de su reforma sistémica en relación con el derecho reconocido".

Vinculado a la obligación de no discriminar, debe destacarse, tal como lo hacen Aisenstein y Finoli⁽¹⁰³⁶⁾, la Ley de Educación Nacional, que fija como objetivos de la política educativa nacional "asegurar una educación de calidad con igualdad de oportunidades y posibilidades", "asegurar condiciones de igualdad, respetando las diferencias entre las personas sin admitir discriminación de género ni de ningún otro tipo" y "promover en todos los niveles educativos y modalidades la comprensión del concepto de eliminación de todas las formas de discriminación" (art. 11, incs. a], f] y v]).

Tanto el artículo constitucional sobre medidas de acción positiva, como lo dispuesto por la CDPD y la Ley de Educación Nacional, suponen un fuerte compromiso del Estado para con un paradigma de educación inclusiva de las personas con discapacidad.

4.3.3. El derecho a la educación, a enseñar y la igualdad

El ingreso a la carrera docente o a un puesto laboral en un establecimiento educativo, como cualquier otro empleo, puede contener condiciones para el acceso. Sin embargo, cuando las condiciones o exigencias a cumplir están basadas en ciertas categorías, tales como características físicas, género, religión, condición social, nacionalidad, entre otras, deben ser analizadas con especial sospecha, ya que podrían responder a prejuicios y ser violatorias del principio de igualdad y no discriminación⁽¹⁰³⁷⁾.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentenció dos casos que ilustran lo antes argumentado: "Almirón"⁽¹⁰³⁸⁾ y "Arenzón"⁽¹⁰³⁹⁾.

En el primer caso, se promovió una acción de amparo a favor de una joven de 18 años que deseaba ingresar al Instituto Superior de Educación Católica, donde pretendía cursar el profesorado de Geografía. Ingreso que se le había negado en virtud de carecer totalmente de visión en el ojo izquierdo.

La CS de la última dictadura militar, entendió que la "exigencia de la visión en los ojos no guarda relación de proporción con el objetivo de estudiar el profesorado de geografía, y por lo contrario, significa un atentado, en el caso, al pleno ejercicio de los derechos de aprender y enseñar consagrados en el art. 14 de la CN".

En "Arenzón", la Corte, en el período constitucional, también desarrolló el vínculo entre del derecho a enseñar y la igualdad. En dicho caso se discutía una resolución dictada por el Ministerio de Educación de la última dictadura militar que exigía una estatura mínima de 1,60 m, a los varones que deseen ingresar al Instituto Nacional Superior del Profesorado Doctor Joaquín V. González.

La mayoría del tribunal federal, con apoyo en las reflexiones del procurador general, confirmó la sentencia que ordenó al Ministerio de Educación de la Nación la matriculación del actor en el Instituto Nacional Superior de Profesorado Doctor Joaquín V. González, en la especialidad de Matemática y Astronomía, pese a no contar aquel con la estatura mínima —1,60 m— exigida por la res. 957/1981 del Ministerio antes mencionado, sin perjuicio del cumplimiento de las restantes exigencias reglamentarias previstas.

Asimismo, a los efectos de analizar el vínculo entre el derecho a enseñar, la igualdad y la discrecionalidad estatal, vale repasar el que tal vez fue uno de los votos más enfáticos y elocuentes que se han leído del Máximo Tribunal y que han sido expresados por los ministros Belluscio y Petracchi, en el caso de referencia.

Los jueces mencionados, reconocen que el Estado tiene en la educación un interés vital y concluyen, en relación con la resolución que "este extravagante privilegio de los que miden más de 1,60 m es incompatible con la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente".

Para arribar a dicha conclusión han entendido que la reglamentación estatal es manifiestamente irrazonable respecto de los derechos de enseñar y aprender y afecta la dignidad de las personas que inicualemente discrimina y, por lo mismo, conculca las garantías consagradas en los arts. 14, 16, 19 y 28 de la CN. Ello no implica, concluyen, "descartar de plano una regulación que restrinja la admisión en establecimientos oficiales de enseñanza por razones distintas a la naturaleza puramente técnica. Empero, la limitación que tales normas impongan deberá ser equitativa y razonable, esto es, comprensiva de situaciones claramente incompatibles con el ejercicio normal de la actividad de que se trata".

4.4. Educación bilingüe e intercultural de los pueblos indígenas⁽¹⁰⁴⁰⁾

La CN es clara respecto del derecho que les asiste a los pueblos indígenas a recibir una educación intercultural y bilingüe. El art. 75, inc. 17 de ese texto legal, determina que corresponde al Congreso "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. *Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural (...)*".

En esa línea, la ya mencionada Ley de Educación Nacional 26.206 trata especialmente la temática. La primera mención la encontramos dentro de los principios y fines que deben regular toda la política educativa nacional. El art. 11, inc. ñ), establece que se debe "asegurar a los pueblos indígenas el respeto a su lengua y a su

identidad cultural, promoviendo la valoración de la multiculturalidad en la formación de todos/as los/as educandos/as".

Posteriormente, la ley nacional le dedica un capítulo al tema. En el art. 52, que enfáticamente establece: "la Educación Intercultural Bilingüe es la modalidad del sistema educativo de los niveles de Educación Inicial, Primaria y Secundaria que garantiza el derecho constitucional de los pueblos indígenas, conforme al art. 75 inc. 17 de la CN, a recibir una educación que contribuya a preservar y fortalecer sus pautas culturales, su lengua, su cosmovisión e identidad étnica; a desempeñarse activamente en un mundo multicultural y a mejorar su calidad de vida. Asimismo, la Educación Intercultural Bilingüe promueve un diálogo mutuamente enriquecedor de conocimientos y valores entre los pueblos indígenas y poblaciones étnica, lingüística y culturalmente diferentes, y propicia el reconocimiento y el respeto hacia tales diferencias".

A estos fines, en los artículos siguientes prescribe que el Estado es el responsable de crear las agencias estatales que hagan efectivos los derechos antes reconocidos. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por la [ley 24.071](#), vigente en la Argentina desde el año 1992, también garantiza y protege el derecho a la educación intercultural y bilingüe de los pueblos originarios. Este cuerpo legal⁽¹⁰⁴¹⁾, no solo establece que los programas y los servicios de educación destinados a esa población deberán abarcar su historia, sus conocimientos y valores, sino también determina que la autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, a los efectos de propender de manera progresiva la realización de los programas de estudios. También ordena que los gobiernos deberán reconocer el derecho de los pueblos indígenas a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. A estos fines, deberán facilitárseles recursos apropiados.

4.5. Derecho a aprender y objeción de conciencia⁽¹⁰⁴²⁾

Tal como resume Marcelo Alegre⁽¹⁰⁴³⁾, el derecho a la objeción de conciencia consiste en el derecho a no ser obligado a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas muy profundas del individuo⁽¹⁰⁴⁴⁾. La objeción de conciencia encuentra protección constitucional en la conjugación de los derechos a la libertad religiosa y de conciencia y el derecho a la autonomía

personal (arts. 14 y 19 de la CN). En la práctica constitucional argentina, este derecho se ha ido aplicando en distintos campos y por distintos actores.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de la última dictadura militar tuvo la oportunidad de expedirse tangencialmente sobre el asunto en, al menos, dos casos: "Barros"⁽¹⁰⁴⁵⁾ y "Ascencio"⁽¹⁰⁴⁶⁾.

En "Barros", la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo desestimó la acción de amparo promovida por Juan Carlos Barros en representación de sus hijos, quienes fueron separados de la escuela por negarse a reverenciar los símbolos patrios según las disposiciones paternas fundadas en las convicciones religiosas. El actor interpuso recurso extraordinario que fue concedido.

La CS revocó la sentencia y, para hacerlo, no se basó —como es esperable de un tribunal *de facto*— fundamentalmente en el derecho a la libertad de conciencia, sino en argumentos de índole paternalista respecto de la voluntad de los niños. Afirma el Máximo Tribunal que la medida disciplinaria aplicada, por sus efectos y alcances, provoca un serio perjuicio para aquellos, pues reviste el carácter de una inhabilitación permanente para asistir a la escuela pública argentina. A su vez, concluye que cuesta admitir la decisión que afectaba a dos menores de edad carentes de discernimiento, cuya actividad meramente pasiva no constituía una manifestación razonada de falta de respeto a los símbolos patrios y sí de obediencia a la autoridad paterna, por lo que negar todo acceso a quienes todavía no están habilitados para apreciar por sí mismos el valor de esos bienes es impedir la formación posterior del propio juicio y minimizar la función educativa de la enseñanza primaria, con desconocimiento del alto interés nacional⁽¹⁰⁴⁷⁾.

Nuevamente en "Ascencio", la Corte Suprema tenía la oportunidad de respetar el derecho a la libertad de conciencia de un niño —testigo de Jehová— y anular su expulsión del sistema educativo, sin embargo, lo hizo pero por otros motivos⁽¹⁰⁴⁸⁾. En la sentencia, el Tribunal entendió que resulta excesiva la resolución que estableció directamente la sanción expulsiva de la escuela como única e inmediata consecuencia posible frente a la comprobación de haberse negado el alumno a reverenciar los símbolos patrios, si no se han invocado antecedentes desfavorables respecto del alumno que cumplió normalmente anteriores ciclos escolares.

Más recientemente, la Corte Suprema se vio nuevamente frente a un caso en el que entraba en juego la libertad de culto y el derecho a la educación/enseñanza. El máximo tribunal, en el fallo "Asociación de Testigos de Jehová c. Consejo Provincial de Educación del Neuquén"⁽¹⁰⁴⁹⁾, declaró inadmisibile el recurso extraordinario por

inexistencia de causa/controversia, dado que la norma impugnada no había sido publicada. Sin embargo, vale destacar las reflexiones realizadas por Highton en su disidencia.

La jueza entendió que se encontraba acreditada la causa/controversia porque si bien la resolución impugnada no había sido publicada, de las constancias surge que dicha normativa se aplica en la práctica a quienes profesan el culto Testigos de Jehová. Asimismo, explica que la misma fue difundida oficialmente entre las autoridades docentes y que se está aplicando. Entender lo contrario, implicaría incurrir en un exceso ritual incompatible con la finalidad última de resguardar la vigencia de la CN que le corresponde a esta Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, la magistrada analizó el fondo del asunto llevado a los tribunales.

En lo que respecta al tema que nos convoca, comprendió que en la práctica constitucional argentina existe un amplio reconocimiento de la libertad religiosa y de conciencia, y a la privacidad. Dicho reconocimiento incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia. En este entendimiento, concluye Highton: "que la norma en examen, en tanto exige una participación activa en la honra a los símbolos patrios, vulnera la libertad de conciencia, de religión y de culto, el derecho a la privacidad y a trabajar de los docentes que integran el culto Testigos de Jehová. Por lo demás, dicha exigencia resulta incompatible con la prohibición de discriminar por razones religiosas consagrada en el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de jerarquía constitucional. Asimismo, al obligar por aplicación de la res. 100/1995 y sus antecedentes a los miembros del culto en cuestión a participar en ceremonias patrias, se está violentando su derecho a la objeción de conciencia mediante una medida de neto corte segregacionista, en infracción al párrafo segundo del art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) Que, por último, cabe agregar que los docentes Testigos de Jehová, con sus conductas de abstención pasiva respecto de los símbolos patrios, no provocan confusión en sus alumnos. Por el contrario, es el reconocimiento del pluralismo y la posibilidad de adaptar las creencias de los Testigos de Jehová con sus obligaciones como docentes, instruye a los menores sobre el respeto a las creencias de los demás".

* * *

Art. 14 bis.—

El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

DERECHO CONSTITUCIONAL LABORAL

Comentario por Jonás Elfman

I. ORIGEN

El perfil ideológico del primer período constitucional de nuestro país (Constitución 1853-60) se caracterizó por su carácter liberal conservador. Este perfil tuvo como consecuencia un texto constitucional que garantizó una robusta protección de derechos individuales y, simultáneamente, planteó una división de los poderes públicos desbalanceada en favor del Poder Ejecutivo Nacional⁽¹⁰⁵⁰⁾. Dicha matriz política tuvo su impacto en el mercado laboral. Los

sectores que a fines del siglo XIX y principios del XX comenzaron progresivamente a incorporarse a un naciente mercado de trabajo se encontraron sin ningún tipo de protección frente a las inequitativas condiciones que imponía la lógica de mercado.

Se organizaron entonces movimientos sociales de distinto extracto ideológico pero con una meta común: combatir el problema de la inequidad y poner en agenda la "cuestión social". La irrupción de estos sectores impulsó una segunda oleada de reformas constitucionales cuya nota distintiva fue la incorporación de las demandas sociales a los textos constitucionales. Se esperaba que una expansión en la carta constitucional de derechos trajera aparejadas condiciones sociales más igualitarias⁽¹⁰⁵¹⁾. Si bien el nuevo programa constitucional generó importantes cambios, en diversas circunstancias encontró su límite político en las decisiones de los órganos de gobierno que se negaron a seguirlo, lo reglamentaron en forma restrictiva o, simplemente, omitieron generar un marco normativo adecuado para efectivizarlo⁽¹⁰⁵²⁾. La judicialización de los derechos emergió como principal alternativa frente al incumplimiento estatal para exigir su realización. Sin embargo, en muchos casos, significó apelar a una estrategia de resistencia más que de construcción⁽¹⁰⁵³⁾. Instrumentar una reforma política que permita ampliar el marco de participación en las decisiones de gobierno sigue siendo una de las grandes deudas pendientes de los procesos constitucionales de nuestra región en el camino hacia la efectivización de los derechos⁽¹⁰⁵⁴⁾.

Durante la primera mitad del siglo XX, nuestro país dictó distintas leyes que buscaron brindar cierto grado de protección a los trabajadores⁽¹⁰⁵⁵⁾. Sin embargo, los derechos sociales recién tuvieron recepción constitucional a través de la reforma de 1949, en especial, a través de los arts. 37 y 68, inc. 11 de dicha Constitución⁽¹⁰⁵⁶⁾. En 1956, un nuevo gobierno *de facto* derogó la Constitución de 1949 y reinstauró la de 1953-60. No obstante, convocó una Convención Constituyente que en el año 1957 sancionó el art. 14 bis e incorporó la facultad del Congreso de dictar el Cód. del Trabajo y el de la Seguridad Social (art. 67, inc. 11, CN —actualmente art. 75, inc. 12, CN—). El primer artículo amplió los derechos reconocidos por la Constitución de 1949 (p. ej., derecho de huelga). El segundo, se materializó en forma parcial con la sanción de Ley de Contrato de Trabajo en el año 1974, que recogió y expandió los principios y derechos consagrados por el art. 14 bis, CN⁽¹⁰⁵⁷⁾.

A pesar de que tanto la reforma constitucional de 1949 como la de 1957 expresaron una preocupación en torno a una problemática común (el problema de la justicia social), la vara con la que se juzga

uno y otro proceso constitucional no suele ser la misma. Mientras la crítica contra la Convención de 1949 es extendida, convocada por una ley que no reunía las mayorías exigidas por el texto constitucional (art. 30, CN)⁽¹⁰⁵⁸⁾, paradójicamente, se tiende a guardar cierta condescendencia hacia la Convención Constituyente de 1957, convocada por un gobierno *de facto* que no ostentaba ningún tipo de legitimidad democrática y actuaba al margen de la Constitución⁽¹⁰⁵⁹⁾.

De todas formas, los derechos sociales ganaron nuevo impulso con la reforma constitucional de 1994. Dicha reforma, por un lado, incorporó nuevas cláusulas de protección social dirigidas a los poderes del Estado⁽¹⁰⁶⁰⁾ y, por el otro, confirió jerarquía constitucional a un conjunto de tratados internacionales que reforzaron la protección de los trabajadores (art. 75, inc. 22, CN)⁽¹⁰⁶¹⁾.

II. EL PRINCIPIO PROTECTORIO

El art. 14 bis se divide en tres partes: los derechos individuales del trabajador, los derechos colectivos del trabajador y los derechos de la seguridad social. Sin embargo, cada uno de estos tres segmentos de la norma se encuentra atravesado por una directiva común: el principio protectorio. Este principio es la contracara de la relación asimétrica que caracteriza el vínculo entre empleadores y trabajadores⁽¹⁰⁶²⁾. Para ello, la Constitución confiere al trabajador "tutela constitucional preferente"⁽¹⁰⁶³⁾. Conforme surge de la fórmula empleada por el constituyente ("el trabajo, en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes") dicha protección alcanza todas las facetas en las que se desarrolla el trabajo (individual o colectivo, privado o público).

Como señala Pirolo, el principio protectorio no es meramente declamatorio⁽¹⁰⁶⁴⁾, constituye una directiva dirigida al legislador para el diseño de su política legislativa. Pero también, como reconoce Grisolia, es una directiva dirigida al juez para interpretar la ley⁽¹⁰⁶⁵⁾.

La aplicación del art. 14 bis conlleva importantes desafíos. No solo porque algunos de los derechos consagrados en este artículo requieren algún tipo de reglamentación para su ejercicio (p. ej., participación en las ganancias de las empresas) sino, más importante aún, porque la amplitud de los términos que emplea genera profundos desacuerdos sobre su alcance, probablemente, no menos complejos de aquellos que pesan sobre otros artículos de la Constitución. ¿Qué se entiende por condiciones "dignas y equitativas" de labor, retribución "justa", organización sindical "libre y democrática"? ¿Cuál es límite de horas laborables ("jornada limitada")? ¿Cuándo se viola el trato igualitario que debe primar entre los trabajadores ("igual remuneración por igual tarea")? ¿Qué tipo de

protección debe asegurarse al trabajador contra el "despido arbitrario"? ¿Cuál es la naturaleza del régimen de estabilidad en el empleo privado y cuál su naturaleza en el empleo público? ¿Qué tipo de garantías gozan los representantes sindicales para desempeñar su función? Todas ellas, son algunas de las preguntas que intentaremos abordar en este artículo.

III. DERECHOS INDIVIDUALES DEL TRABAJADOR

La Constitución reconoce un piso de derechos a todo trabajador que las normas que reglamentan su ejercicio (leyes, estatutos, convenios colectivos, reglamentos de empresa, contratos individuales) no pueden vulnerar. Su reglamentación solo puede tender a ampliar sus alcances.

3.1. Condiciones dignas y equitativas de labor

A juicio de Pirolo, los términos "dignidad" y "equidad" empleados por el constituyente permitirían interpretar la cláusula en dos sentidos intervinclados pero diferentes entre sí⁽¹⁰⁶⁶⁾. En un primer sentido, dice el autor, se podría asociar condiciones de trabajo "dignas" con la noción de "trabajo seguro", entendiendo por ello la prestación de un servicio en el cual se garantice la integridad psicofísica de quien pone su tiempo de trabajo a disposición de otro. En un segundo, se podría vincular la idea de equidad con la noción de justicia para expresar el tipo de condiciones que debe reinar en la prestación del servicio⁽¹⁰⁶⁷⁾. Sin embargo, no parece que este sea el único sentido con el cual cabe interpretar el vocablo "equitativo". La noción "equidad" no solo está vinculada con la elección de las condiciones para proteger al trabajador sino, más importante aún, con el tipo de reparación que el trabajador tiene derecho a acceder cuando no se garantizan condiciones adecuadas de trabajo y, como consecuencia de ello, sufre un daño. Por lo menos, así se desprende de la más reciente doctrina de la Corte que cita el autor en materia de reparación integral por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales⁽¹⁰⁶⁸⁾. Por otra parte, esta interpretación es compatible con el sentido que tratados internacionales con jerarquía constitucional atribuyen a este principio⁽¹⁰⁶⁹⁾.

3.2. Jornada limitada, descanso y vacaciones pagas

La lucha contra las jornadas extenuantes o insalubres de trabajo fue uno de los primeros reclamos que promovió el movimiento obrero. Garantizar el descanso diario, semanal o anual del trabajador es el objetivo primordial de esta norma. La cláusula constitucional no

determina la cantidad de horas máximas laborables en el día o en la semana. Dicha facultad está delegada al Congreso de la Nación que se encuentra a cargo de regularla en forma exclusiva (conf. art. 75, inc. 12, CN)⁽¹⁰⁷⁰⁾. La jornada ordinaria establecida por ley es de ocho horas o cuarenta y ocho semanales pero puede variar en función de las prestaciones a cargo del trabajador (trabajo nocturno, insalubre, por equipos)⁽¹⁰⁷¹⁾.

Previo a la sanción de las reformas constitucionales de 1949 y de 1957, la Corte ratificó la constitucionalidad del derecho de los trabajadores a gozar de vacaciones pagas, entendiendo que la percepción de una remuneración era un condicionante esencial para garantizar el efectivo goce del derecho al descanso anual⁽¹⁰⁷²⁾. El período vacacional se encuentra regulado por las leyes que reglamentan su ejercicio.

3.3. Retribución justa y salario mínimo, vital y móvil

El salario es la contraprestación que el trabajador tiene derecho a percibir por poner su fuerza de trabajo a disposición de su empleador (conf. art. 103, LCT). Constituye uno de los elementos que define el vínculo de subordinación o dependencia que une ambas partes y lo distingue de otra clase de vínculos contractuales (p. ej., locación de servicios independientes)⁽¹⁰⁷³⁾. La Constitución establece que todo trabajador tiene derecho a una retribución justa. También regula el derecho al salario mínimo, vital y móvil (SMVM). ¿Cuál es la diferencia entre el SMVM y la retribución justa reconocida por el texto constitucional?

En la medida que el SMVM representa la mínima remuneración que el trabajador debe percibir para asegurarse un nivel de vida adecuado (alimentación, vivienda, asistencia, transporte, vacaciones —art. 116, LCT—) se podría interpretar que su reconocimiento abarca el concepto de "retribución justa". Sin embargo, esta interpretación es equivocada por razones prácticas y conceptuales. En primer lugar, porque desde su creación a través del dec.-ley 33.303/1945, históricamente, el SMVM no ha permitido alcanzar o satisfacer niveles adecuados de vida ni ha acompañado la masa salarial de los trabajadores a pesar de haber sido esa meta uno de los objetivos previstos por el constituyente⁽¹⁰⁷⁴⁾. Ello resulta aún más evidente en períodos de crisis económica o elevada inflación, motivando, incluso, en algunas oportunidades, pronunciamientos de la Corte Suprema⁽¹⁰⁷⁵⁾. En segundo lugar, porque el salario reconocido como SMVM, aun cuando fuera adecuado para satisfacer algunas necesidades del trabajador, no necesariamente guarda relación con la naturaleza o complejidad de la prestación a cargo del

trabajador o con su formación. Recuértese que el SMVM busca asegurar una retribución mínima, mientras que el salario justo incluye además la idea de progreso económico.

Esta concepción del salario ha sido receptada en los últimos tiempos por nuestro Máximo Tribunal. En reiteradas oportunidades, la Corte ha cuestionado la constitucionalidad de distintas normas (decretos, leyes o acuerdos colectivos) que atribuyeron carácter no remunerativo a las sumas abonadas a los trabajadores⁽¹⁰⁷⁶⁾. Los fallos adoptan la definición amplia de salario que proporciona el art. 1º del Convenio nro. 95 de la OIT ratificado por nuestro país en 1956⁽¹⁰⁷⁷⁾.

3.4. Igual remuneración por igual tarea

Esta cláusula buscó evitar que se establecieran diferencias salariales entre trabajadores fundadas en razones de género. Sin embargo, ya en el debate constitucional, los convencionales referenciaron un conjunto de otras categorías (nacionalidad, religión, raza) que también invalidaban el trato desigualitario⁽¹⁰⁷⁸⁾. La cláusula deriva de un principio más general: el principio de "no discriminación" también consagrado en distintos tratados internacionales con jerarquía constitucional⁽¹⁰⁷⁹⁾. La fórmula empleada por el constituyente refleja un principio de justicia basado en la noción de igualdad⁽¹⁰⁸⁰⁾. Teniendo en cuenta que no cualquier diferencia de trato viola el principio de igualdad sino solo aquellas que se presenten bajo ciertas condiciones, ¿cuáles son las distinciones válidas bajo el prisma de nuestro precepto constitucional (igualdad de trato en igualdad de circunstancias)⁽¹⁰⁸¹⁾?

La divergencia de criterios entre los jueces animó un célebre pronunciamiento de nuestro Máximo Tribunal: El caso "Ratto Sixto"⁽¹⁰⁸²⁾. El fallo aportó dos lecturas sobre esta cláusula constitucional. En primer lugar, la Corte reconoció que el mérito laboral era un criterio válido para justificar el trato desigualitario entre trabajadores⁽¹⁰⁸³⁾. Este criterio fue receptado posteriormente por el art. 81, LCT⁽¹⁰⁸⁴⁾. En segundo lugar, juzgó que las razones de mérito no debían estar sujetas a prueba⁽¹⁰⁸⁵⁾. Su compleja acreditación, según la Corte, permitía dejarlas libradas a la "prudente discrecionalidad" del empleador. Del fallo comentado también parece desprenderse el reconocimiento de una obligación de prueba en cabeza del trabajador que invoque haber sido objeto de trato discriminatorio.

A partir de la década de los ochenta, algunos ministros de la Corte comenzaron a cuestionar la doctrina emergente del caso "Ratto Sixto". Por un lado, sostuvieron que la mera invocación de razones de mérito no es suficiente para dispensar un trato desigualitario entre

los trabajadores si la distinción no se funda en razones objetivas. Por el otro, reconocieron la igualdad de cargas probatorias entre ambas partes frente al reclamo del trabajador⁽¹⁰⁸⁶⁾.

El caso "Pellicori" inauguró una nueva doctrina en materia de cargas probatorias. La Corte afirmó que una vez acreditado indiciariamente (*prima facie*) por el trabajador que ha sido objeto de trato discriminatorio, la carga probatoria corresponde al empleador, quien tendría la obligación de demostrar que el acto impugnado tuvo un motivo objetivo y razonable⁽¹⁰⁸⁷⁾. La doctrina guarda algún grado de similitud con el estándar desarrollado a través de las "categorías sospechosas"⁽¹⁰⁸⁸⁾.

3.5. Participación en las ganancias de la empresa, con control de su producción y colaboración en su dirección

Más allá del extenso debate que precedió la inclusión de esta cláusula en la Convención, el derecho de los trabajadores a participar en las ganancias de las empresas, controlar su producción o colaborar en su dirección nunca fue reglamentado⁽¹⁰⁸⁹⁾. La compleja estructura que caracteriza este derecho restringe su marco de operatividad⁽¹⁰⁹⁰⁾. En consecuencia, también limita el margen de actuación de los jueces. Sin embargo, cabe preguntarse si la omisión legislativa no habilita a los trabajadores a judicializar dicho reclamo con el objeto de forzar por esta vía su reglamentación. De lo contrario, se estaría reconociendo la potestad de un poder constituido de desconocer la supremacía del texto constitucional ([art. 31](#), CN)⁽¹⁰⁹¹⁾.

La crítica presentada por algunos autores en relación con los riesgos que conllevaría la implementación de esta cláusula constitucional, amén de contraria a las directivas de la Carta Magna, no parece encontrar correlato empírico. Varios Estados de la región han regulado esta clase de derechos sin que su reconocimiento haya socavado su sistema productivo o haya provocado un avasallamiento de otros derechos constitucionales⁽¹⁰⁹²⁾. También este derecho ha sido receptado por varias provincias en sus textos constitucionales⁽¹⁰⁹³⁾. Por otra parte, las experiencias nacionales de modelos de cogestión o participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, aun cuando escasas, permiten acreditar que su reglamentación es posible⁽¹⁰⁹⁴⁾.

El constituyente no solo consagró el derecho de los trabajadores a participar en las ganancias de las empresas, sino también, previó los mecanismos para garantizarlo. Específicamente, dotó al trabajador de un derecho a controlar la producción y colaborar en su administración⁽¹⁰⁹⁵⁾. De la misma forma que el socio o accionista cuenta con un derecho de información para controlar la gestión del

órgano a cargo de administrar la sociedad, el trabajador dispone de una herramienta similar para evitar que su derecho a participar en las ganancias empresariales se vuelva ilusorio⁽¹⁰⁹⁶⁾.

3.6. Estabilidad en el empleo privado y en el empleo público

La Constitución garantiza al trabajador del sector privado protección contra el despido arbitrario pero no determina el mecanismo específico de protección. En cambio, expresamente consagra la estabilidad del empleo público. De allí pueden deducirse dos conclusiones. En primer lugar, el trabajador del sector privado, a diferencia del trabajador público, no goza de estabilidad en su puesto de trabajo. Ello significa que no tiene derecho a ser reincorporado si el empleador decide desvincularlo. En segundo, se otorga al Poder Legislativo la facultad de regular el mecanismo de reparación frente al despido arbitrario.

La doctrina denomina al régimen del empleo privado "estabilidad relativa" para diferenciarlo del régimen absoluto que prima en el empleo público. A su vez, la estabilidad relativa suele clasificarse de dos modos: de forma propia o de forma impropia. La estabilidad relativa propia presupone un sistema en el cual el acto extintivo decidido a instancias del empleador sin invocación de causa es ineficaz aun cuando el trabajador no conserva el derecho a ser reincorporado en su puesto de trabajo. En cambio, la estabilidad relativa impropia origina un derecho a recibir compensación por los perjuicios derivados del despido⁽¹⁰⁹⁷⁾. La Corte ha interpretado que el texto constitucional solo reconoce a los trabajadores privados derecho a una estabilidad impropia. En varias oportunidades invalidó normas que adoptaban otros sistemas de estabilidad entendiendo que afectaban la libertad de contratación del empleador⁽¹⁰⁹⁸⁾.

El legislador también reguló un sistema de estabilidad impropia para los trabajadores del sector privado a través de la Ley de Contrato de Trabajo u otras leyes especiales (viajantes de comercio, periodistas profesionales, trabajadores de la construcción, personal doméstico). Estas leyes establecieron sistemas tarifados de reparación los cuales, generalmente, se instituyeron sobre dos variantes: la remuneración y la antigüedad del trabajador⁽¹⁰⁹⁹⁾. Un tema particularmente complejo ha sido la constitucionalidad de los topes previstos en las leyes para el pago de las indemnizaciones. Mientras en la causa "Villarreal", la Corte convalidó la constitucionalidad de dichos topes, señalando que no se advertía una arbitraria disminución en la remuneración del trabajador, en la causa "Vizzotti", sostuvo lo contrario⁽¹¹⁰⁰⁾. Concluyó que había una irrazonable desproporción entre la reparación abonada al trabajador

si se aplicaba el tope legal y el importe que le hubiese correspondido percibir de no habersele aplicado. El aspecto más controversial de la sentencia derivó de la decisión de la Corte de determinar, por si misma, el alcance razonable del tope⁽¹¹⁰¹⁾.

El surgimiento de una doctrina sobre el despido discriminatorio reavivó el debate en torno al sistema de estabilidad del empleo privado⁽¹¹⁰²⁾. Con fundamento en la ley antidiscriminatoria ([ley 23.592](#)), la Corte sostuvo que una vez acreditado el carácter discriminatorio de la desvinculación, el trabajador tiene derecho a solicitar la nulidad del despido y su reincorporación a su puesto de trabajo⁽¹¹⁰³⁾. Si bien el propio tribunal se ocupó de aclarar que dicho reconocimiento no alteraba el régimen de estabilidad del empleo privado, su posición resulta difícil de compatibilizar con los efectos asignados al despido. La nulidad del despido es el rasgo que distingue los regímenes de estabilidad propia o absoluta de los sistemas de estabilidad impropia. La circunstancia que el restablecimiento del trabajador discriminado no estuviera vinculado al despido en sí sino a las razones que lo impulsaron (acto discriminatorio), no modifica las consecuencias derivadas de la sanción (nulidad del acto jurídico —art. 390, Cod. Civ. y Com.—)⁽¹¹⁰⁴⁾.

Por ejemplo, los representantes gremiales del sector privado gozan de estabilidad absoluta temporal ([arts. 48 a 52](#), [ley 23.551](#)). Si son despedidos tienen derecho a solicitar la nulidad del acto y su reinstalación. Sin embargo, mientras este régimen está sujeto a un plazo de duración (hasta un año posterior a su mandato) y tiene una razón objetiva que lo ampara (la condición de representante gremial), la reinstalación del trabajador discriminado no estaría sujeta a plazo y su calificación como tal depende de razones valorativas⁽¹¹⁰⁵⁾. A ello debe adicionarse que en virtud de la doctrina emergente del caso "Pellicori", el empleador tendría ahora la obligación de aportar las razones que justificaron la desvinculación incausada del trabajador, quedando la estabilidad de dicho trabajador virtualmente sujeta a apreciación judicial⁽¹¹⁰⁶⁾.

La estabilidad absoluta en el empleo público fue reconocida por el constituyente con el objeto evitar que los trabajadores del sector público quedaran "al abrigo de la discrecionalidad de las autoridades de turno y de los vaivenes de la vida política"⁽¹¹⁰⁷⁾. En virtud de este régimen el trabajador público no puede ser desvinculado si no media justa causa acreditada por vía administrativa o judicial. El caso "Madorrán" pareció ponerle fin a una historia de cambiantes posiciones sobre el alcance de esta protección constitucional. Sin embargo, el debate sobre la estabilidad en el empleo público está lejos de haber quedado superado. Especialmente, frente al grado de

desprotección que padecen los agentes del sector público contratados en fraude a la ley.

Se trata de trabajadores que conforme a la ley deberían ser contratados en forma excepcional y por un plazo determinado pero que, en la práctica, mantienen un vínculo permanente con el Estado (generalmente a través de contratos renovados en forma sucesiva) y desempeñan las mismas funciones que el resto de los agentes⁽¹¹⁰⁸⁾. Durante mucho tiempo, estos trabajadores no gozaron de ningún tipo de protección contra el despido arbitrario. Quedaron encuadrados en una zona gris en la cual "no estaban amparados por el derecho administrativo, que no les reconocía estabilidad, y tampoco por el derecho común del trabajo, del que se hallaban excluidos por falta de declaración en tal sentido"⁽¹¹⁰⁹⁾. A través del caso "Ramos", la Corte buscó encontrar una solución intermedia⁽¹¹¹⁰⁾. Ratificó la falta de estabilidad del trabajador desvinculado pero reconoció su derecho a percibir una reparación por los perjuicios derivados del despido. Esta reparación, según la Corte, debía provenir del derecho público. Para ello fijó por vía analógica una indemnización que en términos prácticos resulta similar al sistema tarifado previsto en la Ley de Contrato de Trabajo⁽¹¹¹¹⁾.

IV. DERECHOS COLECTIVOS DEL TRABAJADOR

La Constitución regula los derechos de los trabajadores para organizarse en la defensa de sus intereses tanto desde su faz individual (derechos del trabajador a organizar, participar o formar parte de las entidades sindicales) como colectiva (facultades atribuidas a las entidades para lograr sus objetivos).

4.1. Organización sindical libre y democrática: el modelo sindical

En concordancia con el Convenio 87 de la OIT, la Constitución garantiza el derecho de los trabajadores a formar asociaciones sindicales "libres y democráticas con la simple inscripción en el registro especial"⁽¹¹¹²⁾. La libertad sindical podría ser entendida como "el conjunto de derechos, potestades, prerrogativas e inmunidades otorgadas por las normas constitucionales, internacionales y legales de los trabajadores y las organizaciones voluntariamente constituidas por ellos, para garantizar el desarrollo de las acciones lícitas destinadas a la defensa de sus intereses y al mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo"⁽¹¹¹³⁾. Comprende el derecho a formar sin distinción ni autorización previa asociaciones sindicales, afiliarse, desafiliarse o no afiliarse como lo ha precisado la Corte⁽¹¹¹⁴⁾,

redactar sus estatutos, organizar su administración y su programa de acción, elegir libremente sus autoridades y sus representantes (arts. 2º y 3º, Convenio 87, OIT). En definitiva, este derecho representa un límite a la interferencia estatal y empresarial para permitir que los trabajadores lleven a cabo sus actividades sin obstáculos o limitaciones arbitrarias que reduzcan en forma injustificada sus facultades para la defensa de sus derechos⁽¹¹¹⁵⁾.

La Constitución no define el modelo a través del cual deben ser organizadas las entidades sindicales. El legislador adoptó un modelo de "unidad promocionada" que permite la constitución libre de asociaciones pero solo faculta a las más representativas de la actividad (aquellas a las que se les reconoce personería gremial) a ejercer los derechos más relevantes derivados de la representación de los trabajadores. Centralmente, aquellos vinculados con la negociación colectiva (art. 31, LAS; [art. 1º](#), [ley 14.250](#)), el régimen patrimonial de aportes (arts. 9º, 31, 37 y 38, LAS) y el de seguridad social (art. 31, LAS y [ley 23.660](#))⁽¹¹¹⁶⁾.

A través de los fallos "ATE"⁽¹¹¹⁷⁾, "Rossi"⁽¹¹¹⁸⁾ y "ATE II"⁽¹¹¹⁹⁾, la Corte Suprema colocó en la agenda del debate constitucional el modelo sindical argentino. Apoyándose en los Convenios 87 y 98, OIT pero, fundamentalmente, en informes y observaciones históricas de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT y del Comité de Libertad Sindical de dicho organismo, la Corte descalificó la constitucionalidad de distintos artículos de la Ley de Asociaciones Sindicales que conferían facultades exclusivas a los sindicatos con personería gremial.

El quid de la controversia no transita por la constitucionalidad del modelo de unidad gremial o por la existencia de prerrogativas tendientes a potenciarlo sino por el marco de amplitud y extensión que se reconoce a estas facultades⁽¹¹²⁰⁾. Los fallos abren dos perspectivas desde donde pueden ser analizados. La primera se relaciona con el valor que se atribuye a la jurisprudencia internacional, discusión que no es exclusiva del derecho laboral. La segunda, con la razonabilidad de los privilegios reconocidos por la ley a los sindicatos con personería gremial.

En sintonía con el estándar recogido por la Corte a través del control de convencionalidad para aplicar la jurisprudencia interamericana⁽¹¹²¹⁾, el Máximo Tribunal parece atribuir un estándar similar a las observaciones del CEACR y a los informes del Comité de Libertad Sindical. Las objeciones que se han desarrollado en torno a la legitimidad de este tipo de estándares resultan plenamente aplicables a estos organismos⁽¹¹²²⁾. No obstante, median algunas

diferencias. Mientras la Convención Americana de Derechos Humanos detenta jerarquía constitucional, los Convenios OIT solo jerarquía supralegal⁽¹¹²³⁾. Por otra parte, las decisiones de la Comisión de Expertos o del Comité de Libertad Sindical, a diferencia de las decisiones de la Corte Interamericana, no son, en principio, de cumplimiento obligatorio⁽¹¹²⁴⁾. Más importante aún, las observaciones utilizadas por la Corte como fuente de autoridad para fundar sus decisiones en dos de los tres casos resueltos no eran contemporáneas con los fallos dictados⁽¹¹²⁵⁾.

Aun si prescindimos de estas objeciones, la constitucionalidad de las normas cuestionadas debe ser evaluada a través de un juicio de razonabilidad. Mientras que, en "ATE I" y "Rossi", la ausencia de razonabilidad de la norma luce evidente; en "ATE II" la respuesta deviene más compleja. En ATE I se analizó la constitucionalidad de la norma que obligaba a los trabajadores a afiliarse compulsivamente a una entidad con personería gremial del sector como condición para ser elegido delegado o representante de una comisión interna de esa actividad (art. 41, inc. a], LAS). En "Rossi", fue objeto de análisis la existencia de una arbitraria distinción normativa destinada a brindar protección gremial exclusiva a los representantes de estas entidades (arts. 48 y 52, LAS). En cambio, en "ATE II" el reproche constitucional se vinculó al derecho que la norma otorga a estas entidades con personería gremial para representar con exclusividad ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de todos los trabajadores correspondientes a su actividad, profesión, oficio o categoría, con independencia de la entidad a la cual se encuentren afiliados dichos trabajadores (art. 31, inc. a], LAS).

La intervención en negociaciones colectivas es una de las potestades expresamente admitida por la Corte Suprema (siguiendo el criterio de los organismos internacionales) que podría quedar reservada a la entidad gremial más representativa del sector⁽¹¹²⁶⁾. La facultad de "representar" intereses colectivos (inc. a], art. 31, LAS) pareciera tener vínculo directo con la facultad de "intervenir" en negociaciones colectivas (inc. c], art. 31, LAS). En esas condiciones, cabe preguntarse si la norma invalidada encuadra o no en este supuesto de excepción⁽¹¹²⁷⁾.

De todas formas, el análisis de los fallos conduce a un debate político más profundo sobre una necesaria reforma a la ley sindical. Como plantea César Arese, el modelo sindical argentino ha producido un efecto ambivalente. Por un lado, ha permitido consolidar un sólido movimiento con gran poder de negociación, autonomía y movilización cuyos índices de afiliación superan ampliamente los del resto de América. Por el otro, "ese poder

asegura la perpetuación de grupos de dirigentes que, cual cortes medievales, se reproducen en los últimos tiempos y en muchos casos mediante la sucesión hereditaria y entramado familiar o el montaje de aparatos económicos blindados e impenetrables"⁽¹¹²⁸⁾. Cualquier reforma debería tener presente este diagnóstico a fin de evitar que la modificación de la ley conlleve una resignación de derechos o conquistas. La génesis de la problemática que aqueja a las entidades sindicales no parece ser distinta de aquella que afecta el funcionamiento general de todas las instituciones de nuestro país. Tampoco del criterio con que se organiza el poder público en nuestra Constitución. En todos los órdenes se reproducen los mismos problemas (concentración del poder, ausencia de canales efectivos de participación, crisis de representación). Probablemente, el foco de atención debería estar dirigido a reflexionar más sobre los mecanismos que permitan garantizar una verdadera democracia interna en las entidades, renovación periódica de los cargos y ejercicio pleno de la libertad sindical a través de formas transparentes de participación, que en comparar las ventajas y desventajas del modelo de unidad y de pluralidad sindical. De lo contrario, sea que nos encontremos ante uno u otro modelo, los comportamientos patológicos observados continuarán reproduciéndose⁽¹¹²⁹⁾.

4.2. Derecho de huelga, celebración de CCT, arbitraje y conciliación

El derecho de huelga no se encontraba contemplado en la Constitución de 1949. Recién fue incorporado con la reforma de 1957. La explicación esbozada por el arquitecto de la reforma constitucional de 1949, Arturo Sampay, con el objeto de justificar esa decisión, resulta muy poco convincente. Argumentaba Sampay que el derecho de huelga no había sido incorporado a la Constitución por revestir el carácter de "derecho natural"⁽¹¹³⁰⁾. Como señalaba otro jurista de origen peronista de esos tiempos, precisamente, ese carácter llevaría a pensar lo contrario (la necesidad de brindarle protección constitucional)⁽¹¹³¹⁾. La huelga es la herramienta histórica de lucha más importante que disponen los trabajadores. La Corte Suprema ha reconocido que el ejercicio de dicho derecho colectivo se encuentra exclusivamente en cabeza de las entidades sindicales (simplemente inscriptas o con personería gremial)⁽¹¹³²⁾. Dicha prerrogativa constitucional se complementa con la facultad de los gremios para celebrar Convenio Colectivos de Trabajo que establezcan condiciones aplicables a todos los trabajadores de la actividad (estén o no afiliados) y participar en procesos de arbitraje y conciliación ante la autoridad pública para la solución de conflictos. A

diferencia del derecho de huelga, en nuestro sistema sindical, estas dos últimas facultades colectivas se encuentran reservadas con exclusividad a los sindicatos con personería gremial. La huelga se basa en la abstención colectiva de la prestación laboral. Existen ciertos servicios (aquellos calificados como esenciales) que permiten restringir el ejercicio de ese derecho. El desarrollo de nuevas formas de explotación social, la pérdida de efectividad de esta forma de protesta, la ausencia de canales de diálogo o vías de participación llevaron a los trabajadores a desarrollar nuevas formas de acción y protesta que en la actualidad son objeto de debate⁽¹¹³³⁾.

4.3. Protección de los representantes sindicales

El texto constitucional establece que "los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad en el empleo". La Ley de Asociaciones Sindicales efectivizó esa directiva regulando un sistema de estabilidad absoluta para los representantes gremiales que se mantiene durante la vigencia de su mandato y hasta un año posterior a su finalización (arts. 48 a 52, LAS). Para desvincular o aun suspender al representante sindical, el empleador está obligado a promover un proceso especial para quitarle los fueros que lo protegen (acción de exclusión de tutela). A través del fallo "Rossi", la Corte Suprema declaró inconstitucional la arbitraria distinción establecida por ley a través de la cual solo se dotaba de protección a los representantes de las entidades con personería gremial⁽¹¹³⁴⁾. La doctrina del caso "Álvarez" permitió extender dicho marco de protección a aquellos trabajadores que desempeñan actividades sindicales pero no alcanzan a reunir los requisitos para quedar encuadrados dentro de su marco normativo de protección⁽¹¹³⁵⁾.

EMPLEO PÚBLICO: IDONEIDAD Y ESTABILIDAD COMO GARANTÍAS INSTRUMENTALES

Comentario por Matías A. Sucunza

I. REFORZAMIENTO CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DE LA PROTECCIÓN DEL TRABAJO

Como punto de partida, debemos reconocer que la letra y el espíritu de los arts. 14, 16 y 14 bis se inscriben *históricamente* en líneas de constitucionalismo diversas: los dos primeros pareciesen estar emparentados con una matriz liberal, mientras que el último es una clara muestra del constitucionalismo social⁽¹¹³⁶⁾. Esto ha generado no pocos debates al momento de determinar, en la resolución de conflictos interpretativos donde se hallan en juego intereses disímiles, la preeminencia de uno u otro o la búsqueda de soluciones alternativas que los armonicen. Lo expuesto se agrava aún más cuando asumimos un compromiso mayor con el tipo de interpretaciones que realizamos y las voces y argumentos que escogemos para entender (¿y actualizar?) el sentido de esas mandas. En esa inteligencia, si como creemos, el propio texto de la Constitución propone una idea más sustancial de la igualdad, aquel postulado formal liberal de la misma debería ceder y, con él, el sentido y alcance que asignamos a los diversos intereses en juego en torno a la temática⁽¹¹³⁷⁾.

En consonancia con ello, también debemos advertir que la reforma constitucional no solo ratificó la incorporación del art. 14 bis del año 1957, sino que con la recepción del cuerpo normativo de derechos humanos, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo con jerarquía superior a las leyes⁽¹¹³⁸⁾ y el esquema de convencionalidad, amplió la protección del trabajo en todas sus formas (en tanto haz de derechos individuales, colectivos y de la seguridad social)⁽¹¹³⁹⁾ y del trabajador como sujeto de especial resguardo y promoción.

En ese sentido, la Corte Suprema ha expuesto que "sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis de la CN, sino por el renovado ritmo universal que representa el derecho internacional de los derechos humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994"⁽¹¹⁴⁰⁾.

De ese modo, si los derechos humanos encuentran razón de ser en la dignidad de la persona, el trabajo es una de las formas en que ella puede hallar una especial manera de realización, un salvoconducto para efectivizar parte de los demás derechos, de entender su indivisibilidad e interdependencia y de garantizar la posibilidad real de optar por un proyecto de vida en sí y en sociedad. De allí que el Estado, en sus tres funciones, como actor relevante en el mundo de relaciones económicas, sociales y políticas, deba procurar proteger de singular manera el fenómeno de la "relación laboral". Ello así, pues como afirmase el Máximo Tribunal nacional, "la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que

gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional"⁽¹¹⁴¹⁾.

II. DIFERENCIAS ENTRE EMPLEO PÚBLICO Y "PRIVADO": LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS LECTURAS

El empleo, público y privado, responde a un esquema básico uniforme: una relación en la cual una persona trabaja para otro a cambio de una remuneración, estableciéndose derechos y obligaciones para ambas partes⁽¹¹⁴²⁾. Es decir, que el tronco común del cual parten las categorías históricas de público y privado y/o las autonomías construidas en su derredor, es el trabajo en tanto fenómeno personal, social y económico. En relación con ello, Guibourg señala que el contrato de trabajo y el empleo público no están sujetos a normas diferentes porque son diferentes, sino que son diferentes porque están sujetos a normas diferentes, en la medida en que lo estén. Lo público y lo privado son categorías construidas para hacer distinguos en instituciones y relaciones según diferencias contingentes que nos parezcan relevantes, y no naturalezas trascendentes que impongan tales diferencias a nuestro entendimiento⁽¹¹⁴³⁾.

Más allá de la corrección (o no) de esta afirmación, nos es útil para señalar dos puntos importantes: (i) que como toda actividad, ciertas manifestaciones del trabajo, por su objeto, caracterización y fines, pueden recibir una regulación especial o diferenciada. Ello es lo que acontece con el empleo público y su abordaje desde el derecho administrativo. De ese modo, la interdependencia entre la política y la administración, la atención y protección del interés general (sin fines de lucro), la importancia de la continuidad de muchos de los servicios involucrados y la mutabilidad (razonable) en las condiciones de ejercicio para atender de mejor forma al interés público comprometido, el carácter contingente de la organización del Estado y sus funciones a través de la historia, las dimensiones y burocratización del aparato estatal y la necesidad de articularse de otros modos, por ejemplo, para la negociación colectiva, le aportan al Estado como sujeto empleador matices diferenciales que justifican la regulación de sus relaciones de empleo de manera diferenciada y dentro del ámbito del derecho público, siendo estas particularidades las que de algún modo condicionan la "laboralización" de la relación de empleo público; y, (ii) que más allá de las pretendidas o justificadas autonomías, no debe omitirse que tributan a un fenómeno único que es la problemática del trabajo y del trabajador como sujeto, circunstancia que adquiere especial interés al momento de repensar los límites de las regulaciones diferenciadas, su razonabilidad, los

principios y reglas aplicables y las vinculaciones entre el mundo del derecho laboral y el administrativo en cuanto al "trabajo público" desde la óptica del derecho constitucional⁽¹¹⁴⁴⁾.

En este punto, el proceso de constitucionalización-convencionalidad del derecho en general ejerce una singular gravitación. Ello permite entender los avances en la consideración del empleo público como un "contrato administrativo"⁽¹¹⁴⁵⁾ (con las consiguientes mudanzas de concepción en torno a la protección del complejo de derechos de esta clase de trabajadores) y el proceso de "laboralización" del mismo en términos de reconocimiento a los agentes de los derechos derivados de la libertad sindical, la tendencia a obtener eficacia en la gestión, otros niveles de diálogo y nuevas formas de control y/o la evidencia de intereses contradictorios entre los empleados públicos y el Estado contratante a raíz de los conflictos derivados de las políticas de contención del gasto público⁽¹¹⁴⁶⁾.

En cuanto a las características estructurales, se ha sostenido que lo que distingue al empleo público de otras relaciones de trabajo es el tipo de actividad que se desarrolla (pública, vinculada con la satisfacción de los intereses de la sociedad), el sujeto empleador (el Estado o la Administración pública)⁽¹¹⁴⁷⁾ y la regulación a la cual se halla sometido (caracterizada por una serie de prerrogativas administrativas⁽¹¹⁴⁸⁾).

III. CONCEPTUALIZACIÓN Y ALCANCE DE LA NOCIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

Nuestra Constitución hace referencia a la relación de empleo público en distintos pasajes. Así, en el art. 16 cuando menciona la idoneidad como condición para la admisión en el *empleo*⁽¹¹⁴⁹⁾; en el 36, cuando alude a la inhabilitación para ocupar *cargos o empleos públicos* de aquellos que cometan delitos dolosos contra el Estado que conlleven enriquecimiento o el deber del Congreso de sancionar una Ley de Ética Pública para el ejercicio de la *función*; en el 110, cuando menciona que los jueces conservarán sus *empleos* mientras dure su buena conducta o, en el art. 105, al referirse a sus *empleos* de ministros.

Esto nos permite afirmar que bajo la denominación general de empleo público quedan comprendidas las distintas formas jurídicas que revisten el trabajo o servicio prestado al Estado, el cual es independiente del cargo, la función o la jerarquía que se detente, en una u otra función de Estado. Es cierto que solemos identificar al empleo público con aquellos agentes estatales que prestan servicios para el Poder Ejecutivo y sus entidades. Sin embargo, como mencionásemos, tanto el presidente, un juez, un diputado como el

administrativo de cualquier repartición pública, son funcionarios⁽¹¹⁵⁰⁾, servidores o empleados públicos. En este sentido, el art. 1º de la Ley de Ética Pública 25.188 entiende por función pública a "toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos". La diferencia radicaría, en cada caso, en el régimen jurídico aplicable, sus especificidades, el tipo de funciones a desarrollar y el alcance de sus obligaciones y responsabilidades.

En el orden nacional, el régimen básico del empleo público o también llamado Marco de Regulación del Empleo Público Nacional está regulado por la [ley 25.164](#). Este excluye de su ámbito de aplicación al personal de los Poderes Legislativo, Judicial y al Ministerio Público —que se rigen por sus respectivos ordenamientos—, a distintos funcionarios de alto rango y personal militar, de Fuerzas de Seguridad y Policiales, diplomáticos comprendidos en la Ley de Servicio Exterior de la Nación, el comprendido en las convenciones colectivas de trabajo aprobadas en el marco de la [ley 14.250](#) y el clero⁽¹¹⁵¹⁾.

Asimismo, constituyendo una prerrogativa reservada de los restantes estamentos de poder dentro del régimen federal y republicano (arts. 1º, 5º, 75, inc. 12, 121 y 123, CN), tanto las provincias como los municipios (en el marco de sus autonomías), cuentan con regímenes que regulan sus relaciones de empleo público. En general, al igual que ocurre en Nación, tienen una ley marco que sistematiza la relación de empleo público y regímenes diferenciados para ciertas clases de actividades o servicios, los cuales reenvían —en todo lo no regulado— a la mencionada ley madre⁽¹¹⁵²⁾. También estos suelen excluir de su alcance al personal perteneciente a los poderes legislativo y judicial y a ciertos funcionarios del propio Poder Ejecutivo u otros entes, los cuales no obstante ser "empleados públicos", no se encuentran subsumidos (directamente) en las reglas que dichos regímenes fijan.

El contrato de empleo público constituye una *relación* de empleo, de especial sujeción del sujeto particular respecto del Estado (circunstancia que se materializa en las potestades que le confiere el régimen administrativo en función de los principios de continuidad y mutabilidad, especialmente en ciertos tipos de actividades⁽¹¹⁵³⁾), que cumple las funciones asignadas al órgano institución, sin tener en cuenta la jerarquía, importancia o responsabilidad del cargo que ocupe. Asimismo, el contrapeso de ese régimen administrativo en el marco del Estado de Derecho está constituido por el cúmulo de

facultades que, en clave constitucional-convencional, ese mismo marco le confiere al empleado en términos de garantías.

En cuanto a la naturaleza de esta relación, como insinuásemos en la nota 11, algunos han sostenido que se trata de un acto unilateral del Estado (al cual daría validez o eficacia el consentimiento del administrado), teniendo la situación jurídica del agente forma legal o reglamentaria o que en su origen era un acto jurídico bilateral (importando la voluntad del agente pero sin formalizar un contrato), en tanto que la relación subsecuente se encuadraba en lo estatutario, pudiendo la administración modificarlo unilateralmente⁽¹¹⁵⁴⁾. La necesidad de la voluntad del sujeto para conformar el vínculo, el haz de derechos que surgen de ellos y su condición de límite a las reforzadas potestades reglamentarias (que deben ser siempre razonables, aun cuando puedan ejercerse "unilateralmente" en función de un ordenamiento o *estatuto*), nos permiten afirmar el carácter contractual administrativo del mismo⁽¹¹⁵⁵⁾, en línea con el actual criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia.

Recordemos que esta discusión en torno a la naturaleza contractual o estatutaria⁽¹¹⁵⁶⁾ de la relación de empleo público no es bizantina, pues detrás de ella lo que se encuentra en discusión es el alcance, la tensión y el equilibrio entre el ejercicio de esas potestades y los derechos de los agentes. El hecho de reconocer su naturaleza contractual supone y habilita un escrutinio agravado en términos de razonabilidad del ejercicio de las potestades y una mayor protección de las garantías de los empleados públicos, enfatizando la necesidad de compatibilizar prerrogativas, derechos, medios y fines. Entre esas manifestaciones podemos señalar la disputa en torno a los límites del *iusvariandi*, la posibilidad de alterar las remuneraciones o el propio ejercicio del derecho a huelga.

Esta relación de empleo se caracteriza porque es desempeñada solo por personas físicas, su ejercicio es personal⁽¹¹⁵⁷⁾ y tiene efectos futuros⁽¹¹⁵⁸⁾. El objeto de este contrato de *colaboración*⁽¹¹⁵⁹⁾, consiste en las funciones que deberá desempeñar el agente (ejercicio de competencias atribuidas al órgano administrativo que constituye), quien en posesión efectiva del cargo queda sujeto a un conjunto de deberes y se hace acreedor de un cúmulo de derechos. Asimismo, el fin del empleo público es realizar cada uno de los cometidos estatales en que se encuentra comprometido el interés público, constituyendo principios fundantes del mismo la continuidad, la objetividad o imparcialidad política y eficiencia, los cuales se proyectan a diferentes aspectos de la función administrativa⁽¹¹⁶⁰⁾.

En cuanto a las "formas" de empleo, cabe diferenciar en el ámbito de la Administración Pública Nacional, tres situaciones: (i) la relación

"reglamentaria" de empleo público⁽¹¹⁶¹⁾; (ii) la contratación laboral⁽¹¹⁶²⁾; y, (iii) la contratación "ad hoc" de personal⁽¹¹⁶³⁾.

IV. EMPLEO PÚBLICO Y ESTADO: POLÍTICA Y ORGANIZACIÓN

Como señala Bastons, una primera mirada sobre la cuestión del empleo público nos transporta indefectiblemente al terreno de la política, puesto que es allí donde corresponde definir sus misiones y funciones y, por tanto, el tamaño y tipo de dotaciones de personal que razonablemente habrán de conformarse en su seno, en pos de la concreción de objetivos planteados de antemano⁽¹¹⁶⁴⁾.

De similar forma, Hutchinson remarca que "(...) al hablar de empleo público habría que preguntarse: ¿Empleo público para qué Estado? ¿Qué Estado para qué proyecto de país? No es lo mismo el tipo de funcionarios —y su relación laboral— que se requiere para un Estado que intervenga lo menos posible en la economía y en la vida social para dejar las manos (libres) al mercado, que el que necesita un Estado que considera necesario ampliar las esferas de decisión y gestión públicas. La cuestión del Estado y sus funcionarios no es una cuestión meramente técnica; es (también) política"⁽¹¹⁶⁵⁾.

De esa manera, vemos como existe una relación directa entre la concepción del Estado que la Constitución convencionalizada reconoce, la estructura que deberá asumir el mismo, su organización burocrática-política, las realidades diversas de los disímiles espacios territoriales y las relaciones de empleo que entable en pos de la concreción de sus cometidos.

A ello cabe añadir otra idea vinculada: el Estado, en tanto institución permanente, debe contar con cuadros de personal idóneos y estables que le permitan, en el devenir de su desarrollo, a través del desempeño de la carrera administrativa, perfeccionar la prestación de sus funciones y servicios, con independencia de los cambios de gobierno *político*. Lamentablemente, ni siquiera la consagración de dichos presupuestos-garantías en nuestra carta magna (que tenían por objeto lograr dicho cometido), ha conseguido frenar la paralegalidad en materia de empleo público, circunstancia que encuentra explicación en los manejos discrecionales del poder administrador⁽¹¹⁶⁶⁾, en la defección de las autoridades de control (por caso, la AGN) y en las interpretaciones y controles poco rigurosos del Poder Judicial⁽¹¹⁶⁷⁾.

Teniendo en consideración las exigencias constitucionales, su reglamentación a través de los diversos regímenes y las vicisitudes de que dan cuenta las decisiones judiciales de las últimas cinco décadas, como expone Guibourg, es fácil imaginar cómo deberían ser las cosas para que el empleo público se desarrolle con

normalidad, eficiencia y armonía: (i) el Estado debe tener todos los empleados que necesita pero, en lo posible, ninguno de los que no necesita, los cuales correspondería estén dedicados al servicio que les compete, sin excepciones injustificadas ni desviaciones hacia objetivos no estatales o distintos de aquellos para los que cada uno fue contratado; (ii) los cargos públicos de cualquier nivel han de llenarse con los mejores candidatos disponibles dentro de los simplemente "idóneos": no con amigos ni parientes por el hecho de serlo; (iii) el mejor medio existente para lograr este objetivo, aunque falible e imperfecto, es el concurso de oposición y antecedentes; (iv) todos los empleados de la administración pública han de gozar de la estabilidad propia garantizada por el art. 14 bis de la Constitución y formar parte de un servicio público permanente, cualquiera sea la orientación política del gobierno, ya que tanto ellos como los funcionarios políticos están en su conjunto al servicio de la Nación, de la Provincia o del Municipio de referencia; (v) el principio precedente debería reconocer excepciones justificadas por las circunstancias de hecho y no por la voluntad de los funcionarios superiores, entre ellas, las personas que ocupan cargos políticos, el personal de gabinete y los empleados transitorios efectivamente destinados a una obra o proyecto material y temporalmente determinado por sus características intrínsecas objetivas. Estos últimos deberían tener derecho a una indemnización si fuesen despedidos arbitraria e intempestivamente, protección que no debería ser inferior a la de los trabajadores privados; y, (vi) el fraude laboral cometido por el Estado debe tratarse como el cometido por cualquier empleador privado. Una relación de empleo público disfrazada de contrato de provisión externa ha de quedar despojada de su simulación y asimilarse a empleo público liso y llano. Un empleo público temporario que, por vía de prórrogas o, aun sin ellas, se contrata para tareas propias de personal permanente debe tratarse como permanente, mal que pese a la ley de empleo público o a la de presupuesto; frente al Estado, el funcionario que hubiese incurrido en el fraude debería ser personalmente responsable por los perjuicios causados al erario⁽¹¹⁶⁸⁾.

V. TRASCENDENCIA DEL EMPLEO PÚBLICO: EL SENTIDO DE LA IDONEIDAD Y ESTABILIDAD

El empleo público constituye uno de los contratos-instituciones más importantes para el Estado no solo por el número de personas bajo esa condición y sus derivaciones directas e indirectas (veinte de cada cien personas económicamente activas), sino por la relevancia que tiene como medio para la realización de los cometidos estatales

donde se halla en juego el interés público y la consecución de las libertades individuales y ciudadanas. De allí su trascendencia y la necesidad de reparar en los dos conceptos que estructuran este tipo de relación: la idoneidad y estabilidad.

Como señalásemos, a través de ellos se procura dotar al Estado como institución permanente del personal más idóneo a fin de que, garantizándosele la estabilidad y el ejercicio de una carrera administrativa, pueda continua y constantemente perfeccionar el desarrollo de la función estatal. Considerar ello y pensarlos desde esa perspectiva, nos permite entender la razón de ser de ambos conceptos, su condición de garantías sustantivas e instrumentales para el agente estatal, el propio Estado y la ciudadanía, la necesidad de su observancia, sus derivaciones o herramientas vinculadas (p. ej., el concurso público) y la incidencia negativa de ciertas prácticas nocivas para el esquema de sentidos del empleo público (p. ej., la contratación fraudulenta de personal para tareas permanentes utilizando figuras temporarias, con sueldos incluso superiores a los de aquellos que realizan idénticas tareas en planta permanente).

VI. IDONEIDAD

Remitimos al comentario al art. 16.

VII. ESTABILIDAD

7.1. Antecedentes

El derecho a la estabilidad en el empleo público tiene su origen en los Estados Unidos para superar el denominado sistema de despojo (*spoilsystem*) por el cual cada gobierno entrante quitaba al saliente la inmensa mayoría de los cargos públicos. Como señala Bastons, este hecho estaba enmarcado por la concepción jeffersoniana de la democracia, conforme la cual se entendía que las tareas propias del empleo público eran tan sencillas que cualquier persona podía realizarlas. De allí que careciese de sentido autoobligarse a gobernar con agentes y funcionarios puestos por otras administraciones, cuando bien podía hacérselo con una mayoría abrumadora de los propios (de los cuales naturalmente se esperaba una mayor predisposición y compromiso para con la gestión de la que eran parte)⁽¹¹⁶⁹⁾.

Para superar dicho estado de cosas, en 1883 se dictó la PendletonAct de reforma del servicio civil, creándose la Comisión de Administración Pública "para garantizar que los nombramientos recayeran en personas calificadas", "en lugar de que los vencedores en las elecciones nombraran a sus partidarios no calificados, amigos

o miembros de la familia"⁽¹¹⁷⁰⁾. Esto también conllevó una mudanza de concepciones en torno a la idea de organización estatal, la cual pasó a estar estructurada a partir de una burocracia estable (weberiana) que pudiese operar las funciones administrativas, independientemente de quien o quienes ejerzan el poder político y por más que estos dirijan la acción de gobierno.

En nuestro país, en cambio, la costumbre fue considerar los cargos públicos como botín de guerra. Recién en 1957 se introdujo en la Constitución el art. 14 bis, reconociéndose que "el trabajo en sus diversas formas gozará", entre otras garantías, de la "protección contra el despido arbitrario" y la "estabilidad del empleado público".

Entre las expresiones vertidas en la Asamblea Constituyente, cabe destacar las del miembro informante Carlos Bravo, quien sostuvo que "La estabilidad, salvo pocas excepciones, está tipificada en el caso de los empleados públicos, ya que puede ser considerada como un elemento natural de la relación entre ellos y la administración. Esto es por la naturaleza especial del servicio y de la función pública, que es perenne y sujeta a mínimas variaciones (...) en los países que han asegurado la estabilidad, la cesantía del empleado arbitrariamente impuesta es nula, no produce efecto alguno; el empleado arbitrariamente alejado tiene el derecho a reincorporarse a su puesto, aun cuando esto no sea del agrado de sus superiores (...) "⁽¹¹⁷¹⁾.

Ese mismo año, se sancionó el dec.-ley 6666/1957 (ratificado por ley 14.467), norma que reguló la relación de empleo público, excluyendo de su ámbito de aplicación al personal de las empresas estatales y otros organismos y reconociendo el derecho a la estabilidad, el cual se adquiriría después de un período de prueba de seis meses y de tres años de servicios continuos o cinco discontinuos (arts. 4º y 11)⁽¹¹⁷²⁾.

Más allá de ello, desde el momento mismo de su sanción, la interpretación que sostuvo la Corte Suprema privó de valor a la cláusula que garantizaba expresamente la estabilidad del empleado público, sosteniendo que ante la cesantía arbitraria el empleado afectado solo tenía derecho a una "equitativa indemnización", en términos de protección contra el despido arbitrario (estabilidad impropia) y no absoluta (arts. 14 bis, CN)⁽¹¹⁷³⁾.

Recién a través de las causas "Madorrán" y "Ruiz", la Corte modifica su criterio tradicional, reconociendo que el art. 14 bis consagra la estabilidad absoluta del empleado público, de forma tal que la cesantía o exoneración incausada del agente conlleva siempre la necesaria anulación del acto administrativo que la disponga, la reincorporación del empleado afectado al ejercicio pleno de sus funciones⁽¹¹⁷⁴⁾ y, en su caso, el pago de los salarios caídos. Para ello

retoma, como uno de los argumentos centrales, las expresiones vertidas en la Convención Constituyente de 1957 con motivo de la discusión del art. 14 bis y el claro propósito del constituyente de garantizar la permanencia del empleado público.

El MREPN y el Convenio Colectivo de Trabajo aprobado por dec. 214/2006 para toda la Administración Pública Nacional reglamentan y garantizan el derecho a la estabilidad. Por su parte, la Carta Iberoamericana de la Función Pública adopta como uno de sus principios rectores, la estabilidad del empleo y su protección frente a la destitución arbitraria, sin perjuicio de la duración indefinida o temporal que se establezca.

7.2. Concepto

Ivanega postula que la estabilidad comprende el derecho del agente público a conservar su empleo⁽¹¹⁷⁵⁾, el nivel escalafonario alcanzado y promocionar en la carrera administrativa⁽¹¹⁷⁶⁾, siempre que se respeten las condiciones de ingreso y promoción establecidas en el régimen jurídico aplicable, y mientras no existan causas legítimas para extinguir la relación jurídica⁽¹¹⁷⁷⁾.

Ziulusostiene que "el término estabilidad encuentra su origen en la expresión latina *stabilitas* y se refiere a la permanencia, duración en el tiempo, firmeza o cualidad que se ha establecido de modo duradero", agregando que se reconocen dos tipos diferentes de estabilidad: la propia o absoluta, y la impropia o relativa. La primera se caracteriza porque veda la posibilidad de la cesantía arbitraria. En consecuencia, el empleador únicamente podrá cesantar a su empleado si este ha incurrido en la comisión de hechos graves, previamente caracterizados por la ley⁽¹¹⁷⁸⁾, y autorizados por la misma para interrumpir definitivamente la relación; fuera de esta circunstancia extrema, el despido no será posible⁽¹¹⁷⁹⁾.

Por su parte, Bielsa entiende que "la estabilidad es, sin lugar a dudas, el más preciado derecho de los funcionarios y empleados públicos (...). De su existencia dependen los restantes derechos, puesto que si no se tiene el cargo tampoco habrá carrera, ascenso, sueldo, jubilación, etc."⁽¹¹⁸⁰⁾.

De lo expuesto podemos colegir que la estabilidad es aquel derecho que detentan los agentes públicos que cumplimentan con las condiciones reglamentarias establecidas, que no solo comprende el ejercicio de la función mientras no se acredite alguna causa justificada u objetiva que habilite su remoción, sino que se extiende al haz de derechos que ese mismo desempeño supone, entre ellos, el nivel escalafonario y el desarrollo de la carrera administrativa. No

obstante ello, como veremos, con relación a ciertos aspectos (v.gr, el remuneratorio), esta noción presenta interpretaciones disímiles.

7.3. Adquisición del derecho a la estabilidad

La estabilidad, como todo derecho, ha sido reglamentada fijando las condiciones para su adquisición y mantenimiento. En ese sentido, quienes detentarán esta facultad son aquellas personas que ingresen⁽¹¹⁸¹⁾: (i) por los mecanismos de selección establecidos; (ii) cumplimentando cada una de las exigencias que conforman la "idoneidad" en los términos precisados con antelación; (iii) a cargos pertenecientes a la Planta Permanente cuya financiación se prevea para cada jurisdicción u organismos descentralizados en la Ley de Presupuesto⁽¹¹⁸²⁾. De allí que no queden alcanzados el personal durante el período de prueba, el interino o suplente, el que goza de jubilación o retiro, el contratado y el de gabinete de las autoridades superiores⁽¹¹⁸³⁾; (iv) acredite condiciones de idoneidad a través de las evaluaciones periódicas de desempeño, capacitación y del cumplimiento de las metas objetivos establecidos para la gestión durante transcurso de un período de prueba de doce meses de prestación de servicios efectivos desde la toma de posesión del cargo, como de la aprobación de las actividades de formación profesional que se establezcan; (v) obtenga certificado definitivo de aptitud psicofísica para el cargo; y, (vi) ratificación de la designación mediante acto expreso emanado de la autoridad competente con facultades para efectuar designaciones, luego del vencimiento del plazo mencionado. Si luego del mismo transcurriesen treinta días sin que la administración dicte el acto administrativo pertinente, la designación se considerará efectuada adquiriendo el agente el derecho a la estabilidad.

Luego, solo se perderá este derecho cuando se acredite alguna de las causales (subjetivas u objetivas) previstas en la presente ley.

Las provincias y los municipios deben garantizar el derecho a la estabilidad en favor de sus propios agentes a través de sus respectivas reglamentaciones (arts. 1º, 5º, 75 inc. 12, 121, 123 y conchs., CN), más allá de la potestad de poder fijar condiciones y modulaciones propias⁽¹¹⁸⁴⁾.

7.4. Finalidad

La estabilidad, como institución, procura lograr diversos cometidos: (i) en el Estado democrático moderno son necesarios cuadros administrativos preparados que actúen con rapidez y aptitud técnica en el desempeño de tareas complejas, dinámicas y

expansivas circunstancia que justifica el desarrollo de una burocracia eficiente, que se logra con estabilidad⁽¹¹⁸⁵⁾; (ii) proteger al trabajador público de la pérdida arbitraria o incausada de su empleo; (iii) evitar la arbitrariedad del Estado, la persecución política a los opositores y el uso del empleo público como sostén de cuadros partidarios⁽¹¹⁸⁶⁾; (iv) constituir una protección de la sociedad contra el deterioro de la función pública⁽¹¹⁸⁷⁾; (v) procurar la neutralidad política en el ejercicio de la función pública, evidenciando la conexión inescindible que existe entre la garantía constitucional de estabilidad del empleo público y la separación de los poderes. Cassagne afirma que esto explica la razón por la cual los países que cuentan con buenas administraciones públicas (entre otros, Francia, Alemania, Estados Unidos e Inglaterra) se hayan empeñado en instaurar sistemas que aseguran la imparcialidad de los empleados públicos frente a los poderes políticos de turno, en base al establecimiento de una carrera profesional que garantice su idoneidad y especialización así como la igualdad en el acceso a la función pública⁽¹¹⁸⁸⁾; (vi) garantizar mejores condiciones para el desempeño de la carrera administrativa mitigando la carga de frustraciones e inseguridades que se ha transmitido a la organización administrativa mediante prescindibilidades infundadas y que ha estimulado el éxodo de los funcionarios más capaces hacia la actividad privada⁽¹¹⁸⁹⁾.

7.5. Alcance

7.5.1. Contenido

En línea con lo desarrollado al definir el concepto, siguiendo a Zingaretti, precisaremos que el contenido de la estabilidad puede ser abordado: (i) como elemento del contrato de trabajo, y en el empleo público, como componente natural. El trabajador permanente ostenta la calidad de continuo, es un elemento normal de la organización; (ii) en vinculación con la reserva del cargo; (iii) en relación con la perduración del empleo, lo que implica no ser excluido sin previo sumario administrativo fundado en causa legal y con garantía del derecho de defensa; (iv) como un derecho que involucra otros, como el de la carrera administrativa, con el cual conforman una unidad; y, (v) en tanto elemento estructurante de la organización administrativa⁽¹¹⁹⁰⁾.

7.5.2. Absoluta o propia

Como mencionásemos, el art. 14 bis de la CN distingue la estabilidad del empleado público de la protección del trabajador contra el despido arbitrario. En esos términos, la estabilidad

reconocida es, en principio, absoluta. Ello así, pues salvo que se acredite causa justificada a través del pertinente sumario, que el agente haya cumplido el lapso legal para obtener la jubilación ordinaria o una excepcional causal objetiva fundada en razones organizativas (necesaria racionalización o restructuración administrativa), no cabe indemnización como sustitución por el cargo. Es decir, que anulado el acto ilegítimo que dispone la cesantía o prescindibilidad, corresponde la reincorporación del agente, el pago de los salarios caídos y los demás conceptos que reclame y acredite.

En ese sentido, tal como remarcásemos con antelación, a partir del caso "Madorrán"⁽¹¹⁹¹⁾, la Corte Suprema modificó su criterio con relación al punto, reconociendo expresamente la estabilidad absoluta. Para así decidirlo postuló: (i) el reconocimiento del principio protectorio; (ii) la distinción, en función del art. 14 bis, de los grados de protección en razón del tipo de empleo, pública o privada (estabilidad propia e impropia), enfatizando su carácter absoluto en el marco del empleo público; (iii) la consagración del principio hermenéutico *in dubio pro justitiasocialis*, el cual impone que las leyes sean interpretadas procurando alcanzar el máximo bienestar de la persona humana y su plan de vida; (iv) el espíritu del constituyente, su expresión de motivos y las razones que justificaron la introducción de la estabilidad; (v) la idoneidad en el ingreso justifica que el Estado esté interesado en continuar teniendo a su disposición un agente, salvo que concurren razones justificadas para su cese; (vi) la estabilidad propia del empleado público es una solución que concuerda con el plexo jurídico del cuerpo de derechos humanos de jerarquía constitucional-convencional; (vii) la garantía del art. 14 bis no colisiona con las facultades del art. 99, incs. 1º y 7º de la CN, las cuales deben ser compatibilizadas armónicamente; (viii) la estabilidad constitucionalmente reconocida es una cláusula operativa, de acatamiento obligatorio y susceptible de razonable reglamentación, circunstancia que justifica las excepciones subjetivas u objetivas mencionadas.

La posición expuesta también ha sido complementada desde la estructura de incentivos. En ese sentido, como afirma Guibourg el Estado, en cambio, no pretende el lucro y, por lo tanto, sus decisiones no se ven afectadas por consideraciones de costo sino en términos macroeconómicos, no por referencia al mercado sino a la capacidad tributaria del sistema productivo como un todo. En consecuencia, aun cuando algún nivel de indemnizaciones pudiera ser adecuado como resarcimiento para el trabajador, difícilmente un sistema de estabilidad impropia sirviera por sí solo para evitar la eventual arbitrariedad de los funcionarios superiores o para disminuir

consiguientemente la ansiedad de los agentes frente al posible desempleo. Este es el sentido que cabe atribuir al art. 14 bis de la CN, cuando consagra la "estabilidad del empleado público" en un marco general donde la regla es la "protección contra el despido arbitrario"⁽¹¹⁹²⁾.

7.5.3. La remuneración

La retribución constituye un derecho del empleado público, la cual consiste en el sueldo por los servicios que el agente realiza y que el Estado le paga periódicamente, sumado a las asignaciones complementarias (arts. 16, inc. b] y conchs., MREPN). En principio, no puede ser disminuido, aunque como la historia evidencia, ante ciertas circunstancias y respetando determinados parámetros, se ha admitido su excepcional reducción.

En ese sentido, los decisorios "Guida"⁽¹¹⁹³⁾, "Tobar" y "Müller"⁽¹¹⁹⁴⁾ de la Corte Suprema constituyen precedentes de suma relevancia, de los cuales podemos extraer las siguientes pautas interpretativas: (i) la relación de empleo público se rige por pautas de derecho público, en las que el Estado goza de prerrogativas que resultarían exorbitantes para el derecho privado, pero que componen el marco en que se desenvuelve su poder de gobierno; (ii) el Estado puede reducir los salarios de sus agentes, salvo que la Constitución expresamente garantice su intangibilidad⁽¹¹⁹⁵⁾; (iii) para que ello encuentre sustento en nuestra Ley Suprema, debe cumplir ciertos requisitos, entre ellos, que la reducción se adopte ante situaciones excepcionales de emergencia, que tenga efectos generales y vigencia para el futuro en forma transitoria, que no resulte confiscatoria desnaturalizando el derecho a la retribución (v.gr., deja de expresar un valor retributivo razonable en función del cargo que desempeña el agente o porque la disminución salarial importa la pérdida de su posición jerárquica o escalafonaria) y que reconozca grados o categorías de diferenciación; y, (iv) no existe, por ende, un derecho adquirido a mantener el nivel de la remuneración futura sin variantes y en todas las circunstancias. Aún la estabilidad administrativa reconocida en el art. 14 bis de la CN, es susceptible de razonable limitación "en ocasión de grave penuria nacional" (Fallos 253:478), por lo que ante la misma situación, no puede juzgarse inocua la decisión de disminuir —razonablemente— las remuneraciones que deben ser atendidas con el presupuesto de la Nación.

Este criterio hermenéutico puede ser puesto en crisis o exigir un estándar más fuerte de razonabilidad, si asumimos un compromiso más serio con el resguardo del derecho a la remuneración en sí,

como parte integrante de la garantía de estabilidad, su vinculación con ella y con los diversos principios "laborales-humanos" en clave constitucional y convencional (p. ej., la no regresividad y progresividad en materia salarial).

7.5.4. Los contratados y el personal "temporario"

Los contratados o transitorios conforman una de las categorías previstas en los diversos regímenes de empleo público⁽¹¹⁹⁶⁾. Lo que distingue esta modalidad, es que el Estado solo podría recurrir a ella con el objeto de cubrir las actividades que por su naturaleza (contingente y excepcional) y transitoriedad no estén incluidas en las funciones propias del régimen de carrera ni puedan ser cumplidas por el personal permanente (art. 9º, MREPN)⁽¹¹⁹⁷⁾. De allí que estos empleados públicos carezcan de estabilidad y, por ende: (i) no tengan derecho a la carrera administrativa; (ii) no estén sometidos a los regímenes disciplinarios aplicables a los agentes de planta permanente, salvo que expresamente así se establezca; (iii) las relaciones contractuales sean por tiempo determinado, vencido el cual no se admite la tácita reconducción; (iv) la Administración pueda rescindir el contrato en cualquier momento; y, (v) la rescisión (o revocación) del contrato en forma anticipada no otorgue, en principio, derecho a indemnización alguna⁽¹¹⁹⁸⁾, salvo que se acredite la falta de justificación del distracto.

Sin embargo, el Estado ha apelado de forma habitual, recurrente y masiva a este tipo de contratación para realizar funciones o tareas que no son transitorias ni temporarias, desnaturalizándola y procurando con ello disponer de un cúmulo de cargos de administración "discrecional", sorteando el derecho a la estabilidad⁽¹¹⁹⁹⁾. Esta forma de actuar ha sido contemporánea a la imposibilidad de ingresar a la administración por las vías de selección establecidas, debido al congelamiento de vacantes, generando planteos de diversa índole, tendientes a denunciar y demostrar el actuar "fraudulento" del mismo en detrimento de los derechos de los "trabajadores públicos".

La posición del Poder Judicial, en general, y de la Corte Suprema, en particular, ha sido especialmente restrictiva⁽¹²⁰⁰⁾, evidenciando una clara defección hacia el obrar de la administración que tiene como efecto directo desproteger al empleado público, perpetuar este tipo de maniobras, no generar incentivos para el cambio de prácticas y romper la lógica y sentido de la función pública, la estabilidad y carrera administrativa. Recién en su última composición, el Máximo Tribunal nacional adoptó algunas decisiones tendientes a desarticular esa serie de complicidades, aunque los casos escogidos,

los estándares fijados y las soluciones arbitradas fueron muy específicos, elevados y restringidos.

En ese sentido, el punto de quiebre ha sido "Ramos"⁽¹²⁰¹⁾. En este caso, el dec. 4381/1973, bajo el cual se contratase al actor, permitía el ingreso de agentes por una duración máxima de cinco años, para prestaciones transitorias. Asimismo, se encontraba acreditada la flagrante violación al plazo máximo establecido por el decreto, la no transitoriedad de las tareas, la calificación y evaluación anual del agente y el goce de los servicios sociales del empleador. En esos términos, la Corte Suprema sostuvo que: (i) la protección constitucional contra el despido arbitrario comprende a todo tipo de trabajador, sea privado o público; (ii) existe una expectativa de permanencia laboral protegida por el art. 14 bis; (iii) se encontraba configurada la "desviación de poder", al encubrirse una designación permanente con un aparente contrato por tiempo determinado; (iv) era imposible solicitar su reincorporación⁽¹²⁰²⁾ (pues ello vulneraría a su entender el régimen de la función pública⁽¹²⁰³⁾ y las normas constitucionales sobre presupuesto) y solicitar la aplicación de un régimen laboral específico para la indemnización, debiendo aplicarse el régimen de la [ley 25.164](#).

En esta materia, por las razones que expresamos con anterioridad, la Corte ha mantenido un especial casuismo, lo cual nos permite entender la decisión recaída en "Sánchez Carlos Próspero" (ante las diferencias sustanciales) y la ratificación de la línea sentada en "Ramos" en las causas "Barat"⁽¹²⁰⁴⁾, "Cerigliano"⁽¹²⁰⁵⁾, "Maurette"⁽¹²⁰⁶⁾, entre otros. Es decir, que es necesario tener especialmente en cuenta el *holding* de los precedentes mencionados, sea para mostrar la cercanía del caso o para aportar nuevos argumentos que permitan demostrar la sinrazón o estrictez de ciertos estándares sostenidos.

En el caso "Serial"⁽¹²⁰⁷⁾, la Corte Suprema revocó la sentencia de la Cámara en cuanto condenó a la accionada a abonar la indemnización por despido de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contrato de Trabajo, por no haber existido acto expreso para incluir el vínculo que reuniera con la actora dentro del régimen laboral específico. De ese modo, cuando se concluye que mediante diversos medios se encubrió un vínculo subordinado que por la índole de las tareas y cuya continuidad en el tiempo generan al trabajador la expectativa de una permanencia en su puesto —tal es el caso de Serial—, ante la falta de acto expreso que lo incluya en la normativa de la ley laboral, el Máximo Tribunal ha adoptado en los últimos años una postura restrictiva en cuanto a la aplicación de la LCT, por lo que para fijar la reparación indemnizatoria que correspondiera al trabajador ante una ruptura intempestiva del vínculo debe aplicarse

por analogía la Ley de Empleo Público (arts. 11 y concs., MREPN). En estos casos, no corresponde tampoco la reincorporación del trabajador a su puesto⁽¹²⁰⁸⁾.

Recientemente, *in re* "Gómez"⁽¹²⁰⁹⁾, la Corte ratificó esta postura en el caso de una persona contratada por la Policía Federal por casi 14 años, donde sostuvo que no puede ser privado del derecho a una indemnización justa frente a la ausencia de una respuesta normativa singularizada a la cuestión que reglamente una reparación ante una ruptura incausada e intempestiva del contrato, ello conforme la doctrina de la Corte Suprema en "Ramos". De ese modo, agregó que frente a la ausencia de una norma singularizada que reglamente una reparación ante una ruptura incausada e intempestiva del contrato que vinculó, por contratos sucesivos, a quien se desempeñó como ordenanza para la Policía Federal por casi 14 años y que goza de un beneficio previsional, con esa fuerza de seguridad, es menester recurrir a leyes que fijan pautas indemnizatorias por pérdida de empleo y que guardan mayor analogía con la situación, que encuentra una solución razonable y equitativa en el régimen indemnizatorio previsto en el art. 16 del dec.-ley 6581/1958, sin perjuicio de que *a priori* esta indemnización solo es aplicable al personal civil de la institución. En ese orden de ideas, si bien el agente no poseía estabilidad y efectivamente existían impedimentos jurídicos para adquirirla, ello no es óbice para el otorgamiento de una indemnización, máxime cuando de la ley 21.965 y del dec. 1866/1983 no surge una prohibición para su percepción⁽¹²¹⁰⁾.

Guibourg retrata esta problemática, explicando que el Estado admitió, sin mayores requisitos que alguna recomendación, a un gran número de empleados que, destinados a tareas permanentes y normalmente remunerados como tales, quedaban sometidos a contratos temporarios renovables a voluntad y a quienes se negaba toda indemnización en caso de despido (disfrazado de no renovación del contrato). También usó fraudulentamente otros pretextos legales, tales como pasantías, becas y participación de "entes cooperadores". Y, a la hora de decidir los inevitables conflictos, la justicia obró de manera errática. Al principio (por razones doctrinarias o por conformidad política) apoyó cerradamente la conducta estatal ante el riesgo de laboralización⁽¹²¹¹⁾. Luego fue flexibilizando esta actitud, con idas tímidas y regresos nuevamente severos, hasta que en el fallo "Madorrán", la Corte proclamó el mensaje principista con apoyo en la garantía constitucional. Pero pronto advirtió que la universalización de esa doctrina tan bien fundada traería consecuencias complicadas, como quedó esbozado entre líneas en las disidencias del mismo fallo; y rápidamente impuso una solución

intermedia, parecida a la laboral privada pero fundada por analogía en el derecho laboral público y, de paso, un poco menos favorable a los intereses del trabajador, sin dejar por eso de invocar la garantía de estabilidad del empleado público impuesta por la Constitución como más intensa que la asegurada al trabajador privado⁽¹²¹²⁾.

7.5.5. Terciarizaciones: limitación de responsabilidad

La concesión o delegación de la prestación de determinados servicios por parte del Estado en terceros, es una realidad cada vez más habitual. Ello genera distintos tipos de cuestionamientos cuando se suscitan conflictos entre el empleador privado o concesionario y sus empleados debido al incumplimiento de las obligaciones laborales y la posibilidad de reclamar al Estado la satisfacción de las mismas.

En relación con ello, la Corte Suprema inveteradamente ha sostenido una posición contraria a la responsabilidad del Estado en materia de subcontratación y tercerización de servicios. En ese sentido, ha postulado que: (i) el contrato celebrado con el subcontratista es de naturaleza administrativa y está regulado por el derecho público; (ii) dichos actos administrativos gozan de presunción de legitimidad; (iii) la administración pública no es empleador⁽¹²¹³⁾; (iv) el art. 2º de la LCT establece que el régimen de contrato de trabajo es aplicable en la medida que resulte compatible con la naturaleza de la actividad⁽¹²¹⁴⁾.

En este sentido, la reciente Ley de Responsabilidad del Estado 26.944 expresamente establece que el Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada (art. 6º).

Este criterio se avizora problemático si tenemos en consideración que resulta inequitativo que aquel trabajador que presta servicios en una empresa contratada por el Estado tenga una garantía al cobro de su crédito (de carácter alimentario) menor que la de aquellos en el que la tercerización se da entre privados, siendo que lo que el art. 2º de la LCT excluye de su ámbito de aplicación es a los dependientes de la Administración Pública, pero no a esta como sujeto de derecho⁽¹²¹⁵⁾.

7.5.6. Empleo y planes sociales

Otra problemática de interés es la utilización por parte de la Administración Pública de la figura de Planes Sociales Nacionales (tales como el Plan Jefes y Jefas de Hogar, Plan de Emergencia

Laboral y Plan de Empleo Comunitario, entre otros) para desarrollar cometidos estatales, su consideración dentro de las formas de vinculación o empleo estatal, el encubrimiento de verdaderas relaciones de empleo público y su incidencia en términos de protección de derechos respecto de los sectores especialmente relegados⁽¹²¹⁶⁾.

Como señala Naboni, si bien nuestra jurisprudencia se ha ocupado de algunos casos donde la Administración ha utilizado "Pasantías" o "Becas" como modalidades para ocultar relaciones de empleo público, los planes sociales constituyen una nueva "alternativa" que escapa al típico caso de contratados por locaciones de servicios u obra.

En ese sentido, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás de los Arroyos en el caso "Cruz"⁽¹²¹⁷⁾, consideró acreditada la desviación de poder por parte del Municipio de Pergamino al utilizar abusivamente las figuras de Planes Sociales, quien aprovechaba la contraprestación que debía otorgar la actora como beneficiaria de dichos planes para hacerla trabajar durante 4 años de lunes a viernes en jornadas de 7 a 14 horas en su dependencia de la Dirección General de Tránsito expidiendo licencias de conducir. La ruptura del vínculo sobrevino ante la negativa del Municipio a otorgarle a la actora la licencia correspondiente por su estado de embarazo.

De la prueba producida, se constató que Cruz efectivamente estaba vinculada a los proyectos de "Capacitación Centros Comunitarios" y "Comedor Comunitario", dentro del marco del Programa de Empleo Comunitario del cual fue beneficiaria en los últimos dos años de trabajo, pero que el Municipio incumplió la normativa aplicable a los programas sociales en cuanto al lugar y tipo de actividad en la cual debía brindar la Sra. Cruz su contraprestación, como así el carácter transitorio de las mismas. En esa inteligencia, la Cámara sostuvo que "(...) el Municipio aprovechó la prestación laboral de la actora, ocupándola en tareas que carecían de transitoriedad y constituían la actividad regular y ordinaria de la Comuna, con una evidente desviación de poder, que tuvo por objetivo encubrir una relación de trabajo bajo la apariencia de un Plan Social Nacional, debiendo remarcar que —pese a ser organismo responsable (...)— manifestó no tener elementos documentales relacionados con la actora". En la resolución del caso, el órgano interviniente aplicó la doctrina del fallo "Ramos", empleando para fijar la indemnización el derecho público local entonces vigente (art. 24, inc. 2º de la ley 11.757).

7.6. Pérdida de la estabilidad

La relación de empleo puede finalizar por distintas causas, entre ellas, fallecimiento del agente, renuncia, baja por jubilación, retiro o incapacidad, disciplinarias, conclusión o rescisión del contrato, vencimiento del plazo o reestructuración (arts. 42 y conchs., MREPN). Nos interesa señalar, muy brevemente, algunas consideraciones en torno a la falta y las reorganizaciones como causales de pérdida de la estabilidad.

7.6.1. Falta

En ejercicio de sus funciones el empleado público es pasible de distintos tipos de responsabilidades, en función del agravio que haya producido a los bienes y derechos jurídicamente tutelados. De allí sus diversas modalidades y regulaciones jurídicas sustantivas y adjetivas (administrativa disciplinaria y patrimonial, penal, política y civil).

La responsabilidad administrativa disciplinaria se pone en juego cuando el agente comete algún tipo de infracción legalmente reconocida que habilita a su separación del cargo, previo procedimiento sumarial que asegure el debido proceso⁽¹²¹⁸⁾ y resguarde la garantía de defensa (arts. 17 *in fine* y 27 a 38, MREPN). En ese sentido, un problema recurrente se encuentra en la amplitud de las causales consideradas faltas, la pérdida de confianza como argumento motorizante, la graduación de la sanción, el alcance de la discrecionalidad, la falta de fundamentación y el estándar del control judicial.

7.6.1.1. El problema de la "pérdida de confianza"

Como señala Mazzuco, la noción de "pérdida de confianza" como causal de cese de una relación laboral, es un concepto común en los estrados del fuero laboral que ha venido haciéndose recurrente en el mundo del derecho administrativo con, quizá, cierta superficialidad⁽¹²¹⁹⁾. En las relaciones privadas, la invocación a la "pérdida de confianza" implica la aceptación de una injuria que objetivamente justifica el distracto, circunstancia que ha motivado que los tribunales reiteren que la misma debe, necesariamente, derivar de un hecho de por sí injuriante, no pudiendo ser invocada como causal autónoma para justificar el despido.

En cambio, en las relaciones de empleo público, la jurisprudencia sobre la materia presenta como denominador común que la "pérdida de confianza" siempre aparece calificada de "objetiva", mientras se reconocen los supuestos fácticos previos que justificarían tal actitud de parte de la Administración⁽¹²²⁰⁾. De ese modo, podría sostenerse

que dicho concepto no aporta ninguna consideración valiosa para justificar una sanción sobre un empleado público, en tanto el principio de juridicidad impediría que se la cite como causa autónoma de tal decisión. Lo que sí permite entrever es que su aparición cada vez más frecuente en materia administrativa podría ser un síntoma negativo o peligroso, en tanto abre la puerta a cierta arbitrariedad⁽¹²²¹⁾ en las decisiones de los superiores jerárquicos para establecer sanciones sobre los agentes públicos a la luz de sus antecedentes y de los hechos relevantes que se hayan acreditado durante la instrucción sumarial⁽¹²²²⁾.

7.6.1.2. Control judicial

El control de los actos administrativos por los cuales se dispone el cese de agentes debe ser amplio y sin restricciones de ningún tipo. Es decir, que no se debe limitar a la validez de los mismos (configuración de sus elementos), sino que comprende el análisis de su razonabilidad y, como parte de ella, de su proporcionalidad en relación con la gravedad de la falta, a los valores y bienes en juego, los antecedentes y demás elementos objetivos legalmente establecidos⁽¹²²³⁾. El límite del juez estará en la imposibilidad de sustituir la elección, aun cuando pueda invalidar toda aquella ilegítima y/o irrazonable. A pesar de ello, cabe remarcar que las interpretaciones judiciales han solido otorgar un amplio margen a la inteligencia y ponderación que los órganos administrativos adjudican a conceptos jurídicos indeterminados y/o sanciones.

7.6.1.3. Mobbing y estabilidad

El ámbito del empleo público, por diversas razones, es uno de los más proclives a generar ambientes laborales especialmente violentos. En ese sentido, Sadi marca la incidencia que la garantía de la estabilidad puede tener, en tanto aparece como un escollo para el funcionario jerárquico desprenderse de algún agente que no sea de su "agrado" pues para ello es indispensable obtener el dictado de un acto que disponga el inicio de actuaciones sumariales, tener que probar las faltas y lograr al final de ese procedimiento el cese de la relación. De allí que el acoso constituya una forma de lograr tal cometido, que se agrava por los déficits estructurales de la organización administrativa⁽¹²²⁴⁾: en la Administración Pública se confunden decisiones políticas y administrativas, permanencia y precariedad, cargos que se crean y disuelven sin planificación de recursos humanos, coexistencia de procedimientos formales e informales, inexistencia de carrera administrativa, concursos de selección y promoción "direccionados", traslados de personal

originados en decisiones políticas sin justificación en razonables causas de servicio, órdenes emanadas de superiores con funciones "creadas para la coyuntura" pero no descriptas en normas legales o reglamentarias⁽¹²²⁵⁾.

7.6.2. Las reestructuraciones: una práctica (im)"prescindible"

Las reestructuraciones administrativas constituyen un instrumento necesario y útil para mejorar la organización administrativa y su desenvolvimiento. Su razonable utilización debería operar cuando existen razones objetivas, reales y legítimas que la justifiquen para enfrentar los cambios que se requieran. Sin embargo, lo que ha primado son las prácticas infundadas de modificar las estructuras administrativas con argumentos aparentemente válidos, sumado a las restricciones ilegítimas contenidas en leyes de prescindibilidad que sin mayor fundamento que razones de servicio produjeron cesantías ilegítimas.

El personal con estabilidad alcanzado por una reestructuración, que implique la supresión de organismos con la eliminación de los cargos respectivos, será reubicado, garantizando la incorporación del agente a los cargos vacantes, aunque el Convenio Colectivo de Trabajo para el Sector Público introduce la posibilidad de optar entre ello o la indemnización correspondiente de forma inmediata⁽¹²²⁶⁾. Si no es posible la reubicación, el agente quedará en situación de disponibilidad, por un período que no puede ser menor a seis meses ni mayor a doce, según la antigüedad, debiendo priorizarse al trabajador en situación de disponibilidad para cubrir las vacantes que se produjesen. Vencido el período de disponibilidad sin que el agente sea reubicado se producirá la baja, con derecho a una indemnización tarifada. Determinados sujetos no pueden ser puestos en disponibilidad, los organismos suprimidos no pueden ser nuevamente creados y los cargos eliminados no podrán ser cumplidos por personal contratado o de Gabinete (arts. 11, 12, 13 y 14, MREPN). No obstante ello, es común constatar como la administración, producida la reestructuración, poco tiempo después, vuelve a instituir órganos similares cambiando simplemente las denominaciones y dejando al descubierto el verdadero sentido de la "reorganización administrativa".

En cuanto a las leyes de prescindibilidad⁽¹²²⁷⁾, la Corte Suprema las ha declarado constitucionales siempre que esas disposiciones denoten la compatibilidad de lo prescripto por el art. 14 bis con lo establecido en los arts. 75, inc. 20; 99, inc. 7º y 100, inc. 3º, es decir, aseguren una adecuada indemnización cuando el Poder Legislativo

decida suprimir a un empleo o el Poder Ejecutivo decida remover a un empleado sin culpa de este⁽¹²²⁸⁾.

EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA. UNA APROXIMACIÓN

Comentario por María Victoria Ricciardi

I. INTRODUCCIÓN

La tarea de escribir un artículo de reseña sobre el derecho a la vivienda resulta algo más compleja de lo que puede suponerse *a priori*. Por un lado, esta dificultad aparece a partir de la cantidad de cuestiones teóricas que merecen ser abordadas al momento de reflexionar más o menos seriamente sobre este derecho. Sin embargo, la principal dificultad aparece a partir de las distintas situaciones fácticas involucradas a la hora de debatir los alcances del derecho a la vivienda. Así, la naturaleza de los conflictos que se presentan en torno al derecho a la vivienda exigen análisis de aristas relativamente diferenciadas, para ejemplificar: no es lo mismo pensar la situación de las personas en situación de calle⁽¹²²⁹⁾ que la de aquellas residiendo en asentamientos informales⁽¹²³⁰⁾; no es lo mismo analizar la situación de deudores hipotecarios⁽¹²³¹⁾ que casos de relocalización masiva de personas⁽¹²³²⁾; tampoco se asemeja debatir el derecho a recibir asistencia legal de los niños involucrados en procesos de desalojos⁽¹²³³⁾ que la situación de la mujer y el acceso a la vivienda⁽¹²³⁴⁾; o bien determinar la constitucionalidad de la regulación del mercado de alquileres⁽¹²³⁵⁾ o el impacto de las regulaciones relativas al uso del suelo⁽¹²³⁶⁾, y así podríamos continuar con un listado de situaciones muy diversas que, en definitiva, se encuentran, por un lado, atravesadas de forma genérica por las nociones respecto al derecho a la vivienda, y por otro, alimentan la definición sobre su alcance.

Es cierto que en buena medida el análisis de una gran cantidad de derechos encierra esta complejidad. En especial cuando se trata de derechos sociales. Ahora bien, me interesa comenzar por recalcar esta realidad, ya que en ocasiones en algunos fallos judiciales y en ciertas discusiones pareciera que todo debate en torno al derecho a la vivienda se resume en una única gran polémica —que se presenta

de la siguiente forma—: ¿el reconocimiento del derecho a la vivienda en la Constitución significa que tiene el Estado la obligación de garantizar una vivienda a toda persona que la reclame? Así, en el imaginario, hay personas sin vivienda y la única respuesta posible en la entrega de una vivienda "llave en mano" como forma de solución. Asimismo, a partir de esta reducción del problema se plantean dilemas tales como la forma de asignación de recursos escasos, la necesidad de priorización de esos recursos, la necesidad de los tribunales de decidir alguna forma de priorización y la imposibilidad de brindar soluciones "para todos".

Frente a esta aparente irreductible disyuntiva es importante tener en cuenta que las posibilidades de las personas (tanto de recursos escasos como medios) de acceder a un alojamiento es el resultado de un entramado de decisiones (políticas, económicas, administrativas, tributarias, etc.) que inciden por múltiples vías sobre el acceso a la vivienda. Como explica Yujnovsky, al analizar el desarrollo de las políticas habitacionales entre 1955 y 1981: "(...) el Estado intervenía en el sistema económico afectando a la producción, a la comercialización y uso de la vivienda, por ejemplo, a través de las regulaciones y acciones respecto de la tierra (forma de subdivisiones, usos, expropiaciones, reservas, etc.); a través de medidas para el sector productivo (créditos, impuestos, fomento de materiales y sistemas constructivos, etc.); incluyendo aquí al sector externo (aranceles de importación de materiales, de tecnologías, etc.); a través de estímulos financieros al sistema bancarios; de políticas de precios (control de alquileres)". A la vez que destaca "(...) toda la política económica y social afecta siempre directa o indirectamente a las posibilidades de satisfacción adecuada de las necesidades habitacionales de la población"⁽¹²³⁷⁾.

En efecto, existen muy destacados trabajos sobre el desarrollo de las políticas habitacionales en Argentina en los cuales se analizan avances, tensiones, dificultades, obstáculos y vacíos⁽¹²³⁸⁾. La riqueza del análisis de los distintos aspectos involucrados en el desarrollo de una política habitacional arroja luz sobre la enorme complejidad que enfrenta cualquier operador del derecho que tiene que resolver un conflicto que involucra al derecho a la vivienda. Definitivamente, no se trata tan solo de evaluar la cantidad de gente que necesita vivienda vis a vis la posibilidad del Estado de proveerlas todas. Los operadores del derecho, en especial los tribunales, enfrentan la imperiosa necesidad de sofisticar el análisis en materia de derecho a la vivienda y el derecho al hábitat. Por primera vez, más personas en el mundo viven en ciudades que en zonas rurales lo que augura un crecimiento de los conflictos en torno al acceso a la ciudad⁽¹²³⁹⁾.

De allí que los enfoques normativos modernos en la materia ya no se encuentran centrados en el concepto de derecho a la vivienda sino también en la noción de hábitat —hábitat digno— y en el novedoso concepto de derecho a la ciudad⁽¹²⁴⁰⁾. A la vez, desde las ciencias jurídicas se insiste en la importancia de la utilización de un marco de derechos humanos en la tanto en el diseño de las políticas como también para evaluar su desarrollo y resultados. Esta novedad es más que bienvenida.

II. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

El derecho a la vivienda se encuentra expresamente reconocido en la Constitución argentina.

El conjunto de derechos sociales incorporados en la reforma de la Constitución llevada adelante en el año 1957⁽¹²⁴¹⁾, a través del art. 14 bis, resultaron los únicos sobrevivientes de la reforma de 1949, luego de que el gobierno *de facto* que derrocara al presidente Perón dejara sin efecto la reforma realizada en 1949⁽¹²⁴²⁾ y restituyera el texto de la Constitución vigente en 1853/60. En dicha reforma se habían incorporado de forma amplia una gama de derechos sociales como también la función social de la propiedad.

El incorporado art. 14 bis reza: "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que puede existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

De manera indudable se incluyó una síntesis de derechos sociales vinculados, conforme la concepción a la época, con la condición de trabajador. Así aparece la vivienda en su faz individual, si se quiere, vinculada con la necesidad de un trabajador y su familia de gozar de un lugar en el cual desarrollar su vida⁽¹²⁴³⁾.

En 1994, entre los arreglos institucionales alcanzados para aprobar el llamado a reformar la Constitución, se consensuó que la Convención Constituyente no iba a estar habilitada a realizar modificaciones a la primera parte de la Constitución⁽¹²⁴⁴⁾. Sin embargo, esta restricción no significó que la reforma no trajera importantes novedades en relación con el alcance del derecho a la vivienda.

La modificación definitiva que en el paisaje normativo produjera la incorporación de una serie de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, a través del art. 75, inc. 22, alcanza también al derecho a la vivienda.

La mayoría de los instrumentos de derechos humanos incorporados al texto con jerarquía constitucional contienen cláusulas relativas al derecho a la vivienda⁽¹²⁴⁵⁾. De manera definitiva, el más relevante en la materia es el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales (en adelante PIDESC). El PIDESC en su art. 11, párr. 1º establece: "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel adecuado de vida para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)".

La relevancia de este instrumento viene dada esencialmente a partir de la tarea que realiza el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, órgano de aplicación del tratado y por tanto exégeta de las cláusulas contenidas en el pacto. Esta función ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CS) que se ha referido al Comité como "el intérprete autorizado" del PIDESC y, más aún, ha dicho que la interpretación que este haga de los derechos incluidos en el PIDESC complementan el texto constitucional en tanto comprende "las condiciones de vigencia" al que se refiere el art. 75, inc. 22⁽¹²⁴⁶⁾.

Específicamente, la CS ha empleado este criterio al resolver el caso "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo"⁽¹²⁴⁷⁾ el caso más reciente en materia de vivienda. Así al de analizar el alcance del derecho a la vivienda recurrió a las Observaciones Generales emanadas del Comité en tanto "(...) el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las 'condiciones de vigencia' de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la CN (...) "⁽¹²⁴⁸⁾.

Es decir que a partir de la reforma de 1994, y en especial a partir de la construcción jurisprudencial realizada por la Corte Suprema de Justicia sobre el modo en que se concretó la incorporación de los tratados de derechos humanos en el derecho interno, es necesario recurrir tanto al texto de los artículos de la Constitución, a las cláusulas de los tratados de derechos humanos y, como pauta complementaria, a los lineamientos fijados por los órganos de aplicación de los tratados para lograr una conceptualización acabada

del derecho a la vivienda o, por caso, sobre cualquier otro derecho. De allí la importancia de conocer esa conceptualización.

En el plano del derecho internacional, las últimas décadas se caracterizan por un intenso desarrollo normativo del derecho a la vivienda que ocurre a partir de la creciente importancia que —desde de los patrones señalados respecto a la relevancia de la cuestión urbana— se les ha dado a los conflictos relativos al hábitat⁽¹²⁴⁹⁾.

Tal es así que, a los fines de fortalecer la promoción y el cumplimiento del derecho a la vivienda, en el año 2000, la Comisión de Derechos Humanos de la Naciones Unidas designó un relator especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado⁽¹²⁵⁰⁾. El mandato del relator, que ha sido desempeñado por un experto y dos expertas, sigue vigente hasta la actualidad y parte esencial de su misión es llamar la atención sobre los temas cruciales en materia de derecho a la vivienda. En efecto, en el trabajo de la Relatoría puede verse el desarrollo de la aplicación del marco de derechos humanos al análisis del acceso a la vivienda. Así, los primeros informes estuvieron destinados a dar precisiones sobre la naturaleza jurídica del derecho y en los más recientes se analiza el impacto que las políticas de financiación de vivienda tienen sobre los más pobres a la vez que ofrecen alternativas más respetuosas del marco de derechos⁽¹²⁵¹⁾.

En el año 2011, Raquel Rolnik, quien era relatora de derecho a la vivienda, realizó una visita oficial a la Argentina. La relatora, entre otras cuestiones, expresó, que "(...) que la cuestión de la vivienda constituye una fuente de tensión y conflicto, particularmente en algunas regiones del país. Argentina, con el 90% de su población habitando en áreas urbanas, y con más del 30% concentrado en Buenos Aires y su área metropolitana, ha conocido importantes déficit habitacionales desde décadas, lo que ha llevado a millones de argentinos a instalarse de forma precaria en villas y otras formas de vivienda no adecuada. Este fenómeno ha venido agravándose en particular a partir de la mitad de la década de 1970 en función de una oferta pobre de suelo urbanizado accesible a los sectores de bajos ingresos y una baja inversión en urbanización y consolidación de asentamientos informales"⁽¹²⁵²⁾.

El relator de la vivienda fue quien precisó la definición del derecho a la vivienda⁽¹²⁵³⁾, que en la normativa internacional se encuentra reconocido como parte integrante del derecho a un nivel adecuado⁽¹²⁵⁴⁾. El derecho a la vivienda se define como: "El derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad"⁽¹²⁵⁵⁾.

La definición adoptada sigue los lineamientos definidos por el Comité DESC, que le dedicó al derecho a la vivienda dos observaciones generales⁽¹²⁵⁶⁾: nro. 4 (1991)⁽¹²⁵⁷⁾, sobre el derecho a una vivienda adecuada y nro. 7 (1997), sobre desalojos forzados⁽¹²⁵⁸⁾, que a partir de la fuerza normativa del derecho internacional, constituyen dos de los documentos más relevantes en materia de derecho vivienda.

En la observación general nro. 4, el Comité enumera y define los aspectos esenciales que en cualquier contexto deben verificarse para poder considerar que una persona, familia o grupo de personas gozan del derecho a una vivienda adecuada⁽¹²⁵⁹⁾. En otras palabras para que una vivienda sea *adecuada*, destacando así el concepto de adecuación del lugar de residencia de las personas, debe reunir como mínimo, los siguientes criterios: el primero, y tal vez el más relevante es la (a) seguridad jurídica de la tenencia⁽¹²⁶⁰⁾; los otros son (b) disponibilidad de materiales, servicios, facilidades e infraestructura⁽¹²⁶¹⁾; (c) gastos soportables⁽¹²⁶²⁾; (d) habitabilidad⁽¹²⁶³⁾; (e) asequibilidad⁽¹²⁶⁴⁾; (f) lugar⁽¹²⁶⁵⁾ y (g) adecuación cultural⁽¹²⁶⁶⁾.

En la observación se incluyen referencias a ciertos principios fundamentales en materia de derechos sociales, especialmente importantes para argumentar en favor su justiciabilidad.

En primer lugar, una mención al principio de interdependencia de los derechos: "el derecho a una vivienda adecuada no puede considerarse aisladamente de los demás derechos que figuran en los dos Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables". En este sentido, a los fines de contrarrestar el hecho de que los derechos civiles y políticos y los DESC se encuentran reconocidos en instrumentos separados (por un lado, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y por el otro, el PIDESC) se recurre a la noción de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Este principio adoptado de forma explícita en la Declaración de Viena de 1993⁽¹²⁶⁷⁾ refleja la idea de que todos los derechos humanos encuentran su fundamento en la dignidad humana y, como consecuencia de ello, se sigue que la satisfacción de uno es condición para el goce de los otros. En este sentido, la garantía de cumplimiento de los derechos civiles y políticos constituye una condición para la observancia de los derechos sociales⁽¹²⁶⁸⁾.

En segundo lugar, la Observación explicita que existen distintos tipos de obligaciones en materia de derechos sociales. Así, existen obligaciones mediatas pero también inmediatas⁽¹²⁶⁹⁾, volveremos sobre esto más adelante al analizar los alcances de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Sirve señalar, por ahora, que este argumento es fundamental frente a los embates contra la exigibilidad de los derechos sociales, pues sirve para discutir con aquellos que insisten con la idea distinguir a los derechos civiles y políticos de los derechos sociales con el argumento de las diferencias en las obligaciones requeridas para efectivizar su goce. Para refutar esta noción, se sostiene que en realidad todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, generan obligaciones de distintos "niveles" (o bien todos los derechos son un complejo de obligaciones positivas y negativas). En el clásico esquema explicado por Courtis y Abramovich, siguiendo a Van Hoof y los lineamientos del derecho internacional, se clasifican las obligaciones en tres: de protección y de garantía y satisfacción⁽¹²⁷⁰⁾. En todos los derechos se puede exigir el cumplimiento de los tres niveles de obligaciones en distinta medida. Por supuesto, eso no significa dejar de reconocer que "(...) se identifica a los derechos sociales en mayor medida con las obligaciones de garantía o satisfacción, es decir, con las obligaciones referidas al acceso del titular a la posibilidad de ejercer el derecho"⁽¹²⁷¹⁾.

Tampoco esto significa que no tenga vigencia el debate más trascendente en materia de derechos sociales que es determinar cuáles son —de manera específica— las obligaciones de los Estados y en qué medida la falta de disfrute de estos derechos puede ser reclamada ante los tribunales. En torno a esto, conviene por ahora mencionar que, desde el plano del derecho internacional, es vital tener cuenta lo establecido en la observación general nro. 3 "sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes", en la cual se encuentran explicadas algunas de las pautas interpretativas sobre el art. 2º del PIDESC que refiere a las obligaciones de los Estados. En especial se encuentran desarrollados dos criterios claves en materia de DESC: el principio de progresividad y la obligación de garantizar el mínimo esencial.

Por último, la observación general nro. 4 refiere a la obligación de los Estados de dar prioridad a los grupos especialmente desaventajados y se refiere especialmente a aquellos perjudicados por políticas que afecten las condiciones de vida y la vivienda. A la vez, que refiere a la obligación de los Estados de no aplicar medidas discriminatorias en el acceso a la vivienda.

En definitiva, una adecuada conceptualización del derecho a la vivienda exige tener en cuenta los principios emanados del derecho internacional.

2.1. El Estado social en la Constitución Nacional

La reforma del año 1994 trajo otras novedades importantes que repercuten de manera directa en la interpretación que se haga del derecho a la vivienda, su dimensión y los casos tutelados bajo su órbita. El acceso a la vivienda está íntimamente vinculado con la regulación de otros elementos esenciales que también encuentran su regulación en la Constitución. Típicamente, el derecho a la propiedad y a la tierra.

Desde su sanción original, los arts. 14 y 17 de la CN consagran el derecho a la propiedad⁽¹²⁷²⁾. El art. 14 establece el derecho al uso y goce de la propiedad mientras que art. el 17 establece la inviolabilidad de la propiedad⁽¹²⁷³⁾. Ciertamente, la noción suprema y absolutista de este derecho se plasmó de manera definitiva en el texto del Cód. Civil de Vélez Sarsfield, a través del cual el concepto de dominio fue dotado de determinadas características, principalmente el de absoluto, exclusivo y perpetuo. La combinación de las ideas liberales de mediados del siglo XIX⁽¹²⁷⁴⁾ junto con una expansiva tradición civilista⁽¹²⁷⁵⁾ constituyeron los pilares que sirvieron para sostener el estatus de privilegio de este derecho.

La reforma de 1994 impactó en la interpretación del derecho de propiedad ya que, a través del art. 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se incorporó la noción de función social. El art. 21.1 dispone: "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social". Esta incorporación revitaliza la importancia de aplicar criterios de ponderación en aquellos casos de colisión del derecho la vivienda y el derecho a la propiedad.

En épocas recientes, la CS retomó una vieja doctrina del tribunal que no encontraba obstáculos en la Constitución para limitar el derecho a la propiedad en pos de defender "intereses vitales de la comunidad" siempre en situaciones de crisis extendidas o en el marco de la emergencia económica.

En el precedente "Rinaldi"⁽¹²⁷⁶⁾, el Máximo Tribunal convalidó la normativa dictada con la finalidad de dar protección a deudores hipotecarios que estuviesen en riesgo de perder su hogar (vivienda única y familiar) ante la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones contractuales luego de las distorsiones generadas a partir de normativa sancionada en el marco de la crisis del año 2001⁽¹²⁷⁷⁾. Para así decidir el Tribunal expresó "(...) tal decisión [la normativa de refinanciación hipotecario] aparte de perseguir un fin legítimo, resulta coherente con la pauta constitucional del art. 14 bis que contempla la protección de la familia y el acceso a una vivienda digna, derechos que también son tutelados por tratados internacionales de idéntica jerarquía según la reforma de 1994 (...)"⁽¹²⁷⁸⁾. Asimismo, agregaba

"(...) ante la posibilidad de que un número muy importante de deudores hipotecarios pueden ver en peligro la subsistencia de las garantías contempladas por el citado art. 14 bis, las medidas legislativas tendientes al afianzamiento de la vivienda familiar (...) obedecen a un propósito de justicia (arg. Fallos 249:83), y la razonabilidad de las mayores restricciones que aquéllas imponen al derecho de propiedad del acreedor, deben valorarse en función de la entidad de la crisis que busca superarse (...) "⁽¹²⁷⁹⁾.

Ciertamente, la Corte también se ocupa de no dejar dudas sobre el privilegiado lugar que ocupan en el ordenamiento jurídico tanto el derecho a la propiedad como la libertad de contratación.

Ahora bien, a la hora de evaluar la razonabilidad de la medida resaltan que "(...) [el caso] trata de un contrato caracterizado por la vinculación con derechos fundamentales vinculados al estatuto de protección de la persona y la vivienda familiar. La conexión con el estatuto de la persona es evidente, ya que una ejecución sin límites de lo pactado afectaría gravemente la existencia de la persona del deudor y su grupo familiar y los conduciría a la exclusión social. Si bien la lógica económica de los contratos admite que el incumplidor sea excluido del mercado, ello encuentra una barrera cuando se trata de las personas "⁽¹²⁸⁰⁾.

Más aún, agregan los magistrados: "Todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, que esta Corte debe proteger. Los derechos vulnerados vinculados al acceso a bienes primarios entran en esta categoría y deben ser tutelados "⁽¹²⁸¹⁾.

En las primeras décadas del siglo XX, una serie de fallos⁽¹²⁸²⁾ del Máximo Tribunal consolidaron una doctrina que justificaba la limitación del derecho a la propiedad. En el célebre caso de 1922, "Ercolano c. Lantieri de Renshaw", en el cual se debatía la constitucionalidad de una limitación impuesta al precio de los alquileres establecida como forma de paliar la crítica situación que padecían los inquilinos en ese momento⁽¹²⁸³⁾, dijo la Corte: "Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última". A la vez que agregaba: "Existen, sin embargo, circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a

objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad".

Carlos Nino, en el esencial *Fundamentos de derecho constitucional*, realizaba un agudo análisis sobre una serie de fallos en materia de restricción de derechos de propiedad. Nino reconoce la importancia de las limitaciones del derecho a la propiedad y señalaba: "es evidente que una reforma de la Constitución nacional no puede ignorar la tendencia de todos los textos constitucionales dictados en el marco de democracias liberales en las últimas décadas—incluyendo a los de Europa occidental, los de Latinoamérica y los de varias provincias argentinas— de asignar a la propiedad privada y a la libertad de comercio una función social. Lejos de constreñir al legislador, la inclusión de este principio (que, por otra parte, como vimos es ampliamente receptado por nuestra jurisprudencia) daría al proceso democrático un mayor margen para definir la orientación del sistema económico de acuerdo con las diferentes circunstancias fácticas y al balance de diverso interés"⁽¹²⁸⁴⁾.

Hace más de veinte años atrás, Carlos Nino reconocía la importancia de introducir de manera explícita la función social de la propiedad en el ordenamiento jurídico⁽¹²⁸⁵⁾. Sin embargo, los mitos arraigados en torno a las consecuencias que podrían seguirse de incorporarse este principio impidieron que en la última reforma del Cód. Civil se llegara a una propuesta respetuosa de los principios ya existentes en nuestra práctica constitucional⁽¹²⁸⁶⁾.

En este sentido, Nino agregaba "un necesario complemento de los derechos económicos son los llamados derechos 'sociales'. En realidad, esos derechos pueden verse como un indispensable correctivo frente a las falencias los derechos económicos, ya sea en los que hace a la deficiente distribución equitativa de la propiedad y la libertad de trabajo, comercio e industria, o en lo que se refiere a un ejercicio de esos derechos que no contempla las necesidades de los menos favorecidos"⁽¹²⁸⁷⁾.

Por su parte, también debe agregarse que una interpretación sistemática del texto constitucional deberá tener en cuenta el inc. 17 del art. 75, relativo a los derechos de los pueblos originarios. Entre otros principios ordena: "garantizar (...) la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos (...)". La introducción de esta cláusula merece ser destacada, ya que a través de ella se ha incorporado al plexo constitucional la noción de propiedad comunitaria, forma

alternativa a la noción de propiedad privada individual que se supone establece el art. 17.

Asimismo, la incorporación de la cláusula ambiental del art. 41 ha introducido la función ecológica de la propiedad —verdadera innovación en nuestro ordenamiento jurídico— que establece limitaciones al uso de la propiedad y de la tierra derivadas de la protección a intereses colectivos, como puede ser la protección de un ambiente sano.

El análisis de las cláusulas constitucionales en materia de vivienda y propiedad permite sostener la tesis que la Constitución, tanto desde un punto de vista normativo como valorativo, responde a los principios del constitucionalismo social. Como explican Abramovich y Courtis "(...) la reforma constitucional de 1994 se embarcó decididamente en la tendencia del constitucionalismo social"⁽¹²⁸⁸⁾. Esta consideración es especialmente importante a la hora de resolver los conflictos que puedan suscitarse en torno al alcance del derecho a la vivienda. Así, nuevas pautas interpretativas, vinculadas con los principios del constitucionalismo social, resultan aplicables y exigen dejar atrás aquellas interpretaciones que se encuentran centradas tan solo en la filosofía liberal que inspiró la redacción del texto original.

III. LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA VIVIENDA

En alguna medida, la reforma de 1994 —entre otros factores⁽¹²⁸⁹⁾— significó un impulso a la judicialización de los derechos sociales, incluido el derecho a la vivienda⁽¹²⁹⁰⁾. Entre las consecuencias que este creciente litigio en materia de derechos sociales genera encontramos intensas y renovadas discusiones teóricas en materia de derechos sociales⁽¹²⁹¹⁾.

Como explica Grosman "(...) el reconocimiento de los derechos sociales como derechos constitucionales —un fenómeno que ha caracterizado las reformas constitucionales recientes en buena parte del mundo, no sólo en Argentina— debe entenderse como una transferencia de poder desde los poderes políticos hacia el poder judicial. Cuestiones tales como el acceso a una vivienda digna o a un servicio de salud razonable, que antes se consideraban eminentemente políticas —es decir, libradas al juicio y arbitrio de los poderes políticos— han pasado a ser un deber estatal ejecutable judicialmente". Y continúa "(...) puede decirse, en consecuencia, que la institución del control constitucional de leyes por parte de los jueces tiene hoy una extensión que no tenía en sus inicios (...) "⁽¹²⁹²⁾.

El derecho a la vivienda no escapó de esta tendencia y, en efecto, en el año 2012, como señaláramos, la CS resolvió un trascendente

caso en la materia: "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo"⁽¹²⁹³⁾ (en adelante "Quisberth"). El repaso de los puntos resueltos por el Máximo Tribunal resulta un ejercicio útil a los fines de repasar las principales discusiones en la materia. Nos interesará centrarnos en una de las cuestiones menos nítidas resueltas en el caso, que es cómo definir las obligaciones del Estado en la materia y el enfoque que utilizado por la CS.

En "Quisberth", el Máximo Tribunal intervino luego de que fuera cuestionada la interpretación que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires había realizado sobre el alcance del derecho a la vivienda. Vale la pena contextualizar el caso, los tribunales de la justicia contencioso-administrativa de la Ciudad de Buenos Aires se encuentran entre aquellos más activos a la hora de intervenir en conflictos en materia a la vivienda.

La Ciudad de Buenos Aires, que padece un gravísimo déficit habitacional desde hace muchísimas décadas, implementó un programa de emergencia para asistir a las personas que se encuentran en situación de calle o bien en riesgo de quedar en situación de calle. Este programa, modificado con el tiempo, en la actualidad significa el pago de un subsidio dinerario a las personas que son incluidas como beneficiarias. El programa tiene límites de monto y de plazo. Este último, significa que luego de transcurridos los diez meses determinados como máximo plazo para ser considerado beneficiario, las personas o familias dejan de percibir la asistencia y vuelven a vivir en la calle. Así, tienen a su disposición como único paliativo a la intemperie la existencia de paradores nocturnos.

Por tanto, una mayoría de beneficiarios que enfrentan la posibilidad de vivir en la calle ante la finalización de la asistencia, se acercan a los estrados judiciales cuestionando las restricciones tanto de monto como de plazo. Así, solicitan ser reincorporados al plan de emergencia. A la vez, cuestionan que no exista ninguna otra alternativa de política pública que se traduzca en la posibilidad de acceder a un alojamiento de manera más permanente (sea a través de la entrega de una vivienda "llave en mano", opciones de créditos, garantía de alquiler o cualquier otra posibilidad, entre muchas opciones, que permita el acceso a una vivienda a las personas excluidas del mercado formal).

Frente a la existencia de una cantidad de casos resueltos por los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, con importantes diferencias en las sentencias, el Tribunal Superior dictó una sentencia⁽¹²⁹⁴⁾ en la cual explicitaba el sentido y alcance del derecho a la vivienda, que debe señalarse, encuentra una robusta protección en la Constitución

local. Sin embargo, el tribunal superior ofreció una interpretación restrictiva del derecho a la vivienda. Se centró en el argumento de la escasez de recursos existentes para proporcionar una solución de vivienda a todos quienes a la reclaman, así decía el tribunal: "Esto significa que la Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de la disponibilidad de tal bien. Su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles (...)". Y agregaba: "(...) los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 de la CCBA [Constitución de la Ciudad de Buenos Aires], pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen. Finalmente, quienes no estén en esa hipótesis pero pertenezcan al universo de individuos que toca al GCBA [Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires] asistir quedan alcanzados por la obligación de brindar 'abrigo' como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (CCBA, CN y PIDESC)"⁽¹²⁹⁵⁾.

Es decir, que el tribunal superior exigía a quien se presente ante los tribunales poder probar que requiere de la asistencia en mayor medida que otros pobres. El caso decidido por el tribunal superior involucraba a un hombre sin cargas de familia o padecimientos de salud, por tanto, a criterio del tribunal no se encontraba comprendido entre aquellas personas pobres merecedoras de la asistencia estatal.

Esta interpretación fue cuestionada ante la Corte Suprema de Justicia por contradecir las pautas fijadas por la CN en la materia.

La Corte, luego de celebrar una audiencia pública, resolvió una de las tantas quejas que habían sido presentadas con idénticos cuestionamientos. No se trataba de "Alba Quintana", el hombre solo, sino del caso de la Sra. Quisberth, una mujer migrante, jefa de hogar, que se encontraba a cargo de la crianza de un niño discapacitado y que, como el resto de los solicitantes, ante la ausencia del amparo judicial, se encontraba acreditado que "(...) la actora y su hijo tendrían que estar viviendo en las calles de la Ciudad"⁽¹²⁹⁶⁾.

En primer lugar, la Corte, ofrece una aclaración sobre el marco normativo aplicable al caso. Ya explicamos que la Corte entiende obligatorio seguir las pautas establecidas por los tratados

internacionales que gozan jerarquía constitucional. Vale la pena destacar también que el tribunal señaló "(...) la reforma operada en 1994 reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad como la que es objeto de examen al advertir que el Congreso debe "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen (...) el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (...) y las personas con discapacidad (...)" (párr. 1º del art. 75, inc. 23)"⁽¹²⁹⁷⁾.

Luego, realiza un claro análisis sobre los derechos sociales y ofrece tres pautas de aplicación.

La primera es que se *trata de derechos*, así el Máximo Tribunal refutó los argumentos que identifican a los derechos sociales como meras directrices⁽¹²⁹⁸⁾, al decir "Que la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad"⁽¹²⁹⁹⁾. En tanto que "(...) la CN en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe "garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Fallos: 327:3677; 332:2043) y "garantizar", significa "mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas".

En segundo lugar, la Corte, dice que son derechos pero *derechos con operatividad derivada*, categoría que se opone la idea de operatividad directa (que permitiría que todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial). En cambio, la operatividad de los derechos sociales es derivada en tanto "consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado". Y agrega: "Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación"⁽¹³⁰⁰⁾. La Corte inaugura el uso de esta categoría, operatividad derivada y concede el punto a quienes ponen el foco en que, más allá de la distinción entre "niveles de obligaciones"⁽¹³⁰¹⁾, no puede soslayarse la relación entre garantizar derechos sociales y recursos disponibles. Y, más aún, el impacto que las decisiones judiciales pueden tener en el modo en que una comunidad asigna recursos.

Grosman, sobre el punto: "(...) que todos los derechos necesiten de fondos no significa que los jueces siempre deban enfrentar la

cuestión de la escasez de recursos de igual manera. En efecto, por más costosos que sean los derechos civiles y políticos, ellos en general no enfrentan a los jueces a problemas de escasez, ya que la cuestión presupuestaria no es relevante para la decisión del pleito. En cambio, en un típico caso derechos sociales, la cuestión presupuestaria es precisamente el punto a decidir (...) "⁽¹³⁰²⁾.

La Corte, entonces, concede que en el caso de los derechos sociales existen cuestiones presupuestarias a atender y: "Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos (...) así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad (...) esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado (...)". Hasta aquí, parece una deferencia hacia las decisiones de los poderes políticos para que decidan la forma o modos en que van a garantizar el derecho a la vivienda.

La última pauta definida por la Corte fija el rol de los jueces en la materia y les reserva un rol no menor. Sin dejar lugar a dudas, la Corte señala que las políticas públicas que se diseñan para garantizar los derechos sociales positivados en la CN están sujetas al *control de razonabilidad* por parte de los jueces. Así: "(...) la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial". Y, agrega que la razonabilidad debe medirse a partir de dos pautas que son los "(...) principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos".

3.1. La garantía del mínimo esencial y el modelo de revisión razonable

Fundamentalmente, para la Corte el examen de razonabilidad significa que "*hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos*". Y esa garantía mínima se encontrará afectada si se acredita "*una amenaza grave para la existencia misma de la persona*"⁽¹³⁰³⁾. La razonabilidad, para la Corte Suprema, significa entonces que —sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales— los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema

vulnerabilidad. En el caso concreto, la Corte entiende que "(...) es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle". Por tanto, ordena reparar su situación mas no de manera definitiva.

Y, concluye: "Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces".

La Corte realiza un híbrido *sui generis* entre el modelo de revisión razonable —utilizado por la Corte Constitucional de Sudáfrica— y el basado en la garantía del mínimo esencial, ya que establece como criterio de revisión para las políticas públicas, el de la razonabilidad⁽¹³⁰⁴⁾. Ahora bien, ¿cuándo una política es razonable?; una política es razonable cuando garantiza el "mínimo esencial". En definitiva, parecería que para evaluar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos sociales debe tenerse en cuenta si se encuentra garantizado el mínimo esencial del derecho.

Este estándar es desarrollado por el Comité DESC, en la ya mencionada observación general nro. 3, en el siguiente sentido: "el núcleo esencial de la obligación de garantizar la satisfacción al menos de niveles esenciales mínimos para cada uno de los derechos le corresponde a cada uno de los Estados partes. Así, por ejemplo, un Estado parte en el cuál un número considerable de individuos se ve privado de alimentos esenciales, cuidados básicos de salud, morada y vivienda básicas, o las formas de educación mínimas no está, prima facie, cumpliendo sus obligaciones conforme al Pacto (...). Para que un Estado parte pueda atribuir su incumplimiento de las obligaciones básicas mínimas a una falta de recursos disponibles deben demostrar que se han hecho todos los esfuerzos posibles por usar los recursos a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, de manera prioritaria, esas obligaciones mínimas"⁽¹³⁰⁵⁾. Esta constituye una obligación inmediata en los términos del Comité.

A la vez, en esa misma Observación, se encuentran desarrollados tanto el principio de progresividad aplicable al cumplimiento de los derechos sociales como la obligación de utilizar el "máximo de los recursos disponibles". De acuerdo con el Comité, cada Estado Parte debe tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Sobre este punto, dice: "(...) para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a

su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas".

La Corte realizó un breve análisis sobre este punto, a partir del argumento de escasez de recursos ofrecido por el GCBA, y dijo: "(...) De manera que aun cuando el esfuerzo económico estatal es considerable, no parece ser el resultado de un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de 'bajo costo', en los términos que recomienda el Comité citado de Naciones Unidas; tampoco parece ser el adecuado para garantizar la protección y la asistencia integral al niño discapacitado que, conforme los compromisos internacionales asumidos por el Estado nacional en esta materia, constituye una política pública del país (...)". Y criticó la ausencia de planificación de las políticas, ya que advirtió que "(...) la ausencia de una planificación coordinada y adecuada por parte de la demandada hace que en la actualidad deba erogar, por una básica habitación en un hotel en el barrio de Floresta, valores que exceden a los requeridos en el mercado inmobiliario por el alquiler de un departamento de dos ambientes en el mismo barrio". Por último, también señaló lo inadecuado de las soluciones alternativas, tanto la opción de los paradores como la del subsidio.

En parte, la sentencia fue recibida como una buena noticia y un avance en materia de derechos sociales y respecto del derecho a la vivienda. En especial porque zanjaba algunos debates sobre su exigibilidad, abrazaba una concepción amplia del derecho a la vivienda al recurrir a las fuentes del derecho internacional y confirmaba la función de control del poder judicial de la razonabilidad de las políticas públicas.

Ahora bien, a pesar de estos aspectos positivos, lo cierto es que el criterio de razonabilidad definido por la Corte es demasiado amplio y poco preciso. Por tanto, dificulta la posibilidad de aplicar este mismo *test* a otros casos —tanto de derecho a la vivienda como de otros casos— o bien determinar el alcance de la noción de "núcleo esencial".

Apenas dictada la sentencia no se evidenciaba con claridad si la solución ordenada era aplicable a otros casos análogos. O, mejor dicho, no era fácil identificar si todos los casos de interrupción de subsidios merecían la misma resolución que la otorgada a la Sra. Q y su hijo o si era necesario que acreditar "una situación desesperante".

Lo cierto es que la CS no brindó mayores precisiones a pesar de tener que resolver otra tanta cantidad de quejas idénticas. Peor aún, sin tanta repercusión, la Corte aplicó la solución esbozada en "Quisberth" a algunos casos que involucraban niños o personas

discapacitadas y rechazó otros sin siquiera abrir el caso a análisis⁽¹³⁰⁶⁾.

En efecto, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, un tiempo después, emitió un nuevo pronunciamiento, a través del cual volvió a desarrollar un esquema de priorización de grupos. Esta vez más preciso y más abarcativo (con un derecho a alojamiento para los adultos mayores, personas con graves problemas de salud que generen una incapacidad laboral y el derecho de acceso prioritarios a las familias con niños siempre que estén en situación de vulnerabilidad) pero que excluye a un universo de personas. Esta interpretación conforme a los magistrados del TSJ es compatible con los lineamientos fijados por la Corte en "Quisberth" y hasta ahora no fue objeto de una nueva revisión por parte del Máximo Tribunal.

Estas nuevas interpretaciones parecen confirmar la visión de aquellos que sostenían con firmeza que el precedente de la Corte era aplicable al caso concreto⁽¹³⁰⁷⁾. Es decir, la Corte, contrario a otros casos en los cuales optó por un análisis más integral o bien estructural sobre la situación planteada, aquí decidió centrar su mirada en la situación concreta y desperdició la oportunidad de realizar un análisis más abarcativo sobre la cuestión planteada. En particular, no ofreció un análisis sobre los motivos estructurales que restringen el acceso a la vivienda de las personas sin recursos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ni tampoco un análisis más acabado de las políticas (o ausencias de políticas) en materia habitacional que derivara en una orden concreta sobre cómo reorganizarlas para que se tornen razonables en términos constitucionales.

En igual sentido, preocupan algunos antecedentes jurisprudenciales a través de los cuales la CS soslaya la importancia de las diversas obligaciones incluidas dentro del amplio abanico de obligaciones dimanantes a partir del reconocimiento jurisprudencial del derecho a la vivienda. En el caso "Escobar"⁽¹³⁰⁸⁾, la Corte desestimó la queja interpuesta por la Asesoría Tutelar contra la sentencia que le había negado legitimación para actuar como representante de los niños involucrados en un proceso penal en que se investigaba la comisión del delito de usurpación de sus padres⁽¹³⁰⁹⁾ y en la cual se había dictado una medida de restitución del inmueble que implicaba, en los hechos, que las familias (padres y niños) quedaran en situación de calle. En un escueto dictamen, el tribunal hizo hincapié en la responsabilidad de los padres y ordena "(...) a los jueces de la causa pongan en conocimiento de las autoridades competentes la situación de las niñas/os y/o adolescentes que pudieran verse afectados en autos, a los fines del

pertinente resguardo de sus derechos de rasgo constitucional". En lo que importa rechazó la pretensión esgrimida por los representantes de los niños que era incluir en ese proceso las obligaciones existentes respecto del derecho a la vivienda en cabeza de los niños.

Como señalábamos, la CS recurre a la noción de razonabilidad a los fines de definir las obligaciones en materia de vivienda, aunque seguidamente, parece abrazar el criterio del mínimo esencial. El modelo de revisión razonable fue creado por la Corte Constitucional Sudafricana, pionera en la resolución de casos de derechos sociales. La importancia de lo elaborado por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica llevó a algunos autores a decir que las discusiones teóricas sobre los derechos sociales giran enteramente sobre la jurisprudencia de la Corte de Sudáfrica y mayormente este caso⁽¹³¹⁰⁾.

En el famoso caso "Grootbroom"⁽¹³¹¹⁾, la Corte sudafricana desarrolló un modelo basado en la revisión razonable desvinculado de la idea de la garantía de contenido mínimo esencial⁽¹³¹²⁾. Expresamente, la Corte Constitucional de Sudáfrica rechazó utilizar el mínimo esencial como estándar para resolver el caso y para ello esgrimió tres razones: primero, explicó que carecía de la información necesaria y el conocimiento para definir y articular parámetros que sirvieran para determinar el mínimo esencial. En segundo lugar, encontró extremadamente difícil poder encarar las diversas problemáticas generadas por la falta de vivienda y así definir un mínimo a atender. En tercer lugar, la Corte no tenía claridad sobre si debía definir un mínimo esencial que fuera aplicable para todas las personas y todos los casos. Esta dificultad, de acuerdo con la Corte, implica una amenaza a la mismísima noción del concepto de mínimo esencial⁽¹³¹³⁾. Asimismo, consideró que abrazar el contenido mínimo esencial significar retomar las discusiones en torno a los tribunales para definir políticas públicas.

De manera alternativa desarrolló el *modelo de revisión razonable* que exige a los tribunales preguntarse "si los medios escogidos son razonablemente capaces de facilitar el cumplimiento efectivo de los derechos socioeconómicos en cuestión". Los medios, es decir los programas, para ser razonables deben ser integrales, coherentes y coordinados; deben estar disponibles para el programa los recursos financieros y humanos; deben ser equilibrados y flexibles; dar espacio apropiado a las necesidades de corto, medio y largo plazo; deben estar razonablemente concebidos y puestos en práctica; deben ser transparentes y se deben comunicar activamente sus contenidos al público". En el caso "Grootbroom", el tribunal decidió que el programa de vivienda del gobierno era irrazonable y ordenó que se solucionara la situación de las personas pero sin

ordenar un remedio específico. Aunque la decisión de la Corte fue celebrada, algunos críticos, en especial los activistas de derechos humanos, señalaban que el rechazo a utilizar el criterio del mínimo razonable significó "dejar sin dientes" a los derechos sociales. Se señala que la Corte dejó pasar la oportunidad de ordenar un remedio específico que permitiera transformar de la vida de las personas⁽¹³¹⁴⁾.

Con el tiempo, la Corte sudafricana avanzó en su desarrollo jurisprudencial para vincular los derechos sociales con la noción sustantiva de igualdad, y así, dijo "(...) la finalidad del derecho de acceso a la asistencia social para aquellos incapaces de mantenerse a sí mismo, o de mantener a las personas a su cargo, es garantizar que todos vean cubiertas las necesidades básicas de la vida. Es una expresión de nuestro compromiso constitucional con los valores de la dignidad humana, la libertad y la igualdad". Así, fue integrando elementos al concepto de razonabilidad que pudieran servir también para lograr soluciones en el corto plazo.

El debate generado a partir de la decisión de la Corte Sudafricana es una muestra de las dificultades teóricas que existen para resolver los casos de derechos sociales. En particular, la utilización del mínimo esencial, aunque de utilización extendida trae aparejados ciertos defectos teóricos que deben ser abordados. Así, como pasó una vez resuelto "Quisberth", la idea de núcleo esencial da como resultado que puedan considerarse que hay otras obligaciones que están fuera de ese núcleo y eso permite algún grado de priorización en torno a las distintas necesidades que existen. Y, lo cierto es que los órganos internacionales no proveen de una guía específica para sortear esta dificultad teórica aun cuando brinden pautas para pensar las obligaciones. En buena medida, esta indeterminación conceptual colaboró para que la CS considerara que existe una violación al mínimo esencial cuando haya una "amenaza a la garantía misma de la persona". Probablemente, puede decirse que esta definición es sin duda un "estándar muy bajo" sobre lo que constituye el mínimo esencial.

En respuesta a esta indeterminación hay quienes consideran que el modelo de revisión razonable constituido por una serie de criterios, entre ellos, la obligación de dar respuestas de corto plazo puede resultar más adecuado para brindar respuestas a las tensiones alrededor de la adjudicación de derechos sociales.

De alguna manera, lo sucedido en la práctica partir del dictado de "Quisberth" enciende las alarmas sobre los problemas señalados. Por un lado, los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires reaccionaron reconstruyendo el esquema de priorización utilizado previamente, atándolo a criterios normativos —fijos— y dándole algún grado de

previsión pero en definitiva confirmando la posibilidad de establecer un *ranking* de necesidades. Es decir, conceptualmente, la respuesta actual no difiere de forma marcada con la que provocó la intervención de la Corte Suprema.

Por otro lado, queda pendiente conocer el futuro en la jurisprudencia de la Corte Suprema. A pesar de que existe una importante cantidad de casos de derechos sociales y que algunas discusiones se pueden considerar superadas —como, por ejemplo, las que giran alrededor de su exigibilidad judicial— lo cierto es que el test o estándar aplicable para resolver casos de derechos sociales está lejos de haber sido elaborado de forma definitiva.

Más allá de la resolución de los casos concretos, lo cierto es que estos parámetros son relevantes también para que sirvan de guía a la hora de diseñar políticas públicas que en definitiva son la clave para la garantía de los derechos sociales⁽¹³¹⁵⁾.

LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA FAMILIA

Comentario por María Gracia Andía y Clara Vidal Raffo

La CN, en su texto originario de 1853, ni luego de las reformas de 1860, 1866, 1898, nada decía con relación a la protección de la familia. Es la reforma de 1949 la que introduce este concepto y, a pesar de su derogación por el gobierno *de facto* que tomó el poder en 1955, la obligación del Estado de proteger integralmente a la familia es incorporada en la reforma de 1957, en el art. 14 bis.

A diferencia de otros textos constitucionales, la Constitución argentina adopta una postura amplia en tanto no define ni pretende dotar de contenido a la noción de familia que, por su propia naturaleza, es considerado un concepto sociológico dinámico, que varía según el contexto social, económico y cultural en un momento histórico determinado.

En la misma línea, el nuevo orden simbólico instaurado por la incorporación del art. 75, inc. 22 inaugura el paradigma del estado convencional de derechos, otorgando jerarquía constitucional a varios instrumentos internacionales entre los cuales cabe destacar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que

en su art. VI establece: "toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella"; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su art. 16, punto 3 establece que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su art. 17 señala: "que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado"; y la Convención sobre los Derechos del Niño, que en el párrafo quinto de su preámbulo deja asentado que "Convencidos de que la familia, como elemento básico de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad".

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado en este sentido que por familia debe entenderse "el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños"⁽¹³¹⁶⁾.

A ello cabe agregar la interpretación que ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto en el sentido de que "en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de ésta" y que "el término "familiares" debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano"⁽¹³¹⁷⁾.

La hermenéutica trazada por los instrumentos internacionales y sus órganos de interpretación y aplicación ha sido sostenida por los ministros Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti en un fallo por daños y perjuicios al considerar que "De acuerdo a la amplitud con que debe entenderse el concepto de familia y a las circunstancias comprobadas de la causa, negar la posibilidad de reclamar y obtener el resarcimiento de un perjuicio acreditado en la causa a quien integraba el núcleo familiar de la persona fallecida, conduce a vulnerar el derecho a la protección integral de la familia (art. 14 bis de la CN)"⁽¹³¹⁸⁾.

En este orden de ideas, la organización familiar, entendida como célula social básica, es el espacio de desarrollo primario en el cual se aprenden los primeros hábitos de conducta para la socialización y educación de los miembros que la componen para su posterior inserción en la vida social y la transmisión de la cultura, las identidades y los valores. Es allí donde los individuos que la conforman desarrollan su personalidad, a través de la contención

afectiva, la cual les permitirá conforme a un crecimiento adecuado poder ejercer sus derechos en la sociedad y armar su propio plan de vida. Así, en el caso "CHA"⁽¹³¹⁹⁾ se expresa en el voto de la minoría, el reconocimiento de un ámbito privado en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.

La protección integral de la familia implica, en definitiva, el respeto por parte del Estado a dos derechos humanos fundamentales de los individuos que la componen: la libertad y la igualdad⁽¹³²⁰⁾.

La libertad importa, por un lado, el derecho a formar una familia, en sentido amplio, su reconocimiento y protección por parte del Estado y, por el otro, la prohibición de la injerencia estatal arbitraria a la vida privada de las personas; la igualdad, por su parte, significa un trato igualitario y no discriminatorio ante la ley, sea cual sea la conformación familiar que se procura resguardar. En este sentido, el Estado no solo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio⁽¹³²¹⁾.

Los modelos culturales en transformación y la obligada perspectiva de derechos humanos incorporada por la jerarquización de los tratados internacionales han introducido el concepto de "derecho de las familias" según el cual, todas las organizaciones familiares que encuadran en nuestro sistema constitucional deben tener su reconocimiento en la ley infraconstitucional.

De esta manera, "de un derecho de familia en singular, tradicional—incluso hipócrita— en el que la familia matrimonial heterosexual con hijos biológicos —o a lo sumo, ante la imposibilidad de procrear, con hijos adoptivos— era la única protagonista de la escena familiar; a un derecho de las familias en plural, a tono con una realidad social que ha interpelado de manera profunda el orden jurídico hasta ahora vigente"⁽¹³²²⁾. En este sentido, este derecho de las familias no solo se adapta a la realidad sociológica, sino que también muestra una mayor coherencia con nuestro sistema constitucional. Los cambios ocurridos en nuestra legislación civil muestran esta evolución y correspondencia con nuestro derecho constitucional. Primero, con la sanción de la ley 26.618 de matrimonio igualitario en 2010. La misma tenía como objetivo regular una realidad existente y extender los derechos civiles a quienes les estaban siendo inconstitucionalmente negados teniendo en cuenta el principio de igualdad y no discriminación. Luego, es el nuevo Cód. Civ. y Com. que legitima y reconoce otras formas familiares como las uniones convivenciales, la familia monoparental y las familias ensambladas otorgándoles

derechos y obligaciones en su función de formas familiares y a sus miembros como partes integrantes de esas familias.

El matrimonio o los diversos conceptos de familia anteriormente mencionados son construcciones culturales y sociales, incluso pedagógicas, que nos ayudan a captar y comprender la realidad. De ello se deduce que no existe un modelo universal e inmutable sino diferentes tipos de familia que merecen la protección constitucional.

Sin embargo, hasta 2010 el Estado argentino, a través de su ordenamiento jurídico, privilegiaba y priorizaba un tipo de familia: la familia matrimonial heterosexual. La protección de la familia, entendida como un concepto amplio, es el resultado de diferentes procesos que convergen. La constitucionalización del derecho de familia seguido de la influencia de los tratados de derechos humanos en estos temas, el contexto plural, la tendencia normativa de los demás estados, los cambios en usos y costumbres, los avances del conocimiento científico, y ante todo las acciones de los movimientos sociales o grupos de interés —como el de las mujeres y el colectivo LGBTQI— son las variables responsables de estos avances.

En la protección integral de la familia importa también poner el centro de interés en las personas que la conforman. La familia es el medio que permite la realización de la personalidad humana. Entonces, el derecho de las relaciones familiares presta atención al bien de cada individuo miembro de la familia y no lo sacrifica en pos de la "institución familiar" porque entiende que el desarrollo con libertad de cada una de las personalidades que la componen fortalecerá las relaciones familiares. Esta apreciación también es producto de una evolución. Por ejemplo, antes de la [ley 23.264](#), el derecho civil distinguía entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales otorgándoles derechos diferenciados a ambos, esto en miras de proteger el interés de la familia matrimonial sobre los intereses de las personas. En la misma línea de razonamiento, la acción de impugnación matrimonial no otorgaba legitimación activa a la madre o a un tercero con interés legítimo —padre biológico— para contribuir a la paz familiar, vulnerando así el derecho del niño a conocer su identidad. Tras la reforma de la Constitución y la incorporación de los tratados de derechos humanos, existe una mayor atención a dos grupos —las mujeres y los niños, niñas y adolescentes— por su situación de vulnerabilidad y discriminación histórica en la sociedad y en las relaciones familiares.

Desde la recuperación de la democracia, las normas que eran discriminatorias contra la mujer fueron siendo modificadas conforme al principio de igualdad. La [ley 23.264](#) de 1985 igualó a la mujer con el varón en el ejercicio de la responsabilidad parental; también

equiparó al varón y a la mujer en el gobierno de la persona y bienes de los hijos menores y respecto con la elección del nombre de los hijos determinó que es una atribución de ambos padres. La [ley 23.515](#) de 1987 suprimió el resabio de autoridad marital en relación con el domicilio de la mujer casada, el cual debe ser elegido por ambos; además, se eliminó la obligación de la mujer casada de usar el apellido de su marido precedido de la partícula de. La ley 25.781 de 2003 determinó que el origen dudoso de los bienes supone que los mismos corresponden a ambos. La ley 26.449 de 2009 procede a unificar la edad para contraer matrimonio para el varón y para la mujer.

Una de las manifestaciones más extremas de la discriminación contra la mujer es la violencia —en todas sus formas— que es, según las Naciones Unidas, "una de las violaciones de los derechos humanos más extendidas, persistentes y devastadoras del mundo". Es imprescindible para la protección de la familia garantizar mecanismos que permitan que las relaciones familiares estén libres de violencia.

Así las cosas, "recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad", la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en 1979 la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Dicha convención fue ratificada por la República Argentina en 1985 y dotada de jerarquía constitucional en la reforma de 1994.

En el plano interno, se sancionó en el año 2009 la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, "con la necesidad de articular políticas de protección integral asociadas al trabajo sobre la violencia de género contra las mujeres; y de fortalecer las Áreas Mujer Provinciales en la atención y asistencia a mujeres víctimas de violencias".

El nuevo Cód. Civ. y Com. recepta los principios de los tratados de derechos humanos que impiden establecer desigualdades en las relaciones familiares tanto con relación al sexo, como al género de los contrayentes. De hecho, el libro sobre las relaciones familiares contiene un cap. I que establece los principios de libertad e igualdad como rectores del libro segundo y como principio interpretativo para

los jueces. En este sentido, el art. 402 tiene una doble función: por un lado, es fuente de derecho, y por el otro, es pauta de interpretación de las normas matrimoniales, las que no podrán ser interpretadas ni aplicadas en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad entre los integrantes del matrimonio, cualquiera que sea su género⁽¹³²³⁾.

Este nuevo Cód. Civ. y Com. introduce algunos novedosos institutos comprometidos con la perspectiva de género y con la autonomía personal. Así, la compensación económica reconoce el valor económico del trabajo no remunerado realizado por las mujeres en el seno del hogar, procurando protegerlas en las situaciones en las que, tras la ruptura de la pareja (matrimonial o extramatrimonial), quedan económicamente desamparadas, producto de la asignación tradicional de roles establecidos por la sociedad patriarcal. Este instituto brinda la posibilidad de actuar conforme a la autonomía personal. Dado que existe una relación intrínseca entre la autonomía de la persona y la posibilidad de controlar ciertos recursos materiales. Sin esa posibilidad es imposible la elección y materialización de los planes de vida constitutivos de esa autonomía⁽¹³²⁴⁾.

Si bien los avances legislativos tanto nacionales como internacionales han sido significativos en materia de protección de los derechos de las mujeres, aún queda un camino por recorrer.

Los niños, niñas y adolescentes, por su parte, son considerados un grupo vulnerable "(...) por su condición de personas en pleno desarrollo madurativo"⁽¹³²⁵⁾.

De la mano de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1990 (mediante ley 23.849), con jerarquía constitucional desde 1994, y la sanción en el derecho nacional de la Ley de Protección Integral de los Derechos del Niño (ley 20.061) en el año 2005, se configuró un cambio de paradigma sustancial, reconociendo a los niños, niñas como sujetos de derechos con capacidad progresiva según su edad y grado de madurez, y convirtiéndolos en partícipes activos en los procesos que los atañen (materializado a través del derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta).

El Cód. Civ. y Com. plasmó en su articulado los principios y las directrices contenidos en dicha normativa, prescindiendo de la categoría binaria de capacidad/incapacidad.

Tal como se ha señalado, "uno de los principales desafíos del modelo de 'protección integral de derechos' en el que se inscribe la Convención sobre los Derechos del Niño (...), es la necesidad de equilibrar el derecho de niñas, niños y adolescentes (...) a participar en las decisiones y asumir las responsabilidades para las cuales

tiene competencia, con el derecho a recibir protección adecuada por parte del poder público y los particulares. A tal fin, es esencial advertir que las nociones de autonomía y protección no resultan recíprocamente excluyentes, sino que se implican una a otra"⁽¹³²⁶⁾.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la tensión entre protección y autonomía introduce una relación triádica en la que interviene el niño, su familia y el Estado. En esta interacción compleja debe atenderse a garantizar el mentado interés superior del niño.

El art. 3º de la Convención de los Derechos del Niño dispone que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Según el Comité de los Derechos del Niño, se trata de un derecho, un principio y una norma de procedimiento, cuyo objetivo es "(...) garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño"⁽¹³²⁷⁾.

La ley 26.061, establece en su art. 3º que "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

No basta con invocar al interés superior del niño en forma abstracta sino que, tratándose de un concepto amplio, debe ser definido para cada marco fáctico concreto con el fin de asegurar que la intervención sea proporcional, fundada, y no arbitraria.

La protección integral de la familia también pone de manifiesto la tensión entre la protección intervencionista del Estado en el seno de la vida familiar y la inacción por parte del Estado para no obstaculizar la vida privada o autonomía de la voluntad de las partes de la familia. La vida privada y la vida familiar son conceptos amplios que deberán atenderse en cada caso. Sin perjuicio de ello, es notorio que el nuevo ordenamiento jurídico conforme a nuestro marco constitucional permite un mayor desarrollo de la libertad y la autonomía de las partes en las relaciones familiares sin perjuicio de establecer la interferencia del Estado a través de sus normas de orden público, pero ya no para priorizar o privilegiar determinadas tipos de familia y algunos de sus miembros sino a los fines de garantizar los derechos de los sujetos vulnerables e históricamente discriminados.

Puede observarse que tanto el texto constitucional como los instrumentos internacionales que regulan las relaciones familiares utilizan calificaciones abiertas. Ello resulta necesario para asegurar su perdurabilidad en el tiempo por el propio dinamismo que caracteriza las relaciones familiares (producto de la evolución de las mentalidades, los cambios en las prácticas y los rápidos avances de los conocimientos científicos) e implica que el juez que resuelve los asuntos sometidos a su jurisdicción deba dotar de contenido a dichos conceptos abstractos para el caso concreto, mediante una decisión razonablemente fundada.

LA SEGURIDAD SOCIAL

***Comentario por Federico Orlando, con la colaboración de
Sheila Heimenrath***

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene el objetivo de repasar algunas de las discusiones teóricas más relevantes en nuestra comunidad jurídica en materia de seguridad social. Dicho esto, en el acápite II daremos algunos lineamientos básicos de carácter conceptual en materia de seguridad social. En el siguiente realizaremos una breve presentación de cómo está organizado el sistema de seguridad social en nuestro país. En el acápite cuarto, indagaremos en la discusión

acerca de la legitimidad constitucional de la movilidad de los haberes previsionales. En el acápite cinco realizaremos una serie de consideraciones teóricas sobre el Programa Asignación Universal por Hijo, una de las políticas más discutidas en nuestra comunidad política en los últimos años. En el acápite seis, presentaremos una serie de precedentes referidos a los alcances jurisprudenciales del Programa Médico Obligatorio. Finalmente, examinaremos brevemente la reforma previsional de diciembre de 2017, ley 27.426, los cambios en la fórmula de movilidad respecto de la norma anterior, ley 26.417, los cambios en el modo de calcular el haber inicial del jubilado, así como la validez de estos cambios en relación con la doctrina que surge de los fallos analizados en el cuarto acápite.

II. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL: CONCEPTOS PRELIMINARES Y SUSTRATO LEGAL

Se ha dicho que "la misión básica del Estado de Bienestar moderno es garantizar legalmente la seguridad social (o el bienestar), mediante transferencias monetarias, servicios, infraestructura física, y políticas reguladoras en las áreas de salud, educación, vivienda, seguro social, asistencia social, protección laboral y asistencia a las familias"⁽¹³²⁸⁾. Así, la red de seguridad social en el marco de una democracia constitucional es un conjunto de instrumentos políticos y jurídicos que tienen como destino la contención material —sobre todo a partir de prestaciones dinerarias— de los ciudadanos de una comunidad política. De allí que el derecho a la seguridad social, al menos en su forma clásica, protege a las personas ante una serie de contingencias y necesidades específicas que nuestro sistema judicial ha circunscripto —en principio— a tres: la vejez, la incapacidad y la muerte. Las contingencias, por su parte, son aquellos sucesos con probabilidad de materialización —accidentes de trabajo, enfermedad, embarazo, etc.— y que implican la imposibilidad de trabajar —en términos formales— y, por tanto, de percibir ingresos laborales —temporal o permanentemente—, poniendo en riesgo la vida del/a trabajador/a y su grupo familiar. Por necesidades, en cambio, se refiere a aquellos eventos que suceden con plena certeza, por ejemplo, el envejecimiento y la muerte. En este sentido es que la vejez se convierte, para nuestro sistema jurídico, en una necesidad: la de seguir percibiendo un ingreso económico cuando ya no se pueda continuar desarrollando actividades remuneratorias.

El reconocimiento normativo del derecho a la seguridad social se encuentra, en primer término, en el art. 14 bis de la CN. Pero además ha sido receptado por instrumentos internacionales que, conforme el art. 75, inc. 22, tienen jerarquía constitucional. En este sentido, el art.

22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe que "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad". Por su parte, el art. 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social".

Pero además de estos instrumentos, nuestro país recientemente ratificó el Convenio 102 de 1952 de la OIT relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social, único instrumento internacional que trata las diferentes ramas de la seguridad social⁽¹³²⁹⁾. Asimismo, este Convenio dispone estándares mínimos para cada una de dichas ramas y enumera una serie de principios que deben gobernar a aquellas. El primero se refiere a la universalidad de la cobertura, de modo que toda persona, en tanto miembro de la sociedad, es titular de la cobertura normativa del derecho a la seguridad social. El segundo es el de igualdad y de equidad, que conlleva la prohibición de la discriminación en el reconocimiento y la materialización de este derecho. Finalmente, se encuentra el principio de solidaridad tanto entre las personas de la misma generación como aquella que se deben entre diversas generaciones. Según el Convenio citado, este principio debería amparar el diseño general de la estructura política de la red de seguridad social del país.

III. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN ARGENTINA

3.1. Las asignaciones familiares

El Sistema de Asignaciones Familiares cubre a las familias de trabajadores asalariados formales con salarios por debajo de un monto determinado, así como a las familias de beneficiarios de jubilaciones y pensiones, de riesgos de trabajo y del seguro por desempleo. El objetivo es dar contención económica a los hogares en función del desarrollo y característica de cada grupo familiar.

En particular existen dos tipos de asignaciones familiares: las de pago único, que consisten en el pago de un monto por única vez en el caso de matrimonio, nacimiento o adopción de un hijo; y las de pago periódico, que se abonan mensualmente a aquellas personas que tengan hijos de hasta 18 años o sin límite de edad si se tratase de hijos discapacitados. También se paga en los casos de los hijos

por nacer (asignación prenatal) desde el tercer mes de gestación. Cabe mencionar en este rubro a la llamada Asignación Universal por Hijo.

3.2. El seguro de desempleo

Este seguro cubre a aquellas personas que han sido despedidas de un empleo en relación de dependencia y se encuentren involuntariamente desempleados. El tiempo durante el cual los trabajadores pueden percibir esta prestación aumenta según la duración del trabajo registrado previo al desempleo. Durante dicho período, los beneficiarios tienen derecho a una cobertura de salud, a recibir asignaciones familiares y a computar aportes previsionales.

3.3. La cobertura de riesgos del trabajo

Esta cobertura abarca dos dimensiones: la reparatoria y la preventiva. Con relación a la primera, el sistema de prestaciones monetarias pretende compensar al trabajador por las pérdidas económicas que pudiese ocasionarle un accidente o enfermedad laboral y, además, cubre los gastos de salud derivados hasta la curación completa. Incluso en caso de fallecimiento, la familia del trabajador/a tiene derecho a recibir servicios de sepelio y una indemnización.

En lo que se refiere a la dimensión preventiva, la cobertura obliga a los empleadores a cumplir con normas de seguridad e higiene que garantizan ciertas condiciones en los establecimientos de trabajo buscando disminuir los riesgos de que los/as empleados/as sufran accidentes. Estas prestaciones se encuentran a cargo de empresas privadas llamadas Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART), que están controladas por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, dependiente del Ministerio de trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. De este modo, los empleadores tienen la obligación de contratar una ART y, en caso de accidente o enfermedad derivada del trabajo, el empleador debe solicitar inmediatamente la atención del trabajador a la ART que contrató.

3.4. La cobertura de salud

En nuestro sistema coexisten tres sectores: el público —en sus tres variantes: nacional, provincial y municipal—, el de las obras sociales y el privado. El sector público brinda atención universal y gratuita a toda la población, sin distinción alguna. Las obras sociales brindan servicios de salud a los trabajadores en relación de dependencia y sus grupos familiares. Finalmente, el sector privado

agrupa a profesionales independientes y establecimientos que brindan servicios tanto a particulares como a obras sociales y a empresas de medicina prepaga —que ofrecen servicios a quienes voluntariamente los contratan—.

La cobertura de salud que forma parte del sistema de seguridad social comprende a las Obras Sociales y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJyP) que nuclea el Programa de Atención Médica Integral (PAMI). De este modo, mientras que las obras sociales cubren a los trabajadores formales y a sus familias, el PAMI es la obra social específica para jubilados, pensionados y sus familias. En la actualidad, los trabajadores registrados pueden elegir afiliarse a una de entre varias obras sociales. Todas estas entidades deben prestar a sus afiliados una cobertura mínima de servicios de salud y medicamentos que están definidos en el Programa Médico Obligatorio. Al respecto, vale la pena remarcar que este programa reúne un conjunto de servicios médico-asistenciales básicos en tres dimensiones: la atención primaria, la secundaria y la de alta complejidad.

3.5. La cobertura previsional de jubilaciones y pensiones

El esquema de las jubilaciones y pensiones tiene por objetivo proporcionar ingresos a aquellas personas que ya no pueden generarlos por sus propios medios debido, principalmente, a tres causas diferentes: la edad avanzada o la vejez (en el caso de las jubilaciones), discapacidad permanente (pensión por invalidez) o el fallecimiento de una de las fuentes de ingresos del hogar (pensiones por fallecimiento).

Sin perjuicio de la existencia de numerosos regímenes de jubilación provinciales y municipales, en Argentina el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) es el que cubre a la mayoría de los trabajadores formales mayores de 18 años. En función de dicho subsistema, tanto los empleadores como los trabajadores están obligados a pagar mensualmente al SIPA un porcentaje de contribuciones patronales y aportes personales sobre los salarios que permiten financiar el sistema. De este modo, lo que aparece es aquella noción de solidaridad intergeneracional: la generación actual de trabajadores mantiene con parte de sus ingresos el sistema de cobertura de salud de generaciones previas; y luego, consecuentemente, la primera descansa en la producción de las generaciones venideras.

IV. EL DERECHO A LA JUBILACIÓN: EL PROBLEMA DE LA MOVILIDAD

En términos históricos se podría decir que existen dos grandes modelos de movilidad jubilatoria. El primero se basa en mantener una relación entre la cuantía de la jubilación y los salarios de los trabajadores activos, de modo que las variaciones salariales impactarán en el monto de los haberes previsionales. Este modelo rigió hasta mediados de la década de los noventa.

El segundo modelo se basa en un mecanismo de movilidad de las jubilaciones basado en la disponibilidad presupuestaria (leyes 24.241 y 24.463). Así, luego de la sanción de la Ley de Solidaridad Previsional en 1995, se eliminaron todos los mecanismos automáticos de actualización y se estableció que el Congreso sería el único responsable de fijar la movilidad de las jubilaciones a partir de las previsiones anuales presupuestarias. Pero, además de ello, esta cuestionada ley introdujo una serie de reformas en el sistema previsional que echaría por tierra los derechos de los jubilados a percibir los respectivos haberes⁽¹³³⁰⁾.

La primera de esas reformas fue, como dijimos, la de atar la movilidad a las previsiones presupuestarias del Congreso. La segunda reforma fue el establecimiento de severas limitaciones al pago de sentencias previsionales prescribiendo que las sentencias condenatorias con la ANSES fueran cumplidas hasta el agotamiento de los recursos presupuestarios destinados a ello para el año fiscal en que venciera dicho plazo; una vez agotados los mismos, se suspendía el cumplimiento de las sentencias. Finalmente, la tercera reforma fue la creación de una instancia de apelación ordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación para revisar las decisiones de la Cámara Federal de Seguridad Social, lo que generó, a partir de la sistemática apelación de las sentencias condenatorias por parte de la ANSeS, un aluvión de causas en el Máximo Tribunal⁽¹³³¹⁾.

Así, "a partir de la instrumentación de este ley, durante varios años no se efectuaron aumentos de los haberes previsionales por otras vías que las previstas por dicha norma, no hubo intervención del Poder Judicial en los pagos de las sentencias y el sistema de justicia acompañó por un largo tiempo la interpretación del gobierno respecto del alcance y sentido de la LSP"⁽¹³³²⁾. En este sentido, la Corte, en el caso "Chocobar"⁽¹³³³⁾, rechazó el ajuste del 35% de los haberes previsionales reclamados por el actor por entender que la Ley de Convertibilidad⁽¹³³⁴⁾ había derogado el sistema de movilidad jubilatoria. Cabe remarcar que este precedente, en función de la propia LSP que tornaba obligatorio el seguimiento de los precedentes de la Corte Suprema en materia de seguridad social para los tribunales inferiores, se aplicó a unas 70.000 causas judiciales en trámite ante el fuero de seguridad social⁽¹³³⁵⁾.

Unos años después, en "Heit Rupp"⁽¹³³⁶⁾, la Corte expresó que la LSP no permitía que los jueces puedan reconocer movilidad jubilatoria alguna hasta tanto el Congreso fijara anualmente en la Ley de Presupuesto las partidas pertinentes. Así, "desde entonces, no se permitió aplicar ningún tipo de ajuste excepto por disposición del Congreso. Vale la pena recordar que la doctrina de Heit Rupp fue aplicada desde su sanción en 1999 hasta el dictado del fallo 'Badaro' en 2006"⁽¹³³⁷⁾.

A partir de la nueva conformación de la Corte Suprema, y como consecuencia del grave estado en el que se encontraba el sector de los jubilados y pensionados, nuestro Máximo Tribunal dictó una serie de sentencias que revirtieron los criterios reseñados previamente.

En "Itzcovich"⁽¹³³⁸⁾, la Corte declaró la invalidez de la apelación ordinaria en materia previsional ante su jurisdicción, reconociendo que la reforma antes descripta ocasionó una demora injustificada en la resolución de los miles de expedientes que estaban ante sus estrados. En esta oportunidad, la Corte destacó que, en función de las estadísticas existentes, la ANSeS no hizo un uso apropiado del recurso ordinario de apelación. Finalmente, expresó que esta previsión procesal causó enormes perjuicios a los justiciables en una etapa de la vida en que la tutela estatal resulta imprescindible. Días después del dictado de esta sentencia, el Congreso de la Nación dictó la ley 26.025 que derogó el art. 19 de la LSP eliminando la competencia ordinaria de la Corte para resolver este tipo de casos.

En el precedente "Sánchez"⁽¹³³⁹⁾, por su parte, sostuvo que la sanción de la Ley de Convertibilidad no impide el ajuste de las jubilaciones en el período comprendido entre 1991 y 1995, revocando la doctrina sentada en el caso "Chocobar". Al respecto, vale destacar que la Corte expresó, en dicha oportunidad, que la reforma constitucional del año 1994 incorporó el art. 75:23 que prescribe, respecto de los ancianos, que el Estado debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce de los derechos constitucionales⁽¹³⁴⁰⁾. De allí que "se debe favorecer la progresividad en materia previsional, descalificando todo accionar estatal que en la práctica resulte regresivo en el goce efectivo de los derechos de este grupo de personas"⁽¹³⁴¹⁾. Finalmente, el fallo destacó que la CN exige que las jubilaciones y pensiones sean móviles, aunque no establece un sistema o mecanismo especial para hacer efectiva dicha exigencia, quedando esta elección en cabeza del legislador.

El precedente "Sánchez" inaugura, entonces, el recorrido que culminará con las sentencias del caso "Badaro"⁽¹³⁴²⁾. En este precedente, la Corte resolvió que la ausencia de aumentos en las

jubilaciones superiores a mil pesos no podía ser considerada el resultado de un sistema válido de movilidad, dado que la finalidad de la garantía constitucional en juego es acompañar las prestaciones en el transcurso del tiempo con el objetivo de reforzarlas a medida que decaiga su valor en relación con los salarios de los trabajadores activos. La Corte entendió que, si bien es el legislador el que debe otorgar los aumentos mediante la Ley de Presupuesto, su inacción es inaceptable toda vez que condujo a un deterioro en los haberes de Badaro, violando el derecho a una jubilación móvil garantizado por el art. 14 bis de la CN. Como lo señala Gargarella⁽¹³⁴³⁾, uno de los elementos más novedosos de la sentencia radicó en que la Corte no determinó el índice aplicable, sino que ordenó que, en un plazo razonable, sean los Poderes Ejecutivo y Legislativo los que adoptaran las medidas necesarias para ello. Pero, además, expresó que dicha reglamentación debe ser razonable y no puede desconocer el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde con la posición que tuvieron durante su vida laboral.

Tiempo después de dictado el caso "Badaro", el gobierno anunció el aumento del 13% para jubilados y pensionados a través de la Ley de Presupuesto para el año 2007. A fines de dicho año, la Corte Suprema volvió a analizar la situación de Badaro⁽¹³⁴⁴⁾ para ver si se había dado cumplimiento a lo ordenado. De este modo, en "Badaro II", la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 7º, inc. 2º de la ley 24.463 porque su aplicación incumple el mandato previsto en el art. 14 bis de la CN. De este modo, y estimando agotado el plazo razonable antes otorgado a los poderes políticos, dispuso que la jubilación del actor se ajuste según las variaciones anuales del índice de salarios nivel general elaborado por el INDEC, lo que en los hechos significó un aumento del 88.5%.

Con fecha 27 de octubre de 2015, la Corte Suprema decidió el caso "Etchart"⁽¹³⁴⁵⁾. Allí, el actor accedió a un retiro definitivo por invalidez a partir del año 2004, pero por haber nacido después de 1963, lo cobraba como *renta vitalicia previsional sin componente público* (a través de la compañía de seguros de retiro Previsol). En este precedente, la Corte le reconoció al actor el derecho a que la ANSES le liquide la suma necesaria para alcanzar la jubilación mínima que le garantiza al resto de los jubilados. Para ello apeló al sistema internacional de derechos humanos con especial referencias a las prescripciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Con referencia a la Observación General 19 del Comité DESC relativa al derecho a la seguridad social, expresó que "el Comité respectivo ha interpretado que resultan aceptables diversas formas

de seguridad social siempre que, cualquiera que fuese el sistema elegido, esté amparado por el Estado y se respeten los elementos esenciales del derecho de la seguridad social (conf. punto 5 de la observación general nro. 19) y en particular, ha señalado que las medidas que se utilicen para proporcionar las prestaciones de la seguridad social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de ese derecho humano (conf. punto 4, observación citada)". Pero además, afirmó que el mencionado Comité "ha exhortado a la Argentina a asegurar que el régimen de seguridad social garantice al trabajador una pensión mínima adecuada que no deberá ser cercenada ni aplazada unilateralmente, especialmente en tiempos de crisis económica (conf. punto 33 de las recomendaciones realizadas a nuestro país, transcrita en la Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe —1989/2004—)". Finalmente sostuvo que era irrazonable privar al actor del mínimo de ingresos garantizado por el Estado nacional al resto de los pasivos comprendidos en el sistema único de jubilaciones, por lo que correspondía reconocer el derecho del actor a percibir de la ANSeS las sumas necesarias para que su prestación alcance dicho mínimo vital.

V. LA AUH: ¿CONDICIONALIDADES VERSUS DERECHOS?

En octubre del año 2009, con el dictado del dec. 1602/2009, el Poder Ejecutivo Nacional implementó el programa "Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH en adelante). Este programa creó un beneficio para los grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la "economía informal", otorgando una prestación mensual al padre, tutor, curador o pariente por cada niño menor de 18 años o sin límite de edad cuando se trate de un hijo discapacitado⁽¹³⁴⁶⁾. El art. 7º del mencionado decreto, que modifica el inc. k) del art. 18 de la ley 24.714, dispone la condicionalidad en los siguientes términos: "las sumas podrán cobrarse cuando el titular acredite, para los menores de cinco años, el cumplimiento de los controles sanitarios y el plan de vacunación y para los de edad escolar, la certificación que acrediten además, el cumplimiento del ciclo escolar lectivo correspondiente. La falta de acreditación producirá la pérdida del beneficio".

Sin perjuicio de que resulta claro que esta medida no implica una asignación universal para toda la niñez, es necesario destacar que la misma ha conllevado un cambio relevante y significativo en la

discusión pública. Es decir, permitió generar ciertos consensos con relación a la necesidad de atender el problema de la pobreza estructural y generar respuestas desde las agencias estatales⁽¹³⁴⁷⁾.

Podemos, entonces, marcar dos puntos que resultan, al menos problemáticos. El primero es si existe o no la posibilidad de justificar —jurídicamente— un derecho a obtener una prestación monetaria básica. Si la respuesta fuese afirmativa, entonces aparece el segundo interrogante: ¿cuál es la legitimidad constitucional de requerir ciertas condiciones para el reconocimiento de un derecho (i.e., requerir, por el caso, el cumplimiento de ciertas vacunas a los fines de cobrar ese mínimo que hace a la subsistencia de una persona)⁽¹³⁴⁸⁾?

Con relación a la primera cuestión, y en el acotado contexto del presente trabajo, es posible mencionar varios puntos que entiendo relevantes. En primer término, es posible afirmar que los programas que transfieren ingresos a los grupos más desaventajados de la sociedad resultan consistentes con el ideal de la autonomía individual⁽¹³⁴⁹⁾. De esta manera, entiendo que la transferencia de recursos monetarios, por un lado, permite a los sujetos materializar sus planes de vida; y por el otro, permiten asegurar un piso mínimo de derechos y, así, acortar la brecha entre quienes más y menos tienen. De esta interpretación de la autonomía personal se extraen dos importantes conclusiones: la primera es que existe un ámbito, conformado por la elección y adopción de ideales personales, en el que está vedada la interferencia estatal y de terceros. La segunda es que el compromiso con la autonomía personal no se agota con la prohibición antes mencionada, sino que al mismo tiempo impone un deber al Estado de facilitar institucionalmente la persecución y satisfacción de los ideales personales de vida. La primera de las versiones responde al ideal clásico antiperfeccionista y la siguiente es la denominada "visión emancipatoria" de la autonomía personal⁽¹³⁵⁰⁾.

Resulta interesante analizar los programas de transferencia de recursos bajo este prisma de la autonomía personal. En este orden, no caben dudas que los mismos, en mayor o menor medida, tienden a maximizar el referido principio constitucional, sea en su versión anti perfeccionista como emancipatoria. Responden a una lógica antiperfeccionista en virtud de que a diferencia de diversos programas que los antecedieron y que consistían en la entrega de materiales en especies, como caja de comida o útiles escolares, al transferir recursos monetarios desde el Estado no se impone qué alimentos consumir, ni con qué útiles estudiar, sino que confía en la libre elección de los sujetos responsables de administrar el dinero.

En esta línea, se podría postular que el Estado no debería, en nuestro esquema constitucional, entrometerse en la elección de los productos que consumen los inscriptos sino simplemente entregar los recursos monetarios necesarios para que ellos mismos elijan qué adquirir⁽¹³⁵¹⁾. En cuanto a la segunda versión de la autonomía personal antes mencionada, la emancipatoria, los PTI son respetuosos de esa concepción del principio, pues como dice Nino, proveen, en mayor o menor medida, a las personas del monto de dinero básico tendiente a la satisfacción de bienes "indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos pudieran proponerse, y que conforman el "(...) contenido de al menos algunos derechos individuales básicos (...)"⁽¹³⁵²⁾. En definitiva, no parece difícil defender la noción de que una determinada cantidad de dinero resulta ser una precondition material relevante para efectivizar los planes de vida libremente elegidos por los individuos.

Conclusiones similares pueden extraerse al hacer un vínculo entre el principio de igualdad⁽¹³⁵³⁾ y los programas que transfieren recursos monetarios a sectores desaventajados. La CN en su art. 16º y en diversos tratados con jerarquía constitucional consagra y protege la garantía de igualdad ante la ley⁽¹³⁵⁴⁾.

Ahora bien, el principio de igualdad, tal como ha sido mayoritariamente interpretado por nuestra jurisprudencia y doctrina, ha girado en torno a qué tipo de consideraciones pueden tomarse como relevantes para establecer distinciones válidas entre individuos. Sin embargo, la existencia de grupos en el seno de nuestra sociedad actual nos lleva a asumir una consideración grupal de la protección igualitaria. De allí que las consecuencias normativas de ello se verán fuertemente modificadas, puesto que "el reconocimiento de la existencia de grupos, en este sentido, sólo se limita a reconocer que la identidad individual de las personas autónomas se constituye, entre otras cosas, por su condición de ser mujer, ser discapacitado o ser afectado por una enfermedad que tiene implicancias en las prácticas sociales dirigidas a tratar con aquellos que la han contraído"⁽¹³⁵⁵⁾. Así, aquello que nuestros compromisos igualitarios repugnan no son solo las distinciones ilegítimas por basarse en ciertas consideraciones irrazonables, sino —y diría sobre todo— prohíbe que nuestra sociedad se encuentre dividida por castas, que esté integrada por "parias"⁽¹³⁵⁶⁾, por ciudadanos de segunda clase —o "no ciudadanos"—. Esta subordinación es el producto de prácticas sistemáticas de exclusión social, económica y política. Y —en este sentido asumo la "cuestión grupal"— estas prácticas no se realizan contra un sujeto, sino contra

colectivos de sujetos que reúnen ciertas características; y que por dichas características son víctimas de estas prácticas violatorias.

En efecto, la defensa de los programas de transferencia de ingresos puede ser asumida tanto desde una teoría de la igualdad cuya preocupación central sea la reducción de la brecha entre quienes tienen y entre quienes no; así como desde una teoría igualitaria que tenga en miras la defensa de un piso mínimo de bienes para todas las personas⁽¹³⁵⁷⁾.

Bajo la noción de esta última, y agregando a lo ya dicho en materia de autonomía, los programas de transferencia de ingresos permiten a los individuos hacerse poseedores de bienes que constituyen la base material a los fines de llevar adelante sus planes de vida. Está claro, estos programas solo pueden implicar un "piso" toda vez que la suma transferida, en la mayoría de los casos, dista muchísimo de ser suficiente. Pero este dato no quita relevancia a la idea —conceptualmente plausible— de que una distribución de la riqueza monetaria permite perseguir como objetivo —al menos potencialmente— final la generación de un piso de bienes mínimos. En definitiva, este tipo de programas les permiten a los sujetos recuperar en buena medida el control sobre sus propias vidas. Asimismo, la igualdad exige tomar decisiones de política pública que acorten la brecha socioeconómica entre quienes menos tienen y quienes más tienen.

El problema, entonces, pasa a ser que cuando esta diferencia económica es tan amplia, es tan profunda, la distancia entre quienes más tienen y menos tienen afecta la vida en sociedad de estos últimos a través de la generación y reproducción de relaciones de dominación⁽¹³⁵⁸⁾. Así, la existencia de una brecha amplia y profunda —como la actual— trastoca cualquier pretensión básica de justicia y de autogobierno colectivo.

Nuestra Constitución, a su vez, requiere que tratemos a los demás con igual consideración y respeto, con un igual valor moral⁽¹³⁵⁹⁾. Si esto es así, las profundas y enormes desigualdades socioeconómicas existentes enfrentan estas consideraciones igualitarias⁽¹³⁶⁰⁾.

En esta misma línea argumentativa, podría decirse que en la medida en que la brecha entre ricos y pobres destruya la posibilidad de una vida libre de sometimiento y el respeto mutuo, el Estado debe disminuir la desigualdad entre unos y otros; y una manera eficaz y plausible es a través de programas de transferencia de ingresos. De esta forma, una concepción —aún modesta— de la idea de ciudadanía moral exige, por parte del Estado, la posibilidad de contar

con un mínimo de bienes que materializa el ideal de la autonomía distribuida igualitariamente.

Así las cosas, es posible ahora preguntarse acerca de la legitimidad de la AUH, en tanto exige ciertas condiciones para el pago del ingreso prometido⁽¹³⁶¹⁾. En este orden de ideas, creo que es posible cuestionar este arreglo institucional sobre la base de algunos argumentos⁽¹³⁶²⁾.

En primer término, es necesario remarcar que nos encontramos frente al ejercicio de derechos, y no ante meros "beneficios" reconocidos por el Estado. En este sentido, que uno u otro programa tiendan a garantizar la alimentación —o algún otro derecho fundamental— de vastos sectores de nuestra población, nos permite situar la discusión en el campo de los derechos, donde los argumentos fundados en la discrecionalidad de la administración para reconocer a los mismos deben retroceder —o al menos se ven cobijados bajo un manto de sospecha—. Si esto es así, parece insostenible la postura que le otorga a la administración la posibilidad —incluso reglada— de desconocer —o hacerlo parcialmente— este importante compromiso constitucional con la sola apoyatura de un incumplimiento de una condicionalidad.

En igual sentido, una visión que subyace en la idea de "beneficio" y en la consecuente imposición de condicionalidades, es la noción de "merecimiento" de la ayuda del Estado. Bajo esta idea, aquellas personas que se comportan bajo el arcaico lema de "buen padre de familia" o "buen ciudadano" son premiados; mientras que aquellos que no cumplen con ello, reciben un castigo por parte del Estado: la exclusión del sujeto de la política que tiene en miras el goce de un derecho básico como la alimentación.

Lo Vuolo denomina este comportamiento del Estado como "asistencial-represivo"; así, el hecho de que el incumplimiento de la condicionalidad se transforme en una penalización más o menos automática sobre el beneficio, implica subordinar el derecho a la alimentación a, por ejemplo, la asistencia escolar⁽¹³⁶³⁾. Para decirlo aún más claramente: nadie "merece" un derecho. En efecto, su reconocimiento y garantía está alejado de toda valoración moral del comportamiento de los sujetos. O, dicho de otro modo, los derechos no pueden ser solo garantizados a quienes el Estado entienda que son "buenos ciudadanos".

En segundo lugar, parecería que la noción de merecimiento antes analizada funciona exclusivamente con los derechos sociales, pues a nadie se le ocurriría pensar que, si una persona no concurriese a votar o no mandase a sus hijos a la escuela, sería legítimo que se le quite el derecho a participar en democracia⁽¹³⁶⁴⁾. Aún más, sería

impensable que el Estado, por ejemplo, me "quite" la libertad de expresión si hago un uso "incorrecto" de ella. Es posible, y no sin ciertos problemas y obstáculos constitucionales, la imposición de responsabilidades ulteriores; pero nunca, bajo ningún caso, el Estado queda legitimado de silenciarme sin violentar nuestros compromisos constitucionales en la materia.

Por otro lado, se podría pensar que detrás de esta conducta se encuentra escondido el argumento conservador que sostiene que, si el Estado gasta dinero en garantizar los derechos sociales, este se encuentra legitimado para pedir algo a cambio, en este caso el compromiso con otros derechos; y si no respondemos —o no lo hacemos del modo esperado— la sanción está justificada. Al contrario, en el caso de los derechos civiles y políticos, al no exigir gastos dinerarios, el Estado —para esta perspectiva— nada nos puede pedir. Sin embargo, Holmes y Sunstein intentan mostrar —a nuestro modo de ver exitosamente— que "todos los derechos son costosos, porque todos presuponen una maquinaria eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes, para monitorear y controlar"⁽¹³⁶⁵⁾. De allí que la idea de que solo unos derechos imponen gastos en las arcas estatales, resulta falsa.

En igual sentido, ¿cuál podría ser el fundamento que justifique que cuando el Estado transfiere ingresos puede "pedir algo a cambio", sin hacerlo cuando reconoce y protege un derecho, pongamos, civil y político? En efecto, en ambos casos estamos frente al cumplimiento de derechos constitucionalmente reconocidos.

En el mismo orden de ideas, existen ciertas dudas acerca de la —tan mentada— potencialidad de los PTIC para ampliar y mejorar el "capital humano" defendidas por el Banco Mundial antes denominadas como "utilitaristas". En efecto, la imposición de condicionalidades no produce una mejora de las demás políticas sociales, sino que, por el contrario, desnuda las falencias de las mismas.

De hecho, existe en la región una amplia literatura que cuestiona la posibilidad que tiene este tipo de intervenciones para fortalecerlo. Draibe destaca que en estos programas —como no atienden los impactos del aprendizaje escolar y la calidad de la oferta educativa— la "eficiencia" en materia de logros educativos puede verse afectada, pues no se atiende la calidad de la oferta⁽¹³⁶⁶⁾. Villatoro⁽¹³⁶⁷⁾ señala, por su parte, que los efectos en la reducción del trabajo infantil tampoco han sido tan prometedores.

Asimismo, las condicionalidades en escolaridad guardan un carácter controvertido. Esto así, porque las causales de abandono escolar revisten de un carácter complejo y estructural, difíciles —si

no imposibles— de revertir por la exigencia de certificados escolares⁽¹³⁶⁸⁾.

En efecto, los PTIC, tanto en su diseño como en su aplicación, dependen del buen funcionamiento del sector público del sistema de salud y de educación. En este mismo sentido, todo obstáculo que se presenta en la atención primaria de la salud (largos tiempos de espera, grandes distancias hacia los centros de salud, etc.) o en el acceso a la educación básica (falta de vacantes, problemas edilicios, problemas de personal, etc.) impactan en mayor medida sobre la población usuaria de los servicios públicos —en particular sobre las mujeres de escasos recursos económicos— y directamente sobre la calidad de vida de los niños y niñas a su cargo⁽¹³⁶⁹⁾.

Datos como los referidos deben ser tenidos en especial consideración al momento de analizar la legitimidad de las condicionalidades en contextos de enormes problemas estructurales de acceso a dichos servicios como es el argentino. Así, la introducción de condicionalidades sin la inversión en áreas estratégicas de la política social universal —educación pública de calidad y cuidados primarios de salud— podría penalizar a las familias privándolas de una transferencia de ingresos por no utilizar servicios sociales que, o bien no existen, o bien se encuentran en un estado de importante deterioro y colapsados para atender una mayor demanda⁽¹³⁷⁰⁾.

VI. EL PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO (PMO): ALGUNAS DECISIONES TRASCENDENTALES

El 29 de mayo de 1996 se publica en el Boletín Oficial, la res. del Ministerio de Salud y Acción Social 247/1996 por la que se aprueba el "Programa Médico Obligatorio" para los agentes de salud comprendidos en el art. 1º de la ley 23.660, el cual describe las prestaciones mínimas y obligatorias para los Agentes del Seguro de Salud, que entrarían en vigencia a los 180 días de su publicación. Esta resolución se erige en el contenido mínimo de prestaciones médico-asistenciales que los agentes del seguro de salud deben prestar a sus beneficiarios, ya sea mediante sus propios servicios o a través de efectores contratados, y que se refieren a prestaciones de prevención, diagnóstico y tratamiento médico y odontológico. Finalmente la [ley 24.754, del 2/1/1997](#), hace extensiva la obligación a las empresas de medicina prepaga de cubrir las mismas prestaciones obligatorias que cumplen las obras sociales al prescribir que "a partir del plazo de 90 días de promulgada la presente ley, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico

asistencial las mismas 'prestaciones obligatorias' dispuestas por obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24. 455, y sus respectivas reglamentaciones".

El PMO establece las prácticas médicas que se han considerado de indispensable cumplimiento a los beneficiarios, y abarcan tanto una actividad de prevención como de efectivo tratamiento de restablecimiento del estado de salud, en diferentes áreas médicas como ser: maternidad, odontología, tratamientos traumatológicos, odontológicos, etc. También se ha pronunciado en torno al porcentaje de cobertura de los medicamentos, en especial los medicamentos oncológicos⁽¹³⁷¹⁾.

Ahora bien, luego de la puesta en práctica de este programa, se han presentado algunos casos ante los estrados de la Corte Suprema donde se puso en tela de juicio los alcances y limitaciones de este programa.

En el precedente "Reynoso"⁽¹³⁷²⁾, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata confirmó la sentencia de primera instancia que ordenó al INSSJP a proveer a la actora insulina humana 100V, cintas reactivas y jeringas descartables y la revocó en cuanto a la cobertura total de un medicamento que debía ser suministrado en un 40% y pañales descartables por no corresponderle. La actora interpuso recurso extraordinario argumentando que, si bien se dio cumplimiento a lo regulado en el Programa Médico Obligatorio, este también contemplaba situaciones generales que no podían nunca ser atribuidas a una situación particular.

La Corte, siguiendo el dictamen de la Procuradora Fiscal, hizo lugar al planteo de la actora y expresó que "si bien los anexos del PMO establecen la cobertura de sólo el 40% del Ampliactil, y no contemplan la provisión de pañales descartables, lo cierto es que tales especificaciones resultan complementarias y subsidiarias y, por lo tanto, deben interpretarse en razonable armonía con el principio general que emana del art. 1º del dec. 486/2002 en cuanto —aun en el marco de la emergencia sanitaria—, garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud". Esta doctrina, luego la repetiría en los casos "Papa"⁽¹³⁷³⁾ y "Parraga"⁽¹³⁷⁴⁾.

En "Cambiaso Péres de Nealón"⁽¹³⁷⁵⁾, los actores, afiliados a la prepaga CEMIC, requirieron a esta medicación psiquiátrica, pañales descartables y una silla de ruedas específica. El punto a dilucidar radicaba en si las empresas de medicina prepaga estaban alcanzadas por la ley 24.091 que establece el sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad. La Cámara declaró admisible la

acción de amparo y condenó al CEMIC a otorgarle a un menor de edad lo requerido en su petición inicial. Ante esta resolución la demandada interpuso recurso extraordinario que al ser denegado dio origen a la queja.

La Corte expresó, en primer término, que "de acuerdo al [art. 1º](#) de la [ley 24.754](#) las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir las mismas prestaciones que resulten obligatorias para las obras sociales —actualizadas periódicamente art. 28ley 23.661—, las necesarias para la rehabilitación de las personas con discapacidad y las previstas en la [ley 24.901](#) en la medida en que conciernan al campo médico asistencial". Además sostuvo que "si bien la actividad asumida por las empresas o entidades de medicina prepaga puede representar determinados rasgos mercantiles, también adquieren un compromiso social con sus usuarios, lo que impide que puedan desconocer un contrato o invocar cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley pues su objeto es asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas"; y que "la [ley 24.754](#) representa el equilibrio entre la medicina prepaga y la economía toda vez que pondera delicados intereses en juego —la integridad psicofísica, salud y vida de las personas—, y más allá de su constitución como empresas, los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social muy por encima de toda cuestión comercial".

Similar discusión se presentó en el caso "Chamorro"⁽¹³⁷⁶⁾, pero a diferencia de "Cambiaso Péres de Nealón", aquí no se trataba de una empresa de medicina prepaga, sino de una mutual. En este caso, el actor el reclamó se ordene a la prestadora demandada, la cobertura integral de su patología Linfoma No Hodgkin (cáncer), necesitando puntualmente la asistencia médica que consiste en Movilización, Criopreservación y Transplante Autólogo de Stem Cell Periféricas. La demandada, por su parte, sostuvo que de las disposiciones de la ley de mutualidades, no surge su obligación de cubrir prestaciones no incluidas en su Estatuto y Reglamento, por cuanto el trasplante está expresamente excluido y no hay fundamento alguno justifique apartarse de esta legislación aplicable a su parte. Afirmó, asimismo, que en su prestación de servicios médicos no participa del perfil de las empresas de medicina prepaga, de modo que la [ley 24.754](#) se origina dentro del marco de la existencia de entes bien diferenciados entre sí: las obras sociales y las empresas de medicina prepaga, sin hacer referencia alguna a la vieja existencia de mutuales y cooperativas dentro de la discusión.

La Corte, por su parte, hizo lugar al planteo del actor y expresó, por un lado, que "existe una semejanza entre las mutuales y las entidades de medicina prepaga, que obliga a aquéllas a cubrir las prestaciones del Programa Médico Obligatorio. Cuando se trata de una asociación o entidad que opera mediante el pago de una cuota mensual anticipada de sus socios como modo sustantivo de financiación, a cambio de prestaciones futuras —que incluyen asistencia médica y farmacéutica, reconocimiento de gastos funerarios y subsidios por nacimiento— la obligatoriedad de la prestación está sujeta a la condición suspensiva de que se dé determinada enfermedad en el titular o el grupo de beneficiarios, toda vez que el derecho a la salud cuando se trata de enfermedades graves está íntimamente relacionado al derecho a la vida, primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la CN". Por el otro, manifestó que "las asociaciones mutuales pueden ser Agentes del Seguro Nacional de Salud, aun cuando no adhieran al sistema de las leyes 23.660 y 23.661, encontrándose en tal caso obligadas a dar las prestaciones del Programa Médico Obligatorio y a adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr el acceso pleno de los beneficiarios a la asistencia de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar sobre la materia".

VII. LA REFORMA PREVISIONAL DE 2017

El 28 de diciembre de 2017 se publica en el Boletín Oficial la ley 27.426 que establece, entre otros, un cambio en la fórmula de movilidad. En contraste con la fórmula de movilidad vigente hasta ese momento, de acuerdo con la ley 26.417 de Movilidad de las prestaciones del Régimen Previsional Público promulgada el 15 de octubre de 2008, que establecía un aumento semestral combinando la variación del 50% del incremento salarial y el 50% del aumento de los recursos tributarios de la ANSES, la nueva fórmula de movilidad se basa en un setenta por ciento (70%) en las variaciones del Índice de Precios al Consumidor Nacional elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) y en un treinta por ciento (30%) en el coeficiente que surja de la variación de la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables (RIPE) y se aplicará trimestralmente en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre. En la práctica, la aplicación de la nueva fórmula tiende a disminuir el monto del haber jubilatorio, ofreciendo evidencias del carácter regresivo de la reforma. Del examen de los precedentes en la materia, analizados en el acápite cuarto de este comentario, surge que la reglamentación no puede desconocer el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde con la posición

que tuvieron durante su vida laboral. En esos precedentes se descalifica todo accionar estatal que en la práctica resulte regresivo en el goce efectivo de los derechos de seguridad social que el art. 14 bis consagra.

Por otra parte, el art. 3º de la ley 27.426, que sustituye al art. 2º de la ley 26.417, modifica el cálculo del que surgirá el haber inicial de los futuros jubilados, por el índice combinado de la ley 27.260 "Programa Nacional de Reparación histórica para Jubilados y Pensionados" representando a su vez un recorte en comparación con el régimen previo a la sanción de la ley 27.426.

Asimismo, la fuerte protesta social que la reforma generó provoca serias dudas acerca de su legitimidad. Entre otras acciones de amparo, individuales y colectivas, el 29 de diciembre de 2017 quedó registrado en el expte. nro. CSS/140837/2017 en el Juzgado nro. 8 de la Cámara Federal de la Seguridad Social, el amparo presentado por la Asociación de Trabajadores del Estado, en defensa del colectivo afectado en su derecho a la movilidad y la totalidad de beneficiarios de las prestaciones de seguridad social lesionados en sus derechos por la sanción de la ley 27.426.

* * *

Art. 15.—

En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.

ESCLAVITUD EN EL SIGLO XXI

Comentario por Daniela Pearce

I. ANTECEDENTES

En nuestro país, la tendencia abolicionista con respecto a la esclavitud se inició en el año 1813 con los decretos de la Asamblea General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata⁽¹³⁷⁷⁾.

El decreto del 2 de febrero estableció la llamada libertad de vientres:

"El Supremo Poder Ejecutivo Provisorio de las Provincias unidas del Río de la Plata á los que la presente vieses, oyesen, y entendiesen. Sabed: que la Asamblea Soberana general constituyente se ha servido expedir (sic) el decreto del tenor siguiente. "Siendo tan desdoroso, como ultrajante á la humanidad, el que en los mismos pueblos, que con tanto tesón y esfuerzo caminan hacia su libertad, permanezcan por mas tiempo en la esclavitud los niños que nacen en todo el territorio de las provincias unidas del Río de la Plata, sean considerados y tenidos por libres, todos los que en dicho territorio hubiesen nacido desde el 31 de enero de 1813 inclusive en adelante, día consagrado á la libertad por la feliz instalación de la Asamblea general, baxo las reglas y disposiciones que al efecto decretará la Asamblea general constituyente. Lo tendrá así entendido el Supremo Poder Ejecutivo para su debida observancia".

Posteriormente, el 4 de febrero la Asamblea decreta que los esclavos de países extranjeros, por el hecho de ingresar al territorio de las Provincias Unidas, serían libres. Sin embargo, Brasil, considerando las consecuencias de esta decisión en sus cuestiones comerciales, por motivo de la desertión de sus esclavos, realiza negociaciones diplomáticas que logran la suspensión del decreto.

En la práctica, el comercio de esclavos no desapareció hasta la ratificación por el gobernador de la provincia de Buenos Aires, Juan Manuel de Rosas, en 1839 de un tratado celebrado con Gran Bretaña que expresaba "habiendo sido abolido legalmente ese tráfico en todo el territorio de la República Argentina, se declaraba para siempre totalmente prohibido a todos los ciudadanos de dicha República en todas partes del mundo"⁽¹³⁷⁸⁾.

Finalmente, el Congreso Constituyente de 1852 aprobó el texto del art. 15 por unanimidad⁽¹³⁷⁹⁾ y la abolición de la esclavitud se proclamó en la Constitución de 1853.

II. PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL

El art. 15 de nuestra Carta Magna se complementa desde el año 1994 con varios instrumentos internacionales de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional en los términos del inc. 22 del art. 75.

La Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 6º establece la prohibición de la esclavitud o servidumbre, de la trata de esclavos y de mujeres, y del trabajo forzoso.

El [art. 4º](#) de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: "Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio en su art. 8º.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho a escoger libremente un trabajo en condiciones equitativas que aseguren condiciones de vida digna, arts. 6º y 7º.

Expresa, por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su art. 6º la obligación de los Estados de adoptar medidas contra todas las formas de trata y explotación de la prostitución.

La Convención sobre los Derechos del Niño ordena:

"Art. 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;

b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;

c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Art. 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma".

La esclavitud, la trata de personas, la servidumbre, el trabajo forzoso y la explotación de niños son crímenes contra la dignidad del hombre, por lo que se le dedicaron las previsiones constitucionales anteriormente descriptas.

Asimismo, la prohibición de la esclavitud y de las prácticas relacionadas con ella es parte del derecho internacional consuetudinario y tiene el carácter de *jus cogens*⁽¹³⁸⁰⁾. Es decir, la condena de la esclavitud es derecho imperativo internacional.

La Corte Internacional de Justicia⁽¹³⁸¹⁾ sostuvo que la protección contra la esclavitud —al igual que la prohibición de la discriminación racial o el compromiso a no perpetrar genocidio— es una obligación que los Estados contraen *erga omnes*, es decir, frente a toda la comunidad internacional.

Es cierto que "el mantenimiento de la declaración del artículo 15 resulta anacrónico en los términos en que esta expresada"⁽¹³⁸²⁾ porque en la actualidad no se celebran contratos de compra venta de esclavos y las nuevas formas de esclavitud no se encuentran reguladas jurídicamente e integradas al sistema económico como en el pasado.

No obstante, una interpretación dinámica del texto constitucional con la incorporación de los instrumentos internacionales revela que la prohibición de la esclavitud, obligación *erga omnes* y con carácter *jus cogens*, es un recurso actual para proteger a la población de la invisibilidad de la esclavitud moderna que substituyó a la imagen de los hombres con grilletes. No se celebran contratos de compra venta pero existen personas que son cosificadas o sometidas a trabajo forzado.

III. DEFINICIÓN DE ESCLAVITUD

En el año 1926, la Convención sobre la Esclavitud de la Sociedad de las Naciones definió la esclavitud como el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos (art. 1.1).

Resulta evidente que no existen derechos de propiedad sobre una persona. Es jurídicamente imposible la existencia del concepto clásico de esclavitud. Sin embargo, en la actualidad, se presentan situaciones en las cuales las personas son tratadas como propiedad y no reconocidas como sujeto. Por ello, la definición de 1926 continúa vigente para la sociedad internacional, mencionada por los organismos internacionales en sus acuerdos, convenios, resoluciones o sentencias.

En el año 1957, se detallaron prácticas equivalentes a la esclavitud en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud,

la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. Dicho instrumento obligó a abolir la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, la entrega de menores de 18 para su explotación o los matrimonios forzados y la transmisión de las esposas a título oneroso o por herencia.

El Convenio sobre el Trabajo Forzoso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), dictado en 1930 (nro. 29), y ratificado por Argentina en el año 1950 prohíbe el trabajo forzoso y lo define. Tiempo después, en 1957, la OIT amplía la prohibición en el Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso (nro. 105), que es ratificado por nuestro país en 1960. En este último instrumento se limita el uso de trabajo forzoso a los Estados por ejemplo como castigo por haber participado en huelgas.

En relación con la clasificación de la esclavitud como un delito de lesa humanidad, el art. 7º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece entre los crímenes contra la humanidad la esclavitud y la esclavitud sexual. No obstante, para la configuración de un crimen de lesa humanidad debe concurrir un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Este criterio fue adoptado en el Anteproyecto del Cód. Penal. En su art. 66, el mismo establece que será penado con 20 a 30 años de prisión quien realice un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. También dicho artículo condena en el inc. c) la esclavitud y en el inc. g) la esclavitud sexual y la prostitución forzada.

El concepto amplio de esclavitud fue utilizado en el año 2002 por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia⁽¹³⁸³⁾. Este Tribunal determinó como indicios de esclavización el control sobre los movimientos, el entorno físico y psicológico de una persona; la coacción, la amenaza o el uso de la fuerza, el trabajo forzado, el control de la sexualidad, etc. Destaca, a su vez, que es imposible realizar una enumeración exhaustiva de todas las formas contemporáneas de esclavitud que son una ampliación del concepto de 1926. La definición tradicional incluye las formas actuales de esclavitud. Existe una diferencia de grado entre la definición tradicional y las más actuales pero en todas ellas por el ejercicio de alguna de las facultades contenidas en el derecho de propiedad se destruye la personalidad jurídica de la víctima.

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En nuestro Cód. Penal, el art. 140 (modificado por la ley 26.842) es indicado como la única norma penal que da cumplimiento al mandato del art. 15 de la Constitución y art. 6 de la Convención

Suplementaria sobre la Esclavitud y art. 25 del Convenio Relativo al Trabajo Forzoso⁽¹³⁸⁴⁾.

Este artículo (contenido en el Capítulo de "Delitos contra la libertad individual") establece:

"Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil".

El bien jurídico tutelado es la libertad entendida en un sentido más amplio que la libertad ambulatoria: es la libertad de autodeterminación⁽¹³⁸⁵⁾, el respeto de la dignidad de todas las personas y su derecho a recibir un trato digno.

Es decir, las contemporáneas formas de esclavitud restringen, siguiendo a Carlos Nino⁽¹³⁸⁶⁾, el principio de autonomía vinculado al principio de inviolabilidad de la persona y, por lo tanto, la posibilidad de elegir libremente y materializar planes de vida. Por esta razón son prerequisites la integridad psíquica y física, la libertad de movimiento, el acceso al control de ciertos recursos materiales, la educación, la libertad de trabajo y el acceso al ocio. Sin opciones reales no existe posibilidad de elegir libremente un plan de vida.

V. PRÁCTICAS ANÁLOGAS A LA ESCLAVITUD

Las prácticas esclavistas que provocan la pérdida de libertad, identidad, dignidad, y sobre todo la condición de hombre libre, a sus víctimas se encuentran prohibidas constitucionalmente. Sin intención de realizar una enumeración exhaustiva de todas las formas contemporáneas de esclavitud a continuación se abordarán la servidumbre, el matrimonio servil, la prostitución forzada, la explotación de niños y adolescentes, el trabajo forzoso y la trata con fines de explotación laboral, sexual o para tráfico de órganos.

VI. SERVIDUMBRE

Para definir el concepto de servidumbre, el Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas de Naciones Unidas⁽¹³⁸⁷⁾ realizó una interpretación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, consideró que por "servidumbre" se entiende las condiciones de trabajo o la obligación de trabajar o prestar servicios en la cual la persona afectada no puede liberarse ni modificar.

A su vez, la Comisión Europea de Derechos Humanos en la sentencia del caso "Siliadin contra Francia", del 26/7/2005, definió la servidumbre como: "Una obligación de prestar los propios servicios impuesta por el recurso de la coerción y que se debe vincular con el concepto de esclavitud".

La jurisprudencia argentina, al analizar la coerción existente en la definición anteriormente citada, adoptó una construcción doctrinaria que destaca la exigencia en el tipo penal de un dominio psíquico no solo físico, es decir, un sometimiento de la voluntad de la víctima. En este sentido, en el caso "Paek"⁽¹³⁸⁸⁾, al analizar el delito del art. 140 del C.P., el magistrado aplica la doctrina de Carlos Creus⁽¹³⁸⁹⁾. Dicha doctrina observa que la reducción a servidumbre no es un ataque contra la libertad personal ambulatoria o de movimientos. Así, no hay atipicidad en los casos en que subsiste la capacidad de la víctima para trasladarse o realizar actividades físicas: lo característico de este delito es que modifica la condición de hombre libre por la de siervo. En el mismo sentido, cita a Sebastián Soler, que sostiene que

"para considerar cometido este delito se hace necesaria no ya solamente una dominación física sobre el cuerpo del sujeto pasivo, sino un verdadero dominio psíquico, porque es preciso distinguir esta infracción de las formas corrientes de encarcelamiento o de secuestro (...) consiste en apoderarse de un hombre para reducirlo a la condición de una cosa: comprar, vender, cederlo sin consultar para nada su voluntad, servirse de él sin reconocerle derechos correlativos a sus prestaciones"⁽¹³⁹⁰⁾.

La Cámara Federal⁽¹³⁹¹⁾, aplicando la doctrina de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa "Fulquín"⁽¹³⁹²⁾, destaca que deben valorarse los elementos probatorios para conocer el grado de sometimiento de una persona a otra, en un proceso de pérdida de libre albedrío y despersonalización provocada por la captación de voluntad.

Por su lado, la existencia de un sometimiento psíquico de la víctima en este tipo de delitos instala la relevancia del consentimiento para prestar tareas en condición de servidumbre o esclavitud. La inadmisibilidad de esta posición es sostenida por varios doctrinarios.

Edgardo Donna⁽¹³⁹³⁾ considera que la importancia esencial de la dignidad de la persona en nuestro ordenamiento implica que existen bienes jurídicos indisponibles. En consecuencia, el consentimiento no tendría trascendencia en situaciones vinculadas a la esclavitud.

Asimismo, Omar Breglia Arias⁽¹³⁹⁴⁾ expone la posición de Ricardo Nuñez y Carlos Creus a favor de excluir la tipicidad cuando existe consentimiento. Para estos autores, la servidumbre que procede de

una convicción libremente asumida por la víctima, aun constituyendo una relación abusiva, no es delito. Arias adopta la postura opuesta, sostenida por Sebastián Soler y Carlos Fontan Balestra sobre la irrelevancia del consentimiento, no solo por el dominio psíquico que se ejerce sobre la víctima, sino por las situaciones de vulnerabilidad incluidas la económica que merman la libertad de elegir y la capacidad de prestar consentimiento.

6.1. Servidumbre por deudas

Definida en la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la servidumbre por deudas o trabajo cautivo es la condición por la cual un deudor se compromete a prestar sus servicios personales o los de una persona sobre la que ejerce autoridad como garantía de una deuda. Pero los servicios prestados no se aplican al pago de la deuda como tampoco se define el plazo y la naturaleza de los servicios.

6.2. Servidumbre de la gleba

También denominada "esclavitud de predio" por el uso habitual de esclavos en granjas o plantaciones. La Convención suplementaria de 1956 la define como una condición servil por una obligación legal, consuetudinaria o contractual, de vivir y trabajar en una tierra ajena prestando servicios a su propietario sin posibilidad de modificar su condición.

VII. MATRIMONIO FORZADO O SERVIL

Se encuentra prohibido dar en matrimonio a una mujer a cambio de dinero. El abuso no consiste en el pago sino en la causa del acto que es un matrimonio no consentido. El segundo supuesto prohibido por la Convención Suplementaria de Matrimonio Servil ocurre cuando la mujer es cedida por su marido o la familia de este. Por último, esta práctica incluye el levirato, por el cual la viuda es transmitida por herencia y contrae matrimonio con un familiar del causante.

VIII. PROSTITUCIÓN FORZADA

Este supuesto se produce cuando una persona es prostituida contra su voluntad por el uso de coacción o amenaza. También se utilizan como métodos para controlar a la víctima los malos tratos, generar situaciones de endeudamiento o adoptar medidas para mantenerla en situación de pobreza y de esa manera obligarla a satisfacer deseos sexuales de otras personas.

IX. EXPLOTACIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

El Convenio de la OIT nro. 182 celebrado en 1999, aprobado por la ley 25.255, señala que el tráfico de niñas y niños menores de 18 años es una práctica análoga a la esclavitud y, como tal, una de las peores formas de trabajo infantil. De este modo, recomienda que se tipifique como delito.

Cumpliendo este mandato, en el año 2013 se sancionó la ley 26.847 que incorpora al Cód. Penal el art. 148 bis:

"Será reprimido con prisión de 1 (uno) a 4 (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave".

En el año 2003, Argentina ratificó el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Este instrumento fue dictado por el aumento de trata internacional de menores a los fines de la venta de niños, su prostitución y utilización en la pornografía, y para luchar contra el turismo sexual que es otra forma de esclavitud contemporánea.

X. TRABAJO FORZOSO

La definición dada por el Convenio de la OIT al trabajo forzoso es todo trabajo exigido a un individuo -que no se ha ofrecido con una voluntad plena-, bajo la amenaza de una pena. Es decir, que se aplica a todo trabajo o servicio en cualquier sector productivo incluso en la economía informal. Se destacan dos elementos que configuran el trabajo forzoso: por un lado, el empleado no ha prestado un consentimiento informado y libre al ingresar a la relación laboral ni posee la libertad de renunciar. La limitación de su voluntad es a consecuencia del segundo elemento constitutivo del delito que es la amenaza de una pena, entendida en sentido amplio como una coacción directa o indirecta.

Argentina ha ratificado otros Convenios de la OIT que protegen del trabajo forzoso a ciertos sectores vulnerables, el convenio nro. 169 sobre pueblos indígenas y tribales, el convenio nro. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil y el nro. 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos.

El Informe⁽¹³⁹⁵⁾ global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo establece que la esclavitud es una forma de trabajo forzoso, que implica el control absoluto de una persona sobre otra.

Asimismo, la trata con fines de explotación sexual y comercial es una de las formas de trabajo forzoso. Lo que define el trabajo forzoso es la naturaleza de la relación entre la persona y el empleador, no el tipo de actividad realizada o su ilegalidad.

La OIT⁽¹³⁹⁶⁾ identifica cinco elementos que pueden revelar una situación de trabajo forzoso: la amenaza de violencia física o sexual, la restricción de movimientos o reclusión en el lugar de trabajo, la servidumbre por deudas, la confiscación de pasaportes y documentos de identidad y la amenaza de denuncia a las autoridades en los casos de irregularidades en la situación migratoria.

XI. TRATA DE PERSONAS

La trata de personas es frecuentemente considerada como el equivalente moderno de la trata de esclavos del siglo XIX⁽¹³⁹⁷⁾.

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, fue aprobado en el año 2002 por la ley 25.632. En su art. 3º define la trata de personas como

"la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos".

Existen varias formas de captación: falsas ofertas de empleo, amenazas a la víctima y su familia, seducción mediante las redes sociales o incluso la venta de la víctima por parte de su familia.

La Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba sostuvo que "La trata importa, en esencia, una falsa libertad y un estado que se asemeja, en mucho, a la esclavitud". La diferencia reside en que el autor del delito no paga un precio para adueñarse de una víctima que es reducida a una condición análoga a la esclavitud: a siervo⁽¹³⁹⁸⁾.

En este sentido, el Tribunal Oral Federal de Tucumán⁽¹³⁹⁹⁾ afirmó que en la trata de personas existe una relación de sujeción entre el tratante y la víctima que se materializa como un binomio sujeto-objeto donde la víctima es considerada una cosa.

Asimismo, destaca que es un delito ubicado por el legislador en el título V del Cód. Penal que protege el bien jurídico Libertad. La trata tiene como característica distintiva ser un delito pluriofensivo; lesiona varios bienes protegidos constitucionalmente como la dignidad humana, seguridad personal, libertad sexual, vida e integridad psíquica-física, indemnidad, libertad de tránsito, libertad de residencia, libertad para elegir trabajo.

Existe una clasificación con relevancia más doctrinaria según la zona de destino en trata interna que responde a la demanda dentro del Estado y externa que cubre la demanda de un mercado internacional.

Ahora bien, desplazarse a través de límites jurisdiccionales no es el elemento que define la trata, lo central es la participación de terceros con fines de explotación. Es necesario que exista la finalidad de obtener beneficios financieros, comerciales o de cualquier tipo forzando a otra persona a realizar actos de prostitución, servidumbre sexual o laboral. Por ello, la Relatora especial sobre trata de personas observó que el proxenetismo se ajusta a los elementos de la trata de personas con fines de explotación sexual⁽¹⁴⁰⁰⁾.

El Cód. Penal sanciona el delito de trata

"Art. 145 bis.— Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediar el consentimiento de la víctima.

Art. 145 ter.— En los supuestos del art. 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando:

1. Mediar engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años.

3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.

4. Las víctimas fueren tres (3) o más.

5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.

6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o

ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.

7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando se lograra consumar la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión".

11.1. Trata y tráfico ilícito de migrantes

Los trabajadores migrantes son un grupo especialmente vulnerable a las prácticas esclavizantes. Un 70% de las víctimas de trata laboral son inmigrantes⁽¹⁴⁰¹⁾. El desplazamiento, la contratación informal y los empleos temporales por las producciones estacionales, aumentan el grado de vulnerabilidad del trabajador y su relación asimétrica con el empleador.

Ahora bien, el delito de trata de personas frecuentemente se vincula con el delito de tráfico ilícito de migrantes. En la trata existe una finalidad de explotación y en el tráfico ilícito se busca un beneficio material pero no implica necesariamente que exista la finalidad de explotación.

En la Guía Legislativa para la aplicación del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa la Convención de la ONU, se explican sus principales diferencias, que residen en el hecho de que, en el caso de la trata, los delincuentes obtienen control sobre las víctimas por medios coercitivos o engañosos y obtienen ganancias mediante su explotación. En cambio, en el caso del tráfico ilícito, los migrantes acceden voluntariamente y pueden ser cómplices del tráfico.

En Argentina, la ley 25.871 de migraciones en su Título X, Capítulo VI, contiene los delitos al orden migratorio: el art. 116 condena y define el tráfico ilegal de personas. Es la acción de realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas, por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio.

Un ejemplo de la vinculación entre estos delitos se plasma en la sentencia⁽¹⁴⁰²⁾ que trata la unidad de acción entre reducción a servidumbre y facilitación de la permanencia ilegal en un taller clandestino.

"En este sentido, puede advertirse, desde el origen de estos actuados, una afectación a la garantía que prohíbe la doble

persecución penal. (...) [L]a reducción de los inmigrantes ilegales a condición análoga a servidumbre reposó en el mismo hecho que aquí fue imputado como una facilitación de la permanencia de esas mismas personas en el territorio nacional con el fin de obtener un beneficio directo o indirecto: el alojamiento y ocupación laboral en las condiciones que fueron denunciadas, que redundaría, en definitiva, en un supuesto de concurso ideal entre los tipos que prevén y reprimen distintos aspectos de lo que no es sino una misma e inescindible conducta".

11.2. Trata con fines de explotación laboral

Para poder delimitar un trabajo informal de un caso de explotación deben ponderarse tres variables: la extensión de la jornada laboral, el salario recibido y el contexto en que se desarrolla la relación laboral, a saber, endeudamiento inducido (servidumbre por deudas); retención y falta de pago del salario; engaño sobre las condiciones de trabajo; retención de documentos de identidad o efectos personales; restricción de salidas, aislamiento por falta de comunicación con amigos o familiares; hacinamiento; coacción psicológica y violencia física.

La primera condena en la Argentina por el delito de trata de personas para explotación laboral fue dictada el 20 de marzo de 2014 en el fallo "Capuma Rodríguez"⁽¹⁴⁰³⁾. Allí, el tribunal establece que el bien jurídico afectado en el delito de trata es la libertad entendida como ámbito de autodeterminación o autodomínio del hombre. Por eso, el rol del reclutador es muy importante. Al seleccionar víctimas en situación de vulnerabilidad facilita el proceso de despersonalización y logra el fin de la trata: reducir a la víctima de sujeto a objeto.

Otro punto interesante de la sentencia es destacar que la trata es un delito de resultado anticipado. La norma protege en instancias previas a la explotación, es decir, existe el delito de trata desde el momento de la captación. La finalidad de explotación es necesaria como elemento subjetivo.

En la Argentina han existido casos de trata de personas con fin de explotación laboral en las producciones de papa y cebolla en la provincia de Buenos Aires, frutillas en Tucumán, olivos en La Rioja y Catamarca, ajo en Mendoza, yerba mate en Corrientes y Misiones, cosechas de semillas transgénicas o en explotaciones tabacaleras.

A su vez, existen muchos casos de trata de personas con fines de explotación laboral en talleres clandestinos para la industria textil. En varios supuestos es aplicable la Ley de Trabajo a Domicilio 12.173, que contempla la responsabilidad solidaria entre empresarios,

intermediarios y talleristas que contraten mano de obra a domicilio. Sin embargo, el mayor obstáculo que posee la justicia en la investigación por las características de las explotaciones y la tercerización laboral es ascender en la cadena de responsabilidades.

En la responsabilidad de las personas jurídicas es relevante el art. 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional al obligar a los Estados adoptar medidas para establecer la responsabilidad penal, civil o administrativa, incluyendo sanciones monetarias de las personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos.

11.3. Trata con fines de explotación sexual

La trata con fines de explotación sexual es el ofrecimiento, captación, traslado, recepción o acogida de personas con el fin de promover, facilitar o comercializar la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos.

Nuestros tribunales⁽¹⁴⁰⁴⁾ consideran la finalidad de explotación sexual en el delito de trata debe ser entendida de una manera amplia, es decir, comprende la prostitución, la pornografía, los matrimonios forzados, espectáculos de contenido sexual, etcétera.

11.4. Trata y su vinculación con la explotación de prostitución ajena

Son varios los fundamentos para sostener la necesidad de adoptar medidas contra la explotación de prostitución ajena como estrategia para luchar contra la trata de personas.

Existe una tendencia de crear una falsa dicotomía entre la explotación sexual y la trata.

La práctica en la cual un grupo social —integrado en su mayoría por hombres— usa sexualmente a otro grupo —compuesto principalmente por mujeres— y genera un beneficio económico —para otro sector mayoritariamente masculino— se inserta en una estructura patriarcal y constituye un circuito institucionalizado que cristaliza la esclavitud.

El primer instrumento internacional sobre trata al cual se suscribió la Argentina fue en 1957: la Convención para la Represión de la Trata de personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949. En dicha normativa se dictamina que "la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución son

incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y la comunidad".

La Convención plasmó la lucha abolicionista y feminista sostenida en Inglaterra por Josephine Butler. Mientras se lograba la abolición de la esclavitud en casi toda Europa, el sistema de la prostitución subsistía como una forma contemporánea de esclavitud. El movimiento abolicionista sostenía que la reglamentación de la prostitución promovía la trata de personas. La Sociedad de Naciones realizó dos investigaciones en 1927 y 1932 describiendo la incidencia de los prostíbulos y la reglamentación de la prostitución en la trata.

La Convención destaca que el consentimiento de las personas en situación de prostitución no exime a los proxenetas, reclutadores y traficantes. Además, prohíbe la reglamentación de la prostitución y obliga a los Estados adoptar medidas para proteger a inmigrantes y emigrantes de la trata para fines de prostitución.

Ante las posturas que defienden el ejercicio de la prostitución como un derecho a elegir libremente un trabajo, el informe del Relator Especial sobre la lucha contra la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena⁽¹⁴⁰⁵⁾, se funda en testimonios de mujeres en situación de prostitución determinado que dicha actividad es contraria a la voluntad aun cuando se manifieste como una libre elección.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca ha condenado por delito de trata de personas en concurso material con facilitación agravada de la permanencia ilegal de extranjeros en territorio argentino para obtener un beneficio directo a un explotador que recibió y alojó en su local nocturno a una joven de nacionalidad paraguaya. Cuando las condiciones de trabajo se modificaron —no disponía de dinero propio, debía ejercer la prostitución de lunes a lunes de 17 a 2 h, retuvieron su documentación —la mujer manifestó su deseo de volver a su país—. La víctima fue encerrada, golpeada y amenazada. Su informe psicológico dio cuenta de un nivel intelectual inferior a la media, escolaridad primaria inconclusa perteneciente a una familia de clase social baja. En este contexto, los magistrados establecen⁽¹⁴⁰⁶⁾ que la vulnerabilidad no guarda relación con la mejor posición que considere la víctima tener a causa de la explotación sino con el aprovechamiento que obtiene el tratante de todas las situaciones de carencia que impiden a la víctima actuar con plena autonomía de su voluntad.

En igual sentido, en la causa "Rosina"⁽¹⁴⁰⁷⁾ se estableció que la prostitución como un trabajo favorece la trata, la legalidad de proxenetas y rufianes, al convertir la explotación sexual en un negocio legal.

Existen tres posturas ante la regulación de la prostitución: la prohibicionista, que considera delito el ejercicio de la prostitución, sancionando penalmente a la persona prostituida, al proxeneta y al cliente; la posición reglamentarista que la reconoce y regula; y la posición abolicionista, que considera la prostitución incompatible con la dignidad de las personas, castigan solo a los proxenetas y buscan disuadir a los clientes, materializada en la [ley 12.331](#)⁽¹⁴⁰⁸⁾, que prohíbe en todo el país establecer locales donde se ejerza la prostitución.

La legalización de la prostitución la presenta como una opción profesional digna garantizando para los proxenetas el ingreso de mujeres y niñas al mercado de la explotación con autorización estatal. Sin embargo, la Organización de las Naciones Unidas estima que el 80% de las víctimas de trata lo son con fines de explotación sexual. En una Directiva de Seguridad Nacional de los Estados Unidos se destacó que la prostitución alimenta la trata de personas y que es una forma moderna de esclavitud. El Departamento de Estado de USA, en un informe sobre la trata de personas con fines sexuales del año 2004, declaró que la legalización legitima la esclavitud sexual y aumenta la demanda y obstaculiza la identificación de las víctimas de trata⁽¹⁴⁰⁹⁾.

Es decir, la prostitución es una forma de explotación que no se encuentra desvinculada de la trata. Por ello, el Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949 sostiene que la trata y la prostitución son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona.

XII. TRÁFICO DE ÓRGANOS HUMANOS

La ley 26.842 en el inc. f) art. 2º considera un caso de trata cuando existe un proceso de ofrecimiento, captación, traslado, recepción o acogida de personas con el fin de promover, facilitar o comercializar la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos, tejidos células humanas.

En el mismo sentido, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía aprobado por la ley 25.763 solicita a los Estados en el art. 3º inc. i) apart. c, a tipificar el ofrecimiento, entrega o aceptación de un niño para la transferencia de sus órganos con fines de lucro

Esta modalidad de trata progresa por la escasez de órganos para realizar trasplantes. Además, "intermediarios" captan donantes para la venta de sus órganos entre población vulnerable que consienten la extracción de sus órganos. No obstante, el consentimiento queda

viciado por haber sido obtenido por medios inapropiados, como ser engaño, amenaza, coacción, recibir pagos o beneficios⁽¹⁴¹⁰⁾.

En nuestro ordenamiento, la prohibición de comercializar la sangre humana, sus componentes y derivados se cristaliza en el [art. 43](#) de la [ley 22.990](#) que establece la donación de sangre es un acto de disposición voluntaria, para fines exclusivamente médicos no estando sujeta a remuneración o comercialización.

A su vez, la ley 24.193 de Trasplante de órganos y materiales anatómicos prohíbe en su art. 27, inc. f) toda contraprestación o beneficio por la dación de órganos o materiales anatómicos como así la intermediación con fines de lucro. Además, prohíbe ejercer coacción sobre una persona para lograr la dación de sus órganos.

XIII. CONCLUSIÓN

La esclavitud, la servidumbre, el matrimonio forzado, la prostitución forzada, la explotación de niños, niñas y adolescentes, el trabajo forzoso, la trata con fines de explotación laboral, sexual y el tráfico de órganos existen y nos interpelan como operadores jurídicos.

La cosificación del ser humano es incompatible con nuestra antropología jurídica constitucional. La esclavitud y sus formas contemporáneas despojan a las personas de su capacidad de decisión, con el agravante que en la mayoría de los casos existe una situación de vulnerabilidad previa que es aprovechada por los autores de estos delitos.

No se puede consentir la propia esclavitud o la pérdida de la condición de hombre libre, como todo derecho humano es inalienable a la persona y por lo tanto irrenunciable.

Negar la existencia de prácticas esclavistas y la importancia de normas constitucionales que las condenen es legitimar la subsistencia de actividades de explotación que demuestran la restricción de grandes sectores de la población a concretar un plan de vida digna, que se encuentran impedidas de ejercer con plenitud la autonomía de su voluntad. Nuestra Carta Magna prohíbe todas las formas de esclavitud contemporáneas.

* * *

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

La igualdad constitucional⁽¹⁴¹¹⁾

Comentario por Martín Aldao, Liliana Ronconi y Laura Clérico

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Nacional (en adelante, CN) reconoce desde sus orígenes el principio de igualdad, que se vio reforzado ampliamente en la reforma de 1994. Pasamos de la llamada igualdad ante la ley (igualdad forma, igualdad jurídico material)⁽¹⁴¹²⁾ a la igualdad real de oportunidades que reconoce las desigualdades fácticas (multidimensionales) de ciertos grupos exigiendo la intervención estatal por medio de medidas positivas (de redistribución y de reconocimiento) para hacer efectiva la igualdad en el ejercicio de los derechos. Todo esto robustecido por el reconocimiento de jerarquía constitucional a Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que consagran la igualdad como principio no-discriminatorio, como así también, reconocen la desigualdad fáctica y estructural que requiere de los Estados el cumplimiento de las obligaciones de respetar, proteger y garantizar (entre otras, mediante acciones positivas) para lograr igualdad en aquellas situaciones de desigualdad estructural.

En este comentario pretendemos indagar sobre las implicancias del principio de igualdad atendiendo a las diversas concepciones del mismo que se desprenden del art. 16 de la CN y otras normas constitucionales (art. 75 incs. 23 y 22 de la CN) y convencionales. Para esto, en primer lugar (II) indagaremos sobre los orígenes y fundamentos del art. 16 y como el mismo se ha visto reforzado o reformulado tanto con el derecho internacional de los derechos humanos como, asimismo, luego de la reforma constitucional del año 1994 en el propio texto constitucional. Luego, (III) trabajaremos sobre las herramientas argumentativas para la interpretación constitucional de la igualdad. Esto nos permitirá revisar distintas fórmulas o

concepciones de igualdad: a) Igualdad ante la ley, en sus dos versiones, como a.1) mera igualdad ante la ley e a.2) igualdad jurídico material y b) Igualdad real de oportunidades, que pretende dar cuenta de situaciones de b.1) desigualdad multidimensional considerando acciones positivas de b.2) redistribución y b.3) reconocimiento. En todos los casos, el análisis de las herramientas argumentativas se realizará teniendo en cuenta los avances (y retrocesos) que tanto la CS como algunos tribunales locales o incluso regionales han desarrollado en la materia. De esta manera, y para concluir, (IV) pretendemos mostrar que el principio de igualdad no puede estar "desacoplado" de la paridad participativa.

II. EL ART. 16 DE LA CN Y LA AMPLIACIÓN DE LA MANDA DE IGUALDAD POR LA REFORMA DEL AÑO 1994

Si bien el mandato de igualdad ya se encontraba reconocido en la Constitución desde 1853 es luego de la reforma del año 1994 que la igualdad garantizada en el art. 16 fue ampliada de modo explícito⁽¹⁴¹³⁾. Así es que en diversos artículos de la Constitución argentina se pueden encontrar enunciados normativos referidos a la igualdad: igualdad electoral y cuotas a favor de las mujeres (art. 37), igualdad de calidad de vida y oportunidades entre los habitantes de todas las provincias (incs. 2º y 19 del art. 75), en materia educativa (inc. 19 del art. 75), como mandato al legislador para aprobar medidas de acción positiva (inc. 23 del art. 75), reforzados todos especialmente por la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75 inc. 22) que contienen normas sobre igualdad (Dulitzky, 2007). Asimismo, encontramos cláusulas que diagnostican y apuntan a resolver desigualdades de hecho respecto, de los trabajadores en el art. 14 bis; respecto de ciertos grupos como consumidores y usuarios en el art. 42, pueblos originarios en el inc. 17 del art. 75, niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad en el inc. 23 del mismo artículo.

La lectura en forma integral de estos artículos resulta necesaria si se tiene en cuenta que sobre el final del S. XX y la primera década del siguiente se gestan en la región una serie de procesos políticos populares que, a diferencia de los movimientos emancipatorios que se dieron entre los ´50 y los ´70, reemplazarán la vía de la revolución armada por una estrategia y un discurso que apuntan a traccionar sus demandas dentro del marco de los derechos. En aquellos países donde el proceso se dio de modo más radical, se llegó incluso a la reforma del texto constitucional, como fueron los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia⁽¹⁴¹⁴⁾. En otros casos, como es el de nuestro país, con una reforma constitucional de los noventa, respecto

de aquellos procesos políticos populares⁽¹⁴¹⁵⁾, y dotada de un repertorio importante en materia de igualdad, estos impulsos emancipatorios se canalizarían a través de la argumentación y re-argumentación constitucional, que se focalizó en cómo interpretar de modo integral y efectivo el conjunto de estándares reconocidos en el bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, el poderoso dispositivo igualitario dispuesto en la CN, no obstante su potencial, permanecerá anesthesiado durante al menos los primeros cinco años de vigencia del texto constitucional reformado. Para entender esto es preciso dar cuenta del marco desde el cual se definía en este período el sentido sustantivo del principio constitucional de igualdad.

El marco de la reforma del año 1994 es complejo. Por un lado, estuvo dado por una reforma motorizada con una sola y única finalidad: la reelección presidencial. Como respuesta a ese impulso unívoco, el principal partido de la entonces oposición respondió en clave de "pacto". El impulso re-eleccionario era tan fuerte, que la oposición por temor a los alcances potenciales de esa reforma accedió a un acuerdo previo para acordar los puntos de reforma. Este pacto conocido por el lugar en que se celebró como "Pacto de Olivos", fue caracterizado por algunos como un pacto de desconfianza⁽¹⁴¹⁶⁾. Así se pactó dejar intacta en forma expresa la primera parte de la Constitución, la llamada Declaraciones, Derechos y Garantías, como así también, el compromiso de votar en bloque un conjunto de temas en los que se especificaban el contenido de la reforma (cláusula cerrojo) y dejar abierta y "habilitada" para la discusión otros temas en el que no se especificaba en el pacto el contenido detallado ni la modalidad cerrojo de votación a cambio de asegurar la cláusula de la reelección presidencial. Así, los convencionales constituyentes del justicialismo y del radicalismo sacaron la mayor cantidad de votos; y en general, en el momento constituyente, se respetó lo acordado en el Pacto de Olivos. Esto habla ya de la lógica de la reforma: fue pensada y acordada de arriba hacia abajo. En ese marco los artículos que ingresaron a la Constitución fueron "concesiones", pero era claro que no existía la voluntad política ni las fuerzas políticas necesarias para que lo ganado en igualdad en el papel se hiciera efectivo en la práctica en el corto plazo. Por supuesto esto no quiere decir que las normas de igualdad cayeran en saco roto. Son exigibles. Lo que queremos decir es que no implicaron cambios estructurales en la distribución del poder económico, social, político, cultural, que empoderara a los grupos más desaventajados. En todo caso las normas sobre igualdad conformaron lo que se da en llamar "constitucionalismo

aspiracional"⁽¹⁴¹⁷⁾. Para referirnos a la reforma de 1994, no obstante creemos que es más apropiado el término *constitucionalismo interpelable*. A diferencia del primero, que desde una perspectiva de arriba hacia abajo pone el foco en el constituyente, el segundo nos permite dar cuenta de un proceso de ida y vuelta, en el cual las interpelaciones al texto constitucional —los procesos de abajo hacia arriba— resultan esenciales para comprender el alcance efectivo de las reformas introducidas. En esta línea, fueron las movilizaciones populares de fines de la década de los noventa y comienzos de la siguiente las que permitieron un "re-enmarcamiento" del texto constitucional reformado, es decir, desde el marco neoliberal esencialmente restrictivo de derechos, hacia un marco democrático emancipatorio que ha permitido desplegar, asimismo, a través del activismo judicial⁽¹⁴¹⁸⁾ y la jurisprudencia el potencial igualitario contenido en la reforma.

La segunda referencia al "marco" está dada por el momento económico en que ocurre la reforma. Este estuvo dado por fuertes políticas neoliberales recetadas desde los organismos de crédito internacional, léase, entre otros, FMI y Banco Mundial. Esas políticas se concretizaron a través de leyes y varios decretos de necesidad y urgencia sobre emergencia económica y, por el otro lado, la reforma del Estado. Estas normas tenían como trasfondo la reducción del aparato estatal, la privatización y desregulación de los servicios públicos, la descentralización del sistema de salud, la profundización de la descentralización del sistema de educación, la flexibilización laboral. En fin, los gobernantes de entonces aceptaron que el Estado perdiera en buena parte el poder regulatorio estatal⁽¹⁴¹⁹⁾. Para Pisarello (2011), la reforma de 1994 responde al modelo de constituciones que incluían una mayor contención del gasto público, la apuesta a las privatizaciones, por la liberación del comercio internacional, las inversiones extranjeras y la retirada de los controles públicos sobre los poderes del "mercado". Así nos queda, apenas sancionada la reforma, un mapa amplio de la igualdad, que no obstante permanece encorsetado por un marco neoliberal y, por ende, incapaz de desplegar todo su potencial.

III. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD: HERRAMIENTAS ARGUMENTATIVAS

La mayor parte de las fórmulas de igualdad encierran en más o menos algún tipo de comparación entre dos personas, grupos de personas, situaciones. La comparación surge del reclamo de trato igualitario y en dos sentidos:

(a) alguien que es tratado en forma diferente que otro quiere ser tratado de la misma manera porque considera que no hay razones para ser tratado en forma diferente; o bien

(b) alguien que es tratado igual que otros considera que debe ser tratado en forma diferente porque hay una circunstancia relevante que justifica un trato diferenciado.

Para examinar si el reclamo debe prosperar se requiere examinar cuáles razones hablan a favor o en contra del planteo igualitario. Justamente la evaluación de estas razones (o sinrazones) es el centro del examen de igualdad y el resultado dependerá de la fórmula y concepción de la igualdad que esté mejor justificada.

3.1. La igualdad ante la ley

Esta puede ser analizada en sus dos versiones: la igualdad formal y la igualdad como principio antidiscriminatorio.

3.1.1. La igualdad formal

Esta postula que no se viola el mandato de igualdad en tanto aquellos que pertenecen a la categoría surgida luego de la clasificación realizada por el legislador son tratados de igual forma (esto es, se les aplique las mismas consecuencias jurídicas). Esta fórmula dice: *si la categoría alcanza a todas las x, entonces sólo se viola si una x no es tratada como una de las x de la categoría*. Es decir, no examina si el criterio y la clasificación tienen justificación alguna; tampoco nos dice nada sobre la manera en que deben ser tratados qué individuos con qué propiedades.

Este es el examen aplicado por la CS en el caso "Caille"⁽¹⁴²⁰⁾. La Corte sostuvo que no era violatoria la clasificación realizada por el legislador de acuerdo con la fecha de nacimiento del joven varón obligado a enrolarse en el servicio militar. Lo cierto era que quienes habían nacido en el primer semestre tenían una cantidad de días menor a los que habían nacido en el segundo semestre para el reclutamiento. Caille nació en una fecha correspondiente al primer semestre, se enroló fuera de término y por eso fue sancionado. En cambio, si por azar Caille hubiese nacido en una fecha del segundo semestre no hubiese sido pasible de sanción porque al contar con mayor cantidad de días de inscripción hubiese caído en el período habilitado. La Corte se limitó a evaluar la igualdad formal: a Caille como a todos los nacidos en el primer semestre se le sigue la consecuencia de que tienen x cantidad de días para inscribirse, lo mismo ocurre con los jóvenes pertenecientes a la segunda categoría. En la medida en que a todos lo de la primera se le siga la misma

consecuencia jurídica, no se viola la igualdad; y otro tanto con los jóvenes de la segunda categoría.

Así, esta fórmula se encuentra detrás de la criticada —y con razón— fórmula de "separados pero iguales". Bajo esta fórmula se sostuvieron las leyes racistas en los Estados Unidos de Norteamérica. Bajo esta misma fórmula hubiese sido imposible dictar el fallo "Brown vs. Board of Education"⁽¹⁴²¹⁾, en el que se decidió que la separación por "raza" en las escuelas públicas violaba el mandato de igualdad⁽¹⁴²²⁾.

3.1.2. La Igualdad jurídica material: intensidades de control

Por contraposición a la clásica fórmula de igualdad formal la igualdad jurídico material o igualdad como principio antidiscriminatorio se pregunta por la legitimidad del criterio de clasificación y las razones de la selección. Esta fórmula dice que no se viola el mandato de igualdad si: *a todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes se los trata de igual forma*. Es decir, si no hay ninguna *razón suficiente* para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual. Así, es discriminatoria toda distinción que carezca de justificación objetiva y razonable⁽¹⁴²³⁾.

Como herramienta argumentativa, *la fórmula de igualdad material implica el desarrollo de tres sub exámenes* para determinar si existen razones suficientes o no para un trato desigualitario. Esos tres *sub exámenes* son los de: idoneidad, medios alternativos menos lesivos y proporcionalidad en sentido estricto. La aplicación de la proporcionalidad en el examen de igualdad determina si el criterio de distinción que genera las categorías o grupos (medida estatal) tiene relación con las finalidades (razones) de la norma⁽¹⁴²⁴⁾. Estos *tres sub exámenes de igualdad pueden ser aplicados con mayor o menor intensidad*, esto depende de que tan exigente deba ser la evaluación de la relación entre la clasificación, el criterio de clasificación, sus efectos y las razones justificatorias. Por ello, se suele hablar de tres escrutinios de igualdad jurídica material: un escrutinio leve o de mera racionalidad, un escrutinio intermedio y un escrutinio bien exigente⁽¹⁴²⁵⁾.

En el *examen de igualdad de mera racionalidad* se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. Esto significa que la carga de la argumentación la tiene quien realiza el reclamo igualitario y sólo se declarará la clasificación y sus efectos como arbitrarios si logra argumentar que no existe relación alguna entre medio y fin y que esa

falta de relación justificatoria es evidente y manifiesta; de lo contrario se confirma la presunción a favor de la legitimidad de la clasificación.

El *escrutinio intermedio* exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias. La relación tiene que ser plausible, demostrarse una relación sustantiva entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

Sin embargo, el más exigente de los exámenes es el estricto. Esto implica:

- (a) partir de la presunción de la arbitrariedad de la distinción;
- (b) la carga de la argumentación se traslada en cabeza de aquellos que alegan la justificación de la clasificación, por lo general, el Estado;
- (c) una exigencia agravada de justificación, la arbitrariedad sólo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones más que importantes, p. ej., un fin estatal imperioso más que urgente,
- (d) que no existía ningún otro medio alternativo que pudiera evitar la clasificación;
- (e) una regla epistémica, que dice que si persisten dudas al final de la argumentación, queda la clasificación y sus efectos como arbitraria.

El *examen de escrutinio estricto* se aplica, p. ej., cuando desde el vamos del planteo de la cuestión igualitaria se "sospecha" que la exclusión huele a injustificada e inconstitucional porque afecta a un grupo de personas que históricamente ha sido discriminado y que las consecuencias perjudiciales para sus derechos persisten en la actualidad. Nos encontramos frente a una exclusión sospechosa (p. ej., discriminación basada en la "raza", la etnia, la nacionalidad, la orientación sexual, entre otros) y quien no crea que esas personas no conformen un grupo de personas sistemáticamente discriminadas tiene la carga de la argumentación y debe justificar por qué no lo son al ser excluidas de lo que se les otorga a otros.

Una lectura detallada del texto constitucional, más los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, arroja como resultado la prohibición de distinción arbitraria por el uso de diversos criterios de clasificación, como así también, conforme veremos en el punto siguiente, la obligación estatal de remover obstáculos y aprobar medidas de acción positiva para empoderar a los grupos desaventajados. Las más comunes son las siguientes:

(1426)

Criterio de clasificación	Tipo de discriminación	Instrumentos jurídicos que se refieren a este tipo de discriminación
Sexo/ género	Discriminación contra las mujeres: frente a igual trabajo las mujeres suelen recibir un menor salario en comparación con el de los varones. Se les asigna papeles subalternos en distintos planos, se las limita a los roles de cuidado familiar sin compensación alguna y se les niega el derecho a disponer libremente del propio cuerpo.	Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; art. 75, inc. 23, art. 37 de la CN.
Orientación sexual, identidad de género	Todo tipo de exclusión y restricción de derechos fundada en la naturalización de la heteronormatividad (matrimonio, adopción, cambio de sexo registral, persecución policial) y en los roles asignados tradicionalmente a hombres y mujeres.	"cualquier otra condición social", art. 1.1 de la CADH ¹⁶ .
Edad	Discriminación contra niños/as y ancianos: los/as niños/as fueron concebidos durante mucho tiempo como objetos de protección y no como sujetos de derechos.	Convención sobre los Derechos del Niño; art. 75, inc. 23, CN.
Etnia y Cultura	Discriminación contra los pueblos indígenas: suele negarse su lengua propia que suele no coincidir con la lengua oficial del país en el que habitan. Se los discrimina si no se permite que sus niños aprendan en escuelas donde no sólo se enseñe la lengua oficial sino también la materna. Son expulsados de sus tierras, no se les reconocen derechos históricos basados en la costumbre y la tradición.	Art. 75, incs. 17 y 19, CN.
Religión	Discriminación contra los creyentes de religiones no mayoritarias en una sociedad o contra quienes no profesan religión alguna.	Art. 14 y 20, CN.
Situación de discapacidad	Discriminación a las personas con discapacidad en lo que respecta al acceso a la salud, educación, derechos laborales, entre otros.	Art. 75, inc. 23, CN, Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad.
Racial o étnica	Discriminación a las personas que pertenecen a poblaciones no-blancas o no europeas (racismo, etnocentrismo): discriminación a los afroamericanos, discriminación a los pueblos indígenas.	Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; art. 75, inc. 17 de la CN.

Criterio de clasificación	Tipo de discriminación	Instrumentos jurídicos que se refieren a este tipo de discriminación
Extranjeros, migrantes	Discriminación a las personas que proceden de otro país (xenofobia).	Convención Americana de Derechos Humanos; art. 20, CN.

Fuente: Elaboración propia.

Sin embargo, la discriminación puede tomar muchas formas, e incluso, la situación de discriminación se puede dar por una combinación de motivos prohibidos, lo que provoca una *discriminación interseccional*. Esta surge de una combinación de elementos que ocasiona un tipo de discriminación diferente de cualquier otra basada en un solo factor. La pertinencia de la aplicación de este tipo de enfoque está dada por la atención que presta a los contextos históricos, sociales y políticos que generan estas discriminaciones, esto permitiría además encontrar soluciones adecuadas a las experiencias particulares de las personas discriminadas. Por ejemplo, mujeres mayores con discapacidad pertenecientes a pueblos originarios pueden sufrir discriminación en forma diferente que mujeres y varones con discapacidad que viven en zonas urbanas. Este tipo de discriminación se examina, entre otros, en el caso "González Lluy c. Ecuador", en donde la desigualdad en el acceso a la educación, salud, vivienda, trabajo de la madre de la actora está configurada por ser mujer, niña, por su condición social y por ser portadora de HIV⁽¹⁴²⁷⁾.

3.1.2.1. La interpretación constitucional de la igualdad como no discriminación: el caso paradigmático de la nacionalidad o condición de nacional

El contexto de América Latina y el Caribe presenta un panorama heterogéneo relacionado con la movilidad de personas por el territorio de los diversos Estados, léase personas "extranjeras", personas "migrantes". A fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX encontraban a Argentina, Uruguay, Brasil, Estados Unidos como países receptores de inmigración masiva. Los países receptores comenzaron en uso de su "soberanía" estatal a aprobar normas que restringían los derechos de las personas extranjeras que residían en sus territorios —a pesar de que algunas de Constituciones de esos Estados proclamaban los mismos derechos a todas las personas extranjeras residentes en sus territorios (p. ej., art. 20 de la CN)—. En este contexto particular surgen en Argentina los reclamos de

algunas personas extranjeras frente a situaciones *puntuales* de discriminación.

Ya antes de la reforma de 1994, la Corte Suprema de Justicia en el caso "Repetto"⁽¹⁴²⁸⁾ había declarado la inconstitucionalidad de una norma provincial que exigía la nacionalidad argentina para ejercer la docencia en un establecimiento privado con reconocimiento oficial de nivel inicial en el caso de una residente de los Estados Unidos que había estudiado en Argentina y tenía título habilitante para el ejercicio de esa profesión, sosteniendo que la clasificación de la norma no era proporcionada con el fin buscado. Esta jurisprudencia se reitera — aunque con leves matices— en el caso "Calvo y Pessini"⁽¹⁴²⁹⁾ cuando esa misma Corte declara la inconstitucionalidad de un artículo de una ley de la Provincia de Córdoba que exigía la nacionalidad argentina para ingresar como personal permanente al régimen del "equipo de salud humana" de un hospital público. Esta jurisprudencia vuelve a tener relevancia aunque con la impronta de un examen de igualdad más estructurado en el caso "Gottschau"⁽¹⁴³⁰⁾ sobre la (in)constitucionalidad de una norma de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que establecía el requisito de la nacionalidad argentina para la inscripción a un concurso público para acceder al cargo de secretario de primera instancia del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Y se aplica, asimismo, para declarar la inconstitucionalidad de una norma provincial que requería la condición de argentino nativo o por opción (excluyendo a los argentinos "naturalizados"), para concursar para un cargo de camarista, imposibilitando la inscripción de un juez provincial de primera instancia argentino naturalizado dispuesto a concursar⁽¹⁴³¹⁾, entre otros⁽¹⁴³²⁾.

Ahora bien, el perfil del reclamante cambia en otros casos, p. ej., en "Reyes Aguilera"⁽¹⁴³³⁾. Se trata de una niña residente en Argentina de nacionalidad boliviana con una discapacidad severa que le impedía la movilidad de sus miembros, comunicarse verbalmente y alimentarse por cuenta propia; y que además se encontraba en situación de pobreza. El caso se inicia frente a la denegación por la Administración de un pedido de pensión por invalidez porque el art. 1.e del dec. 432/1997 establecía respecto de las personas extranjeras un plazo mínimo de residencia de 20 años, para el otorgamiento de la pensión. Si bien la Corte Argentina declaró que el recaudo de residencia era inconstitucional, cuando se encontraran reunidos los otros requisitos (invalidez y pobreza), los votos de los/as magistrados/as tuvieron un eje argumentativo vinculado con cada uno de estos supuestos de discriminación. Los jueces Fayt y Zaffaroni argumentaron que el requisito de veinte años de residencia

implica un desconocimiento de la seguridad social, derecho que se encuentra íntimamente vinculado con la vida, "cuya garantía, mediante acciones positivas, resulta una obligación impostergable de las autoridades públicas" (consid. 7º), más aún cuando se trata de la protección de los "más débiles". En el caso, aun cuando los jueces no lo mencionan expresamente, la debilidad consistía en ser una niña con discapacidad y pobre (art. 75, inc. 23 de la CN). Por otro lado, Petracchi y Argibay se apoyaron en el argumento de la igualdad. Sostuvieron la presunción de inconstitucionalidad de toda categoría que distingue sobre la base de criterios prohibidos, como la nacionalidad (art. 1º de la CADH): establecieron que la norma solo sería válida si supera un test de escrutinio intenso, recayendo en cabeza del Estado la carga de justificar que no existían alternativas menos lesivas para los fines sustanciales que se intentaban alcanzar mediante la norma impugnada (con cita de Gottschau, consid. 11). En el caso, los argumentos brindados por el Estado nacional "resultan ineficaces para revertir la presunción de inconstitucionalidad de la norma en cuestión" (consid. 12). Por su parte, el juez Maqueda sostuvo si bien la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros no está prohibida, esto no releva al legislador de establecer requisitos razonables, es decir que no impliquen desconocer el derecho. En el caso, es la desproporcionalidad de la extensión del plazo lo que es inconstitucional. La irrazonabilidad del plazo consignado importa en los hechos que la aplicación de tal norma se traduzca en una discriminación indirecta ya que por las consecuencias que irroga, en la práctica, el beneficio de la pensión por invalidez estaría vedado para los extranjeros con residencia acreditada en el territorio argentino⁽¹⁴³⁴⁾.

En general, la Corte argentina aplica —en los casos en los que las normas o los actos clasifican en perjuicio de los derechos de los extranjeros, o cuando distingue en perjuicio de argentinos naturalizados— un examen de igualdad jurídica material de escrutinio estricto y declara la inconstitucionalidad de la norma atacada⁽¹⁴³⁵⁾. Sin embargo, en ninguno de estos casos se deja vislumbrar un planteo de fondo de la situación fáctica de los extranjeros o migrantes⁽¹⁴³⁶⁾ en Argentina que suelen padecer situaciones de desigualdad estructural, con excepción del caso "Reyes Aguilera".

3.1.2.2. Edad: criterio de clasificación que puede devenir sospechoso

Es común ver que el/la legislador/a utilice la edad como criterio para establecer diferencias de trato, p. ej., para obtener la licencia de

conducir automóviles, para votar, para ejercer cargos electivos. De esta manera, no surge a primera vista que la edad sea un criterio que nos haga sospechar de la clasificación que arroja la norma. Así, varias Cortes constitucionales han confirmado la constitucionalidad de normas que usan como criterio válido de selección la edad. En este sentido, alguna jurisprudencia interpreta que la edad no resulta por sí misma un criterio sospechoso, pero puede devenir en discriminatoria por los efectos que la clasificación produce en el ejercicio de un derecho⁽¹⁴³⁷⁾. A su vez, la edad se torna relevante para identificar a grupos desaventajados: niños y niñas, por un lado, y personas de edad avanzada, por el otro. Es cierto que la situación de vulnerabilidad de estas personas es aún peor si además se encuentran en situación de pobreza, de discapacidad, pertenecen a una etnia discriminada, son mujeres o niñas. En este sentido, debe resaltarse que tantos niños y niñas como personas ancianas fueron identificados por el constituyente argentino como colectivos que merecen una mayor protección, en clave de medidas de acción positiva para el ejercicio real de derechos en igualdad de condiciones (art. 75, inc. 23, CN)⁽¹⁴³⁸⁾.

La CS decidió casos en los que se atacaban normas en las que la edad era utilizada como un límite máximo para continuar en un trabajo. Estos casos fueron resueltos aplicando el principio de no-discriminación bajo utilización de un examen de igualdad entre leve e intermedio. En el caso "Domínguez, Alberto Roberto c. U. N. R. s/amparo" aplicó un examen de mera racionalidad y confirmó así la constitucionalidad de una norma que impone el cese de los docentes universitarios al cumplir 65 años de edad. Las razones se deben a que alcanza a "la generalidad unánime del claustro, sin atender a diferencias personales de especie alguna" y "no obedece a ánimo persecutorio de ninguna índole sino que está concebida al margen de su eventual grado de acierto, que no cabe aquí analizar, únicamente como una pauta no irrazonable de organización de la carrera docente universitaria"⁽¹⁴³⁹⁾. Sin perjuicio de lo cual, en el caso "Franco"⁽¹⁴⁴⁰⁾, bajo aplicación de un examen de igualdad con tendencia a un nivel de exigencia intermedio, declaró la inconstitucionalidad de una norma provincial que ponía un límite de 75 años al ejercicio de la Escribanía en el territorio de la Provincia de Buenos Aires⁽¹⁴⁴¹⁾.

Ahora bien, como advertimos sobre el comienzo, la desigualdad cuando se refiere a personas de edad avanzada requiere de especial consideración porque combinada con otras causales de opresión (situación de discapacidad, pobreza, género, etnia) constituye una especial situación de vulnerabilidad. Esto ha llevado a que los

Estados implementen diversas medidas de acción positiva pero, muchas veces, estas son aún insuficientes debido a la situación de partida de desventaja de varias personas de edad avanzada. Esta situación de protección que se les garantiza a las personas mayores se ve ampliada desde la sanción de la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁽¹⁴⁴²⁾ Cuando la vejez es utilizada para empeorar la situación de los/as que están en peores condiciones, entonces, corresponde realizar un examen más cuidadoso de la clasificación. Dos casos de la Corte Constitucional Colombiana se plantean en este sentido, es decir, cuando el tránsito hacia la vejez puede ser tomado como una imagen estereotipada de la persona que lleva a una discriminación arbitraria. Estos casos, parecen hablar de remover obstáculos normativos o interpretativos que tomen a la vejez como causal de discriminación. La sentencia SU-224 de 1998 (MP Hernando Herrera Vergara) se trataba de la petición de una madre comunitaria⁽¹⁴⁴³⁾ contra la decisión de la Administración que había decidido cerrar su hogar comunitario; la mujer se consideraba discriminada pues entendía que el cierre se debía entre otras cosas a que ella había superado los 55 años. Esta es la edad máxima prevista por un acuerdo de esa entidad para poder ser madre comunitaria. La sentencia no amparó a la peticionaria, ya que interpretó que no resultaba claro que la edad hubiera sido la verdadera razón del cierre del hogar comunitario. No obstante, la Corte advirtió que "si la única circunstancia para retirar a la demandante era la de haber llegado a la edad máxima de 55 años, se hubiese podido configurar la violación del derecho a la igualdad, en el evento de que ello estuviese suficientemente acreditado por los medios legales pertinentes". Este último criterio fue utilizado para justificar la sentencia T-394/99 (MP Martha Victoria Sáchica de Moncaleano).

El otro grupo de personas que históricamente ha sufrido estados de sometimiento por su edad es el conformado por niños y niñas. Nuevamente la situación de desigualdad afecta con mayor intensidad y especialmente a niños y niñas en estado de indigencia o pobreza y/o en situación de discapacidad y/o afrodescendientes y/o de comunidades indígenas y que habitan zonas rurales, niños migrantes no acompañados⁽¹⁴⁴⁴⁾. Argentina ha ratificado la Convención Internacional de los Derechos del Niño y cuenta en la Constitución y legislación con normas que especialmente hablan a favor de los derechos de niños y niñas. Algunos Estados han implementado medidas de acción positiva para la niñez (Asignación Familiar por Hijo, plan Bolsa, entre otras⁽¹⁴⁴⁵⁾). Sin embargo, estas acciones

positivas son aún insuficientes para lograr igualdad real de condiciones. En este sentido, sigue retumbando en el trasfondo de la región las palabras pronunciadas en el caso paradigmático resuelto por la Corte IDH "Villagrán Morales" sobre niños de la calle en el que sostuvo que los derechos (en el caso específico, el derecho a la vida y a la integridad física) se violan no solo por omisión estatal sino también por incumplimiento de obligaciones positivas del Estado para generar condiciones de existencia digna, ya sea de niños, y luego agregó en otros casos, de personas detenidas, de personas internadas, de comunidades indígenas⁽¹⁴⁴⁶⁾.

La situación de desigualdad basada en la niñez debe ser una circunstancia de especial consideración de los jueces y las juezas en los casos que se reclame por el derecho a la salud de niños y niñas, según la CS. Así decidió varios casos a favor del derecho a la salud de niños y niñas que no accedían a los tratamientos por su situación económica o social y, además, la situación se agravaba porque los/as niños/as se encontraban en estado de discapacidad. En la mayor parte de los casos el estado de salud de los/as niños/as era grave y la prestación requerida era de carácter urgente. Todos estos casos fueron resueltos a favor de los derechos de los/as niños/as. Para ello se realizaron consideraciones de igualdad; incluso el más alto tribunal alertó a los jueces/las juezas inferiores que cuando está en juego el interés superior de un/a niño/a, los jueces/las juezas deben dejar de lado los formalismos y buscar una solución urgente al problema⁽¹⁴⁴⁷⁾. Sin embargo, la mayor parte de estos casos habla de soluciones puntuales. Así, la Corte no realiza consideraciones referidas a que la reiteración de estos reclamos devela insuficiencias estructurales del sistema de salud que implican desigualdad, entre otros, para niños y niñas.

3.1.2.3. Situación de discapacidad

En todo el mundo, las personas con discapacidad "tienen peores resultados sanitarios, peores resultados académicos, una menor participación económica y unas tasas de pobreza más altas que las personas sin discapacidad"⁽¹⁴⁴⁸⁾. Las razones de esta desigualdad son conocidas: "los obstáculos que entorpecen el acceso de las personas con discapacidad a servicios que muchos de nosotros consideramos obvios, en particular la salud, la educación, el empleo, el transporte, o la información. Esas dificultades se exacerban en las comunidades menos favorecidas"⁽¹⁴⁴⁹⁾. Ante esta situación, la obligación en términos igualitarios es "emancipar a las personas que viven con alguna discapacidad y suprimir los obstáculos que les impiden participar en las comunidades, recibir una educación de

calidad, encontrar un trabajo digno y lograr que sus voces sean escuchadas"⁽¹⁴⁵⁰⁾. Al respecto, no se trata solo de aprobar medidas que remuevan obstáculos y medidas de acción positivas, se requiere también que estas sean implementadas y cumplidas en forma continua y sistemática.

La CS se pronunció sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad en clave de obligaciones de prestación que debe realizar el Estado para garantizar igualdad de condiciones. En el caso "Lifschitz" la Corte ordenó al estado nacional otorgar un subsidio que permitiera solventar los gastos de educación y transporte de un niño discapacitado cuyos padres no contaban con recursos económicos suficientes y ante la falta de vacantes en las escuelas públicas y servicios de transportes especiales. La Corte sostuvo que era evidente que el sistema de transporte público no podía ser utilizado por quien no puede valerse por sí mismo y que era el Estado quien debía probar que había vacantes en los sistemas de educación pública. En consecuencia, resolvió que el Estado debía otorgar el subsidio hasta tanto demostrara que los padres del niño contaban con los medios económicos para sufragar estos gastos o que había vacantes en escuelas públicas especiales y un transporte público adecuado. La cuestión en el caso "Lifschitz" también presenta un tema de violación de la prohibición de discriminación porque todos los niños tienen derecho a acceder a la educación formal. Este niño se veía impedido de acceder a la educación por su situación de discapacidad. No había vacantes en las escuelas públicas cercanas y los medios de transporte no estaban preparados para que esta persona con discapacidad pudiera moverse por sus propios medios y así acceder a una escuela que responda adecuadamente a sus necesidades e intereses. Además, el niño se encontraba en desigualdad de condiciones de aquellos otros que poseían una obra social o subsidio estatal para la educación especial. En este caso, la discriminación se da por causa de su condición social sumado a que pertenece a un grupo vulnerable o desaventajado —personas con discapacidad (art. 75, inc. 23, CN)—.

Asimismo, y vinculado con el derecho a la educación del que gozan las personas con discapacidad es posible analizar el caso "Naranjo"⁽¹⁴⁵¹⁾. Un joven con discapacidad motriz solicitó a la Universidad Nacional de la Matanza (UNLAM) la inscripción en el Profesorado Universitario en Educación Física. El joven había cursado, y obtenido su título de Licenciado en Educación Física, en la misma universidad y se desempeñaba como docente ayudante en gimnasia deportiva en el Club Social y Deportivo Paso del Rey. Sin embargo, la universidad negó sistemáticamente su ingreso al

profesorado universitario, argumentando que "no reunía las condiciones requeridas por el Plan de Estudios al que pretendía acceder". Básicamente, sostenía que el Sr. Naranjo no podía desarrollar el aspecto práctico que tanto la aprobación de las materias como la profesión requieren. La Cámara ordenó la inscripción del Sr. Naranjo a la carrera de Profesor universitario de educación física, debiendo la universidad "revisar los métodos de examen en cuanto a los requerimientos físicos, con los 'ajustes razonables' y acordes a las destrezas del actor para no resultar de imposible cumplimiento en contra de los antedichos principios de igualdad de oportunidades, e inclusión académica y social" (consid. III *in fine*)⁽¹⁴⁵²⁾.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia argentina posee una jurisprudencia copiosa referida al derecho a la salud. Varios de esos fallos encuentran como actores de la petición a personas con discapacidad (tratándose en la mayor parte de los casos de niños/as, ancianos o mujeres)⁽¹⁴⁵³⁾. En suma, la jurisprudencia sobre (des)igualdad de las personas con discapacidad, si bien habla de la prohibición de no-discriminación arbitraria, advierte sobre la importancia de las medidas de acción positiva.

3.1.2.4. Género/sexo: una categoría avanzada

La categoría "sexo" también ha sido utilizada para realizar distinciones. En este sentido, puede leerse el caso "Fundación Mujeres en Igualdad"⁽¹⁴⁵⁴⁾. La ONG Fundación Mujeres en Igualdad promovió una acción de amparo de incidencia colectiva para que se ordene al Instituto de Educación Física nro. 1 Doctor Romero Brest —dependiente de la Secretaría de Educación de la CABA— el cese de la práctica por la que se asignaba un mayor número de vacantes a los varones que a las mujeres en el turno noche, por entender que tal práctica violaba el deber de igualdad de trato entre ambos sexos. La práctica del Instituto de otorgar mayor cantidad de vacantes a los varones en el turno noche, se sustentaba en que en los años anteriores era mayor la cantidad de aspirantes varones en ese turno. El Tribunal estableció que la discriminación en razón del género estaba prohibida y que solo admitiría excepciones cuando razones probadas y objetivas justificaran el tratamiento diferente, lo cual no se verificó en este caso. Además, sostuvo que "el Gobierno de la Ciudad no solo debe abstenerse de incurrir en tratos discriminatorios, sino que está obligado, además, a desarrollar políticas activas tendientes a garantizar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres, y a modificar los patrones socioculturales estereotipados respecto de los papeles de masculino y femenino en

todas las formas de enseñanza". De esta manera, reconoce la obligación estatal de remover, a través de acciones positivas, los obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar la igualdad real de oportunidades para el acceso al Instituto.

Por su parte, la CS tuvo oportunidad de expedirse sobre el punto en el caso "González de Delgado"⁽¹⁴⁵⁵⁾, sin embargo, dejó pasar la oportunidad. En este caso los padres y las madres de alumnos (varones) regulares del Colegio Nacional de Monserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, interpusieron una acción de amparo cuestionando la res. 2/1997 del Consejo Superior de la citada Universidad por la cual se transformaría a dicho Colegio en un establecimiento de carácter mixto (principio de co-educación). Hasta ese entonces solo podrían ingresar en al establecimiento educativo varones, quedando excluidas las mujeres. Los padres alegaban su derecho a elegir la educación de sus hijos, quienes en ese momento se encontraban cursando 1º y 2º año⁽¹⁴⁵⁶⁾. La Corte resolvió la cuestión argumentando sobre la legitimidad de la ordenanza 2/1997 del Consejo Superior de la Universidad. En el voto conjunto (que toma la argumentación del Procurador) no se hace mención alguna al problema de igualdad que se planteaba en el caso. La pretensión de los padres/madres de los alumnos fue rechazada con base en fundamentos que no se vinculan con igualdad, sino con la autonomía de la Universidad para dictar e interpretar esa norma. En el voto (por separado) del juez Petracchi es posible identificar un argumento que vincula el problema del caso con una cuestión de igualdad, la igualdad como no discriminación arbitraria. En su argumentación, el juez sostiene que "los actores no han mostrado (y mucho menos, demostrado) *cuál sería el imperioso interés público que aconsejaría excluir a las jóvenes de los beneficios de la educación que brinda el Monserrat...*". Hasta aquí es claro que lo que intenta aplicar el juez Petracchi es un argumento de igualdad como no discriminación arbitraria, en una clara aplicación de un examen estricto, pues indica que son aquellos que pretenden negar la validez de la norma quien deben justificar el "interés imperioso del Estado" en la no inclusión de las mujeres en ese colegio. Existe además una inversión de la carga de la argumentación. Eran los padres que pretendían impugnar la validez de la norma sobre quienes recaía la carga agravada de la prueba, lo que no lograron acercar al tribunal.

Algo similar ocurre en el caso "Q. C." en el cual pese a tratarse de la situación de vulnerabilidad de una mujer, migrante, desempleada, madre soltera y con un hijo con discapacidad la Corte no hace referencia a la especial situación de desventaja que su condición de mujer imponía⁽¹⁴⁵⁷⁾. Estas sentencias "miopes" en cuanto a las

distinciones por sexo/género parecen dejarse atrás con el caso "Sisnero"⁽¹⁴⁵⁸⁾. Aquí, lo que se cuestionaba era la práctica que impedía a las mujeres ingresar a un puesto de "chofer de colectivo". Esta práctica no solo afectaba a la actora sino que las empresas de colectivos discriminan en forma sistemática a las mujeres en su contratación. La CS ordenó dictar una nueva sentencia considerando que las prácticas de las empresas de colectivos eran contrarias al "principio de igualdad" sin que existiera una razón imperiosa que permita dejar fuera a las mujeres de este ámbito de trabajo. En este entendimiento, la Corte Suprema de Salta (cumpliendo con los parámetros fijados por la CS) dictó un nuevo fallo⁽¹⁴⁵⁹⁾ estableciendo "acciones positivas" para lograr la igualdad real de oportunidades: condenado a las empresas de transporte a "incorporar dos mujeres por cada hombre, comenzando por mujeres, hasta alcanzar cada una de las empresas progresivamente, como mínimo, un 30% de mujeres en la composición de su planta de conductores". Así confirma que no solo alcanza con reconocer la violación de principio de igualdad sino que además se requiere un actuar positivo concreto del Estado para garantizarla⁽¹⁴⁶⁰⁾.

3.2. La insuficiencia el examen de igualdad como no discriminación y la garantía de igualdad real: la igualdad como no sometimiento o no dominación

Si bien la intensidad estricta del examen de igualdad jurídica material es mucho más exigente que la de mera racionalidad o incluso del examen intermedio, *nos preguntamos si es una herramienta argumentativa lo suficientemente potente para conmovir un status quo fuertemente desigualitario*. Es decir, un *status quo* en el que la discriminación no es solo puntual o individual, sino que responde a una práctica sistemática de discriminación⁽¹⁴⁶¹⁾ cuyos efectos no pueden ser revertidos en forma individual por las personas afectadas por los efectos de esa discriminación.

La fórmula planteada por la igualdad como no discriminación arbitraria muestra su insuficiencia ante diferentes circunstancias. Por ejemplo, las situaciones de trato desigualitario pueden devenir no solo de una discriminación directa dispuesta en una norma sino también de forma indirecta. Los casos sobre discriminación en razón del origen nacional tales como "Repetto", "Calvo y Pessini", "Gotschau" y "Reyes Aguilera" responden a supuestos de discriminación directa. Las normas aplicables distinguían entre nacionales y extranjeros, y en virtud de ellas las actoras, respectivamente, recibieron un trato menos favorable por una causa

relacionada por un motivo de discriminación que debe ser evaluado en forma estricta. Sin embargo, aquí no se detienen los supuestos de discriminación. Esta puede aparecer en forma indirecta. Se trata de prácticas, normas, actos, que a primera vista parecen neutras, pero que, sin embargo, impactan fuertemente y en perjuicio de individuos o colectivos en razón de uno o algunos de los motivos que deben ser evaluados en forma estricta. En este sentido, un supuesto de discriminación indirecta se da en el caso del acceso de las mujeres que participan en política en cargos electorales. El [art. 37](#) de la CN recoge esta situación de discriminación indirecta que hasta entonces producían las normas electorales que, si bien no excluían expresamente a las mujeres, p. ej., de los lugares expectables en las listas; sí las excluía en los hechos. Así, pese a que no existía una norma que las excluyera en forma directa (que no pasaría el test de constitucionalidad antes desarrollado), la aparente neutralidad de la norma era perjudicial para las mujeres⁽¹⁴⁶²⁾.

La Corte IDH viene desarrollando una copiosa jurisprudencia sobre el punto. La especial situación de vulnerabilidad de las mujeres es reconocida en diversos fallos y la concepción de desigualdad indirecta es aplicada en el caso "Artavia Murillo"⁽¹⁴⁶³⁾. En el caso se cuestiona una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, del 15/3/2000, por la cual se declaró inconstitucional el decreto ejecutivo 24.029-S que autorizaba la práctica de la Fecundación In Vitro (en adelante, FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La sentencia de la Sala Constitucional implicó que ya no se practicara la FIV en Costa Rica. Asimismo, dicha sentencia generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas de las presuntas víctimas del caso, mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Estos hechos constituyen una interferencia en la vida privada y familiar de las presuntas víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos⁽¹⁴⁶⁴⁾. La Corte aplica el argumento de la igualdad, entre otros, a fin de resolver este caso. Sostuvo que existió una interferencia severa como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica de las víctimas (consid. 287). La discriminación indirecta implica que "una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o

práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, *la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba*" (consid. 286, la cursiva me pertenece). En el caso, teniendo en cuenta que la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo "las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva" (consid. 293). Un argumento similar utiliza respecto a la discriminación por género. Reconoce que, si bien la infertilidad puede darse tanto en varones como en mujeres, el rol social asignado a estas últimas de ser madres aumenta el dolor e inculpa que estas padecen. Más aún cuando esta técnica implica una utilización mayor del cuerpo de las mujeres (en muchos casos, la sentencia local implicó que se suspendieran tratamientos que ya estaban en curso). Finalmente, la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero.

Así, y teniendo en cuenta estas insuficiencias, surge una nueva fórmula de igualdad: la igualdad real o igualdad como no sometimiento, que busca dar respuesta a las situaciones de desigualdad estructural. La CN (ya sea por la vía explícita del art. 75, inc. 23 o por la vía indirecta del art. 75, inc. 22 que reconoce jerarquía constitucional a algunos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos) identifica ciertos grupos desaventajados como mujeres, niños y niñas, ancianos, personas con discapacidad, migrantes, pueblos originarios, personas LGBTTT, entre otros.

Varios autores —con razón y con matices— sostienen la tesis que la reforma de 1994 garantiza *la igualdad real* (igualdad como no sometimiento, no dominación), tomando en cuenta la desigualdad estructural en la que se encuentran algunos grupos para el acceso o ejercicio de los derechos. Esto implica un cambio de mirada en cuanto al uso de los criterios que habilitan un examen estricto de igualdad —como fuera trabajado en el anterior apartado y en dos sentidos—. Primero como *examen de igualdad crítico*: El art. 75, inc. 23 de la CN junto con el inc. 17 identifica —en forma no-taxativa— a esos grupos desaventajados. Como explica Saba (2016), se trata entonces de someter a un análisis bien estricto a las normas y actos que pretenden justificar tratos diferentes para perpetuar la condición de exclusión de esos grupos.

Segundo, como *examen de igualdad constructivo*, la desigualdad estructural no es natural, sino que surge como producto de una estructuración⁽¹⁴⁶⁵⁾ social dada. Para que estos grupos desaventajados puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, se deben dictar medidas estatales de acción positiva para permitirles salir de la situación de sometimiento o de exclusión. Este mandato implica un empezar a hacer positivo, con lo que la norma se viola si el legislador: i) sigue omitiendo, ii) retrocede arbitrariamente sobre lo hecho, o si iii) lo hecho por acción es insuficiente o defectuoso, iv) si esas acciones no toman en cuenta el contexto y la situación de discriminación intersectorial que los diferentes grupos padecen.

Así, esta exigencia de igualdad se presenta como una exigencia de no-dominación o no-sometimiento e implica una mirada crítica sobre la igualdad interpretada como mera igualdad formal o jurídico-material. Esta mirada crítica a su vez invita a volver la mirada sobre los *presupuestos de filosofía política* sobre los que se basa cada una de las *concepciones* de igualdad.

3.2.1. Igualdad como redistribución y reconocimiento

Una interpretación meramente formal de la igualdad, incluso como igualdad jurídico-material o como desigualdad estructural, responden a desigualdades de orden material como simbólico. En este sentido, las acciones positivas a fin de alcanzar la igualdad real pueden ser de redistribución o de reconocimiento. Veamos:

3.2.1.1. Igualdad como redistribución

La idea de *igualdad como redistribución* tiene sus orígenes teóricos en el intento de compatibilizar el ideal liberal de libertad individual con las demandas igualitaristas de la social democracia⁽¹⁴⁶⁶⁾; y apunta a los déficits que en, términos de acceso a recursos materiales, fracturan a la sociedad en propietarios, asalariados y desposeídos. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes, se traduce en legitimación de las desigualdades en términos de acceso a recursos materiales y aumento de la brecha entre ricos y pobres. De este modo, se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de propiedad no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, reforzando las dificultades de acceso de trabajadores y desposeídos a las instancias de participación política, que son a su vez las únicas que podrían modificar esta estrecha comprensión de la igualdad. En este sentido, proponen la redistribución del ingreso o

la riqueza, la redistribución de la división del trabajo, y la reestructuración de la propiedad privada y de la empresa, entre otros. A su vez, identifican en la clase desposeída de recursos al principal grupo afectado; y a la eliminación de las diferencias materiales como la solución a la desigualdad⁽¹⁴⁶⁷⁾, a lo que se suma el cuestionamiento, en sus versiones más radicales, de los criterios que se utilizan para definir el acceso a la producción⁽¹⁴⁶⁸⁾.

En una región atravesada por múltiples desigualdades, la inequitativa posesión de los recursos materiales es, probablemente, una de las más extendidas; y no obstante los avances que algunos indicadores arrojan en materia de distribución de los últimos diez años, el panorama regional en términos de pobreza y exclusión social es preocupante: uno de cada tres habitantes de América Latina y el Caribe se encuentra por debajo de la línea de pobreza, y uno de cada diez por debajo de la línea de indigencia. No obstante, aun cuando parece claro que nos enfrentamos a una cuestión de aplicación del principio de igualdad, la pobreza es habitualmente abordada en términos de incumplimiento de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que dificulta su abordaje como un problema integral⁽¹⁴⁶⁹⁾. Sin embargo, la Constitución argentina puede ser interpelada en clave de desigualdad estructural y en clave de redistribución por déficit en el acceso a bienes económicos y sociales⁽¹⁴⁷⁰⁾.

La pobreza y en particular la pobreza extrema, en función del cambio de "enmarcamiento" impulsado por las movilizaciones sociales, comienzan a ser consideradas por la jurisprudencia —con marchas y contramarchas— como un obstáculo para el ejercicio pleno de la autonomía y además de constituir una vulneración de los estándares en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales. De esta manera, se la entiende de modo integral, como un quiebre del principio de igualdad. Estos avances denotan un progreso en la fórmula predominante de igualdad, que es cada vez más comprensiva, que exige del Estado medidas de acción positiva ante situaciones de desigualdad fáctica.

3.2.1.2. *Igualdad como reconocimiento*

Por su parte, la idea de *igualdad como reconocimiento* proviene de la filosofía continental, con más precisión de la fenomenología de la conciencia, y busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficits que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de

aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de estatus dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros. De este modo también se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de reconocimiento no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, ni tampoco por el de igualdad material, reforzando las dificultades de acceso de todos aquellos que no encajan en el molde del hombre blanco occidental a las instancias de participación política, que, de nuevo, son a su vez las únicas que permitirían modificar esta estrecha comprensión de la justicia. Lo que define a esta perspectiva es su creencia en que es *la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales*. En este sentido proponen la revaluación de subjetividades no respetadas y de sus producciones culturales, el reconocimiento y valoración de la diversidad cultural, entre otros. A su vez, ven en aquellos grupos de status con menor respeto, estima y prestigio, respecto del resto de la sociedad, el objeto de la afectación, y buscan la solución del problema de la igualdad a través de la revaluación de las valoraciones de status y, en sus versiones más radicales, la puesta en cuestión de los criterios en los que se asientan estas evaluaciones⁽¹⁴⁷¹⁾.

Quizá el ejemplo más potente en materia de reconocimiento en Argentina, y en general en la región latinoamericana, el reconocimiento —y gradual erradicación— es el de la discriminación por orientación sexual, que se ha visto determinado por el contexto de instauración y consolidación de los estados de derecho y del lenguaje de los derechos humanos, que han favorecido la agenda regional en materia de sexualidad, identidad de género y reconocimiento de la diversidad⁽¹⁴⁷²⁾. Estos avances normativos, no obstante, requieren ser analizados a la luz de las prácticas discriminatorias, aún presentes en una región marcada por una fuerte heteronormatividad, productora de un "des-enmarcamiento". En este contexto, la aplicación jurisprudencial —en el ámbito nacional⁽¹⁴⁷³⁾ e interamericano⁽¹⁴⁷⁴⁾—, del principio de igualdad a los casos de discriminación por orientación sexual presenta ciertos avances importantes en la región que acompañan —y por momentos impulsan— el gradual reconocimiento legislativo y que se ven impulsados por el cambio de marco consecuencia del activismo del colectivo LGBTTI.

En lo que respecta a la orientación sexual como categoría discriminatoria, se ha discutido si la misma exige aplicar un examen leve, intermedio o estricto de igualdad. En el caso de un examen de escrutinio estricto, la orientación sexual sería considerada una

"categoría sospechosa" con las implicancias que este trae aparejado (principalmente "presunción de inconstitucionalidad" o en clave interamericana, "presunción de inconveniencia"). Al igual que lo que sucede con la categoría "edad", esta distinción no ha sido incorporada expresamente en todos los instrumentos internacionales. Sin embargo, la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere en su art. 1º a que queda prohibida toda distinción fundada en "cualquier condición social". Muchos interpretaban así, que por esto la orientación sexual no puede ser utilizada para perjudicar los derechos de las personas con una orientación sexual que no responde a la dominante⁽¹⁴⁷⁵⁾. Así lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Karen Atala e hijas"⁽¹⁴⁷⁶⁾ sobre violación a la obligación de no discriminar en que incurrió un tribunal chileno cuando revocó la tenencia de tres niñas en cabeza de una mujer por tener luego de su divorcio una pareja de su mismo sexo⁽¹⁴⁷⁷⁾. Algo similar sucede con el caso "Atala" en cuanto a la aplicación de la concepción de igualdad como no-discriminación arbitraria, aunque difiere en la intensidad del control, ya que aplica un escrutinio bien estricto. La Corte IDH reconoce "que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona" (párr. 91). Para llegar a esta conclusión, la Corte IDH aplica un examen de igualdad como no discriminación en su versión de escrutinio estricto, exigiendo al Estado chileno no meros argumentos sino argumentos de peso fuerte que justifiquen la decisión del retiro de la tuición a la madre por causas que nada tengan que ver con su orientación sexual. La Corte IDH además afirma que si bien existe un interés estatal imperioso (la protección del interés superior de las niñas) el riesgo de daño para las niñas no podía ser potencial, sino real y concreto. Dado que el Estado no pudo probar este daño concreto la Corte concluye que se "utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión" (consid. 146) existiendo, por lo tanto, una violación al principio de igualdad. De esta manera, la Corte IDH comienza a delinear la postura de que las categorías prohibidas no son solo aquellas que están específicamente enumeradas, sino que existen otras que están por fuera de las establecidas expresamente.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. LA IGUALDAD MULTIDIMENSIONAL Y LA PARIDAD PARTICIPATIVA

En este comentario nos hemos propuesto indagar sobre los alcances de la igualdad constitucional reconocida en el art. 16 de la CN, pero fuertemente influida por otras normas constitucionales como la referida a igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos del art. 75, inc. 23 de la CN. Así, hemos revisado los alcances jurisprudenciales que se le han dado al principio de igualdad y hemos desarrollado diferentes herramientas argumentativas para sostenerlo. Mostramos como se pasó de una concepción de igualdad formal, que resultaba insuficiente e incluso intolerable, a una fórmula de igualdad como principio antidiscriminatorio. En este sentido, indicamos aquellas categorías que en principio resultan sospechosas por carecer de todo tipo de razonabilidad con el fin o propósito buscado mediante la clasificación.

Sin embargo, mostramos también como esta fórmula de igualdad se torna insuficiente ante ciertos supuestos, en especial cuando se trata de situaciones de desigualdad de hecho, estructural que afecta a grupos desaventajados. La fórmula de igualdad como no sometimiento no está ausente en nuestra constitución, sino que por el contrario aparece potente en sus dos versiones: como redistribución y como reconocimiento.

Ahora bien, aun cuando ejemplificamos el tipo de reclamo del eje redistribución, por un lado, y reconocimiento, por el otro; como muestra Fraser⁽¹⁴⁷⁸⁾, resulta cuanto menos difícil, sino contraproducente, disociar las desigualdades materiales de las desigualdades simbólicas, puesto que estas se potencian mutuamente y deben ser comprendidas como multidimensionales. Así la clase explotada pierde reconocimiento, y las subjetividades despreciadas ven obstaculizado su acceso a los recursos⁽¹⁴⁷⁹⁾.

Además, teniendo en cuenta esta multidimensionalidad, surge la necesidad de reinterpretar la igualdad en clave de "paridad participativa". Usualmente, se habla de la igualdad en los registros del orden y la distribución, y desde la perspectiva de quien observa, por encima y desde afuera: igualdad de trato que "se dispensa", igualdad de oportunidades que "se distribuyen", ubicando a iguales y desiguales en el rol de sujetos "pasibles" de un reacomodamiento. Esta perspectiva, que ya impregna las miradas académicas sobre la igualdad⁽¹⁴⁸⁰⁾, se ve reforzada en general en el ámbito judicial, en el cual la igualdad aparece configurada como un problema que debe ser resuelto "desde afuera", por el tribunal. Por el contrario, en su desarrollo histórico, la igualdad como problema siempre ha aparecido como un reclamo frente a una jerarquización que es considerada como injusta: si bien la desigualdad es un cierto estado de cosas, la demanda igualitaria es un proceso que no puede ser reducido a una

mera redistribución de recursos o derechos, que no dé cuenta del contexto y de los actores involucrados. Las demandas de igualdad en sentido "negativo" apuntan a la eliminación de situaciones de opresión —a menos que se trate de una pena o de defensa ante un comportamiento violento—. En un sentido positivo, las demandas de igualdad *aspiran* a un orden social en que las personas se encuentren en pie de igualdad democrática, esto es, que las decisiones comunes sean tomadas con la participación de todos (*inclusión*), de acuerdo con el peso del mejor argumento⁽¹⁴⁸¹⁾.

Para esto la igualdad como concepto clave del derecho constitucional no puede ser ciega a *la fórmula de la igualdad, las concepciones y alcance de la exigencia igualdad aplicada*. Nuestra propuesta dice: la igualdad multidimensional (redistribución/reconocimiento) es un argumento potente para lograr la paridad participativa en un contexto re-enmarcado por las demandas de la población. En qué medida la idea de Constitución actual será pertinente para pensar en arreglos institucionales eficaces para generar condiciones materiales de existencia digna de cara a la concentración de poder en el ámbito nacional y de concentración de poder económico y financiero en el marco global dependerá, fundamentalmente, de la capacidad de los pueblos para revertir este des-enmarcamiento (*mis-framing*)⁽¹⁴⁸²⁾ que mantiene atado el potencial igualitario de la Constitución.

LA IDONEIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

Comentario por Matías A. Sucunza

I. ANTECEDENTES

Entre las mandas que han servido de inspiración para la consagración de la idoneidad como exigencia constitucional en el art. 16 de la CN⁽¹⁴⁸³⁾, se encuentra lo dispuesto por los arts. VI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; 14 del Proyecto de Constitución para la República Argentina de Pedro De Angelis; 110 de la Constitución de 1819; 160 de la Constitución de 1826, el Estatuto de 1815 y el Reglamento Provisorio de 1817.

En ese sentido, el art. VI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, luego de prescribir que la ley es expresión

de la voluntad de la comunidad, que todos los ciudadanos tienen derecho a colaborar en su formación —sea personalmente o por medio de sus representantes— (...), reconoce que siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, todos son igualmente elegibles para todos los honores, colocaciones y empleos, conforme a sus distintas capacidades, sin ninguna otra distinción que la creada por sus virtudes y conocimientos.

Por su parte, el art. 14 del Proyecto de Constitución para la República Argentina de Pedro De Angelis fijaba que "los argentinos son iguales ante la ley, y pueden obtener los empleos públicos a los que aspiren, si tienen las aptitudes necesarias para desempeñarlos".

II. CONCEPTO

El art. 16 de la CN establece que todos los habitantes serán "admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad". En ese sentido, lo primero que advertimos es que: (i) la idoneidad constituye un presupuesto indispensable que debe acreditarse para acceder al empleo público; (ii) aparece en la Constitución consagrando una obligación, tanto para el Estado (limitando la posibilidad de nombrar a cualquier persona que carezca de la misma) como para el ciudadano (sabiendo que no será admitido); (iii) en su calificación de única condición necesaria se aglutinan un conjunto de cualidades generales y otras específicas, acordes al tipo de función; (iv) dichas condiciones normativamente impuestas deben acreditarse concretamente; (v) la publicidad de los actos de gobierno como principio, la transparencia como valor y la igualdad como garantía, exigen dentro del concepto mismo de idoneidad el juicio comparativo. De allí que en el mecanismo de selección más acorde sea, en términos republicanos y democráticos, el concurso; y, (vi) la idoneidad tiene un claro sentido igualador tendiente a reafirmar que las funciones que los ciudadanos cumplen en nombre del Estado no son privilegio de una clase o porción de la sociedad, sino un legítimo derecho de toda persona⁽¹⁴⁸⁴⁾, circunstancia que exige de aquel la necesaria adopción de acciones positivas con relación a ciertos grupos especialmente desaventajados.

Técnicamente, la idoneidad constituye un concepto jurídico indeterminado. En tanto tal, es objeto de disputas interpretativas por parte de las personas autorizadas a exigirla, aplicarla, regularla y juzgarla, las cuales procuran llenarla de sentido a través de reglas de la experiencia y valor que varían en cada momento y espacio. Ello así, aun cuando asumamos que existen ciertos elementos, requisitos o una idea que estructura la noción de idoneidad, que es permanente y atemporal.

Con relación a ello, la CS ha sostenido que "para ocupar empleos o cargos públicos la CN impone la condición de 'idoneidad' (art. 16, párr. 1º), es decir, que exige que la persona que pretenda ingresar a la Administración tenga las aptitudes físicas y técnicas necesarias para desempeñar las tareas que se le asignen"⁽¹⁴⁸⁵⁾.

Ahondando en esta idea de la idoneidad como un universo de razonables condiciones normativamente establecidas, Highton y Maqueda precisan que "la idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o el reglamento, no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, que ha de ser juzgada con relación a la diversidad de las funciones y empleos, pauta cuya aplicación se impone bajo el principio rector del art. 16 de la CN a favor del reconocimiento pleno de los derechos de todos los habitantes, incluido el ejercicio de su profesión"⁽¹⁴⁸⁶⁾.

De igual manera, la Procuración General ha explicitado que "el recaudo de idoneidad para acceder a los cargos públicos consiste en el conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por ley o reglamentos. La aptitud técnica, física y, en particular, la moral configuran exigencias de carácter genérico en tanto otras, como la ciudadanía, lo son para determinadas funciones"⁽¹⁴⁸⁷⁾.

En consonancia con lo expuesto, Bidart Campos supo decir que "si bien la idoneidad en cuanto aptitud depende de la índole del empleo, y se configura mediante condiciones diferentes, razonablemente exigibles según el empleo de que se trata, podemos decir en sentido lato que tales condiciones abarcan la aptitud técnica, la salud, la moral, etcétera. Al contrario, y como principio, no son condición de idoneidad: el sexo, la religión, las creencias políticas, etcétera, por lo que sería inconstitucional la norma que discriminara apoyándose en esos requisitos"⁽¹⁴⁸⁸⁾.

Enfatizando la complejidad de la noción, Marienhoff sostuvo que "el concepto de idoneidad no es simple, sino, al contrario, complejo: lo integran diversos valores, que entonces se convierten en otros tantos requisitos. 'Idoneidad' trasunta la noción de 'aptitud' (...) significa 'aptitud necesaria para desempeñar empleos públicos'. En un comienzo se creyó que el concepto de 'idoneidad' circunscribía al aspecto 'técnico'. Pero pronto quedó de manifiesto lo restringido de tal punto de vista, ampliándose a sus esferas moral y económica, las cuales se escinden en diversos aspectos que pueden constituir otros tantos requisitos para el ingreso a la función pública, requisitos que las legislaciones suelen exigir en todo o en parte"⁽¹⁴⁸⁹⁾.

Sin lugar a dudas, la noción de idoneidad constitucionalmente exigida requiere de una definición o precisión ulterior, la cual queda

en manos del legislador. Será este quien debe fijar cada una de las condiciones que deben reunirse⁽¹⁴⁹⁰⁾. Muchas de ellas serán recaudos mínimos indistintos al tipo de función (contar con aptitud psicofísica para poder ejercer la función) y otros dependerán de las exigencias del cargo (contar con conocimientos técnicos en cierta materia).

III. FINALIDAD

La consagración de la idoneidad en tanto exigencia constitucional procura lograr, entre otros objetivos, inmediatos y mediatos, los siguientes: (i) contar con el personal más idóneo para el desempeño de los cometidos estatales y la conformación de los cuadros de la administración, en tanto *base real* de la organización administrativa. Como señala Sabsay, en los tiempos actuales, la preparación de quienes ejercerán funciones gubernamentales ha tomado una enorme importancia en la agenda pública. Ello es el resultado de una preocupación cada vez más intensa de parte de la comunidad, tanto en lo que se refiere a la formación de sus gobernantes y demás empleados públicos, como en relación con las condiciones de honestidad y lealtad que deben reunir quienes, en definitiva, deberán desempeñarse como servidores públicos. Precisamente esta expresión es la que condensa en sí misma el abanico de expectativas de los administrados respecto de quienes cumplen funciones en la esfera gubernamental⁽¹⁴⁹¹⁾; (ii) obtener mayores condiciones de eficiencia y eficacia en la realización de las actividades estatales que repercuta socialmente, acrecentando el contexto de transparencia, control y ética en el desempeño de la función pública y minimizando las posibilidades de corrupción; (iii) erigirse como un pilar del sistema republicano y democrático: la Constitución la establece en el mismo artículo en que excluye los privilegios y las prerrogativas de sangre o de nacimiento y en la misma frase en que establece la igualdad ante la ley⁽¹⁴⁹²⁾; (iv) promover y garantizar la igualdad (real de oportunidades) en el acceso al empleo público, motorizando la obligación de adoptar medidas de acción positiva (arts. 16, 75, inc. 23 y conchs., CN); y, (v) imponer como mecanismo de selección el concurso público (de oposición y antecedentes), el cual facilita la concurrencia, competencia, publicidad, rendición de cuentas y acreditación de condiciones.

IV. NECESIDAD Y PODER DE REGLAMENTACIÓN, REQUISITOS, CATEGORÍAS SOSPECHOSAS Y ACCIONES POSITIVAS

Como mencionásemos, su condición de concepto jurídico indeterminado exige reglamentar la idoneidad, tanto en los presupuestos o requisitos que la conforman como el mecanismo que viabiliza su acreditación y la selección de los más "aptos" (concurso público). Muchas de estas exigencias serán comunes a todo tipo de empleo. Otras, variarán conforme la actividad (lo cual dará lugar a regímenes diferenciados) o función⁽¹⁴⁹³⁾.

En términos generales, para ingresar a la Administración Pública nacional el MREPN fija en su art. 4º las siguientes condiciones: a) ser argentino nativo, por opción o naturalizado (aunque faculta al Jefe de Gabinete de Ministros a exceptuar el cumplimiento de este requisito, mediante fundamentación precisa y circunstanciada de la jurisdicción solicitante); b) poseer condiciones de conducta e idoneidad, que se acreditará mediante los mecanismos de selección que se establezcan, asegurando el principio de igualdad en el acceso a la función pública; y, c) aptitud psicofísica⁽¹⁴⁹⁴⁾.

A ello cabe agregar, no estar inhabilitado para ejercer la función pública o en situación de incompatibilidad⁽¹⁴⁹⁵⁾ en razón de alguna causal legalmente prevista. En ese sentido, tanto la CN (art. 36) como el Cód. Penal impiden a los que hayan incurrido en actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, ejercer empleos públicos. Por su parte, los arts. 5º y 25 del MREPN traen una serie de causales que imposibilitan (transitoria o permanentemente) acceder a la función (v.gr., el condenado por delito doloso, hasta el cumplimiento de la pena privativa de libertad o del término previsto para su prescripción; el infractor a las leyes electorales y de servicio militar; percepción simultánea de un beneficio previsional o cargo remunerado junto con otro de igual carácter en la Nación, provincia o municipio⁽¹⁴⁹⁶⁾, a excepción de los supuestos que determine la reglamentación o que se establezca en el Convenio Colectivo de Trabajo; etc.), al igual que la Ley de Ética Pública en sus arts. 13, 14 y 15⁽¹⁴⁹⁷⁾.

Es decir, que podemos identificar como requisitos "*reglamentarios*":

(i) la nacionalidad (categoría problemática sobre la cual volveremos);

(ii) el poseer cierta edad mínima y máxima para el ingreso y egreso en la función pública;

(iii) la cuestión de género. En este sentido, las leyes de cupo en materia de representación política han sido una medida paliativa, pero nunca suficiente para modificar prácticas patriarcales anquilosadas que requieren de transformaciones institucionales y culturales profundas. Con relación a esto, el MREPN ni siquiera

contiene una previsión del estilo y las leyes especiales generalmente tampoco. De ese modo, más allá del número de mujeres efectivamente empleadas, el problema de la discriminación en el acceso, trato y desempeño (agravada en el caso de las personas con discapacidad o del colectivo LGTB)⁽¹⁴⁹⁸⁾, especialmente por el techo de cristal y el tipo de funciones asignadas, sigue siendo preocupante;

(iv) la aptitud técnica, en tanto cúmulo de saberes o nociones que exige el desempeño del cargo. Esta aptitud no se presume, por lo cual deberá acreditarse a través de los respectivos títulos que certifican el mismo y/o, en aquellos casos en que no se requiere título habilitante, mediante un examen que permita demostrar competencia en el oficio o actividad. Marienhoff señala que respecto a ciertos funcionarios que, por la alta jerarquía o la naturaleza de sus cargos, están excluidos del estatuto del personal civil de la Administración Pública Nacional, la aptitud técnica no es sometida a prueba alguna con motivo de su ingreso a la Administración Pública, pues la designación o nombramiento de los mismos obedece o debe obedecer, precisamente, a su notoria y pública competencia técnica en la disciplina de que se trate⁽¹⁴⁹⁹⁾. Ello, como acontece con las carteras ministeriales, puede generar disfuncionalidades de distinto tipo, especialmente cuando el eje fundamental sobre el que reposa el nombramiento es la confianza personal obsecuente antes que la experticia y la objetividad en el ejercicio de la función;

(v) la idoneidad moral, extremo que se presume y que encuentra en las causales de incompatibilidad e inhabilidad, supuestos objetivos de "malos antecedentes" obstativos⁽¹⁵⁰⁰⁾. El aumento de la corrupción ha acentuado la preocupación en torno a la moralidad, su condición de elección situada y su vinculación con las profundas fallas estructurales del sistema (prácticas institucionales que muestran las limitaciones de las modificaciones normativas⁽¹⁵⁰¹⁾ tendientes a erradicarlas);

(vi) la aptitud psicofísica para el desempeño de la función, condición que debe ser pensada en términos inclusivos y eliminando cualquier limitación asociada a prejuicios y condicionamientos socioambientales.

No conforman elementos constitutivos de la idoneidad el adscribir a determinadas creencias políticas, sociales⁽¹⁵⁰²⁾ o religiosas, exigencias que aparecen como resabios conservadores, discriminatorios, sospechosos e irrazonables.

A lo expuesto debemos sumar aquellos condicionamientos reglamentarios que las provincias y/o los municipios⁽¹⁵⁰³⁾ puedan exigir. Recordemos que el derecho administrativo, del cual el empleo público es parte, constituye una rama eminentemente local (arts. 1º,

5º, 75, inc. 12, 121 y 123, CN). De allí que, en el marco de sus atribuciones, puedan fijar sus propios requisitos reglamentarios "diferenciales", los cuales serán válidos mientras superen al test de constitucionalidad/convencionalidad (razonabilidad) correspondiente. En general, sea porque constituyen elementos indisolubles de cualquier idea de idoneidad o porque conforman el piso mínimo del cual no pueden apartarse, los recaudos que suelen componer la misma son los que hemos señalado con anterioridad.

Es importante tener en consideración el significado de la idoneidad como concepto jurídico indeterminado y los distintos requisitos estatuidos reglamentariamente, para ratificar el alcance del control judicial. En ese sentido, al momento de escrutar la observancia de dichas condiciones, en especial su incidencia con relación a ciertos grupos históricamente desaventajados, deberá tenerse en consideración la noción de clases o categorías sospechosas⁽¹⁵⁰⁴⁾, las cuales exigen que el Estado justifique y demuestre rigurosamente el interés legítimo y razonabilidad en la imposición de diferencias⁽¹⁵⁰⁵⁾, permitiendo visibilizar las discriminaciones y desigualdades estructurales.

Asimismo, esta idea debe complementarse con la obligación que pesa sobre el Estado acerca de promover y garantizar la igualdad (real de oportunidades) en el acceso al empleo público y su desempeño, motorizando medidas concretas y efectivas de acción positiva, no sólo entre varones y mujeres para acceder a cargos electivos y partidarios sino respecto de los distintos colectivos y minorías desaventajadas⁽¹⁵⁰⁶⁾. Este deber de igualar realmente condiciones recae concurrentemente sobre cada uno de los estamentos de poder, quienes deberán eliminar aquellas normas y prácticas que reconocen o fomentan discriminaciones arbitrarias o estereotipos (por raza, sexo, género, origen étnico, nacionalidad, etc.) y articular otras que favorezcan la igualdad real. Como señala Gelli, se trata de anular o modificar las barreras de entrada —normativas o de hecho— que imposibilitan a "ciertas categorías de personas", la libre competencia en situación de igualdad⁽¹⁵⁰⁷⁾.

Una cuestión adicional, vinculada con el alcance de la potestad reglamentaria, es respecto de qué cargos el legislador puede imponer condiciones de idoneidad. Con relación al empleo público de carácter político no electo popularmente o el burocrático, no existirían óbices de ninguna índole mientras se resguarden las garantías de razonabilidad. Sin embargo, con relación a los cargos que desempeñan los titulares de los poderes como resultado de la elección popular, habiendo sido fijadas por la propia Constitución convencionalizada las condiciones de ejercicio, no podría el

legislador imponer otros ni mayores requisitos⁽¹⁵⁰⁸⁾, aun cuando a través de ella se pretenda "mejorar" la idoneidad en la función⁽¹⁵⁰⁹⁾. El cuestionamiento puede acrecentarse cuando advertimos que, más allá del voto como expresión legitimante, los únicos requisitos exigidos para desempeñar el más alto cargo de la Nación son cierta edad y la pertenencia, ninguno de los cuales asegura la "idoneidad" para gobernar.

En ese sentido, Quiroga Lavié precisa que las "normas inferiores no podrían aumentar dichos requisitos con nuevas exigencias ni tampoco disminuirlos, pues se estarían cambiando las condiciones constitucionales de elegibilidad, dejando a criterio de las mayorías del pasado el arma para limitar el acceso a la representación popular de sectores que el pueblo identifica como los más capaces, según su criterio"⁽¹⁵¹⁰⁾. A contrario, Sagüés postula que la palabra "empleos" del art. 16 de la Const. Nacional es de por sí extensa y abierta, incluyendo "toda clase de servicio u ocupación, ordinario o extraordinario, permanente o transitorio, en la Administración Pública, desde el más modesto hasta el de presidente de la República. De allí que sostenga que "la Constitución —es innegable— puntualiza algunos requisitos, pero eso no significa automáticamente negar otros, inspirados en razones del bien común, de moralidad pública, de eficiencia (idoneidad) y sensatez, que el legislador puede establecer, siempre que sea razonable y necesario hacerlo. (...) Una limitación razonable (sensata, de sentido común, equitativa) a la competencia constitucional de los órganos de gobierno y poder, en los procesos de designación, fundada en una sana aplicación del principio de idoneidad, no es *a fortiori* repulsiva a la Constitución"⁽¹⁵¹¹⁾.

Por su parte, Bianchi recuerda que el art. 16 tiene hondas raíces democráticas (pues lo que pretende evitar son los favoritismos personales y los privilegios de parentesco o de otro tipo en las designaciones) y enfatiza que la aparente antinomia entre idoneidad y democracia no es tal (pues la idoneidad es un principio esencial del sistema democrático), señalando que el problema, en realidad, es cómo aseguramos la idoneidad de nuestros representantes. Aquí es donde entran a jugar dos cuestiones relevantes en la evaluación de la capacidad para desempeñar una función (i) los requisitos para ocupar el cargo y (ii) el método de elección. Para él, en el caso del presidente y vicepresidente y de los senadores y diputados, ninguno de ellos asegura exactamente la idoneidad. De allí que postule que, aplicada a los más altos cargos de la República, la idoneidad es exigible, pero no es mensurable objetivamente y está entregada a

una decisión donde lo subjetivo e ideológico juegan un valor preponderante⁽¹⁵¹²⁾.

V. LA NACIONALIDAD COMO REQUISITO

Como mencionamos con anterioridad, tanto el MREPN como el Convenio Colectivo de Trabajo homologado por el dec. 214/2006 (art. 11, inc. a)), establecen como condición la nacionalidad argentina, aunque ambos reconocen en cabeza del Jefe de Gabinete de Ministros la posibilidad de dispensar la misma.

Como bien señala Marienhoff, la CN no exige el requisito de la nacionalidad argentina para el desempeño de los cargos públicos. Dice al respecto que todos los "habitantes" son admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. Al hablar de "habitantes" y no de "ciudadanos" quedan comprendidos los extranjeros: sobre esto no hay duda alguna. Por excepción la Ley Suprema exige el requisito de la ciudadanía para ocupar determinados cargos, como el de presidente y vicepresidente⁽¹⁵¹³⁾.

Con relación a ello, Ivanega sostiene que la nacionalidad argentina sólo sería exigible en aquellos casos en que la Administración pudiera demostrar, que cumplir con dicho requisito, es esencial e imprescindible para el ejercicio de la función respectiva. En ese sentido y, no obstante, que la norma establece como principio ser argentino nativo, por opción o naturalizado y que excepcionalmente puede prescindirse de esa condición, creemos que la restricción al acceso al empleo público a quien no cumpla con ello, sin la debida justificación, es inconstitucional⁽¹⁵¹⁴⁾.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en torno a la temática en distintos precedentes, marcando una clara línea tendiente a limitarla⁽¹⁵¹⁵⁾ y considerarla una categoría sospechosa, portadora de una presunción de inconstitucionalidad y objeto de un escrutinio agravado.

En ese sentido, el dictamen de la Procuración General en el caso "Hooft"⁽¹⁵¹⁶⁾ rememora que la CN (texto de 1853 y el actual) no distingue entre nacionalidad y ciudadanía, utilizando desde la perspectiva gramatical ambos términos como sinónimos⁽¹⁵¹⁷⁾ y que solo exige la condición de ser argentino nativo o ser hijo de ciudadano nativo, en el caso de haber nacido en el país extranjero, en los casos del presidente y vicepresidente, pero no para los legisladores, jueces de la Corte Suprema y nacionales⁽¹⁵¹⁸⁾. Asimismo, la CS enfatizó que la presencia de uno de los motivos prohibidos en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, el "origen nacional"), hace pesar sobre la legislación que la incluye una

presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba⁽¹⁵¹⁹⁾.

Por su parte, *in re* "Calvo y Pesini"⁽¹⁵²⁰⁾ el Máximo Tribunal remarcó que el art. 16 consagra el reconocimiento pleno de los derechos de los extranjeros al ejercicio de su profesión y que la idoneidad, en tanto, conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o el reglamento, comprende algunas genéricas (como la aptitud técnica, física y en particular la moral) de otras como la ciudadanía, predicable sólo para determinadas funciones, ya que no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, que ha de ser juzgada con relación a la diversidad de funciones y empleos.

En línea con ello, en el precedente "Gottschau"⁽¹⁵²¹⁾ el órgano cimero argumentó que el caso no estaba regido por el art. 20 porque esta norma dispone que "los extranjeros gozan en el territorio de la nación de todos los derechos civiles del ciudadano" y en la controversia no estaba comprometido ninguno de esos derechos garantizados a los extranjeros, sino el ingreso al empleo público. En consecuencia, correspondía examinar si la limitación que sufría vulneraba lo dispuesto por el art. 16, en tanto esta asegura la igualdad de todos los habitantes ante la ley y la admisibilidad en los empleos sin otra condición que la idoneidad, manda que no establece una equiparación rígida como el art. 20, sino que impone un principio genérico que no impide diferencias legítimas (consids. 3º y 4º).

Con el objeto de aportar algunas pautas que sirvan para analizar la nacionalidad como categoría sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad, la Corte precisó que el criterio de ponderación debe ser más exigente que la mera razonabilidad y el escrutinio más severo, no alcanzando con la sola alegación de que la exigencia de nacionalidad argentina era razonable o aun conveniente y resultaba adecuada al fin perseguido. Por el contrario, más allá de que el art. 16 admita gradaciones, apreciaciones en más o menos, el balance y la ponderación, debe acreditarse que existían fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado que requerían que el cargo sólo pudiera ser cubierto por argentinos, disipándose toda duda sobre si no existirían medidas alternativas que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado⁽¹⁵²²⁾. Este estricto control de constitucionalidad/convencionalidad viene impuesto por el propio plexo jurídico y hermenéutico que dimana del *corpus iuris* de derechos humanos y que exige la eliminación de cualquier tipo de discriminación, especialmente las irrazonables.

Por último, es importante ponderar que en un reciente fallo la Corte ratificó la tesitura expuesta en torno a la nacionalidad como exigencia, efectuando una lectura interesante en torno al entendimiento de los actos propios, la protección del *trabajo* en todas sus formas y la vinculación de los principios y reglas en relación con el mismo. En ese sentido, en el caso "Pérez Ortega"⁽¹⁵²³⁾ dijo que no resulta oponible la teoría de los actos propios cuando el interesado se vio obligado a someterse al régimen como única vía posible para acceder al ejercicio de su actividad, pues "la *litis* está entrañablemente ligada al art. 14 bis de la CN, al principio protectorio que este enuncia y al carácter inviolable de los derechos que reconoce, lo cual conduce necesariamente a la indisponibilidad y a la prohibición de renuncia de la aplicación de las normas que tutelan el trabajo 'en todas sus formas', vale decir, tanto al prestado en el ámbito público como en el privado"⁽¹⁵²⁴⁾.

VI. EDAD

Tanto como condición de ingreso o egreso, la edad genera otro tipo de discusiones. Ello así, pues en apariencia, suele responder a criterios presuntamente objetivos, razonables y fundados. Por ejemplo, la limitación en el ingreso al régimen general del empleo público de personas mayores de cincuenta años que prescribe el régimen bonaerense halla explicación en la posibilidad de desarrollar una carrera administrativa⁽¹⁵²⁵⁾. No obstante ello, la mayoría de los marcos regulatorios establecen como condición acreditar aptitud psicofísica sin fijar una edad en particular, salvo la prevista para acceder al beneficio previsional⁽¹⁵²⁶⁾. De esa manera, cuando se cuestiona esta categoría y el estándar etario legalmente fijado, deberán aportarse argumentos que permitan demostrar, más allá de lo opinable, su arbitrariedad en términos de irrazonabilidad (de medios a fin), discriminación y/o desigualdad.

Con relación a este requisito, se precisó que "comparando el sistema de restricción por límite de edad empleado por la Universidad para el ejercicio de la docencia, con el utilizado por los demás regímenes jubilatorios del país, se advierte que la pauta es común y similar a todos esos sistemas, lo que descalifica la tacha de arbitrariedad alegada por el afectado pues no se evidencia ánimo persecutorio alguno, ni falta de relación o proporción entre los objetivos del estatuto universitario y el medio elegido"⁽¹⁵²⁷⁾.

Tanto en el caso de la labor docente, como en los demás regímenes generales o especiales, el problema de esa pauta general (especialmente cuando se trata del ingreso a la función) se presenta cuando se pondera lo que esas personas tienen para aportar en

términos de conocimiento, experiencia y formación y/o cuando se analiza la (en apariencia) razonable opción valorativa en vinculación con lecturas más sustanciales de igualdad e inclusión social de grandes sectores considerados improductivos. La forma de dar respuesta a estas inquietudes suele ser canalizándola a través de otras figuras (como los cargos eméritos o los nombramientos temporarios), que están exceptuadas de esta imposición.

VII. DISCAPACIDAD⁽¹⁵²⁸⁾

La CN convencionalizada contiene un complejo de normas que protegen especialmente a este colectivo y que instituyen obligaciones en cabeza del Estado tendientes a garantizar, mediante todo tipo de acciones y medidas "positivas", la igualdad de condiciones en el ejercicio de derechos⁽¹⁵²⁹⁾.

Entre otras previsiones relativas al derecho al trabajo de las personas con discapacidad, la CIDPD establece el deber estatal de alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad, apoyándolas en la búsqueda de trabajo e instituyendo la obligación de emplearlas en el sector público (art. 27.1, puntos e y g). Idénticos resguardos pero en términos de "aseguramiento" se receptan en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (art. III.1.a) y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 18.a). Por su parte, la [ley 23.462](#) aprueba el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas.

Asimismo, como expresión de parte de ese deber, se ha reglamentado un "sistema de protección integral de las personas discapacitadas" ([ley 22.431](#)⁽¹⁵³⁰⁾), el cual en su art. 8º dispone expresamente que el Estado nacional se encuentra obligado a ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas. En el orden provincial se han adoptado similares reglamentaciones reconociendo una "cuota piso" similar⁽¹⁵³¹⁾.

Como notas relevantes, cabe destacar el alcance subjetivo de la manda (la cual comprende a los tres poderes del Estado, los organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos), su amplitud en cuanto a las

modalidades de contratación comprendidas (el porcentaje debe observarse no sólo respecto del personal de planta permanente, sino también para contratados cualquiera sea la modalidad de contratación y para todas aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios) y el deber de mantenimiento de la cuota de mínima (las vacantes que se produzcan "deberán prioritariamente reservarse a las personas con discapacidad que acrediten las condiciones para el puesto o cargo que deba cubrirse").

De más está decir que la distancia entre las obligaciones impuestas y su cumplimiento es abismal: para el primer semestre de 2014, el porcentaje de personal con discapacidad en el sector público nacional, considerando todas las modalidades de contratación, era de apenas el 0,79% (sólo dos centésimas por encima del registrado en el año 2013). A ello cabe añadir otras objeciones: el decreto reglamentario no prevé que se informe a los aspirantes inscriptos en el Registro de las convocatorias en las que resulten potencialmente elegibles, ni se propician vías para que ellos controlen que las preferencias legales instituidas a su favor hayan sido efectivamente observadas, o que promuevan su participación en los procesos de selección de personal.

La falta de observancia se debe a una deliberada política estadual vinculada a distintos factores (v.gr., desinterés, supuestos costos, prejuicios, etc.), los cuales han sido visibilizados a través del impulso normativo convencional y el trabajo político, jurídico y social de distintos movimientos del colectivo, permitiendo romper gradualmente con la defección estratégica que el Poder Judicial mantenía en el punto.

En ese sentido, *in re* "R., L. N. c. Provincia de Buenos Aires"⁽¹⁵³²⁾ la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires anuló el acto administrativo mediante el cual se le denegó a la actora en tanto persona con discapacidad, su solicitud de ingreso en el cargo vacante que ocupara su padre fallecido en el Ministerio de Producción provincial. En dicho decisorio, el máximo órgano provincial valoró la infracción al cupo, la existencia de una propuesta oficial de designación de la actora y la acreditación de su aptitud psicofísica, desestimando el argumento de la demandada sustentado en restricciones reglamentarias que presuntamente vedaban el nombramiento teniendo en consideración que, dichas limitaciones no habían impedido la incorporación de *otros* agentes (no discapacitados).

En la Ciudad de Buenos Aires, el cumplimiento del cupo ha sido objeto de un amparo colectivo⁽¹⁵³³⁾, donde la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, luego de

constatar la omisión antijurídica de la Ciudad, ordenó al gobierno que en el plazo de sesenta días "(...) adopte las medidas concretas y efectivas para cubrir el cupo exigido por el art. 43 de la Const. CABA y la [ley 1502](#) y luego proceda a informarlas (...) Asimismo, y a tal fin, deberá, respetando el recaudo constitucional de idoneidad, otorgar prioridad a las personas con necesidades especiales inscriptas en el respectivo registro, para las sucesivas designaciones".

Por su parte, la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad en el caso "Santesso, Adriana c. GCBA" (sent. del 30/5/2008), haciendo mérito del principio de no regresividad, precisó que una vez que el Estado reconoció a la actora un estatus jurídico básico de inclusión social, este no podía luego ser dejado de lado sin ofrecer alternativas razonables. De allí que ordenase a la Ciudad a reincorporar a la actora a las tareas que había desempeñado hasta que se sustanciara el concurso público correspondiente a ese cargo, debiendo respetarse en el mismo el cupo del 5% destinado a personas con discapacidad que demostrasen idoneidad para la función.

VIII. EL CONCURSO COMO MÉTODO DE SELECCIÓN DE IDONEIDAD

Sin lugar a dudas, el régimen de selección más adecuado para comprobar que se posee la aptitud necesaria para cubrir el cargo, garantizando mayores condiciones de igualdad, transparencia, concurrencia, rendición de cuentas, publicidad y competencia, es el concurso público, el cual —en tanto mecanismo que viabiliza su concreción— integra la noción misma de idoneidad.

El MREPN no establece reglamentariamente el concurso público, aunque dispone que deba contemplarse la aplicación de criterios que incorporen los principios de transparencia, publicidad y mérito en los procedimientos de selección para determinar la idoneidad (art. 8º). Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción prescribe que en las contrataciones deberá asegurarse la publicidad, equidad y eficiencia (art. III, inc. 5º). Asimismo, el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional⁽¹⁵³⁴⁾ estatuye una serie de principios generales de relevancia (arts. 3º, 9º y 10), fijando a la licitación o concurso público como regla y aportando pautas procedimentales objetivas (arts. 24, 25 y conchs.). Sin embargo, a través del art. 5º, inc. a), excluye expresamente a los contratos de empleo público. En apariencia, las razones que impulsaron dicho marco y la necesidad de una regulación "especial" para la relación de empleo público, motivaron dicha exclusión. No obstante ello, consideramos que ante la ausencia de normas o insuficiencia de las existentes, teniendo en consideración las garantías constitucionales

involucradas, debería recurrirse análogamente a dichas disposiciones.

Es que como sostiene Guibourg, a la hora de investigar el contenido del concepto de idoneidad se hace pragmáticamente difícil discernir qué influencia relativa haya de atribuirse a la salud psicofísica, a la habilidad técnica, a la integridad ética, a la afiliación política o a fortuitas circunstancias personales, directas o indirectas, de parentesco o de amistad, por lo común disimuladas (apenas formalmente) bajo el manto de la confianza. Esta situación se complica aún más cuando el método de selección de personal no incluye mecanismos intersubjetivamente confiables para la atribución de idoneidad y, en especial, cuando ella depende en modo exclusivo o predominante de algún juicio individual⁽¹⁵³⁵⁾. Por y para ello, el concurso público de oposición, antecedentes o ambos, es una (mayor) garantía.

Es cierto que salvo el caso de empleos de carrera en el Servicio Exterior de la Nación, docentes en universidades nacionales⁽¹⁵³⁶⁾ o cargos jerárquicos en el Poder Judicial⁽¹⁵³⁷⁾, nuestras prácticas institucionales están bastante lejos de siquiera instruir formalmente el concurso⁽¹⁵³⁸⁾. Para peor, cuando efectivamente se concretan, las sospechas y discusiones en torno a las realidades de los concursos, su objetividad, ausencia de transparencia, reglas de ponderación y posibilidad de control, se multiplican.

Sin embargo, aun cuando los perfiles puedan ser manipulados y se puedan diagramar en un determinado sentido, siempre será más dificultoso, pues se requieren múltiples voluntades. De allí que como sostiene Barraza, tal vez esta sea la razón por la que en la Administración Pública Nacional no se convoca a concurso desde 1999 o se lo hace esporádica y selectivamente⁽¹⁵³⁹⁾. Tal vez lo sea la preferencia por sortear la estabilidad propia del empleo público, contratando discrecionalmente y manteniendo en vilo la permanencia de quienes resulten "premiados" ante la pérdida de confianza o lealtad.

En el orden provincial, la situación general es similar. En provincia de Buenos Aires el art. 4º de la ley 10.430 prescribe que "la selección se realizará por la autoridad competente de la Administración Pública a través del sistema de concurso y oposición que garantice la igualdad de oportunidades y la transparencia del proceso selectivo para quienes deseen acceder a los cargos públicos". No obstante ello, rara vez siquiera se celebran concursos, siendo los nombramientos de planta permanente o transitoria promovidos por propuestas personales de los funcionarios.

En tanto tal, el concurso es un procedimiento reglado que, mediante pautas de publicidad, imparcialidad e igualdad, procura generar la mayor concurrencia y competencia⁽¹⁵⁴⁰⁾, a fin de seleccionar a quien acredite la mayor idoneidad para el ejercicio de un cargo o función.

Las etapas que delinean el concurso son la convocatoria pública, abierta e informada, en tanto derivación del principio republicano y como salvoconducto para lograr la mayor concurrencia que garantice mejores condiciones de competencia y la selección de los más idóneos; la admisión, caracterizada por la igualdad en la concurrencia, en el trato, la valoración de los antecedentes y condiciones personales de cada uno de los postulantes; la evaluación, donde se concretiza la valoración de la idoneidad especialmente técnica a través de la ponderación de los antecedentes y/o una oposición por parte de un jurado o comisión previamente definida, la cual debería ponderar objetivamente los mismos conforme las condiciones reglamentariamente establecidas. De ello correspondería emitir un dictamen con el correspondiente orden de mérito. Cassagne postula que la clave para que pueda funcionar bien todo sistema de selección radica en el establecimiento de bases objetivas para merituar la idoneidad que requiera cada cargo, elección de jurados intachables e imparciales con experiencia en la función que debe cumplir el aspirante, la vigencia efectiva de garantías de estabilidad y atemperar el sobre dimensionamiento de los medios personales⁽¹⁵⁴¹⁾; período de impugnaciones; y, la designación, mediante el cual se selecciona a aquel que resulte, en la amplitud de su acepción, más idóneo para la función correspondiente. De allí que, no necesariamente, aquel de mayor pericia técnica resulte nombrado. Puede que lo sea aquel que, detentando una experticia aceptable, tenga mayores y mejores antecedentes o solvencia. En cualquier caso, toda decisión deberá ser especialmente fundada, explicitando las razones que justificaron la elección.

El sistema de selección por concurso público no sólo debe aplicarse para el ingreso al empleo público sino también para los ascensos a las categorías superiores de aquellos que se encuentran en igualdad de condiciones. Ello así, pues el establecimiento de una carrera administrativa supone poner el acento en la efectiva idoneidad que deben poseer los funcionarios para progresar dentro de la organización administrativa. Con el objeto de renovar la política de personal y a jerarquizar el rol de los servidores públicos, modernizar y profesionalizar la función pública y privilegiar la capacitación⁽¹⁵⁴²⁾, por dec. 993/1991 se creó el Sistema Nacional de

Profesión Administrativa (SINAPA), estructura que varios decretos posteriores complementaron y modificaron⁽¹⁵⁴³⁾.

Por último, consideramos que también debería repensarse la importancia de la legislación electoral, de partidos políticos y reforma política y la necesidad de un cambio de prácticas sustancial dentro de las dinámicas partidarias, a fin de garantizar la participación real de los afiliados, mejorar el conocimiento y selección de los candidatos y, consecuentemente, la "idoneidad" de los mismos⁽¹⁵⁴⁴⁾. En el mismo sentido, compartimos con Sabsay que también deberían promoverse, en el marco de las campañas electorales, las acciones que se centren en el mejor conocimiento de los candidatos, como son los debates, los encuentros, los coloquios y los compromisos preelectorales en variadas temáticas. De ese modo, el votante sufragará con mayor conocimiento de la idoneidad de sus futuros gobernantes⁽¹⁵⁴⁵⁾. Las PASO, claramente, han supuesto sólo un avance formal, dejando intactas las dinámicas que nutren de sentido a las prácticas reales.

LA IGUALDAD EN LAS CARGAS PÚBLICAS

Comentario por Federico Orlando y Sheila Heimenrath

I. IGUAL CAPACIDAD CONTRIBUTIVA

La tributación se constituyó en el principal sostén del Estado moderno. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) se incorpora el criterio de que la contribución común "debe ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus posibilidades"⁽¹⁵⁴⁶⁾. Ya en aquel postulado es posible vislumbrar el indisoluble vínculo conceptual que se entablaría entre el principio de igualdad en materia tributaria y el denominado principio de capacidad contributiva.

1.1. Evolución jurisprudencial

En 1875 la Corte sostuvo que el principio de *igualdad* ante la ley "no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que, excluyan a unos de lo que se concede a otros, *en iguales circunstancias*"⁽¹⁵⁴⁷⁾. En 1923, desarrollando el principio de igualdad relativa, la Corte precisó que debe existir algún *motivo*

razonable para las clasificaciones adoptadas en materia tributaria, es decir, consideraciones que tengan relación con los deberes de los ciudadanos como contribuyentes. Para autorizar en el caso el establecimiento de una categoría particular se hizo referencia al valor pecuniario involucrado, así como a la diferente vinculación con el interés público, i.e., la función que se cumple en relación con el bienestar de la población⁽¹⁵⁴⁸⁾.

En 1928 la Corte dejó sentado que "la igualdad de una contribución no se ataca en el impuesto progresivo desde que este es uniforme dentro de las categorías que crea"⁽¹⁵⁴⁹⁾. En 1943 agregó: "Bien sabido es que, si el *impuesto progresivo* ha sido aceptado en nuestra jurisprudencia como legítimo, es porque reposa sobre bases de solidaridad social en cuanto exige al que tiene más un impuesto mayor que al que tiene menos, porque presupone que el rico puede sufragarlo sin mayor sacrificio de su situación personal, a diferencia del pobre. El impuesto es así progresivo en razón directa de la riqueza del contribuyente. A mayor riqueza, corresponde una cuota más alta de impuesto"⁽¹⁵⁵⁰⁾.

En 1948 el Máximo Tribunal sostuvo que "*si bien todo impuesto tiene que corresponder a una capacidad contributiva*, la determinación de las diversas categorías de contribuyentes puede hacerse por motivos distintos de la sola medida económica de esa capacidad. (...) Por las características de los bienes, por el modo de poseerlos o explotarlos... por la clase de actividad que con ella se realiza, etc., ese deber puede ser mayor habiendo de por medio valores económicos iguales a los de otros contribuyentes a quienes se cobra menos y viceversa"⁽¹⁵⁵¹⁾. En el caso, concluyó: "Sea que se considere a este impuesto como una instancia destinada a promover la división de las extensiones que excedan del límite a partir del cual se aplica el adicional y favorecer con ello las posibilidades de acceso a la propiedad de un mayor número, sea que se contemple lo que en punto a bien público puede hacer el Estado con el producido de este impuesto, compensando con ello relativamente la limitación de esas posibilidades a causa de la concentración de la propiedad territorial, la categoría constituida con los propietarios de 10.000 o más has. tiene razón de ser en la naturaleza de las cosas que aquí se consideran, es decir, que corresponde a desigualdades reales y, en consecuencia no vulnera el principio de igualdad del art. 16 de la Constitución".

1.2. Evolución doctrinaria

1.2.1. La igualdad tributaria en la tradición anglosajona

En 1776 Adam Smith enuncia que la igualdad en la tributación consiste en el deber de contribuir "en proporción a sus respectivas capacidades; es decir, en proporción al ingreso del que respectivamente disfrutan bajo la protección del Estado"⁽¹⁵⁵²⁾. Aunque la redistribución no tiene cabida en su esquema proporcional, el autor sostiene que en la escala más baja los ingresos necesarios para la subsistencia no pueden ser gravados⁽¹⁵⁵³⁾, y que en la escala superior, no es muy irrazonable que los ricos contribuyan más que proporcionalmente a sus ingresos⁽¹⁵⁵⁴⁾.

A partir del trabajo de Jeremy Bentham —y su consideración de que el bienestar de una persona aumenta a medida que aumenta su riqueza, pero lo hace a una tasa decreciente⁽¹⁵⁵⁵⁾— aparece en principio, en la tradición liberal, un argumento utilitarista en favor de los impuestos progresivos. La igualdad está ligada al fin de maximizar el bienestar de la comunidad, es decir, de los individuos que la componen. Por su parte, John Stuart Mill hacia 1848 sostendría que la igualdad tributaria significaba *igualdad de sacrificio*.

Edgeworth entendía que la solución para lograr el mínimo sacrificio consistía en la nivelación de los ingresos: en principio, los ricos podrían ser gravados en beneficio de los pobres hasta el punto en que se igualaran los ingresos. Ahora bien, considerando los efectos deletéreos que esto podría tener en el producto y el crecimiento, la medida a la cual debía llegarse con la tributación progresiva y la igualación de los ingresos quedaba abierta⁽¹⁵⁵⁶⁾.

A partir de la década de 1930, con la nueva economía del bienestar, se reconoce que es necesario un juicio ético y que se requiere un proceso cooperativo basado en las visiones de los individuos miembros de la comunidad, para arribar a una función de bienestar social consensuada. Se presume que la tributación progresiva refleja el sentido social de lo que es justo⁽¹⁵⁵⁷⁾. De no existir un estándar acordado, se podrá juzgar el mérito de las políticas con referencia a funciones de bienestar alternativas⁽¹⁵⁵⁸⁾.

En 1971 Rawls, en su *Teoría de la Justicia*, pone el foco en la imparcialidad y en la posición de los más desaventajados. Sin embargo, al analizar los aspectos tributarios de esta obra, Richard Musgrave considera que el filósofo se aparta de su proposición esencial. ¿Por qué individuos que en principio aceptan el axioma ético de colocarse bajo el velo de la ignorancia, sin considerar su capacidad para generar ingresos, luego proceden a evitar sus implicancias restringiendo la oferta de trabajo en respuesta a la tributación?⁽¹⁵⁵⁹⁾ Musgrave señala cómo el análisis de la justicia distributiva se convierte en una cuestión de especulación y aversión al riesgo y propone definir la imparcialidad en términos más

consistentes. Por otra parte, advierte que tal vez las sociedades opten por concebir a la justicia distributiva no sólo en términos de imparcialidad, sino en una combinación con el derecho al producto del propio trabajo.

1.2.2. La igualdad tributaria en la tradición alemana

Desde una visión más positiva hacia el gasto público, que comprende el rol reproductivo de los tributos, en un flujo circular entre la economía estatal y el sector privado necesario para mantener a ambos, Lorenz von Stein considera que si bien en definitiva son los individuos quienes importan, su relación con el Estado no es un simple *quid pro quo*, no es un intercambio como los que tienen lugar en el mercado, y se refiere al doble rol que los individuos cumplen, en tanto individuos y como miembros de la comunidad.

Albert Schäffle critica a Adam Smith el haber reemplazado la solidaridad a la que da cabida en su Teoría de los Sentimientos Morales por el auto-interés en La Riqueza de las Naciones. Alude al proceso político por el que se determinan los intereses comunes y sostiene que en la actividad económica del Estado en su totalidad, los beneficios deben ser superiores a los costos.

Adolph Wagner⁽¹⁵⁶⁰⁾, a partir de un enfoque histórico, en consonancia con lo que se considera socialmente justo en una determinada época, concluye que la tributación en la sociedad moderna debe servir como instrumento de política social, como una herramienta de redistribución del ingreso. En otras palabras, apunta a lograr ciertos niveles de igualdad que se verifican luego de la aplicación del impuesto. Con fundamento en la pertenencia a la comunidad, los individuos están obligados a contribuir al bienestar general de acuerdo con su capacidad. Y esta capacidad tributaria difiere según el tipo de ingreso, teniendo en cuenta especialmente los ingresos que no provienen del trabajo, tales como las ganancias de capital o las herencias, sobre las cuales la imposición debiera ser más gravosa, en razón de que su adquisición no refleja un esfuerzo personal.

II. LA BASE IMPONIBLE

Adam Smith consideraba como base de imposición los *ingresos netos*, esto es, lo que queda luego de deducir los gastos de mantenimiento y conservación de la fuente productiva. En nuestro país el primer impuesto a los réditos se estableció en 1932. En 1938 es posible reconocer esta línea de pensamiento en un fallo en el cual la Corte afirma que "es condición esencial la de que el tributo no

afecte o muerda en ninguna hipótesis la fuente productiva de aquellos"⁽¹⁵⁶¹⁾, receptando así la "teoría de la fuente"⁽¹⁵⁶²⁾.

Por otra parte, Adam Smith señalaba ya en 1776 que *cuando los Estados no saben cómo establecer impuestos directos a los ingresos, establecen impuestos indirectos al consumo*. Distingue los bienes necesarios —entre los cuales no sólo incluye aquellos indispensables para mantener la vida, sino también aquellos cuya carencia se considera indecente según la costumbre del país— de los bienes de lujo. Subraya que un impuesto indirecto sobre los bienes necesarios opera de la misma manera que un impuesto directo sobre los salarios del trabajo⁽¹⁵⁶³⁾.

En la tradición anglosajona, el análisis de la base imponible apuntaba a determinar la *incidencia* última de la carga impositiva a través del fenómeno de la *traslación*, como parte de la teoría de formación de precios.

La tradición alemana rechazaba el foco puesto en los factores objetivos, y se centraba en las *ganancias personales* como base, *desde el punto de vista del individuo que finalmente las percibe*. Es decir, de un elemento impersonal en la contabilidad de una empresa se pasa a una medida de bienestar y capacidad al nivel humano. Mientras que en el modelo anglosajón el acento está puesto en la fuente productora de renta, el modelo alemán se enfoca en la unidad que la percibe. Georg von Schanz distinguió el vocablo "Ertrag" (retorno o producto) derivado de un objeto o actividad, de "Einkommen" (ingreso) recibido por una persona. Mientras que el primero ofrece una herramienta para el análisis económico, el segundo es necesario para entender el concepto de base imponible ligado a la capacidad contributiva⁽¹⁵⁶⁴⁾. Asimismo, Von Schanz a fines del siglo XIX definió de manera amplia el concepto de ganancia personal entendido como *acrecentamiento*, incluyendo a las donaciones, los premios de lotería, las revalorizaciones del capital, ítems que reflejan transferencias, no adiciones netas a la riqueza de la sociedad. Esta noción —redescubierta por Haig y elaborada por Henry Simons— se convertiría en el centro de la teoría y la reforma del impuesto a las ganancias en EE. UU. a mediados del siglo XX.

En Francia es de destacar la reforma al impuesto a la renta que tuvo lugar en 1914-1917 impulsada por Cailleaux, implementando un nuevo sistema caracterizado por la superposición de dos tipos de impuestos: por un lado se gravaban las rentas según su origen y luego se gravaban por segunda vez la totalidad de las rentas, en virtud de un impuesto global de carácter progresivo, con exención de un mínimo vital y deducciones por cargas de familia. Esta combinación se justificaba por el deseo de personalización⁽¹⁵⁶⁵⁾.

Los autores alemanes buscaban dotar de una visión consistente al sistema tributario, a fin de brindar un tratamiento justo a los miembros de la comunidad sobre una base eminentemente personal. Wagner consideraba de manera complementaria que *impuestos selectivos al patrimonio* podían ser necesarios en virtud de políticas sociales. Ahora bien, Wagner *rechazaba por injusto el impuesto general al consumo* como tercera base de imposición. Consideraba que este implica un tratamiento desfavorable respecto de la porción de los ingresos que se consume, frente a aquella que se ahorra. A diferencia de Stuart Mill, quien abogaba por que la porción ahorrada no fuese gravada sino al momento de ser consumida en el futuro, Wagner ponía el foco en el problema de la acumulación continua. En este orden de ideas es que también defendía la imposición sobre las herencias⁽¹⁵⁶⁶⁾.

Casi un siglo después, Fritz Neumark en su clásica obra⁽¹⁵⁶⁷⁾ volvería a recalcar que un impuesto general sobre el consumo: "por su misma naturaleza intrínseca... no es el adecuado para ajustarse a las condiciones individuales de los contribuyentes en cuanto a su capacidad tributaria".

Sin perjuicio de los cuantiosos fondos que este proporcione al erario público en nuestro país⁽¹⁵⁶⁸⁾, es preciso reconocer que incide de manera más gravosa en los sectores de la población de menores recursos, quienes destinan sus ingresos casi por completo al consumo. El efecto de este impuesto "invisible" que recae indiscriminadamente sobre los consumidores, tal como lo señala Jarach, es netamente regresivo, sobre todo respecto de los productos de primera necesidad y de otros que sin serlo forman parte de costumbres arraigadas de la población⁽¹⁵⁶⁹⁾.

Respecto a los impuestos a la renta y al patrimonio, si no hay una moneda constante, homogénea, los incrementos de valor son ficticios, falsos, los mínimos no gravados pierden su finalidad al no adecuarse a la nueva realidad económica y las bases imponibles se distorsionan"⁽¹⁵⁷⁰⁾.

III. IGUALDAD HORIZONTAL E IGUALDAD VERTICAL

Tal como lo ha expresado Horacio Corti "el no distinguir a las personas de acuerdo con su riqueza conduce directamente a que la tributación trate a las personas de manera desigual. O a la inversa: tratar tributariamente igual a las personas implica, de manera directa, distinguirlas de acuerdo con sus niveles de riqueza"⁽¹⁵⁷¹⁾.

A fin de clarificar el análisis de la igualdad tributaria frente a los distintos niveles de riqueza se suele considerar que esta se compone de dos dimensiones. La igualdad horizontal, que requiere igual trato

a los iguales⁽¹⁵⁷²⁾. Y la igualdad vertical, que exige una apropiada diferenciación entre los desiguales.

La primera dimensión obliga a preguntarse cuáles son los índices más idóneos que permiten considerar que dos personas se encuentran en igual posición económica para contribuir. A partir de lo expuesto en el apartado anterior, cabe subrayar que existe un amplio consenso de que el ingreso personal es un criterio más apropiado que el consumo. El patrimonio es sin lugar a dudas otro indicador insoslayable.

Desde un punto de vista teórico, no satisface el principio de igualdad horizontal que la renta financiera esté exenta o tribute a una tasa menor que la que proviene del trabajo personal. Tampoco se ajusta a este principio la forma en que está concebido en nuestro país el impuesto sobre los bienes personales, que sólo toma en cuenta los activos, sin descontar las deudas. Un impuesto al patrimonio neto sería más respetuoso de la igualdad horizontal.

La igualdad vertical ha generado grandes controversias en aquellos países en los cuales la distribución de la carga tributaria ha sido objeto central de los debates políticos y cuyos sistemas tributarios han sido estructurados otorgando preeminencia a los impuestos directos personales, es decir, aquellos que por definición permiten adecuarse y modularse al nivel de riqueza exhibido por los contribuyentes.

La pregunta que surge en torno a la igualdad vertical se relaciona con los criterios de proporcionalidad y progresividad: "¿Aumenta la capacidad tributaria de los contribuyentes proporcional o más que proporcionalmente en relación con los indicadores de capacidad de pago?"⁽¹⁵⁷³⁾.

El criterio de proporcionalidad respecto al ingreso inicialmente fue esgrimido por quienes pretendían confiar esencialmente a "la mano invisible" del mercado el reparto de recursos en la sociedad. Luego se dio cabida al principio de progresividad, a fin de reducir los niveles de desigualdad —y aún por meras razones de eficiencia considerando, v.gr., el principio de la utilidad marginal decreciente—

Resultan especialmente esclarecedoras las observaciones que hiciera Cesare Cosciani de la redistribución a través de los impuestos progresivos sobre las sucesiones y las rentas. En línea con John Hicks, que a partir de un exhaustivo estudio puso de manifiesto que la desigual distribución del capital es la causa principal de la desigual distribución de las rentas⁽¹⁵⁷⁴⁾, el doctrinario italiano señala que el factor herencia influye sensiblemente en la mala distribución de las rentas⁽¹⁵⁷⁵⁾. En este sentido, consideraba que es más probable que al

gravar las rentas más elevadas se graven rentas "no merecidas", es decir, rentas independientes en cierta medida de una capacidad o de una aportación productiva actual. Por ello, abogaba en favor de un esquema de impuestos progresivos sobre las sucesiones y las rentas, que no sólo no desalienta la producción, sino que al permitir desgravar a los rentistas menores, cuya renta responde a una aportación productiva, resulta menos deletéreo que un impuesto proporcional a la producción.

El impuesto de sucesiones y donaciones es considerado por Neumark el instrumento fiscal de redistribución patrimonial directa más importante, especialmente recomendable para tender a la creación de una "igualdad de partida", y mitigar el factor herencia como mecanismo de transmisión de las desigualdades. En su clásica obra sobre los principios de la imposición, sostiene que, por lo general, la capacidad de contribuir a las necesidades colectivas aumenta más que proporcionalmente respecto a un indicador como la renta o la herencia. Sin embargo, advierte que la medida concreta de la progresión no puede justificarse de manera teórica, sino que depende de necesarias investigaciones empíricas⁽¹⁵⁷⁶⁾.

En este orden de ideas, Thomas Piketty asevera que "ninguna fórmula matemática, ningún cálculo econométrico permite saber qué tasa se debe aplicar y a partir de qué nivel de ingresos se debe llegar a tales tasas. Sólo la deliberación colectiva y la experimentación democrática pueden desempeñar tal función"⁽¹⁵⁷⁷⁾. Cabe tener presente, p. ej., que en Estados Unidos, en el período de 1932 a 1980, la tasa del impuesto federal al ingreso de los más ricos fue, en promedio, del 81%⁽¹⁵⁷⁸⁾, limitando así los ingresos o patrimonios considerados socialmente excesivos y económicamente improductivos.

En nuestro país el impuesto a la herencia fue derogado en 1976 por el ministro de Economía de la dictadura, Martínez de Hoz, al morir su padre. Desde entonces no ha sido restablecido a nivel nacional. Cabe mencionar que el destino de lo recaudado estaba asignado a educación⁽¹⁵⁷⁹⁾, dotando así a este impuesto directo que atiende al principio de capacidad contributiva de un sentido a todas luces redistributivo, constituyéndose en un potente y sostenible mecanismo de financiamiento del sistema educativo, robustamente igualitario.

La recaudación tributaria en la Argentina evidencia una preponderante importancia de los impuestos indirectos, frente al escaso peso del impuesto sobre la renta de las personas físicas, concentrado en niveles de renta bajos⁽¹⁵⁸⁰⁾, siendo que el peso relativo de los impuestos al patrimonio es aún menor⁽¹⁵⁸¹⁾. No es ocioso mencionar que la OCDE en un reporte publicado en 2018, a

partir de la evidencia que demuestra un aumento en la desigualdad en las últimas décadas, y considerando que la riqueza se encuentra distribuida de modo mucho más desigual que el ingreso, argumenta que hay razones de peso para atacar la desigualdad de la riqueza a través del sistema impositivo. Sugiere que no basta con la progresividad en los ingresos, y afirma que el impuesto a la herencia es central para atender la persistencia de la desigualdad en la distribución de la riqueza⁽¹⁵⁸²⁾. Asimismo, es de especial relevancia el informe 2018 de la CEPAL "La ineficiencia de la desigualdad"⁽¹⁵⁸³⁾ en el que no sólo se exhorta a la progresividad del sistema tributario sino también a los llamados "impuestos negativos" o renta básica.

IV. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN IMPUESTOS PROVINCIALES EN FUNCIÓN DEL LUGAR DE RADICACIÓN

En dos pronunciamientos recientes⁽¹⁵⁸⁴⁾ la Corte invalidó las alícuotas más gravosas en el Impuesto de Ingresos Brutos establecidas por leyes provinciales para los casos en que las empresas que comercializan los productos los elaboraran en otra jurisdicción. Se consideró que el régimen diferencial que discrimina en función del lugar de radicación del contribuyente vulnera el principio de igualdad, amén de afectar el comercio interprovincial, cuya reglamentación ha sido atribuida al Congreso Nacional, conf. arts. 75, inc. 13 y 126, instaurando una suerte de "aduanas interiores" vedada por los arts. 9º a 12 para perjudicar a los productos foráneos en beneficio de los manufacturados en su territorio. En otra oportunidad, la Corte había sentenciado que las alícuotas diferenciales establecidas en el impuesto provincial de sellos en función del domicilio de la sede social de la entidad recaudadora afectaban la garantía constitucional de igualdad, por no constituir el lugar de la sede de los negocios una pauta razonable que habilite a establecer una categoría diferenciada a tales efectos impositivos, lesionando seriamente la libertad de elección del mismo⁽¹⁵⁸⁵⁾. En el marco del *Consenso Fiscal* suscripto el 16/11/2017 las Provincias y CABA —excepto San Luis y La Pampa— se comprometieron a eliminar los tratamientos diferenciales tanto en el Impuesto sobre Ingresos Brutos, como en el Impuesto de Sellos.

V. MULTINACIONALES

En 1973 la empresa Parke Davis Argentina⁽¹⁵⁸⁶⁾, consideró vulneradas, entre otras, la garantía de igualdad. Siendo una persona jurídica diferenciada de Parke Davis Detroit, EE. UU., no se había admitido la deducción en concepto de regalías por servicio y uso de

fórmulas en el impuesto a los réditos, conf. ley 11.682. La Corte entendió que no se había desconocido la existencia de dos sociedades diferenciadas desde el punto de vista del derecho privado, pero que en virtud del principio de realidad económica, receptado en la [ley 11.683](#), para resolver el tratamiento impositivo debía atenderse a la significación económica del pago de regalías entre dos sociedades unificadas económicamente y dar preeminencia a la situación económica real, con prescindencia de las estructuras jurídicas utilizadas. Determinó que no existía contrato, atento a la ausencia de intereses contrapuestos. Concluyó que no se habían violado garantías constitucionales. Asimismo, entendió que los convenios para evitar la doble imposición celebrados con países extranjeros se basan en el principio de reciprocidad y, sólo se aplican a los sujetos residentes de dichos Estados, sin que se vea afectada la igualdad constitucional.

La doctrina del fallo fue receptada por la ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias en su art. 14, así como en la ley 20.557 de Radicación de Capitales Extranjeros, y en la ley 20.794 de Transferencia de Tecnología. El gobierno *de facto* en 1976 por medio de la "ley" 21.481 sustituyó la doctrina "Parke Davis" por la de los precios de transferencia, en virtud de la cual los "contratos" entre una empresa local de capital extranjero y la persona física o jurídica domiciliada en el exterior que directa o indirectamente la controle, son considerados como celebrados entre partes independientes en condiciones normales de mercado. Tal como lo señala Arístides Corti⁽¹⁵⁸⁷⁾, esta ficción de considerar a las matrices y filiales como si fueran partes independientes que celebran "contratos" a "precio" de mercado tiene por efecto incrementar los costos de las filiales y reducir sus utilidades, limitando la renta fiscal de los países en los que se hospedan las empresas extranjeras⁽¹⁵⁸⁸⁾. Aunque la doctrina de los precios de transferencia previene de los abusos en que podrían incurrir las multinacionales si pretendieran establecer entre las matrices y filiales o establecimientos permanentes precios aún mayores a los de mercado, la construcción teórica reposa en un artificio que favorece a los países exportadores de capital, en la medida en que se aparta del costo de dichas transferencias.

VI. INDUSTRIAS EXTRACTIVAS

En los años 90 tuvo lugar una reforma en la legislación minera, en el marco de un profundo cambio en relación con la explotación de los recursos naturales⁽¹⁵⁸⁹⁾. La [ley 24.196](#) estableció la estabilidad fiscal por treinta años para los emprendimientos mineros, así como la exención del pago de derechos de importación, la deducción del

100% de la inversión en el impuesto a las ganancias, entre otros beneficios. En 2016 a través del [decreto 349/2016](#), el Poder Ejecutivo eliminó los derechos de exportación del sector minero, fijando una alícuota del 0%.

Tal como lo advierte el Reporte sobre Tributación y Derechos Humanos presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2014⁽¹⁵⁹⁰⁾, las industrias extractivas generan pocos puestos de trabajo, frecuentemente están ligadas a violaciones a los derechos humanos, el despojo de territorios y desalojos masivos de las comunidades, la degradación y polución ambiental, que resulta en violaciones al derecho a la salud, al agua, a la vivienda. El derecho a participar en las decisiones relativas al uso de los recursos naturales suele ser violado, especialmente cuando están involucrados territorios de los pueblos originarios. Asimismo, señala que a menudo los beneficios de la actividad se van al extranjero y menciona la falta de transparencia que caracteriza al sector en torno a los contratos de concesión. El reporte subraya que el Estado que permite la explotación sin que una justa porción sea gravada, es una indicación de una falta en la movilización de recursos para cumplir con los derechos humanos de sus habitantes, sin perjuicio de alertar que la dependencia de los ingresos provenientes de recursos no renovables resulta preocupante en relación con la sustentabilidad y rendición de cuentas a largo plazo. No sólo está en juego el respeto por los derechos de toda la población sino también los derechos de las generaciones futuras.

* * *

Art. 17.—

La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino.

Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

EL DERECHO DE PROPIEDAD

Comentario por Juan Ignacio Sáenz

I. INVIOLABILIDAD Y RESTRICCIONES A LA PROPIEDAD. ESTÁNDARES JUDICIALES

El derecho de propiedad se encuentra formulado en dos artículos de la Constitución: el art. 14 en cuanto asegura el derecho "de usar y disponer de (la) propiedad", y el art. 17 —más específico— según el cual "la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley"⁽¹⁵⁹¹⁾. De modo concordante, el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece: *Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*

Como se comentara en el art. 14, la "propiedad" abarca el dominio y la titularidad sobre bienes patrimoniales y, en general, todas las relaciones jurídicas de las que surja en forma actual o futura un valor económico favorable a la persona: todo poder jurídico sobre bienes (dominio u otro derecho real), las derechos crediticios actuales, futuros o eventuales, como la herencia, los derechos jubilatorios, los derechos que surgen de un litigio, de un contrato, de una relación de familia, de una sociedad, de un permiso, concesión o licencia del Estado para usar o explotar un bien o un servicio, y los derechos que surgen de la propiedad intelectual, artística o industrial.

Desde el precedente "Bourdieu" (1925) hasta el día de hoy, la Corte define al término "propiedad" que emplean los arts. 14 y 17 de la Constitución como "todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a

condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo"⁽¹⁵⁹²⁾. Precisó en otros casos que incluye a "los derechos adquiridos que nacen de una sentencia firme, de un contrato o de un acto administrativo" (Fallos 314:1477, 1991)⁽¹⁵⁹³⁾.

Al establecer que la propiedad es "inviolable" y que nadie *puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley*, la Constitución otorga a este derecho idénticas garantías de intangibilidad que a la libertad ambulatoria, la privacidad y la intimidad, utilizando iguales términos que los arts. 18 y 19. Se requiere entonces ley formal del Congreso e intervención judicial para desapoderar a alguien de algún aspecto de su propiedad. En este sentido, p. ej., el Fisco debe acudir a la Justicia para procurar el cobro compulsivo de una deuda tributaria, sin poder hacerlo por sí mismo.

Las restricciones a la propiedad son las más numerosas del denominado poder de policía estatal⁽¹⁵⁹⁴⁾, pues el Estado reglamenta la propiedad a través de diversísimos medios: fija los impuestos, algunos precios y tarifas, prohíbe o regula importaciones, exportaciones y actividades económicas en general, restringe el uso del suelo (industrial, residencial, rural o comercial), establece normas de edificación, impone requisitos y limitaciones al ejercicio del comercio y a la adquisición y tenencia de determinados bienes. Los ejemplos que provee la realidad son infinitos.

Como se explicara al comentar los arts. 14 y 28, las reglamentaciones a la propiedad se encuentran sometidas a los criterios de revisión judicial más laxos. En los Estados Unidos, las restricciones a los derechos económicos o patrimoniales (*economic rights*) sólo son invalidadas si se advierten como claramente arbitrarias, desproporcionadas o excesivas (*rational basis review*)⁽¹⁵⁹⁵⁾.

En nuestro país, la Corte exhibe una importante serie jurisprudencial que demuestra —también— gran tolerancia hacia las limitaciones a la propiedad. En casi todos los casos, si la restricción a la propiedad es idónea o eficaz para alcanzar un fin legítimo del Estado⁽¹⁵⁹⁶⁾, y no se trata de una medida desproporcionada o abusiva, se reputa válida constitucionalmente. Sólo se invalidan las normas que evidencian una irrazonabilidad o ilegitimidad manifiestas⁽¹⁵⁹⁷⁾.

También tiene dicho la Corte que las limitaciones a la propiedad sólo pueden operar sobre sus efectos (el uso, la disposición), y deben resguardar el núcleo o sustancia del derecho (la integridad de la propiedad)⁽¹⁵⁹⁸⁾.

En épocas de emergencia económica, el derecho de propiedad puede ser restringido en mayor medida que en la normalidad,

siempre que la restricción sea temporal, ajustada al tiempo que dure la excepción⁽¹⁵⁹⁹⁾.

Tales estándares para examinar la constitucionalidad del poder del Estado sobre la propiedad se inician en el célebre caso "Ercolano c. Lanteri de Renshaw" (1922, Fallos 136:161), que revirtió la era anterior, híper-protectora de los derechos patrimoniales⁽¹⁶⁰⁰⁾. El fallo convalidó una ley nacional (11.157) que intervino en los contratos de locación privados destinados a habitación, estableciendo que durante dos años los locadores no podían cobrar un precio mayor que el que se pagaba por los mismos contratos el 1º de enero de 1920. En síntesis, sus fundamentos fueron: 1) El derecho de usar y disponer de la propiedad no es, como ninguno, absoluto, y puede ser reglamentado por intereses económicos generales y legítimos (en este caso, una "crisis de habitación"), 2) no corresponde a los jueces discutir el acierto del remedio, sino sólo determinar si la naturaleza y extensión son razonables y proporcionadas, y si se encuentra alterada la "sustancia" del derecho; 3) en el caso, la medida es proporcionada pues es temporal y mantiene la onerosidad del contrato, limitando tan sólo su precio, y la propiedad mantiene su integridad, por la posibilidad latente de transmitir, ceder o gravar el dominio de los inmuebles⁽¹⁶⁰¹⁾.

Esta línea sería reafirmada en "Avico c. De la Pesa" (1934, Fallos 172:21) donde avaló la constitucionalidad de la ley 11.741 que había dispuesto una prórroga de gracia de tres años para el derecho de los acreedores de ejecutar hipotecas, y la reducción de los intereses hipotecarios en los contratos privados al 6% anual durante el mencionado plazo. Señaló la Corte fundamentalmente que la moratoria dispuesta no atacaba la propiedad, que se mantenía "con todos sus atributos", sino que sólo se postergaba su goce sin extinguir el derecho.

En "Inchauspe" (1944, Fallos 199:483) rechazó la impugnación a la ley 11.747 que obligaba a los productores y comerciantes de carne a asociarse a la Junta Nacional de Carnes, un ente regulador del mercado, en pos de su finalidad legítima de "salvaguardar la industria ganadera" y considerando sin más que los medios elegidos en la ley para ello no lucían desproporcionados ni aniquilatorios de la sustancia del derecho de propiedad ("la ley no les impide a los productores vender a quien quieran, donde quieran y por el precio que quieran, o no vender").

En "Cine Callao" (1960, Fallos 247:121) examinó positivamente la ley 14.226, que obligaba a los dueños de salas cinematográficas de todo el país a contratar artistas de *varieté* ("números vivos"), a fin de asegurar los niveles de empleo de ese sector, sosteniendo que la

propiedad quedaba resguardada al no interferirse con la actividad empresarial y al autorizarse los recargos correspondientes en los precios de las entradas a las salas⁽¹⁶⁰²⁾.

En el caso "Peralta" (1990, Fallos 313:1513), aceptó la validez constitucional de un decreto de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo que dispuso un súbito canje de los depósitos que los particulares tenían en los bancos, por un título público a pagar en 10 años de plazo⁽¹⁶⁰³⁾, afirmando que no se trataba de una "quita" sobre los créditos y la propiedad, sino de una postergación en su disponibilidad.

Finalmente, en los casos "Bustos" (2004, Fallos 327:4495) y "Massa" (2006, Fallos 329:5913), en los que se sometió a examen la conversión a pesos (pesificación) de los depósitos a plazo fijo en dólares que existían en los bancos a noviembre de 2001, la Corte realizó un análisis muy similar a los precedentes mencionados: justificó la medida como un medio eficaz para conjurar una emergencia terminal del sistema financiero, y en relación con la integridad de la propiedad, ponderó que el capital originario de los depositantes —inicialmente muy afectado en su valor— había recuperado "poder adquisitivo" gracias a su devolución con ajuste por inflación y aplicación de intereses compensatorios.

La serie jurisprudencial que acabo de comentar, convalidatoria de las medidas más restrictivas a la propiedad que existieron en nuestra historia, no ha estado exenta de críticas y disidencias. Los votos de los jueces Antonio Bermejo y Luis María Boffi Boggero en los casos "Ercolano" y "Cine Callao" constituyen una buena síntesis de dichas posiciones.

II. LA DOCTRINA DE LOS "DERECHOS ADQUIRIDOS" COMO PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD

El derecho positivo ha planteado problemas en relación con la aplicación retroactiva de las normas y la afectación que ello puede producir a los "derechos adquiridos" (supongamos el caso de derogación de un régimen jubilatorio. ¿Existe un derecho adquirido del jubilado bajo tal régimen a mantener las condiciones y las prestaciones previstas en aquel? Si el Estado ha otorgado una autorización o licencia para explotar una actividad —p. ej., los juegos de azar—, por un determinado plazo, y luego una norma general la prohíbe ¿tiene el licenciatario un derecho adquirido a gozar de la explotación hasta el final del plazo previsto?

La Corte tiene dicho desde hace muchos años que "El carácter retroactivo de la norma que desconozca derechos incorporados al patrimonio del actor, viola el principio consagrado en el art. 17 de la

CN (Fallos 137:47 y 294; 163:155; 178:431; 238:496 y 251:78, entre otros).

En el caso "De Martín" (1976, Fallos 296:723), dilucidó todavía más la cuestión en los siguientes términos: "cuando los hechos jurídicos, fuente o productores de derechos, como que son la causa eficiente del nacimiento de estos se han consumado en la forma prevista en la ley, debe considerarse que han producido su efecto específico de crear un derecho pleno y no una mera expectativa".

En similares términos sostuvo en varios casos en los que se pretendía aplicar leyes regulatorias de honorarios profesionales a los trabajos realizados con anterioridad a su vigencia, que "Si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones substanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho, la ley nueva no puede modificar o alterar derechos incorporados al patrimonio al amparo de una legislación anterior, pues, en tal caso, los poderes legislativos se enfrentan con la protección del derecho de propiedad consagrado por el art. 17 de la CN (Fallos 305:899; 320:378; 321:1757). El nuevo ordenamiento no se proyecta atrás en el tiempo, ni altera el alcance jurídico de las consecuencias de los hechos y actos realizados en su momento bajo un determinado dispositivo legal, pues de lo contrario podría afectar derechos adquiridos bajo un régimen anterior. En consecuencia es necesario indagar en cada caso el momento en que se cumplió el hecho, acto o relación jurídica que engendró o sirvió de fundamento a la obligación, ya que esta circunstancia determinará cuál es la legislación aplicable. En el caso de los trabajos profesionales el derecho se constituye en el momento en que se los realiza, más allá de la época en que se practique la regulación"⁽¹⁶⁰⁴⁾.

En el caso "Marozzi c. Provincia de Santa Fe"⁽¹⁶⁰⁵⁾, declaró la inconstitucionalidad de una ley provincial que había derogado un régimen jubilatorio y declarado caducos todos los beneficios otorgados a su amparo y aplicación.

El art. 7º del Cód. Civ. y Com. sancionado en 2014 recoge los criterios expuestos y establece como regla que "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales".

III. LA EXPROPIACIÓN

Expropiar significa quitar a una persona la propiedad de un bien (generalmente un inmueble, aunque pueden ser bienes de cualquier

tipo y especie, incluidas acciones en sociedades⁽¹⁶⁰⁶⁾), a fin de destinarlo a un uso de interés general. Se trata de un instituto que existe en todo el mundo⁽¹⁶⁰⁷⁾, y junto con los tributos (impuestos, tasas y contribuciones especiales), implica la mayor limitación que la propia Constitución prevé al derecho de propiedad, pues supone —no ya una restricción al uso y disposición de un bien— sino su directa apropiación por el Estado.

Por ello, la Constitución sujeta el ejercicio del poder expropiatorio a las siguientes garantías para su validez:

a) la expropiación debe estar justificada en una "causa de utilidad pública" (la construcción de una ruta u otra obra, el emplazamiento de un parque público, la apertura de una calle, etc.)⁽¹⁶⁰⁸⁾;

b) tal calificación debe ser realizada por una "ley" (federal o local, según el Estado que esté expropiando)⁽¹⁶⁰⁹⁾;

c) el particular expropiado debe ser "previamente indemnizado", en forma "justa" (el art. 21.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos prevé la expropiación en similares términos que el art. 17CN, agregando que la indemnización debe ser "justa")⁽¹⁶¹⁰⁾.

En el ámbito nacional, el procedimiento de expropiación está reglamentado por la 21.499⁽¹⁶¹¹⁾, y consiste fundamentalmente en lo siguiente: dispuesta la expropiación por la ley, la repartición del Poder Ejecutivo o el organismo que sea encomendado, convoca al expropiado a los fines de su avenimiento voluntario para la venta del bien, dentro de los valores máximos estimados por el Tribunal de Tasaciones de la Nación⁽¹⁶¹²⁾. En caso contrario, el organismo expropiante debe iniciar un proceso judicial destinado a que un juez, sobre la base de la valuación del TTN⁽¹⁶¹³⁾, determine la indemnización justa y ordene las modificaciones registrales que fueran necesarias para producir la transferencia de un patrimonio a otro (en el caso de los bienes inmuebles). Se cumple así con la garantía constitucional según la cual "ningún habitante puede ser privado de (la propiedad) sino en virtud de sentencia fundada en ley", tal como prescribe antes el art. 17CN.

Respecto de la indemnización, el art. 10 de la ley 21.499 establece que "La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante". El art. 12 por su parte prescribe que "se pagará en dinero efectivo, salvo conformidad del expropiado para que dicho pago se efectúe en otra especie de valor".

A estas disposiciones, la jurisprudencia de la Corte agrega que "la indemnización debe ser justa, requisito que se satisface cuando es íntegra, es decir, cuando restituye al propietario el mismo valor económico de que se lo priva y cubre, además, los daños y perjuicios que son consecuencia directa e inmediata de la expropiación" (Fallos 268:112, entre muchos otros). En el caso "Servicio Nacional de Parques Nacionales c. Franzini" (1995, Fallos 318:445) la Corte estableció que el pago de una indemnización por expropiación debía ser en dinero efectivo, excluyéndola del pago en títulos públicos dispuesto en la [ley 23.982](#) de Consolidación de Deudas del Estado.

Las leyes que pueden disponer la expropiación de un bien en particular, individualizado e identificado, o de un universo de bienes que habrán de determinarse en el futuro, o que reúnan determinada característica⁽¹⁶¹⁴⁾.

Si el expropiante no promoviera el juicio de expropiación dentro de los 2 años desde la vigencia de la ley, se tendrá por abandonada (art. 33, ley cit.) y, asimismo, una expropiación consumada puede ser revertida mediante un "juicio de retrocesión", al que el expropiado tiene derecho cuando al bien se le diere un destino diferente al previsto en la ley, o cuando no se le diere destino alguno en un lapso de dos años (art. 35).

Finalmente, la ley admite que los particulares promuevan un juicio de expropiación "irregular" o "inversa", que se da cuando el Estado, existiendo una ley que declara de utilidad pública un bien, no lo promueve, o cuando el Estado —sin existir una ley que declare la utilidad pública de un bien y su expropiación—, imponga a su titular restricciones que importen una lesión a su derecho de propiedad (su ocupación u otra perturbación al uso), y que ameriten que se concrete la transferencia del bien a su patrimonio y el pago de una indemnización al particular por la vía judicial⁽¹⁶¹⁵⁾.

IV. CONFISCACIÓN Y REQUISICIONES

La "confiscación de bienes" que menciona este artículo, en su sentido estricto y originario, se refería a una pena que consistía en la apropiación por el Estado de la totalidad del patrimonio del condenado, lo cual, además de reconocer como antecedente su utilización como medio de condena a la herejía o de persecución y venganza, ya se encontraba suprimida en la Constitución de los Estados Unidos de 1787⁽¹⁶¹⁶⁾ y en la Constitución Española de 1837⁽¹⁶¹⁷⁾.

Sí subsisten en nuestro ordenamiento, como medidas derivadas de un proceso penal, la confiscación especial, secuestro o decomiso de bienes, como el cuerpo del delito, los instrumentos que se

hubieran utilizado para cometerlo y los productos o ganancias obtenidas por el delito. También existe la llamada "extinción del derecho de dominio" sobre los bienes respecto de los que se comprobara el origen ilícito.

La prohibición de "hacer requisiciones (y) exigir auxilios" por parte de cualquier cuerpo armado, se relaciona con la pretensión de suprimir y evitar las milicias que pusieran en peligro las autoridades creadas por la Constitución y el régimen federal. En el mismo sentido, el art. 22 dispone que "Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de este, comete delito de sedición", y el art. 126 prescribe que "las provincias (...) no pueden (...) levantar ejércitos. Asimismo, el art. 127 prohíbe a las provincias declararse "la guerra" y declara que "sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley".

Por último, el art. 21 obliga a todo ciudadano argentino a armarse en defensa de la patria y el art. 75.27 faculta con exclusividad al Congreso de la Nación a "Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno", otorgándole el art. 99.12 al presidente de la Nación el título de "comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación".

GARANTÍAS TRIBUTARIAS DEL ART. 17

Comentario por Federico Orlando y Sheila Heimenrath

I. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY⁽¹⁶¹⁸⁾

La Corte tiene dicho "[q]ue entre los principios generales que predominan en el régimen representativo republicano de gobierno, ninguno existe más esencial a su naturaleza y objeto, que la facultad atribuida a los representantes del pueblo para crear las contribuciones necesarias para la existencia del Estado. Nada exterioriza más la posesión de la plena soberanía que el ejercicio de aquella facultad ya que la libre disposición de lo propio, tanto en lo particular como en lo público, es el rasgo más saliente de la libertad civil"⁽¹⁶¹⁹⁾, remarcando que "las constituciones se ajustan a este régimen entregando a los Congresos o Legislaturas este privilegio exclusivo"⁽¹⁶²⁰⁾.

El principio de reserva de ley, como lo expone Jarach, es el resultado del encuentro y combinación de dos principios: el primero expresado en la máxima *nullum tributum sine lege*, y el segundo con el aforismo de origen anglo-estadounidense *no taxation without representation*. "Mientras el primero tiende a consagrar la primacía del Poder Legislativo para imponer tributos, el segundo tiende a afirmar la razón política de la ley como expresión de la voluntad general"⁽¹⁶²¹⁾.

Si no fuera por los reiterados quiebres al sistema democrático que sufrió nuestro país, podría decirse que el principio de reserva de ley en materia tributaria ha sido defendido ininterrumpidamente por los jueces. Asimismo, en concordancia con lo establecido en el art. 29 de la Constitución histórica, los constituyentes de 1994, al admitir y regular bajo ciertas circunstancias los decretos de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo, vedaron expresamente la materia tributaria (art. 99 inc. 3º)⁽¹⁶²²⁾.

Autores como Waldron han enfatizado la especial naturaleza del Poder Legislativo y su importancia para una sociedad que se autogobierna. La autoridad del texto consensuado al que finalmente se arriba estaría fundada en la deliberación colectiva previa en la que se tomaron en consideración diversas perspectivas, que a su vez representarían la pluralidad más vasta existente en la sociedad.

Si el presupuesto teórico que subyace al principio de reserva de ley está enraizado en la representación y la deliberación, no es posible soslayar la pregunta acerca de cómo lograr una representación plena⁽¹⁶²³⁾, sobre todo en un contexto social caracterizado por la exclusión. No cabe duda de que es preciso institucionalizar mecanismos que coadyuven a que las decisiones sean el producto de una deliberación inclusiva en la que efectivamente sean incorporados los diferentes puntos de vista existentes en la sociedad.

En el entendimiento de que el opuesto de la representación es la exclusión⁽¹⁶²⁴⁾, cobra especial relevancia el reciente reporte sobre tributación y derechos humanos⁽¹⁶²⁵⁾, en el que se afirma que las decisiones que conciernen a los tributos deben estar basadas en un diálogo nacional lo más amplio posible, con la efectiva y significativa participación de la sociedad civil. Se explicita que las decisiones fiscales deben estar sujetas al escrutinio de la población durante el diseño, la implementación y la fase de evaluación. Para ello deben fomentarse las capacidades fiscales de la población e implementarse mecanismos que aseguren igual acceso y oportunidades para participar, que contrarresten las asimetrías de poder y experticia.

El potencial democrático implícito en el principio de reserva de ley debe ser rescatado. No basta con que este se constituya como un límite al Poder Ejecutivo. Menéndez lúcidamente expresa su preocupación por el hecho de que la disconformidad en materia tributaria "tiende a expresarse más bien a través del acto privado de evadir impuestos y menos a través de la crítica pública del modelo fiscal existente"⁽¹⁶²⁶⁾ y entiende que la legitimidad podría reconstruirse, *inter alia*, reinterpretando el principio de reserva de ley como institucionalización del principio más general de autogobierno y el valor de la deliberación en la toma de decisiones democrática.

II. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA: SU APLICACIÓN A LAS DIFERENTES ESPECIES DE TRIBUTO

Si bien la constitución no da una definición de tributo o "contribución" en los términos de los arts. 4º y 17, la Corte ha delineado sus notas características a los fines de distinguir cuándo se está ante una especie tributaria y resulta por tanto aplicable el principio de reserva de ley.

Toda vez que "la norma define un presupuesto de hecho que, al verificarse en la realidad del caso concreto, da origen a la obligación de ingresar al erario público una suma de dinero, en las condiciones establecidas por ella, siendo que tal obligación tiene por fuente un acto unilateral del Estado y que su cumplimiento se impone coactivamente a los particulares afectados, cuya voluntad carece, a esos efectos, de toda eficacia" se está, sin hesitación ante una "contribución" (tributo) en los términos de los arts. 4º y 17 de nuestra CN⁽¹⁶²⁷⁾, dejando en claro que "no existe acuerdo alguno de voluntades entre el Estado y los individuos sujetos a su jurisdicción con respecto al ejercicio del poder tributario implicado en sus relaciones"⁽¹⁶²⁸⁾.

La Corte ha reiterado que "[l]os principios y preceptos constitucionales son categóricos en cuanto prohíben a otro poder que el legislativo, el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas"⁽¹⁶²⁹⁾. Es decir, el principio de reserva de ley se extiende a todas las especies tributarias, siguiendo la clásica clasificación tripartita⁽¹⁶³⁰⁾.

Con respecto al peaje, la Corte afirmó⁽¹⁶³¹⁾ que constitucionalmente es una de las contribuciones a que se refiere el art. 4º, caracterizada por la circunstancia de que el legislador la asocia a un proyecto suyo —de construcción, conservación o mejora de la vía de tránsito— y se exige a aquellos que utilizan la vía en cuestión, como una forma de financiación de obras públicas. De ello se deriva que es de aplicación al peaje el principio de reserva de ley.

Por otra parte, la Corte concluyó que el "empréstito forzoso" es una especie de tributo, puesto que a los contribuyentes a cuyo respecto se configura la situación de hecho prevista en la ley, se impone coactivamente la obligación de depositar sumas de dinero en las cuentas estatales. La particularidad que exhibe —la posterior restitución de importes— no desvirtúa su naturaleza tributaria⁽¹⁶³²⁾.

Cabe advertir que la Corte ha sostenido inveteradamente que las instituciones jurídicas no dependen del *nomen iuris* que se le haya asignado, sino de su verdadera esencia jurídico-económica, la que debe privilegiarse toda vez que no medie correlación entre la denominación y la realidad.

III. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY Y LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TRIBUTO

Es pacífica la doctrina y la jurisprudencia en considerar que el principio de reserva de ley no es sólo una expresión jurídico-formal de la tributación, sino que constituye una garantía substancial⁽¹⁶³³⁾. No se pueden establecer ni modificar los llamados elementos esenciales del tributo ni crear exenciones por otra vía que no sea la ley en sentido formal. Jarach señaló que el hecho definido abstractamente por la norma como supuesto de la obligación tributaria se compone de los siguientes elementos: "en primer término, los hechos objetivos contenidos en la definición legal del presupuesto, en segundo término, la determinación subjetiva del sujeto o de los sujetos que resulten obligados al pago del gravamen y el momento de vinculación del presupuesto de hecho con el sujeto activo de la imposición; en tercer término, la base de medición, llamada también base imponible (...); en cuarto término, la delimitación en el espacio y en el tiempo de esos hechos; en quinto término, la cantidad expresada en una suma finita, o bien en un porcentaje o alícuota aplicable a la base imponible"⁽¹⁶³⁴⁾.

El elemento material del hecho imponible se refiere al "núcleo fáctico del presupuesto de hecho que será atribuido al destinatario legal tributario, en tanto lo realice o se encuentre abarcado en las situaciones o conductas típicas descriptas por la norma"⁽¹⁶³⁵⁾. De allí que el principio de reserva de ley exige que las leyes tributarias describan las hipótesis de incidencia mediante enunciaciones taxativas. No debe aceptarse la analogía en la interpretación de las normas tributarias materiales para extender el derecho o imponer obligaciones más allá de lo previsto por el legislador.

El elemento personal del tributo se refiere, por un lado, al destinatario legal del mismo, p. ej., el contribuyente, que realiza el hecho imponible y puede referirse, asimismo, a otros sujetos pasivos,

que deben ser expresamente establecidos en la ley: los responsables por deuda ajena y los responsables sustitutos.

El elemento temporal debe estar contemplado dentro de la hipótesis de incidencia, al estar estrechamente vinculado con cuestiones de suma importancia, tales como la entrada y expiración de la vigencia del tributo, la retroactividad tributaria, el momento del perfeccionamiento del hecho generador, el plazo desde el cual debe comenzar a computarse la prescripción, etcétera.

En cuanto al elemento cuantitativo, la ley debe dar claras definiciones sobre la base de cálculo o base imponible, precisando las alícuotas que se aplicarán sobre la misma. Cabe mencionar que en la doctrina existe cierto consenso con relación a que las alícuotas o escalas que configuran las tarifas de ciertos tributos —impuestos aduaneros e impuestos a los consumos— es una de las pocas regulaciones en las que se admiten ciertas facultades de la Administración para su ajuste, dentro de la política legislativa definida por la delegación impropia.

En este orden de ideas, la Corte en un *obiter dictum* consideró que sería constitucionalmente válido que en materia de derechos de exportación el Congreso estableciera un piso y un techo para las alícuotas y, delegara la competencia en el Poder Ejecutivo para fijarlas con exactitud, dentro de los límites previstos⁽¹⁶³⁶⁾.

IV. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES EN MATERIA TRIBUTARIA

Puede decirse que la doctrina que emana de la Corte Suprema con relación a la retroactividad de las leyes afirma, en general, que la irretroactividad de la ley es una garantía constitucional explícita sólo en el campo penal, como consecuencia de lo prescrito por el art. 18 de la CN.

Aparece un primer grupo de precedentes en los que se considera que el efecto retroactivo de una ley en materia tributaria no es inconstitucional. Cabe mencionar el fallo "El gremio de abastecedores de la Ciudad de Tucumán c. La Municipalidad de la misma" de 1881. En el voto mayoritario se sostuvo que la prohibición contenida en el art. 18 de la CN sólo se refería a las causas penales en cuanto por las nuevas leyes se pretendiera agravar las penas, o empeorar las condiciones del encausado. Una familia importante de fallos del Tribunal que brindó sustento a las leyes tributarias retroactivas, tal como lo señala Jarach, se encuentra referida al impuesto sucesorio, a las herencias o a la transmisión gratuita de bienes⁽¹⁶³⁷⁾.

La ciencia de las finanzas suele considerar el fenómeno conocido como "efecto fuga ante el impuesto" o "efecto publicidad" que consiste en la acción deliberada del contribuyente de intentar sustraerse de la imposición de un tributo, una vez anunciado un cambio en la legislación tributaria, buscando no quedar encuadrado en los hechos generadores de los gravámenes, o estarlo en la menor medida posible. En esos casos, la doctrina ha admitido retrotraer la vigencia de las leyes en materia tributaria al momento en que comienza a deliberarse públicamente el proyecto de ley. Son denominadas "leyes candado" y su objetivo es el de evitar al aprovechamiento por parte de los particulares del conocimiento previo de las reformas propuestas.

Por otra parte, en el caso de los impuestos de ejercicio, donde el hecho imponible se configura a la finalización del período fiscal, se suele admitir una aplicación retroactiva al inicio del mismo, denominada "seudorretroactividad".

En otra familia de fallos, la jurisprudencia ha receptado ciertos argumentos para limitar los efectos retroactivos de las leyes tributarias. Para ello, se han utilizado diversos argumentos que vale la pena considerar.

El primero es la aplicación al campo tributario del ya mencionado principio de reserva de ley. Así, expresó Jarach que "las situaciones jurídicas de los contribuyentes debe ser regidas por la ley, pero no por una ley cualquiera, sino por una ley anterior a los hechos que caen bajo su imperio"⁽¹⁶³⁸⁾. Esta tesitura fue admitida por la Corte Suprema en algunos precedentes en los que se estableció que "el principio de la reserva de la ley tributaria, de rango constitucional y propio del estado de derecho, únicamente admite que una norma jurídica con la naturaleza de ley formal tipifique el hecho que se considera imponible y que constituirá la posterior causa de la obligación tributaria"⁽¹⁶³⁹⁾.

Y un segundo derrotero argumentativo giró en torno a la tutela del derecho de propiedad y la noción de derechos adquiridos. Véase, p. ej., el precedente "Ordoqui"⁽¹⁶⁴⁰⁾, donde la Corte, si bien admitió la validez del efecto retroactivo de una ley impositiva de la Provincia de Buenos Aires, a manera de *obiter* expresó que ni el legislador, ni el juez pueden en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonialmente adquirido al amparo de la legislación anterior". Este criterio fue repetido⁽¹⁶⁴¹⁾ y posteriormente se fue consolidando la jurisprudencia que reconoció en el efecto liberador del pago un derecho que no puede ser modificado *a posteriori* por nueva legislación o por modificaciones en las interpretaciones⁽¹⁶⁴²⁾.

El dictamen del procurador en el fallo "Insúa"⁽¹⁶⁴³⁾ ofrece un exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial del principio de irretroactividad. Allí se menciona una vertiente crítica de la doctrina del efecto liberador del pago, que plantea que la existencia o inexistencia de un pago no influiría en lo esencial. El derecho a considerar definitiva e irrevocablemente dilucidada y fijada la situación del contribuyente en orden a las obligaciones impositivas establecidas por un determinado régimen legal, debería operar en ambos casos. Sin perjuicio de ello, cabe advertir que la *ratio decidendi* de la Corte en el fallo fue la doctrina del efecto liberador del pago.

Más recientemente, la Corte en "Camaronera Patagónica"⁽¹⁶⁴⁴⁾ declaró la inconstitucionalidad de la res. 11/2002 del Ministerio de Economía que estableció derechos de exportación, conocidos como "retenciones", de indudable naturaleza tributaria. El Alto Tribunal consideró además que una ley del Congreso carecía de eficacia para convalidarla retroactivamente, aunque no existía razón para privarla de efectos en relación con los hechos acaecidos después de su entrada en vigencia. Es decir, aplicó en forma estricta el principio de reserva de ley en materia tributaria.

V. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY Y LA PROPIEDAD PRIVADA

A partir de la lectura del art. 17, Jarach advierte que "[c]on respecto a los impuestos, no se dice que no puedan ser confiscatorios, sólo se afirma que el Congreso establece los impuestos"⁽¹⁶⁴⁵⁾. La consecuencia lógica que el autor considera que se extrae, *prima facie*, es que el derecho de propiedad está a salvo, cuando los impuestos sean aprobados por una ley del Congreso.

La interpretación de este principio como una garantía meramente formal se corresponde con la doctrina de la CS en sus comienzos. En "Faramiñán, Manuel c. Municipalidad de La Plata"⁽¹⁶⁴⁶⁾ de 1908, la Corte entendió que de ninguna manera podían considerarse confiscaciones prohibidas por la Constitución "lo que en forma de contribuciones para fines públicos pueda imponer el Congreso o los gobiernos locales". Con posterioridad, la Corte ha elaborado una doctrina completamente distinta.

No es posible soslayar la tensión que subyace entre la consagración de la regla de la mayoría y el derecho de propiedad. James Madison en *El Federalista* nro. 10, consideraba que la fuente más común y duradera de las facciones ha sido la desigual distribución de la propiedad. Las mayorías desposeídas representan una amenaza para las minorías privilegiadas⁽¹⁶⁴⁷⁾.

Desde un enfoque relacional, que pone el foco en el modo en que el derecho estructura las relaciones humanas, Nedelsky señala que el derecho de propiedad privada —p. ej., el derecho a excluir a los otros —suele ser visto como auto-evidente más que como un ejercicio de poder—. El hecho de que el Estado está detrás de ese poder a menudo se invisibiliza⁽¹⁶⁴⁸⁾.

Diversas justificaciones de la propiedad se han propuesto a lo largo de la historia⁽¹⁶⁴⁹⁾. Nino destaca la relevante distinción que hace Waldron entre justificaciones que se apoyan en un "derecho especial y condicional de propiedad", es decir, dan razones para considerar legítima la propiedad de cierto bien si se han dado ciertos hechos, y otras teorías que sostienen un "derecho general e incondicional de propiedad". Una justificación de la propiedad basada en la autonomía de la persona, por la cual "toda persona tiene derecho a acceder, efectivamente, a la propiedad individual y no solamente a tener una oportunidad a tal acceso (...) conlleva necesariamente la necesidad de limitarla, no ya para satisfacer otros valores (...) sino en términos del mismo valor de la propiedad"⁽¹⁶⁵⁰⁾. Por su parte, Gerald Cohen analiza cómo la propiedad privada es en buena medida un modo particular de distribuir libertad y *falta de libertad*⁽¹⁶⁵¹⁾.

Nagel y Murphy entienden que la propiedad privada es una convención legal que se define en parte por el sistema tributario. Por ello, el sistema tributario no puede ser evaluado mirando su impacto sobre la propiedad privada concebida como algo que tiene una existencia y validez independiente. Los tributos deben ser evaluados como parte del sistema de derechos de propiedad que ayudan a crear. La justicia o injusticia en la tributación sólo puede significar justicia o injusticia en el sistema de derechos de propiedad que resultan de un determinado régimen tributario⁽¹⁶⁵²⁾.

En este orden de ideas, resulta especialmente problemática la doctrina de la confiscatoriedad que ha sido desarrollada por la Corte.

VI. PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD

La Corte ha elaborado la doctrina de que los impuestos no pueden ser confiscatorios en el sentido que no pueden afectar una porción sustancial de la renta o el capital. Esta doctrina, como garantía sustancial de la propiedad, ha sido fundada en el art. 17, así como en el art. 28 —garantía de razonabilidad—, y el 33 —garantías implícitas—. Ha sido aplicada a las contribuciones de mejoras, a la transmisión gratuita de bienes y al impuesto inmobiliario⁽¹⁶⁵³⁾.

En 1911 en el fallo "Rosa Melo de Cané" el fiscal eclesiástico del obispado de La Plata, con motivo del legado que se había instituido a favor de las iglesias del Pilar y San Antonio de Areco, se opuso al

pago del impuesto sucesorio que estaba destinada, en virtud de la ley provincial de 1875, a la Dirección General de Educación de la provincia de Buenos Aires. La Corte concluyó que si bien el legislador estaba habilitado para distinguir entre los establecimientos religiosos y las personas particulares, el impuesto del 50% sobre el importe del legado dejado a favor de un establecimiento religioso era una confiscación que restringía en condiciones excesivas los derechos de propiedad y de testar, que la Constitución consagra en sus arts. 17 y 20 en favor de sus ciudadanos y extranjeros, toda vez que alcanzaba una parte sustancial de la propiedad o la renta de varios años de capital gravado.

La práctica jurisprudencial construida por nuestro Máximo Tribunal en torno a este principio es agrupada en dos grandes momentos. En el primero de ellos, la Corte Suprema, si consideraba que había una afectación a derechos y/o garantías constitucionales, hacía lugar al planteo impetrado y ordenaba la devolución de lo pagado, íntegramente. En este sentido, el Tribunal entendía que no podía fijar un límite cuantitativo más allá del cual el tributo devendría confiscatorio, porque esto implicaría realizar una función materialmente legislativa, quebrando el principio de división de poderes⁽¹⁶⁵⁴⁾. Tal como lo destaca Naveira, la crítica que se realizaba a este criterio es que "el resultado era disvalioso, porque el contribuyente afectado terminaba indemne frente al Fisco sin contribuir porque le devolvían todo lo pagado oportunamente"⁽¹⁶⁵⁵⁾.

La Corte comenzó a delinear el que luego sería el porcentaje fijo del 33%. Para ello pueden verse los precedentes "Carlos Julio Bunge" (CS, 1940), "Gobierno de Italia c. Consejo Nacional de Educación", "Bamvinda de Castro Azevedo de la Cámara Lomelino c. Pcia. de Buenos Aires" (CS, 1943), entre otros.

En un segundo momento, a partir del fallo "Vázquez de Filipini"⁽¹⁶⁵⁶⁾ (CS, 1946), la Corte sostuvo que si el tributo era inconstitucional por excesivo, sólo lo era en cuanto se excedía de un límite cuantitativo. Como consecuencia, correspondía la devolución de lo pagado en la proporción en que resultase violatorio⁽¹⁶⁵⁷⁾. En el caso "Ocampo" y "Synge" (CS, 1956), la Corte fijó el límite general máximo de la confiscatoriedad en 33%.

Jarach advertía las implicancias políticas que traía en el impuesto a la transmisión gratuita de bienes, el hecho de que sin tener en cuenta el monto, se aplicara el mismo porcentaje del 33%⁽¹⁶⁵⁸⁾. Consideraba que la doctrina de la Corte vino a desvirtuar el propósito del legislador. Un impuesto que por su finalidad y su evolución histórico-política era un impuesto progresivo, es decir, en el que aumenta la alícuota a medida que aumenta el monto, si se aplica el

tope del 33%, la progresión juega sólo hasta el límite de esa cifra y no más allá, beneficiando a los herederos de las grandes sucesiones.

Resulta pertinente al respecto considerar las razones que aporta el Superior Tribunal Constitucional de España al pronunciarse sobre el principio de no confiscación en materia fiscal, admitiendo que su interpretación dista de hallarse doctrinariamente clarificada. El planteo básico es el siguiente: lógicamente, el efecto de una tasa del 100% resultaría sin lugar a dudas confiscatorio. Sin embargo, por debajo de ese límite absoluto que agota la riqueza imponible, es preciso asumir que no es tarea sencilla trazar "la frontera en la que lo progresivo o, quizá mejor, lo justo, degenera en confiscatorio"⁽¹⁶⁵⁹⁾.

Con respecto al impuesto inmobiliario, gravamen local que habitualmente se aplica anualmente sobre la valuación fiscal de la propiedad, la Corte estableció que es confiscatorio cuando absorbe más del 33% de la renta, pero especificando que "a los efectos de su apreciación cuantitativa debe estarse al valor real del inmueble y no a su valoración fiscal y considerar la productividad posible del bien"⁽¹⁶⁶⁰⁾. La Corte ha avalado la validez de los gravámenes que se establecen sobre bienes inexplorados con propósitos de fomento. Es preciso tener en cuenta que para acreditar la confiscatoriedad la Corte ha reiterado que es requisito *sine qua non* la prueba concluyente aportada por el contribuyente⁽¹⁶⁶¹⁾.

En el caso "Candy"⁽¹⁶⁶²⁾ la Corte consideró que la prohibición de utilizar el mecanismo de ajuste por inflación del Título VI de la Ley de Impuesto a las Ganancias, establecida por el Congreso Nacional, no era inconstitucional, pero resultaba inaplicable al caso en la medida en que la alícuota efectiva a ingresar insumía una "sustancial porción de las rentas obtenidas", excediendo cualquier "límite razonable" de imposición, configurándose un supuesto de confiscatoriedad. El Tribunal también afirmó que "en razón de las cambiantes circunstancias del país —e incluso bajo las mismas circunstancias— la diversa relación de determinadas especies de impuestos con el bienestar general, derivada de la clase de riqueza o actividad gravada, entre otros factores, puede justificar que la determinación del límite varíe en más o en menos. Dicho límite no es absoluto sino relativo, variable en el tiempo y aun susceptible de diferenciaciones en un mismo tiempo". Consideró, asimismo, que es preciso tener presente la función social de la propiedad.

DESAFÍOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Comentario por Celia Lerman

El art. 17 de la CN establece que "todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley".

Nuestra CN se inspiró en el texto de la Constitución de Estados Unidos, pionera en esta área bajo la influencia de James Madison y de Thomas Jefferson⁽¹⁶⁶³⁾. Jefferson reconocía las características especiales de la propiedad intelectual: los bienes de propiedad intelectual son fáciles de compartir, por ser bienes intangibles y no rivales, que pueden ser utilizados por más de una persona a la vez sin disminuirlos. Jefferson comparaba las ideas con el fuego que ilumina: "el que recibe mi idea, recibe instrucción sin disminuir la mía, tal como quien enciende su luz a partir de mi candela, recibe luz sin oscurecerme". Por estas características, Jefferson razonaba, "en su naturaleza, las invenciones no pueden estar sujetas a derechos de propiedad" que las limiten⁽¹⁶⁶⁴⁾. En sus intercambios, Jefferson y Madison concluían que las naciones podrían otorgar monopolios sobre las ideas, como incentivos a las obras literarias y a las invenciones del ingenio, pero que sólo tendría sentido hacerlo si esta protección antinatural era limitada en el tiempo⁽¹⁶⁶⁵⁾. Es decir, los derechos de propiedad intelectual debían tener una duración limitada.

El motor del texto estadounidense fue promover el progreso de la ciencia y la tecnología. Pero en nuestro país, el motivo subyacente de la protección fue ciertamente distinto: nuestra constitución priorizaba la promoción de la inversión extranjera, por sobre el desarrollo local de tecnología. Así surge de los escritos de Juan Bautista Alberdi, en los que concibe a la propiedad intelectual principalmente como una herramienta para la inversión extranjera. Tal como los monopolios de concesiones públicas, se otorgarían derechos de propiedad intelectual como "privilegio de la industria heroica [que] es el aliciente mágico para atraer riquezas de afuera"⁽¹⁶⁶⁶⁾. Es decir, más que derechos individuales, Alberdi pensaba a la propiedad del art. 17 como privilegios temporales del actual art. 75 inc. 18, funcionales a la "Cláusula del Progreso"⁽¹⁶⁶⁷⁾. Más que derechos preexistentes, los derechos de propiedad intelectual serían un medio para el fin del progreso nacional⁽¹⁶⁶⁸⁾.

Esta particular concepción de la propiedad intelectual impregnó de un tinte propio a la legislación local. La antigua Ley de Patentes 111 de 1864, p. ej., permitía las "patentes de reválida" en algunos casos:

para obtener protección de patentes en Argentina, no era necesario un invento nuevo, sino que podía revalidarse un derecho sobre una invención ya conocida en otro país⁽¹⁶⁶⁹⁾. Es decir, no era necesario desarrollar nueva tecnología, sino que con la inversión local nos bastaba para otorgar monopolios. Es interesante ver cómo, desde el mismo Alberdi, nuestra estructura legal fue pensada para un país importador de tecnología, más que para una nación productora de conocimientos.

Concebir a la propiedad intelectual como una herramienta para un fin nos lleva a delinearla por un tiempo limitado. En nuestro texto, "el término que le acuerda la ley" es el suficiente para llevar a cabo el fin público deseado, sea de promoción de la ciencia o la atracción de inversiones, y así limita el derecho exclusivo en el tiempo. En este marco, es difícil concebir un derecho de propiedad intelectual ilimitado bajo nuestra constitución. Esto plantea desafíos en el área de derechos de autor, en el que comúnmente se reconocen derechos perpetuos. En un ejemplo concreto: la doctrina mayoritaria interpreta que el derecho moral del autor es un derecho personalísimo e ilimitado en el tiempo. ¿Pero cómo compatibilizar esta interpretación con el texto de la Constitución, bajo el cual la ley le otorga un tiempo limitado al derecho? Afortunadamente, ni la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual ni los tratados internacionales se comprometen con un derecho moral perpetuo. La interpretación mayoritaria no se justifica bajo los límites temporales de nuestra Constitución⁽¹⁶⁷⁰⁾.

Las preguntas constitucionales sobre la propiedad intelectual reaparecen con fuerza a la hora de repensar la duración de los derechos. Recientemente, un proyecto de ley presentado por la diputada Liliana Mazure propuso extender los derechos de autor sobre las fotografías (actualmente, de 20 años desde la publicación), equiparándolo al resto de las obras, que se protegen por 70 años después de la muerte del autor⁽¹⁶⁷¹⁾. El proyecto también recomendó volver a proteger aquellas fotografías que se hubieran incorporado al dominio público, sin que hubiera transcurrido el nuevo plazo de protección. Esta propuesta presenta dos cuestiones interesantes: Por un lado, ¿en qué medida podemos extender la duración de los derechos de autor bajo la Constitución? Por otro lado, si extendemos la duración ¿podemos aplicar el nuevo plazo solamente a las obras futuras, o también a las actuales, o incluso también a las obras que ya pasaron al dominio público?

Sobre la primera cuestión, la constitución misma no nos establece límites determinados —sólo se trata de "el término que le acuerde la ley"—. Es decir, debe existir un término, pero la Constitución no ilumina sobre la duración de dicho término en particular. Asimismo,

actualmente, la ley argentina encuentra límites mínimos en los tratados internacionales, pero no máximos. Estos límites son principalmente el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) (aprobado por ley 24.425), que establece una duración *mínima* para ciertas obras, pero que igualmente no aplica las obras fotográficas⁽¹⁶⁷²⁾; y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derechos de Autor (ratificado por ley 25.140), que elimina la diferencia de duración de las obras fotográficas respecto de las demás obras⁽¹⁶⁷³⁾. En línea con este último tratado, extender la protección de las obras fotográficas sólo sería adecuar la legislación a los compromisos internacionales existentes.

Sobre la segunda cuestión, podría señalarse que extender el plazo a aquellas obras que actualmente están protegidas, y también a aquellas que ya han pasado a dominio público, violaría el principio de irretroactividad de la ley⁽¹⁶⁷⁴⁾. Respecto de las obras actuales, tal como lo estableció la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso análogo "Eldred v. Ashcroft", extender el plazo de obras actuales de por sí no viola derechos constitucionales, siempre que la extensión sea también por tiempo limitado⁽¹⁶⁷⁵⁾. Pero respecto de las obras que ya pasaron a dominio público, hay buenas razones para impedir que vuelvan a pasar al dominio privado. El autor ya no es propietario de su obra, y de que por eso el fundamento de "revivir" el derecho exclusivo no residiría en proteger el aporte creativo del autor; sino en otras razones de conveniencia pública, que no están protegidas directamente bajo la cláusula constitucional que protege al autor⁽¹⁶⁷⁶⁾.

Un último desafío de la cláusula constitucional de propiedad intelectual es el rol del autor o inventor en la titularidad del derecho exclusivo. En el derecho de autor, el autor es el propietario de su obra, excepto cuando se trata de obras compiladas o anónimas (art. 8º), o de software en el marco de una relación laboral (art. 4º.[d] de la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual). En el caso del software, poco se entiende por qué el autor no es el titular originario, y es difícil encontrar motivos de estas diferencias más allá de la conveniencia del legislador y de la industria. Asimismo, en el derecho de patentes, el inventor es el titular originario, pero en la práctica el Instituto de la Propiedad Industrial permite solicitar patentes a las empresas sin demostrar que han obtenido la cesión de derechos del inventor. Este atajo práctico deja en un rol secundario al inventor, diferenciando a nuestro país de otras jurisdicciones como Estados Unidos, en donde el inventor es siempre el titular originario también a los ojos de la

autoridad administrativa, y se exige su intervención en el proceso de tramitación.

En conclusión, el art. 17 de nuestra Constitución establece lineamientos básicos para el derecho de autor y el derecho de patentes, y aunque se inspira en la legislación extranjera, tiene fundamentos distintivos. La Constitución plantea desafíos tanto a la normativa actual como a los proyectos para modificarla; y todavía hay mucho por hacer para adecuar la regulación a los contornos constitucionales en esta materia.

* * *

Art. 18.—

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos, y con qué justificativos, podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

INVOLABILIDAD DE LA DEFENSA DE LA PERSONA Y DE LOS DERECHOS

Comentario por José Ipohorski

El art. 18 de la CN establece que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. Lo primero que puede advertirse a partir de la lectura de este artículo es que *la interacción social supone la existencia de disenso, desacuerdo y conflictos entre las personas, individual o colectivamente*, o bien con el Estado y sus entidades. Por tales motivos es que se justifica el establecimiento de una autoridad y procedimientos para resolver estas disputas con base en reglas imparciales, adoptadas mediante recaudos deliberativos que — idealmente— contemplen la voz de todos aquellos potencialmente implicados, las que habrán de plasmarse en normas, ya sean leyes u otro tipo de disposiciones.

No obstante, la sola existencia de las leyes que, de manera general y abstracta buscan coordinar, establecer límites y contornos a los distintos derechos y su relación con las prerrogativas de la autoridad, no garantizan que esas leyes impidan desacuerdos sobre dichos límites y su interpretación en el caso concreto. Pero lo importante es señalar que estos conflictos deben resolverse pacíficamente a través de la intervención de un tercero ajeno a la contienda luego de un procedimiento denominado "juicio". Ello supone una limitación a la defensa privada de los derechos que, salvo casos de urgencia, queda vedada como método de resolución de disputas⁽¹⁶⁷⁷⁾. Justamente, como ese medio está prohibido, es que se establece un Poder Judicial, cuyos jueces y tribunales —imparciales e independientes— deben definir en ese juicio los alcances y límites de los derechos en cada caso de acuerdo con la ley. Salvo la Corte Suprema, establecida por la misma Constitución (art. 108CN) y los tribunales provinciales, cuya organización corresponde a cada una de ellas (arts. 5º y 121CN), la creación y el establecimiento de la competencia de los tribunales es efectuada por el Congreso, y esos jueces son los que habrán de "conocer y decidir" en esos casos (arts. 75, inc. 20 y 116CN), a través de las acciones procesales que se regulan en las leyes de procedimiento (art. 75, inc. 12CN).

En la Constitución de 1853/60 se establece que las penas criminales solamente pueden ser impuestas después de un juicio fundado en ley anterior al hecho del proceso; asimismo, nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley (arts. 17 y 18CN). Lo que puede inferirse de estas cláusulas es que la privación de un derecho debe provenir de una sentencia cuyo presupuesto es ese juicio, y no puede concebirse un juicio sin una oportunidad de defensa de quien es demandado o acusado. A su vez, luego de la incorporación al texto constitucional de los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, el derecho de defensa se ha visto enriquecido en el detalle de sus alcances y

ámbito de protección, disponiéndose que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones en el orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (art. 8º, apart. 1º CADH; art. 14, apart. 1º PIDCP; art. 75, inc. 22CN). El Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su art. 6º que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. Por último, la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América establece que a nadie se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal (*due process of law*).

Esta noción de debido procesal legal o adjetivo (por oposición al llamado debido proceso sustantivo⁽¹⁶⁷⁸⁾) es fundamental para la comprensión de este derecho y así lo ha sostenido la Corte Suprema al señalar que "...la garantía constitucional de la defensa en juicio impone la posibilidad de recurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia [...] que todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en el art. 18 de la CN, sea que actúe como acusador o acusado, como demandado o demandante; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si este existe y tiene fundamento en la Constitución. No se observa, en efecto, cuál puede ser la base para otorgar distinto tratamiento a quien acude ante un tribunal peticionando el reconocimiento o la declaración de su derecho —así fuera el de obtener la imposición de una pena— y el de quien se opone a tal pretensión, 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 que sea la naturaleza del procedimiento —civil o criminal— de que se trate (Fallos 268:266)"⁽¹⁶⁷⁹⁾..

No obstante su enfático acogimiento en la jurisprudencia de la Corte, no hay una mención expresa al "debido proceso" en la CN o en los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aunque se ha señalado que este término —de origen anglonorteamericano— impregna los distintos instrumentos internacionales sobre la materia y sus órganos de interpretación, y

que se trata de un concepto más orientado al proceso penal, con énfasis en la idea de contradicción (*adversariality*) entre las partes del litigio y la protección de los derechos del sospechoso y acusado de un delito⁽¹⁶⁸⁰⁾. Por ello, frente a la indeterminación de este concepto, y dada la mayor precisión y detalle que se realiza en los instrumentos internacionales mencionados, puede decirse que el proceso "debido" es aquel que surge de la Constitución, complementada por las cláusulas de dichos instrumentos. En ellos se pone el acento en la noción de "juicio justo" (*fair trial*), destacándose que existe una noción general, aplicable en todo tipo de procedimientos relevantes (civiles, criminales y administrativos) y una parte específica que involucra los derechos de la defensa en procedimientos criminales⁽¹⁶⁸¹⁾.

Además, merece destacarse que en una democracia liberal todo acto de privación de un bien a un individuo en el que intervenga la coacción estatal debe interponerse un juez, que habrá de verificar la aplicación de las leyes generales y abstractas en el caso particular. Pero no basta con que intervenga un juez si su intervención no está amparada en diversas garantías para quienes recurren a él y que, además, el procedimiento que regule su conocimiento de los casos no esté rodeado de recaudos orientados a que el ejercicio de sus competencias no aparezca como una mera fachada que intente dar una pátina de legitimidad a un procedimiento arbitrario, o llevado adelante por otros funcionarios, sin un control efectivo de una magistratura imparcial e independiente.

Relacionado con ello, existe otra garantía para las personas en lo que se refiere a la protección de los derechos por parte del Poder Judicial. Ello se logra asegurando el monopolio de los jueces sobre la determinación de los hechos, los acontecimientos históricos reconstruidos a través de diversos medios de prueba, que son el presupuesto de la aplicación de las normas en los casos sometidos a su conocimiento. Esto evita la utilización arbitraria de las leyes y también funciona como una precaución frente al establecimiento — sin admitir prueba en contrario— de los hechos en sede legislativa o administrativa, lo que implica un avasallamiento a las prerrogativas de dicho poder estatal y una afectación al debido proceso (arts. 18 y 116CN).

Por otro lado, esta idea de interponer un procedimiento entre la privación de un bien y el individuo tiene que ver con el establecimiento de un proceso comunicativo, de un diálogo reglado con ese individuo para la exposición de las razones involucradas en la justificación de ese acto de coacción y de las razones en sentido contrario que pudiera tener dicha persona frente a él. Ese diálogo

ordenado habrá de plasmarse en una serie pautada de actos que habilite una discusión del asunto de que se trate, con oportunidad de audiencia y control en las distintas etapas del proceso, de producción y exposición de prueba, lo que incluye su validez y mérito, además del juicio normativo aplicado al caso concreto. En estas condiciones, la decisión final —la sentencia— aparecerá como un producto derivado de un procedimiento en el que, tanto las partes como el resto de la sociedad, puedan percibir como justo, considerando la valoración de las pruebas, las razones de quienes intervinieron en él, la ponderación y refutación de los argumentos involucrados y su relación con el derecho aplicable; en definitiva, una decisión fundada. Cuando ello no sucede, la decisión del tribunal es tan sólo un acto de autoridad, mero voluntarismo judicial, despojado de toda referencia a lo discutido en el litigio y al margen de la ley aplicable. La Corte Suprema ha descalificado como arbitrarias a las resoluciones judiciales que contienen graves defectos de fundamentación, señalando que no constituyen una derivación razonada del derecho vigente con particular aplicación a las pruebas incorporadas en la causa, comprometiéndose un adecuado y serio servicio de administración de justicia, como ropaje indispensable de la garantía constitucional de la defensa en juicio⁽¹⁶⁸²⁾. De las muchas sentencias descalificadas por este motivo, la doctrina especializada ha podido extraer pautas o criterios a partir de los cuales se puede analizar si las decisiones jurisdiccionales de los tribunales incurren en ese vicio. Así, se ha hablado de arbitrariedad normativa, cuando se prescinde la ley, se aplican normas no vigentes o se las interpreta de una manera tan estrecha y limitada que es como si hubieran sido derogadas; también se ha referido a la llamada arbitrariedad fáctica, cuando se prescinde o se ignora la prueba válidamente incorporada al juicio o bien cuando se incurre en el llamado exceso ritual manifiesto, privilegiando las formas por sobre la verdad o los hechos conocidos, por citar una de las tantas las clasificaciones efectuadas⁽¹⁶⁸³⁾. En síntesis, todo conflicto resuelto en sede judicial debe resolverse mediante una decisión fundada, que también es exigencia del debido proceso.

I. EL DEBIDO PROCESO EN MATERIA PENAL

1.1. Palabras previas sobre el derecho penal

Es necesario aclarar que, en la mayoría de los Estados, y así se advierte en los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, se asume que el derecho penal es el sistema utilizado para dar una respuesta a aquellos ataques más intensos a las normas

establecidas para asegurar la convivencia pacífica entre los individuos. La CN, en diversas cláusulas, presupone su existencia (arts. 17, 18, 22, 29, 36, 75, inc. 12, 118, 119CN) y los instrumentos internacionales con rango constitucional se ocupan de regular en detalle diversos aspectos del proceso penal, estableciendo garantías específicas que se enumeran en el art. 8º, aparts., 2º a 5º de la CADH y el art. 14, aparts. 2º a 7º del PIDCP, entre otras cláusulas que establecen lo que debe ser entendido como el debido proceso en materia penal.

Cuando se habla de penas, a lo que nos estamos refiriendo es a la imposición coactiva de dolor por parte del Estado que se manifiesta en las diversas sanciones previstas principalmente en el Cód. Penal. A su vez supone un estigma (o censura) sobre su autor, siendo el ejemplo más importante de deshonor público⁽¹⁶⁸⁴⁾. Estas penas suelen afectar la libertad ambulatoria (prisión), el patrimonio (multas y decomiso de bienes), privación del ejercicio de determinados derechos (inhabilitaciones) o la imposición de obligaciones de distinto tipo (reglas de conducta). En este comentario habrá de asumirse la existencia de un derecho penal, equilibrado por un sistema de garantías, que funcione como condicionante de la legitimidad de esa imposición coactiva de la sanción pública que supone la privación de ciertos derechos de los individuos por haber incurrido en esas conductas prohibidas.

La pena estatal, en cuanto medida coactiva y gravosa para los individuos, se ha tratado de justificar atendiendo a que se trata de un medio necesario y efectivo de protección social que se distribuye de acuerdo con el consentimiento previo de sus destinatarios, que asumen normativamente su imposición cuando incurren en esa conducta prohibida, en tanto y en cuanto sabían que la sujeción a la pena es una consecuencia necesaria de haber incurrido en esa conducta⁽¹⁶⁸⁵⁾. A su vez, se ha argumentado que muchas veces la amenaza de pena es efectiva en muchos casos para prevenir la comisión de actos dañosos, y que muchos de nosotros no estaríamos muy tranquilos si se indultara a quienes cometieran homicidios, tormentos, secuestros, atentados o violaciones y se anunciara que en el futuro no se aplicará por esos hechos ninguna medida coercitiva y se permitirá que sus autores sigan desarrollando una vida normal⁽¹⁶⁸⁶⁾. También se ha señalado que, de otra manera, a falta de esa respuesta estatal, esta terminaría haciéndose presente por vías informales, arbitrarias y salvajes; que incluso serían costosas para los ciudadanos, ya que deberían pagar por su protección a organizaciones armadas al efecto, con los riesgos de que esa violencia descontrolada e irresponsable caiga sobre individuos

ajenos a los hechos o de manera desproporcionada sobre sus verdaderos perpetradores. El derecho penal estaría justificado para evitar los riesgos de una venganza desenfrenada frente a la violencia que genera el delito⁽¹⁶⁸⁷⁾.

Desde el pensamiento republicano, el derecho y el proceso penal no pueden desentenderse del marco general en que está concebido el papel de la autoridad y la ley en su relación con los ciudadanos, que no son vistos como seres aislados sino insertos en una comunidad que asume como valioso que sus miembros se vean a sí mismos como libres e iguales, pero promoviéndose a su vez, su involucramiento en la definición y gestión de los asuntos comunes⁽¹⁶⁸⁸⁾. Así, el establecimiento y la intervención de una autoridad estatal se justifica si está orientada a asegurar un ámbito de libertad compartida constituida a partir de la ley —no a pesar de ella— como organizadora y fundante de la convivencia pacífica de individuos y grupos en interacción social, asegurando el ejercicio pleno de la autonomía individual y el autogobierno colectivo. Pero el autogobierno colectivo sólo puede lograrse a partir de generar en sus ciudadanos una situación de autogobierno propio, lo que se traduce en la idea de no estar sujeto a merced de sometimientos o interferencias arbitrarias en su libertad, es decir, una noción de libertad como no dominación, ya sea esa dominación arbitraria ejercida por otros individuos, grupos o entidades o el mismo Estado. Desde esta perspectiva, la interferencia en nuestra libertad no es vista como disvaliosa en sí misma, sino solamente cuando no está justificada en consideraciones que hacen al interés general y al aseguramiento de esa libertad compartida. Entonces, todo ataque —en particular aquellos que involucren cierto grado de violencia— sobre la vida, la dignidad, la libertad ambulatoria, la integridad sexual o la propiedad de las personas, o a bienes colectivos que indirectamente hacen posible esa vida en comunidad, tales como la corrupción pública, al medio ambiente o que comprometan los ingresos públicos que permiten la actuación estatal, habrá de constituir una interferencia arbitraria en nuestro plan de vida, en nuestra autonomía, que exige alguna clase de respuesta estatal a fin de reforzar esta idea de convivencia pacífica dentro de una comunidad sin preeminencias de ningún tipo, incluso dentro de la diversidad y el conflicto. La respuesta estatal frente a esta clase de ataques debe pensarse no tanto como mera retribución con un mal equivalente, asumiendo que tal tarea fuera posible o legítima, sino más bien orientada a restablecer esa noción compartida de libertad en la comunidad minada por el acto criminal de que se trate. Es que el delito no sólo implica una interferencia arbitraria que compromete

el dominio de la víctima sobre su vida y su libertad en sentido amplio, sino que también repercute en la noción de no dominación en la comunidad que promueve el pensamiento republicano, desde el momento en que todos los demás advertimos que, sin una respuesta apropiada, nuestra libertad puede ser interferida arbitrariamente por otros, haciéndose palpable la posibilidad de que ese mismo acto nos pueda tener también como víctima⁽¹⁶⁸⁹⁾.

Pero también debe tenerse presente que el derecho penal no puede ser una mera técnica de control social desentendido de la idea de que las personas son miembros de una comunidad y participantes de esa empresa cívica, no enemigos, y que son llamados a rendir cuentas ante sus conciudadanos en caso de ser acusados de una falta pública. Así, el proceso penal debe comunicar la reprobación del acto perpetrado, en un intento por lograr una reparación del daño cometido, y no tanto en la exclusión del infractor de esa comunidad⁽¹⁶⁹⁰⁾. Este último aspecto, debe ponernos en alerta frente a una utilización excesiva del encierro en instituciones creadas y organizadas a tal efecto por la situación de aislamiento social y afectivo que la permanencia en dichos establecimientos supone. Es que la prisión, no sólo implica una privación de la libertad ambulatoria, toda vez que el encierro en esas instituciones generalmente conlleva afectaciones a la seguridad personal, la salud, la dignidad o incluso la vida de los internos allí alojados. Es por ello que la privación de la libertad en cárceles solamente debe reservarse para los delitos más serios, ya que es una manera de dejar en claro, simbólicamente, que cierto tipo de delitos socava la posibilidad de comunidad y que no se puede vivir con los individuos que han cometido cierta clase de actos como si todo estuviera bien. Sólo en estos casos, se justificaría la pena de prisión, pero por un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones⁽¹⁶⁹¹⁾. En este sentido, la Corte Suprema ha descalificado decisiones que imponen penas de efectivo cumplimiento de corta duración, desalentando esta clase de penas de encierro y promoviendo su ejecución suspendida (art. 26 del Cód. Penal)⁽¹⁶⁹²⁾. A su vez, frente a divergencias interpretativas de los tribunales inferiores, la Corte se inclinó por favorecer aquellas lecturas de las normas penales que permiten aplicar mecanismos de suspensión de juicio a prueba a delincuentes primarios (la llamada *probation*, art. 76 bis Cód. Penal), también para casos de penas de penas menores de tres años de prisión⁽¹⁶⁹³⁾.

Sin embargo, lo que se advierte de manera frecuente es que, frente al aumento de delitos en la sociedad, sobre todo aquellos violentos y con repercusión en los medios de comunicación, muchas veces el Estado orienta su política al mero incremento de las penas

existentes, en el entendimiento de que ello habrá de funcionar como contraincentivo a la comisión de ciertos hechos. Se presume que las personas son calculadoras, egoístas y dotadas de un pensamiento estratégico orientado a aprovecharse de los demás. Sin embargo, no se toma en cuenta que las pautas de la conducta humana son variables y son dependientes del contexto en el cual tienen lugar. Así, las personas tenderán a ser aprovechadoras en ámbitos donde todos los demás lo son y, cooperativas en situaciones en las que los demás tienden a actuar cooperativamente⁽¹⁶⁹⁴⁾. Desde esta perspectiva, un aumento desmesurado de las penas, en un contexto social de desprecio por la legalidad, podría fomentar el comportamiento contrario, dándose la paradoja de que esa misma inflación penal sea percibida como reveladora de la ineficacia del sistema en sancionar determinada clase de conductas y aún quienes no llevan adelante esta clase de actos se verían tentados a hacerlo frente a la falta de un contexto social que promueva el respeto de la ley⁽¹⁶⁹⁵⁾.

En lo que se refiere a las penas, la CN prohíbe el establecimiento de la pena de muerte por razones políticas, la prohibición de tormentos y azotes, a su vez señalando que las cárceles deben ser sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas (art. 18CN) y una prohibición a la pena de confiscación general de bienes (art. 17), lo que no impide el decomiso del producto o provecho del delito (art. 23 Cód. Penal), ya que no se trata de esa suerte de muerte civil que conlleva la pérdida total del patrimonio de la persona, sino de la pérdida de las ventajas o ganancias del delito perpetrado. Los instrumentos sobre derechos humanos con rango constitucional a su vez señalan que no puede imponerse prisión por deudas o incumplimientos contractuales (art. 7º.7 CADH y art. 11 PIDCP) y una limitación a que la pena no debe trascender de la persona del delincuente, como también lo establece la CN para el caso del delito de traición a la patria (art. 5º.3 CADH y art. 119CN). También hay una limitación al restablecimiento de la pena de muerte, una vez que esta haya sido abolida (art. 4º.3 CADH), como sucedió en nuestro derecho luego de la derogación del Código de Justicia Militar (ley 26.394) y contienen una prohibición para imponer penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 4º.3 CADH; art. 7º PIDCP), de similar redacción a la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América (*cruel and unusual punishments*).

Frente a la intuición de que puede haber una desproporción entre la respuesta penal y la acción prohibida son varios los intentos que se han esbozado para tratar de evitar esa clase de respuesta estatal. Desde el momento que la tarea de definir las conductas prohibidas y

su sanción es una competencia del Congreso (art. 75, inc. 12CN), dicha respuesta estatal puede implicar excesos que resultan de difícil limitación en sede judicial. Es que, aun asumiendo una postura retributiva de la pena, resulta de difícil —o imposible— medición la equivalencia punitiva a la acción criminal. Del mismo modo, no se advierte cuál sería una medida óptima de disuasión, a partir del tipo de pena escogida o la escala correspondiente cuando esta pueda resultar divisible en dinero o tiempo de prisión.

No obstante estas dificultades, en algunos casos se ha tratado de fijar un límite a esa potestad, efectuando una ponderación de los distintos bienes jurídicos involucrados, señalándose, p. ej., que ciertos ataques contra la propiedad no pueden tener una pena mayor que el homicidio, toda vez que la vida es presupuesto del ejercicio de los demás derechos⁽¹⁶⁹⁶⁾. También, que toda respuesta punitiva en el caso de penas temporales privativas de la libertad no puede superar los veinticinco años de prisión, puesto que esa es la pena que se fija para el delito de genocidio luego de la tipificación de los delitos establecidos en el Estatuto de Roma estableciendo la Corte Penal Internacional (leyes 25.390 y 26.200)⁽¹⁶⁹⁷⁾. A su vez, se ha descalificado la pena de reclusión por tiempo indeterminado en casos de multirreincidencia (art. 52 Cód. Penal), lo que supone un relegamiento de por vida sobre todo frente a ataques a ciertos bienes jurídicos —la propiedad en el caso— lo que suponía una respuesta estatal desproporcionada frente al acto cometido⁽¹⁶⁹⁸⁾. Otras veces se ha recurrido a un difuso límite fundado en el principio de culpabilidad, sin señalarse cómo puede llegar a mensurarse ese concepto, con los riesgos de que las valoraciones de los jueces suplanten a la propia de los legisladores. Frente a tal incertidumbre, puede señalarse que tal vez la única manera de evitar esos desbordes es asegurarse que toda decisión legislativa que suponga incrementos en las penas atribuidas a los delitos deba adoptarse de acuerdo con procedimientos deliberativos inclusivos, mediante una adecuada, ponderada y reflexiva discusión pública en el ámbito correspondiente⁽¹⁶⁹⁹⁾.

Los conflictos que atraviesan la discusión referente a la aplicación de las leyes penales y el sistema de garantías suponen un dilema frente al cual se debate el ejercicio más intenso del poder del Estado: que la pena pueda llegar a ser aplicada a un inocente. Así, la existencia de límites para el ejercicio de esta potestad asume que algunos culpables puedan escapar al reproche y castigo, alternativa que resulta preferible a que por error ese poder se descargue sobre una persona ajena a los hechos que se le imputan. Otra posibilidad es que se abuse del sistema para hostigamiento y persecución de

circunstanciales opositores políticos y su contracara, la garantía de impunidad para aquellos que —por el motivo que sea— gozan de la protección de quien tenga el control del Estado. Así, en los párrafos siguientes, habrá de ahondarse acerca del sistema de garantías previsto en la CN y los instrumentos internacionales de derechos humanos que la complementan.

El ejercicio del poder punitivo estatal se encuentra subordinado a la previa realización de un procedimiento revestido de ciertas formalidades conocido como juicio o proceso. Este juicio aparece como una manera de establecer la verdad que constate en el caso concreto la existencia del presupuesto fáctico previsto a título de hipótesis abstracta en la norma penal. En este sentido, es una constante en todas las culturas y sociedades que siempre la imposición de una pena está precedida de alguna suerte de rito que le asigne legitimidad al padecimiento que supone la imposición de una pena. De otra manera la coacción y el dolor que son su consecuencia serían mera malevolencia que no implicaría esa estigmatización o censura propia de la pena⁽¹⁷⁰⁰⁾.

Por otro lado, no cualquier procedimiento resultaría lícito, ya que este debe estar guiado por un sentido de la indagación que no es otro que el establecimiento de la verdad. Este principio de verdad, no sujeto a ninguna autoridad, a diferencia de lo que ocurre en el establecimiento de la legislación, donde el consenso democrático fundamenta, en principio, la legitimidad constitucional de la decisión adoptada, es la mayor garantía de seguridad con que cuentan los individuos para no ser sometidos al arbitrio de ciertos grupos o del Estado mediante la utilización del sistema penal⁽¹⁷⁰¹⁾. Así como a los jueces se les impide analizar las bondades o el acierto de la legislación, a los poderes legislativos les está vedado anticiparse al juicio fáctico que la indagación judicial habrá de realizar, a riesgo de inducir una "realidad" que no se compadece con la verdad material que surja de la evidencia obtenida en el caso concreto, puesto que se forzaría a los jueces a una injusticia⁽¹⁷⁰²⁾.

Tal vez la manera más clara de asegurar la justicia y la correspondencia de esa indagación con la verdad y, que a su vez comprometa a las personas en la suerte del gobierno de su comunidad, sea su participación en esos juicios. El jurado aparece así como una institución que fomenta la intervención de los ciudadanos en el proceso de plasmar las aspiraciones abstractas de la ley, delegando el legislador esa tarea en individuos concretos que son iguales —sus pares— respecto de aquellos sobre quienes habría de recaer una pena por la comisión de un delito (ver comentario arts. 24 y 118CN). Lo que no debe perderse de vista es que el juicio, más

allá del sistema escogido para su celebración, también tiene una finalidad comunicativa donde esa verdad que se establece aparezca obtenida de tal manera que justifique ser compartida por quienes no participan directamente en el proceso. El clima de concordia social y sentimiento de comunidad en valores compartidos requiere esta clase de rituales objetivados en las normas de procedimiento de tal manera de generar la confianza en que la pena dictada —o la absolución— respetó reglas establecidas al efecto.

Para ello, tanto el juicio como lo decidido debe ser público, ya que esa es la única manera de poder garantizar ese poder de comunicación de la decisión adoptada, sobre todo si tenemos en cuenta el efecto de resignificación social que distingue a la sentencia como una decisión que intenta reflejar una suerte de solidaridad social con la parte afectada por el delito, o con el sentido de justicia de la comunidad cuando no haya un agravio concreto que reivindicar en una persona o grupo identificado, a la vez que restaura el equilibrio social violentado, privando de ventajas a quien se benefició violando la ley en tanto asumió una posición de dominación sobre la víctima o la sociedad.

II. LAS GARANTÍAS EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL

La Corte Suprema ha señalado lo que debe entenderse por debido proceso en materia criminal, destacando que la garantía consagrada por el art. 18 de la CN exige la observancia de las formas sustanciales del juicio, relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales⁽¹⁷⁰³⁾. Como ya se anticipara, esta formulación también ha sido motivo de mayores desarrollos a partir de la incorporación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que se desarrollarán en los párrafos siguientes. A su vez, debe remarcarse que, a diferencia de otras legislaciones, el derecho de defensa en juicio exige que el imputado se encuentre presente en el proceso, defendiéndose personalmente o asistido por un defensor de confianza, rechazándose la posibilidad de un juicio criminal en ausencia⁽¹⁷⁰⁴⁾.

III. JUEZ NATURAL E IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

El atributo de la imparcialidad de los jueces no solo encuentra sustento explícito en instrumentos internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional (art. 8º.1 CADH; art. 14.1 PIDCP) sino que implícitamente se desprende de la prohibición de sacar a las personas de sus jueces naturales o ser juzgada por comisiones especiales, de acuerdo con el art. 18 de la CN.

El problema que aparece con las llamadas comisiones especiales es que se asume que todo tribunal *ad hoc* tiene una finalidad determinada, ya sea la condena o bien la absolución de quien circunstancialmente se encuentre sometido a su jurisdicción, con lo cual toda acusación o toda defensa se tornaría superflua e inconducente. En lo que se refiere a la prohibición de la sustracción de las personas de sus jueces naturales, lo que se trata de evitar es que, por el motivo que sea, indirectamente se pretenda atribuir el conocimiento de un asunto a otros jueces distintos a los que debían conocer en primer lugar, asumiendo que los nuevos magistrados habrán de ser permeables a una solución que se estima más conveniente para el poder político de turno. En este sentido, no hay otra cosa más que un reaseguro de la prohibición al establecimiento de comisiones especiales. Ya sea por una vía o la otra, lo que se pretende es evitar la digitación de jueces para los casos, cuando el ideal que una justicia imparcial pretende es que los casos que aparezcan tengan tribunales preestablecidos en las leyes. Por ello, se ha dicho que en la formulación de la Constitución de 1853/60 se trata de evitar la selección de los jueces "a dedo"⁽¹⁷⁰⁵⁾.

La Corte Suprema ha considerado que la idea de no ser sustraído de los llamados jueces naturales o juzgado por comisiones especiales, supone asegurar a los habitantes de la Nación una justicia imparcial, cuyas decisiones no pudieran presumirse teñidas de partidismo contra el acusado, completando así el pensamiento de implantar una justicia igual para todos que informara la abolición de los fueros personales (art. 16CN). Se trata de evitar la sustracción de un caso particular a jueces que siguen teniendo el poder de juzgar casos similares, pero no abarca aquellos supuestos en que los jueces que ya conocían en el asunto han dejado de serlo —por renuncia, jubilación o fallecimiento— o bien cuando su jurisdicción ha sido restringida por obra de la ley que, de manera general, modifica o altera la competencia de los tribunales⁽¹⁷⁰⁶⁾. De esta forma, no se enerva la atribución legislativa de dictar nuevas normas de procedimiento o reformas de las leyes atributivas de competencia para determinados fueros a fin de atender de una manera más eficaz determinado tipo de asuntos, en tanto y en cuanto, no ocurra una sustracción arbitraria de un asunto atribuyéndole el conocimiento a otro juez que vendría a funcionar como una comisión especial disimulada⁽¹⁷⁰⁷⁾. Así, se ha sostenido, que no se configura esta situación en aquellos casos en que las nuevas normas atributivas de competencia otorgan jurisdicción a tribunales integrantes del Poder Judicial, respecto de asuntos en los que antes conocía la Justicia Militar, y que no puede reconocerse la calidad de una comisión

especial prohibida por la CN a un tribunal preexistente a la modificación legislativa en cuestión, que otorgó conocimiento de asuntos que antes tramitaban ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal⁽¹⁷⁰⁸⁾. Sin embargo, debemos advertir que, a la hora de establecer si estamos frente a una comisión especial encubierta, resulta conveniente analizar la razonabilidad de la creación del tribunal de que se trate, tomando particularmente en cuenta la existencia de datos empíricos que justifiquen su establecimiento, junto con otros elementos de juicio que permiten inferir que no se trata de un tribunal creado con un propósito determinado —la condena anticipada o la impunidad de algunas personas— tales como la fecha de su creación, la forma de designación de los magistrados que lo habrán de ocupar, los asuntos a tratar, la identidad de los imputados que habrían de ser juzgados en ellos, entre otros puntos a considerar. En otro punto vinculado a esta cuestión, la Corte Suprema ha aclarado que, si bien las leyes sobre procedimiento y competencia son de orden público y se aplican a las causas pendientes, este principio ha sido limitado a los supuestos en que no se llegue a privar de validez a los actos procesales cumplidos o se deje sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes anteriores⁽¹⁷⁰⁹⁾. Por último, la Corte ha precisado la aplicación del principio del juez natural para los casos en que el procedimiento previo al dictado de la sentencia demanda la identidad entre el juez que intervino en los actos previos indispensables para resolver la controversia y la sentencia. En el supuesto planteado, los jueces que oyeron el caso —en una audiencia oral en la instancia de casación— no fueron los mismos que decidieron ese caso, por lo que se entendió vulnerada la garantía del juez natural por un quiebre en el principio de identidad física del juez y un menoscabo al derecho a ser oído⁽¹⁷¹⁰⁾.

Cabe destacar la relevancia fundamental de esta garantía en el marco del proceso penal, que funciona como postulado necesario para el respeto y realización de los demás preceptos constitucionales. Tan es así que, si bien todos los funcionarios públicos deben guiar su actuación en miras al interés general, la nota distintiva de la magistratura en el ejercicio de su tarea es su ajenidad tanto objetiva como subjetiva respecto del asunto y las partes del proceso. No cumplirla afecta la justicia de lo decidido, incluso llegando a poner en duda el valor de la cosa juzgada obtenida al amparo de procesos llevados así adelante.

Debe tenerse presente que la imparcialidad del juzgador no está concebida como una prerrogativa de los magistrados, sino que es

una garantía de los justiciables y, como se dijo, integra el debido proceso adjetivo, protegiendo a todas las partes que intervienen en el proceso, ya sea como imputados, víctimas, acusadores o acusados, demandantes o demandados⁽¹⁷¹¹⁾. Justamente este ha sido el criterio aceptado por la Corte Suprema en el caso "Llerena" al señalarse que "...no se trata aquí de reglas 'de los jueces' (privilegios), comprendidos en esa corporación una serie de personas con determinados atributos, sino, por el contrario, de reglas de garantía del justiciable"⁽¹⁷¹²⁾. A su vez, es una seguridad para todos los demás habitantes no alcanzados por la decisión a adoptarse, en el sentido de que lo resuelto encuentra únicamente sustento en las constancias de la causa y la ley razonablemente interpretada y, que no existe la sospecha de que se está fallando de acuerdo con consideraciones extrañas a los méritos del caso.

Es en los instrumentos de derechos humanos donde la garantía de la imparcialidad del juzgador se hace explícita. Sobre todo en aquellos sistemas donde son funcionarios públicos —jueces técnicos— quienes habrán de decidir la suerte de una persona frente al derecho penal, la mejor manera de brindar seguridades a los individuos aparece mediante el establecimiento de mecanismos que aseguren la mayor imparcialidad posible del juzgador, evitando que tenga prejuicios frente al caso o, la sospecha fundada de que los tenga. Como correlato de esta situación aparece necesario que ese juez asuma su carácter de árbitro ajeno a la contienda que dirige y controla, sin pretender suplantar la inacción acusatoria, puesto que ello contaminaría su imparcialidad; tampoco favoreciendo al circunstancial acusado, protegiéndoselo ilegítimamente cuando existe mérito para su condena.

Es que las personas deben tener la confianza de que habrán de ser juzgados por quien se pretende que sea lo más neutral y objetivo posible en la contienda en donde se encuentra en juego su libertad o su patrimonio. En el caso "Llerena" citado más arriba, la Corte Suprema señaló que no es objetivamente imparcial aquel juez que debe juzgar a una persona cuando ha participado en el dictado del auto de procesamiento y ha ordenado la elevación a juicio de su caso, sin necesidad de inmiscuirse acerca de la existencia de prejuicios personales en el magistrado. Esta ausencia absoluta de prejuicios por parte de los jueces resulta imposible; pero ello no obsta a que se trate de garantizar la mayor objetividad posible frente al caso (consid. 10), ya que los jueces, como terceros imparciales, no deben estar comprometidos con las posiciones de los contendientes⁽¹⁷¹³⁾.

Sin embargo, los litigantes no pueden elegir a su antojo el juez que habrá de conocer en los asuntos de que se trate, y en ello, hay un

interés institucional que trasciende a los circunstanciales intervinientes en el proceso. El riesgo es que todo imputado de un delito —pero sin negar a un querellante o un miembro del Ministerio Público Fiscal— que no encuentre un juez receptivo de sus pretensiones, pueda forzar hasta el extremo los alcances que corresponde otorgar a las normas que regulan lo referente a la intervención de los jueces, mediante artilugios procesales que busquen seleccionar un magistrado a la medida de los intereses de alguien, ya sea un denunciante, una fuerza de seguridad, un querellante, el imputado o su defensor, incluso el juez u otra autoridad. Ello se lograría, p. ej., abusando del sistema de turnos que coordinan la actuación de las fuerzas de seguridad con los tribunales evitando el sistema de sorteos, práctica conocida como *forum shopping*⁽¹⁷¹⁴⁾; también mediante interpretaciones forzadas de las normas en materia de excusación y recusación de los jueces que se encuentran establecidas en los códigos de procedimiento. Por ello, en "Llerena" se distinguió la afectación de la imparcialidad del juez de carácter subjetiva, donde se toma en cuenta las actitudes e intereses particulares del juez con el resultado del pleito, de aquella de carácter objetiva, donde aparece un temor de parcialidad del justiciable por hechos objetivos en el procedimiento en concreto, sin cuestionar la honorabilidad, la personalidad o la labor del juez (consid. 11). Pero esos actos objetivos no pueden ser antojadizos; debe haber razones legítimas que hagan presumir la parcialidad del juzgador o que haya una "duda razonable" respecto del desempeño imparcial del juzgador (consid. 13); en definitiva, que haya signos claros de parcialidad, lo que habrá de manifestarse cuando haya hecho afirmaciones relevantes para la cuestión fáctica y de culpabilidad (consid. 22).

El riesgo es que se habilite y convaliden prácticas que busquen evitar la asignación del juez natural, por un juez que —por el motivo que sea— se asume que habrá de tener un trato más favorable a los intereses de quien articule o, se valga de esta clase de mecanismos fraudulentos para evitar la designación de dicho juez natural. Y esto es grave, puesto que la propia idea del juez natural e imparcial presupone *ex ante* un sistema de reglas que asegure una designación transparente, previsible y preferentemente aleatoria acerca de quién será el juez que habrá de conocer en el asunto de que se trate; y *ex post* que no puedan buscarse excusas que habiliten el cambio de juez a mitad del juicio cuando la parte —supuestamente perjudicada— no le gusta el resultado que estaría avizorando⁽¹⁷¹⁵⁾.

IV. PRINCIPIO DE INOCENCIA Y PROHIBICIÓN DE AUTOINCRIMINACIÓN

Todo proceso penal supone la existencia de un acusador y un acusado, como así también de un sujeto imparcial e independiente que habrá de definir esa contienda. Sin embargo, esta situación de contienda que se plantea entre quien acusa y quien se defiende, no tendrá ningún sentido si no se aseguran mínimas condiciones de paridad de intervención en el juicio. Difícilmente pueda asegurarse esa paridad entre un individuo y el aparato estatal si no se establece una situación previa que, de alguna manera, busque equiparar las diferencias de ese punto de partida inicial divergente entre uno y otro sujeto del proceso.

El principio de inocencia parte de la base de que se debe considerar inocente a todo imputado de un delito. Esta calidad está fundada en que, hasta tanto no se haya celebrado el juicio previo demandado como condición para establecer una pena, el imputado merece ser tratado como inocente mientras no se demuestre lo contrario. De esta manera, esta presunción funciona como una barrera frente a los abusos de poder que se harían posibles si la actividad acusatoria pudiera tomar como base meras sospechas para imponer una pena a los habitantes, estando estos permanentemente obligados a demostrar su inocencia. Por ello la persona puede mantenerse inactiva frente a la persecución penal, ya que la carga del Estado es probar los elementos objetivos de la falta que se le imputa —que la persona obró de tal o cual manera en circunstancias de tiempo, modo y lugar— y subjetivos —que conocía y quiso el resultado provocado— que condicionan la aplicación de una pena y que, en caso de duda, habrá de estarse a la alternativa más favorable para el imputado⁽¹⁷¹⁶⁾. El Estado solamente puede desvirtuar el estado de inocencia que asiste a toda persona imputada de un delito cuando, luego del proceso, obtuvo la certeza para imponer una condena criminal al imputado, sin que haya lugar a resquicios que admitan una alternativa favorable a él.

Asimismo, si el Estado asume el costo de recabar las pruebas de la comisión de un delito, no lo puede hacer obligando a la persona a que se traicione a sí misma, a través de medios violentos que lo lleven a autoincriminarse, ni sometiéndola a juramentos que colocan al individuo en el dilema de declarar en su contra, rebelarse contra el tribunal, o cometer perjurio⁽¹⁷¹⁷⁾. El recurso a esta clase de métodos compromete el respeto y la dignidad que merece todo miembro de la comunidad. Y por si ello fuera poco, tampoco nos garantizan su eficacia, puesto que es altamente probable que quien es sometido a torturas consienta o confiese lo pretendido por quien lo atormenta con tal de poner fin a su suplicio. Sin embargo, debe haber un conocimiento adecuado del funcionamiento de esta garantía, que

implique para el imputado saber que no está obligado a declarar y que no hacerlo tampoco perjudica sus posteriores chances de demostrar su inocencia⁽¹⁷¹⁸⁾.

Ello no significa que la sociedad se encuentre inerme frente a la comisión de un delito puesto que el Estado cuenta con una amplia gama de medios que no implican someter a una coerción moral al imputado. De la negativa a suministrar la prueba del delito no puede extraerse un indicio de su culpabilidad, toda vez que ello no impide a los órganos de persecución penal obtener sus huellas dactiloscópicas, se le tomen fotografías, se lo coloque en una rueda de personas para ser reconocido por la víctima de un delito⁽¹⁷¹⁹⁾; se le extraigan muestras de sangre para analizar su compatibilidad con los rastros encontrados en la escena del crimen⁽¹⁷²⁰⁾ o —llegado el caso— ingresen a su morada para encontrar evidencias incriminatorias. El progreso de la técnica y la investigación científica, o las modernas técnicas de procesamiento de la información, deben funcionar como un aliciente para esclarecer hechos criminales más allá de toda colaboración del imputado, pero advirtiéndole que no se trata de asimilar el proceso penal a una indagación de laboratorio guiada por principios de eficiencia y control del crimen, que le haga perder todo atisbo de proceso contradictorio fundado en la noción de debido proceso⁽¹⁷²¹⁾.

No obstante lo señalado, frente a determinadas manifestaciones criminales, donde los pactos de impunidad entre sus múltiples participantes son la regla, aparece como un remedio válido y eficaz el ofrecimiento de premios o atenuación de sanciones para quienes brinden elementos de prueba que permitan conocer o bien probar hechos que de otra manera permanecerían impunes por el silencio de sus participantes y la dificultad probatoria en la materia. Desde el año 2016 rige la ley 27.304 que establece mecanismos para favorecer que las personas que estuvieron involucradas en ciertos delitos graves (tráfico de sustancias prohibidas, trata de personas, corrupción pública, entre otros) brinden voluntariamente información que permita su descubrimiento o prueba para facilitar su enjuiciamiento y eventual sanción, a cambio de reducciones en las penas y otros beneficios procesales. Así como se puede voluntariamente confesar un delito, nada impide que lo haga a cambio de ciertos beneficios fijados en la ley. El Estado adopta una alternativa -como sucede en otras legislaciones- orientada a superar situaciones autofrustrantes, lo que permite cambiar el orden de las preferencias de los agentes con el objetivo de romper esos pactos de silencio. No se busca el arrepentimiento de nadie, que es un asunto de conciencia de cada persona, y por ende exento de la autoridad de

los magistrados, sino una valoración positiva respecto de actos concretos de colaboración que la legislación puede válidamente establecer fijando los tiempos, modos y sus consecuencias dentro del proceso penal. Como otras medidas cautelares, esta clase de mecanismos puede ser objeto de abusos en su utilización, pero ello no la descalifica en sí misma como herramienta para combatir la impunidad de determinados hechos delictivos. En tanto y en cuanto los aportes que realicen quienes pretenden obtener sus beneficios provengan voluntariamente y los acuerdos que se adopten cuenten con asesoramiento letrado y control judicial posterior, este tipo de herramientas no merecen objeción constitucional⁽¹⁷²²⁾.

En definitiva, la opción por considerar y tratar como inocente a toda persona hasta que se demuestre su culpabilidad y de no forzarlo a suministrar evidencias en su contra, o extraer consecuencias incriminantes de su silencio, no dejan de ser una clara decisión política. No obstante ello, y como se ha esbozado anteriormente, el sentido inclusivo de las leyes en una república debe asumir que existen riesgos en la utilización del sistema penal: impunidad o castigo de inocentes. Este dilema es definido mediante reglas que imponen ciertas cargas a ser superadas a la hora de disponer la imposición de una pena, asumiendo que algunos culpables tal vez escapen a su castigo, pero considerando ello, un mal menor frente a la circunstancia de que se castigue a un inocente⁽¹⁷²³⁾. Esa es la mayor seguridad que como individuos podemos tener para evitar ser objeto de ataques arbitrarios a nuestra libertad.

V. LA ACUSACIÓN

Que la tarea de perseguir y acusar recaiga en un organismo especializado y separado funcionalmente de los jueces, generalmente organizado en un ministerio público fiscal, que sea el encargado de canalizar la "venganza pública" en contra del imputado de un delito, evita los males mayores que podrían sobrevenir por el ejercicio de la venganza privada, o las dificultades o represalias a las que estaría sometido un individuo en caso de intentar el castigo del ofensor por sus propios medios (ver comentario art. 120CN). Esto refuerza la idea de que el mal que significa el delito es público, que nos afecta a todos y que por ende debe ser manejado colectivamente⁽¹⁷²⁴⁾, aunque sin negar que la víctima pueda participar eficazmente del proceso cuando las normas procesales así lo establezcan. Desde la perspectiva de la defensa, esta separación le permite canalizar sus esfuerzos dirigiendo su actividad hacia el impulso de un acusador y no ante quien debe definir su suerte frente al proceso —el juez— como sucede en los sistemas procesales

inquisitivos, donde confluyen el acusador, el defensor y el juez en una misma persona. Por tales motivos, el debido proceso requiere de una acusación que pueda ser luego, objeto de una defensa propiamente dicha. Por ello, se ha exigido que luego de la etapa de juicio, a falta de una acusación, ya sea del fiscal o de la víctima que válidamente intervenga en el proceso, no se encuentra habilitada la jurisdicción del tribunal para dictar una condena⁽¹⁷²⁵⁾. De otra manera, el imputado y su defensa, deberían tratar de imaginar posibles líneas de acusación, a fin de anticiparse en su refutación, lo que colocaría al imputado en la situación paradójica de defenderse acusándose, afectándose la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Pero hay otro punto que merece ser tratado y es que hay una equivocada concepción acerca del rol de los acusadores públicos, generalmente orientado a que los miembros del ministerio público deban actuar de manera imparcial. En un proceso adversarial y acusatorio los fiscales no actúan como los jueces. En este sentido se ha sostenido que la autoridad de persecución debe respetar la presunción de inocencia, pero no tiene que ser completamente imparcial, puesto que el recaudo de justicia (*fairness*) como tal, no es puesto en riesgo por un fiscal parcial toda vez que los procedimientos adversariales presuponen oponentes, de un lado el fiscal público cuya actividad está basada por la presunción *de facto* de culpabilidad, y por el otro, la defensa⁽¹⁷²⁶⁾. Pero más allá de este dato funcional, si el cargo de acusador público es ejercido para fines facciosos, de persecución o protección de determinadas personas y, por ende, ajeno a la defensa de la legalidad o los intereses generales de la sociedad (art. 120CN), ello debe llevar al apartamiento de dichos fiscales⁽¹⁷²⁷⁾. Asimismo, también deben ser separados del cargo cuando en el ejercicio de sus tareas utilizan recursos prohibidos, trampas procesales, interrogatorios engañosos, acercamiento de pruebas falsas, en definitiva a manejarse de una manera indecorosa e inapropiada durante el desarrollo del juicio⁽¹⁷²⁸⁾.

VI. PARTICULARIDADES DEL DERECHO DE DEFENSA: IMPUTACIÓN, CONGRUENCIA Y CONTROL DE LA PRUEBA

De nada sirve si se asegura el juzgamiento por un tercero imparcial e independiente, que el perseguidor público sea ajeno a quien habrá definir la suerte de la persona frente a la ley, que dicho órgano deba asumir la carga de probar la culpa del acusado para efectuar un reproche o que se encuentren proscriptos ciertos medios para obtener la verdad, así como también, que el silencio frente al requerimiento estatal no pueda ser utilizado en su contra, si el Estado no se asegura que las distintas garantías que amparan a las

personas son efectivamente conocidas en el momento en que se debe hacer uso de ellas. No parece legítimo que el Estado se beneficie del error o la ignorancia de los individuos perseguidos y acusados de un delito. Y para ello qué mejor que contar, desde el inicio de las averiguaciones que incriminan a una persona como sospechosa de un delito, con un conocimiento actual de esas garantías a través del asesoramiento de un abogado, contribuyendo también este profesional —desde su rol— con la administración de la justicia. Es que para ello fue formado y el Estado fomenta y autoriza el ejercicio de su profesión, generalmente delegando su control en los colegios que los nuclean, o bien garantizando una defensa pública y gratuita, a través del Ministerio Público de la Defensa (ver comentario art. 120CN). Sería una clara contradicción que se promueva y controle la formación de estos profesionales para luego no permitirles llevar adelante su tarea en defensa de sus ocasionales clientes. Es más, ha sido la intervención de los abogados durante el siglo XVIII en las cortes criminales inglesas lo que impulsó el desarrollo de la noción del debido proceso, sobre todo en lo que se refiere a su relación de paridad con el Estado en el proceso penal⁽¹⁷²⁹⁾. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que en materia criminal el ejercicio de la defensa debe ser cierto y no meramente nominal, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de un defensor, asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio⁽¹⁷³⁰⁾.

Es así que todo individuo debe estar en condiciones de disputar esa afirmación que lo incrimina si así lo estima conveniente para el resguardo de sus intereses. De eso se trata la defensa, esto es, la posibilidad de afirmar la propia versión de los hechos frente a una acusación. En una sociedad donde cada uno de sus integrantes es visto como un valor en sí mismo, en tanto participa en la conformación de la vida pública, dicha versión aparece como un dato insoslayable a la hora de disponer alguna decisión que tenga alguna repercusión sobre sus derechos. A su vez, la actuación responsable de los miembros de la república supone la necesidad de que, llegado el caso, se hagan cargo de manera consciente de las consecuencias de su obrar contrario a derecho, incluso reconociendo su participación y culpabilidad, o la pena a aplicarse. Esta alternativa, cuando es efectuada con el asesoramiento debido, no podría ser cuestionada a riesgo de incurrirse en una postura paternalista, que desconozca los alcances del ejercicio libre de los derechos, o incluso su renuncia cuando la propia persona —el mejor juez de sus intereses— así lo considere⁽¹⁷³¹⁾.

En estas condiciones, el reconocimiento del derecho de defensa supone la obligación de establecer mecanismos institucionales destinados a que se permita oír a quien es circunstancialmente acusado de una ofensa y con posibilidad de que sus dichos tengan influencia en el pronunciamiento a dictarse. Por ello se impone la necesidad de que el imputado tenga un conocimiento acabado de la imputación formulada, claramente circunscripta en tiempo, modo y lugar, así como también, los elementos de convicción en que se funda y que dicha imputación no cambie sorpresivamente en juicio luego de la tramitación de todo el proceso, que es lo que se conoce como la congruencia entre fallo y acusación⁽¹⁷³²⁾. Ello permitirá al acusado, no sólo controlar la validez y aptitud incriminatoria de esos medios de prueba sino, también, interferir en los razonamientos que llevan a una conclusión que lo perjudica. Así, se torna indispensable asegurar no sólo el control de esa prueba de cargo sino, también, la de poder suministrar aquella propia que eventualmente lo beneficie. En definitiva, es necesario que se permita disputar la existencia de ese hecho, pero también no debe soslayarse el control de su adecuación legal o el alcance y el monto de la pena que se aplique⁽¹⁷³³⁾.

Una consideración especial ha merecido por parte de la Corte Suprema el reconocimiento expreso del derecho que tiene todo imputado de hacer comparecer testigos de descargo y de poder confrontar en juicio a los testigos que lo incriminan (art. 8º.2, apart. f], CADH; art. 14.3, apart. e], PIDCP). Se trata de evitar que las condenas se encuentren fundadas en dichos de personas ausentes o, peor aún, en testigos falsos. También se trata de asegurar al imputado poder interrogar a un testigo de cargo a fin de tener un conocimiento más acabado de las condiciones personales de quien declara (pudiéndose tratar de un enemigo, deudor, etc.) y, que pueda ser repreguntado en juicio respecto de circunstancias de tiempo, modo y lugar de sus manifestaciones incriminatorias. De otra manera, se corre el riesgo de que se termine condenando a una persona inocente, o cuando no haya elementos de prueba suficientes para declararla culpable, más allá de toda duda razonable.

En el caso "Benítez" la Corte reafirmó la vigencia de esta manifestación específica del derecho de defensa en juicio en materia criminal, señalando que los tribunales criminales no pueden condenar fundándose en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad adecuada de controlar (consid. 11)⁽¹⁷³⁴⁾. Generalmente se tratará de prueba testimonial, pero también impide que pueda hacerse uso de pruebas, o informes secretos que no hayan podido ser motivo de control en juicio por parte de la defensa.

En este precedente, la Corte señaló que la invocación de la imposibilidad de hacer comparecer al testigo no basta para subsanar la lesión al debido proceso producida. No obstante, se aclaró que el procedimiento de incorporación por lectura de declaraciones testimoniales obtenidas durante la etapa de investigación bien puede resultar admisible en algunos casos, en tanto y en cuanto, se respete el derecho de defensa del acusado. Ello podría ocurrir si la autoridad correspondiente dio aviso previo al imputado o su defensor de que una declaración iba a tener lugar, y estos no hicieron uso de su derecho de asistencia e interrogación. Es que la regla en materia de prueba en juicio es la inmediación, permitiendo un contacto directo con la prueba testimonial que se va produciendo, pero reconociendo que puede haber situaciones que admitan un compromiso, siempre que se encuentren fundadas en buenas razones⁽¹⁷³⁵⁾. Este sería el caso de testigos que hubieran fallecido por circunstancias no imputables al Estado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso "Ferrantelli y Santangelo v. Italia", consideró que no hubo una vulneración al derecho de defensa en una condena fundada en dichos de una persona luego fallecida, ya que las autoridades no pueden ser responsables de dicho evento⁽¹⁷³⁶⁾.

El confronto de testigos se hace necesario toda vez que dicha prueba suele ser dirimente para fundar condenas criminales. Por tales motivos, se requiere poder interrogar acerca del origen del conocimiento que dicho testigo aporta en juicio para saber si el testigo miente, o incurre en un error de percepción, o bien que declara objetivamente y no sobre la base de expectativas o deseos. A ello debe sumarse la posibilidad de interiorizarse sobre los conocimientos previos, las relaciones personales preexistentes con el imputado o la víctima, o directamente la existencia de amenazas o sobornos. Las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las percepciones brindan a su vez razones suplementarias acerca de su veracidad, así como también, la comparación con declaraciones previas a fin de advertir o descartar contradicciones. Si a ello se suma el tiempo transcurrido entre la percepción y la evocación en juicio, tenemos sobrados elementos que justifican un interrogatorio amplio y generoso de aquellos testigos que pueden llevar a la condena a una persona.

Pero el confronto no se agota en la prueba testimonial y abarca otras pruebas, como lo relativo a la autenticidad de documentos y registros, informes y estudios periciales, para conocer los conocimientos y procedimientos utilizados por los expertos de que se trate cuando aportan sus peritajes en el proceso, así como también, la precisión y confiabilidad de los instrumentos técnicos que pudieran haberse utilizado. En definitiva, cuestiones que hacen a la

confiabilidad que brindan estos medios de prueba, los cuales deben poder ser motivo de contradicción y, superada ella, permitir la existencia de una sentencia de condena fundada en prueba que se encuentre más allá de toda duda razonable.

VII. LA REGLA DE EXCLUSIÓN

La obtención de la verdad no es un valor absoluto en el proceso penal, ya que de otra manera se podrían destruir otros valores colectivos que se plasman en los distintos derechos y garantías contenidos en la CN y los instrumentos internacionales que la complementan. La reconstrucción histórica de un suceso del pasado, la acción criminal que es objeto del proceso, debe hacerse a partir de fuentes válidas y admisibles⁽¹⁷³⁷⁾. El problema surge a partir del curso de acción que se debe adoptar en el marco de una investigación criminal en juicio, luego de la constatación de la violación de un derecho o garantía, y qué hacer frente a un delito que es esclarecido por la aplicación de tormentos al imputado, por el ingreso forzado a una morada, por la apertura no autorizada de correspondencia, o por escuchas ilegales de las comunicaciones del imputado, entre otras alternativas.

Es que si el Estado está obligado a sostener la vigencia del ordenamiento jurídico en su conjunto, resultaría contradictorio con el reproche que se busca mediante el proceso penal, que ese mismo Estado se termine valiéndose de pruebas obtenidas a partir de la violación de derechos o garantías constitucionales del imputado, comprometiéndose la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito⁽¹⁷³⁸⁾. Por tales motivos, la respuesta que la jurisprudencia de la Corte ha brindado a situaciones como estas, es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra CN⁽¹⁷³⁹⁾. A su vez, esto afecta el principio de inocencia, dado que la prueba obtenida, al no haberse obtenido de manera legal, determina que no ha podido establecerse "legalmente" la culpabilidad de la persona acusada de un delito (art. 8º.2, CADH).

Si la evidencia es de tipo material, perderá valor de una vez y para siempre por su indebida adquisición. En cambio, si proviene directamente de las personas a través de sus dichos, por hallarse ellas dotadas de voluntad autónoma, admite mayores posibilidades de atenuación de la regla, donde debe analizarse el grado de libertad de la persona que declara, p. ej., si se trata de dichos autoincriminatorios, si fueron prestados en sede policial, si tuvo

oportunidad de consultar con un abogado, si hubo conocimiento oportuno de su derecho a guardar silencio, entre otras consideraciones⁽¹⁷⁴⁰⁾.

Pero una cosa es la regla de exclusión de esa prueba, que tiene que ver con la validez de aquella obtenida por un medio ilegal, y otra es la admisibilidad de la prueba originada, derivada o vinculada aun mediatamente con el primer acto ilegítimo, que se conoce en el derecho norteamericano como la doctrina del fruto del árbol venenoso⁽¹⁷⁴¹⁾, o el efecto difusivo de esa ilegitimidad inicial que se traslada a las pruebas cuyo conocimiento fue posible a partir de la evidencia obtenida de manera violatoria de garantías constitucionales, la que también fue receptada por la legislación procesal en materia penal y la jurisprudencia⁽¹⁷⁴²⁾. Asimismo, la Corte Suprema también ha sostenido que un imputado está legitimado para hacer valer la vulneración de garantías constitucionales de un tercero si han permitido la obtención de prueba que lo perjudican⁽¹⁷⁴³⁾.

A partir de la justificación ética que se ha otorgado a la regla de exclusión y su efecto difusivo, no sería posible efectuar un cálculo de costos y beneficios para evitar su aplicación, ni podrían entrar a jugar otras consideraciones de tipo utilitario que pugnarían por su limitación a ciertos casos, o en función de quien produjo la violación de la garantía, no admitiéndose distinción entre funcionarios públicos — tanto jueces, fiscales o fuerzas de seguridad— como particulares⁽¹⁷⁴⁴⁾. Es decir, la validez de la prueba cuya legalidad se cuestiona no depende de una ponderación entre la garantía vulnerada y el crimen perseguido, por lo demás de muy difícil determinación, lo que llevaría a una aplicación excesivamente discrecional de la regla de exclusión⁽¹⁷⁴⁵⁾.

La única excepción, que no es estrictamente tal, ha sido la de aceptar la validez de aquella prueba cuya obtención no ha sido originariamente viciada, y cuyo conocimiento es obtenido de una manera independiente y ajeno a las alternativas de la vía ilegítima⁽¹⁷⁴⁶⁾. Sin embargo, se ha señalado que no es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético o conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio; es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente que habría llevado inevitablemente al mismo resultado⁽¹⁷⁴⁷⁾.

VIII. EL DERECHO DE RECURRIR LA SENTENCIA DE CONDENA

A diferencia de lo que sucede en la indagación científica, donde muchas veces el error en un determinado enfoque, o de una teoría, puede servir para encausar las investigaciones posteriores, una equivocación en un juicio, y en particular en el marco de un proceso penal, nunca es fecundo ya que, desde la perspectiva del imputado, implica la aplicación de la pena a una persona inocente.

Frente a este riesgo, el debido proceso en materia penal exige que toda sentencia de condena pueda ser sometida a revisión por un tribunal distinto al que condenó a través de los llamados recursos que se encuentran establecidos en las normas de procedimiento. Dicha exigencia, que no estaba prevista en la Constitución histórica, tiene recepción constitucional a partir de lo dispuesto en el art. 8º.2, apart. h) de la CADH y el art. 14.5 del PIDCP, que reconocen el derecho de todo imputado condenado a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior.

Este recurso debe ser un medio sencillo de poder someter a consideración de un tribunal distinto, la crítica de los argumentos del juez o tribunal que condenó en una primera instancia, sin cortapisas ni limitaciones formales⁽¹⁷⁴⁸⁾. Estas críticas pueden ir desde una incorrecta introducción o valoración de la prueba producida, una aplicación equivocada de la ley, o bien, lo relativo a la pena impuesta, es decir, todos aquellos argumentos que permitan esbozar al imputado lo que el pronunciamiento dictado —a su entender— tiene de injusto. Esto incluye desde lo fáctico a lo normativo, puesto que en la práctica es difícil distinguir lo uno de lo otro, ya que la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada por el juicio normativo que se postula⁽¹⁷⁴⁹⁾. En síntesis, el tribunal revisor debe revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, a partir de los antecedentes del caso, documentos, transcripciones, grabaciones de las audiencias, prueba pericial, entre otras constancias del juicio, con la única excepción de aquello que es producto de la inmediación del tribunal con la prueba, generalmente aquella de carácter testimonial⁽¹⁷⁵⁰⁾.

Toda vez que el llamado derecho a la revisión de la sentencia tiene origen en instrumentos de derechos humanos que empoderan a personas y no al Estado y sus dependencias, la Corte Suprema ha negado que asista un "derecho" a la doble instancia del Ministerio Público Fiscal⁽¹⁷⁵¹⁾. Ahora bien, nada impide que la ley pueda otorgar esa alternativa recursiva a dicho órgano estatal, la querrela o cualquier otro sujeto que intervenga válidamente en el proceso, guiado por razones que busquen "afianzar la justicia", como reza el Preámbulo de la CN, de acuerdo con las atribuciones regulatorias en materia procesal establecidas en el art. 75, inc. 12 de la CN, con el

objeto de evitar que los hechos criminales queden sin condena cuando son fruto de decisiones equivocadas o arbitrarias. El legislador —ya no sobre la base de los instrumentos de derechos humanos— le puede conferir atribuciones recursivas al acusador como un mecanismo de control de los actos de gobierno entre poderes, dentro de un régimen republicano⁽¹⁷⁵²⁾.

En este sentido, ya sea reconociéndoselo al imputado o a otros sujetos, la posibilidad amplia de recurrir una sentencia tiene un beneficio institucional adicional: todo tribunal que vaya a ser revisado tiene un incentivo para resolver fundadamente. La falta de remedios eficaces de revisión puede ser una invitación a la desidia y la arbitrariedad, principalmente cuando se condena un inocente, pero también, cuando se garantiza la impunidad de los culpables⁽¹⁷⁵³⁾.

Resta agregar que, como consecuencia de la necesidad de asegurar la inviolabilidad de la defensa en juicio en materia recursiva, cuando un imputado condenado le solicita a un tribunal revisor que modifique un pronunciamiento que le es desfavorable, la decisión de ese tribunal superior no puede empeorar la situación de la persona afectada, a falta de un recurso equivalente del acusador. Es lo que se conoce como la imposibilidad del tribunal revisor de reformar lo decidido en perjuicio del imputado o *reformatio in pejus*. La alternativa opuesta colocaría a cualquier perjudicado por una decisión que considera injusta en la disyuntiva de recurrir, o no, hacerlo y quien hace uso de los recursos lo hace en el entendimiento de que habrán de mejorar su situación, no empeorarla⁽¹⁷⁵⁴⁾.

Una última consideración merece la decisión adoptada por un jurado en aquellos casos en que esté prevista su intervención para la resolución de casos criminales. Es que, por definición, el veredicto de condena que dicta el jurado no está fundado en consideraciones y valoraciones que se plasman en un pronunciamiento escrito susceptible de ser cuestionado ante otro tribunal, puesto que su fundamento está dado por la deliberación secreta de sus miembros. No obstante, las cuestiones y los alcances de lo que debe decidir dicho jurado está previamente determinado por instrucciones que el tribunal le indica previamente a sus miembros, con el control de los demás sujetos intervinientes en el juicio. Dichas instrucciones indicarán al jurado como deben pronunciarse —ya sea en sentido afirmativo o negativo— sobre las cuestiones claves a definir en el juicio, y ellas sí son susceptibles de cuestionamiento por vía recursiva. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que dichas instrucciones, para satisfacer el requerimiento de un juicio justo, deben contener suficiente información como para que el imputado y la sociedad conozcan cuál

es el fundamento de la decisión adoptada por el jurado, para saber a partir de qué pruebas, o de qué circunstancias, se lo terminó condenando⁽¹⁷⁵⁵⁾. En estas condiciones, el déficit informativo, o bien una formulación sesgada, o fundada en prejuicios en esas instrucciones (ya sea por razones de raza, religión, origen nacional, sexo o posición social) podrían eventualmente, ser objeto de cuestionamiento ante un tribunal superior en lo que se refiere al aspecto fáctico del proceso. Por otro lado, en lo que se refiere a la adecuación legal, o bien a la validez de determinada prueba, o su modo de adquisición, nada impediría su cuestionamiento posterior, toda vez que esa es una materia reservada a jueces profesionales. En estas condiciones, con las salvedades del caso y atendiendo a la particular conformación de este modo de enjuiciamiento, nada impide satisfacer el derecho a la doble instancia frente a la sentencia de condena que dictan los jurados.

IX. EL DERECHO A UN JUICIO RÁPIDO

El ideal de todo juicio o proceso penal es que sea realizado de manera concomitante al acontecimiento que lo motiva: la conducta humana abarcada por la norma y que es constitutiva de una falta criminal. Lo que sucede es que, frente a la multiplicación de casos y la limitada cantidad de tribunales, esta tarea no es realizada de manera inmediata y los procesos se acumulan, se prolonga su investigación, el enjuiciamiento, y las sentencias o no se dictan, o se lo hace varios años después del hecho, sin contar además el tiempo que demandan apelaciones y recursos. Frente a esta circunstancia, ese acontecimiento o hecho histórico que el proceso penal busca reconstruir corre el riesgo de desvanecerse en su registro y recuerdo a medida que el tiempo transcurre. Pero no sólo eso, también la persona sometida a investigación o juicio tiene un derecho a que su situación ante la ley, su posición ante la parte agraviada y la comunidad se aclare lo más rápidamente posible. Esta situación de incertidumbre que se produce ante la alternativa de que en un futuro se aplique una sanción de gravedad, o bien, que una sentencia absolutoria sea meramente declarativa frente a los padecimientos involucrados —aún sin haber permanecido en prisión— justifican el tratamiento y consideración particular de este derecho.

La Constitución de 1853/60 no preveía de una manera explícita el derecho a un juicio rápido, aunque ya desde el año 1968 se señaló que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y la sociedad, ponga término del modo más breve a la situación de incertidumbre y de restricción de la

libertad que comporta el enjuiciamiento penal⁽¹⁷⁵⁶⁾. Con la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, este derecho se hizo explícito señalándose que toda persona debe ser juzgada en un plazo razonable (art. 8º.1 CADH, sin distinguir entre juicios penales o de otro carácter) o bien, a ser juzgada sin dilaciones indebidas, cuando es acusada de un delito (art. 14.3, apart. c], PIDCP). El Convenio Europeo de Derechos Humanos, también reconoce esta idea de juzgamiento dentro de un plazo razonable (art. 6º, apart. 1º), sin distinguir entre el tipo de procedimiento, ya sea criminal o de otro carácter, y que el tiempo utilizado para llevar adelante el proceso habrá de ser razonable, en tanto y en cuanto, no haya habido dilaciones indebidas⁽¹⁷⁵⁷⁾. A su vez, este derecho es reconocido en la Enmienda Sexta de la Constitución de los Estados Unidos de América, como el derecho a ser juzgado de manera rápida y expedita (*speedy trial*).

Lo que debe quedar en claro es que el Estado no puede —por el motivo que sea— dejar sin dar una respuesta jurisdiccional a los casos cuyo monopolio en la persecución y sanción ha asumido. Es que, si tiene los recursos financieros y legales a su alcance para hacerlo y no lo logra en un tiempo razonable, el individuo que es objeto de la persecución no tiene por qué cargar con ese déficit, sobre todo cuando lo sigue amparando la presunción de inocencia. El problema radica en resolver cuando estamos frente a esa omisión estatal y cómo se establece lo que es un plazo razonable de juzgamiento. En casos de desidia o mero transcurso del tiempo para resolver casos sencillos, la definición de lo razonable no suele ser difícil, puesto que una mera constatación del paso del tiempo es suficiente⁽¹⁷⁵⁸⁾. El conflicto generalmente habrá de aparecer frente a graves manifestaciones criminales —generalmente de criminalidad económica, organizada o corrupción pública— que demandan ingentes recursos de investigación, intervención de varias jurisdicciones, muchos imputados o producción de prueba compleja, cuyo análisis tanto para la acusación como las defensas, y el tribunal es por más, dificultosa. La jurisprudencia de la Corte tiene dicho, siguiendo lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que al existir una imposibilidad de traducir el concepto de plazo razonable en un número fijo de días, semanas, meses o años, ha de analizarse para establecer si juega esta garantía un análisis de la complejidad del asunto, la actividad procesal de los interesados y la conducta de las autoridades judiciales, lo que lleva a un análisis de cada caso en particular⁽¹⁷⁵⁹⁾. A su vez, se ha dicho que a la hora de interpretar el derecho a ser juzgado rápidamente debe procederse a una

evaluación de los intereses en pugna, tomándose en cuenta, p. ej., la determinación del período concreto que llevó el caso, el análisis de las razones brindadas por el Estado para justificar el retraso, la determinación sobre si ellas son atendibles, la conducta del imputado orientada a establecer si propició o activó dilaciones indebidas para retrasar el proceso, y el análisis del perjuicio personal sufrido por el imputado en virtud del retraso⁽¹⁷⁶⁰⁾. Pero hay otro punto que no suele analizarse y es que la propia dinámica de las normas procesales puede llevar a una tensión que se plantea entre la rápida elevación de un proceso penal a la instancia de juicio, y la existencia de un régimen recursivo orientado a asegurar a los imputados un resguardo frente a lo que serían juicios sin sustento. Estas etapas de revisión implican el análisis del mérito de las decisiones jurisdiccionales intermedias que impulsan el proceso hacia la etapa de debate propiamente dicha. Esta decisión legislativa busca resguardar el derecho de defensa de los imputados, pero tiene consecuencias en lo que hace a su duración. La consideración de este punto también debe ser analizada a la hora de establecer si ha sido razonable o no, la duración del proceso, o si las dilaciones han sido o no, indebidas⁽¹⁷⁶¹⁾.

Pero más allá de todas estas consideraciones, el panorama expuesto está lejos de brindar una respuesta medianamente previsible. Cada caso habrá de ser analizado de acuerdo con estas pautas que no son sencillas en su determinación y establecimiento, tampoco fijan una manera de efectuar una ponderación entre ellas y menos cómo resolver de manera razonable la preeminencia de una por sobre la otra. Por ello, refiriéndose al sistema interamericano y también al europeo, se ha sostenido que los órganos supranacionales de aplicación han fundado un "no plazo", evitándose toda decisión comprometida que oriente con claridad a las decisiones futuras, alentando la discrecionalidad judicial y las decisiones caso por caso⁽¹⁷⁶²⁾.

X. IMPOSIBILIDAD DE JUZGAR DOS VECES A LA PERSONA POR EL MISMO HECHO

Así como una persona no puede ser sometida a proceso indefinidamente, también se protege a la persona contra los repetidos intentos de perseguirla o sancionarla, como una seguridad adicional en materia penal, también conocida como la prohibición contra el *ne bis in idem*. Los distintos instrumentos sobre derechos humanos con rango constitucional protegen al inculcado absuelto por una sentencia firme contra el sometimiento a un nuevo juicio por los mismos hechos (art. 8º.4 CADH) y que nadie podrá ser juzgado ni

sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado, o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley el procedimiento penal de cada país (art. 14.7, PIDCP). La Constitución de los Estados Unidos de América, en su Quinta Enmienda, establece que ninguna persona será expuesta a que se ponga en riesgo su vida o su integridad física dos veces por el mismo delito, conocida como la garantía contra el *double jeopardy*. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su art. 4º, del Protocolo nro. 7 establece que nadie puede ser perseguido o juzgado nuevamente en el mismo Estado en casos criminales, luego de haber sido condenado o absuelto (apart. 1º), aunque previéndose la posibilidad de reapertura en casos en que se descubran nuevos hechos, o hubiera habido un defecto fundamental en el primer procedimiento (apart. 2º). La Constitución de 1853/60 no previó expresamente esta garantía, aunque está insinuada cuando se prohíbe al Poder Ejecutivo restablecer las causas fenecidas (ver comentario art. 109CN). No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoció esta garantía, como una derivación de la noción de debido proceso, en los casos "Pereyra" y "Ganra de Naumow"⁽¹⁷⁶³⁾.

En los Estados Unidos, la garantía contra el *double jeopardy* ha sido interpretada señalándose que no se debe permitir al Estado, con todos sus recursos y poder, llevar a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, aumentando también la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable⁽¹⁷⁶⁴⁾. En esta inteligencia, la garantía no sólo veda la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio respecto de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho. Es decir, no hace falta a que el nuevo proceso llegue a etapas avanzadas —o esperar a una nueva condena— para que entre a jugar la garantía⁽¹⁷⁶⁵⁾.

Sin embargo, esta garantía no ha sido entendida como un impedimento para que puedan establecerse penas conjuntas por un mismo hecho⁽¹⁷⁶⁶⁾ o negando la validez de determinadas consecuencias administrativas que son accesorias de la sanción criminal⁽¹⁷⁶⁷⁾. Incluso se ha descartado que haya una doble persecución o una doble sanción cuando una persona, habiendo ya sido condenada y permanecido en prisión como tal, comete un nuevo delito y con la nueva condena es declarada reincidente, de acuerdo con lo establecido en la legislación criminal, puesto que de esta

manera revela su desprecio por la pena pese a haberla padecido antes⁽¹⁷⁶⁸⁾.

Para que entre a jugar esta prohibición, debe tratarse de una renovada persecución contra una misma persona y, de que se trate del mismo hecho, entendiéndose por tal a la misma acción u omisión, manteniéndose una identidad del suceso histórico o idea básica tras la múltiple imputación⁽¹⁷⁶⁹⁾, sin importar los diversos encuadramientos que pueden efectuarse respecto de aquel⁽¹⁷⁷⁰⁾. De esta forma, la protección funciona impidiendo una nueva consideración jurídica del suceso, su integración en una investigación o juicio de lo que era un hecho aislado en una conducta, o serie de conductas de mayor complejidad, o bien el aporte de nuevas pruebas que permitirían renovar esa persecución con mayores posibilidades de éxito en la obtención de una condena. En estos casos, la persona cuya renovada persecución se pretende, ya sea de manera expresa o velada, está amparada por la llamada cosa juzgada obtenida luego del primer proceso, que se hace valer mediante remedios procesales que impiden el inicio de un nuevo juicio luego de que el primero haya sido juzgado⁽¹⁷⁷¹⁾.

La prohibición contra la doble persecución no impide que los órganos encargados de la persecución penal o la querella puedan interponer los recursos previstos en las normas procesales contra decisiones absolutorias o que impidan la continuación de las actuaciones. Es que, si la sentencia absolutoria no tiene fundamento alguno, o si sólo está revestida de una apariencia de fundamentos, la tesis de que no procede una apelación del acusador contra esa sentencia no puede sustentarse desde un punto de vista constitucional, porque ello equivaldría a sostener que el principio *ne bis in idem* impone tolerar sentencias de absolución infundadas, o en otros términos arbitrarias, y no meramente erróneas⁽¹⁷⁷²⁾. En esta línea, nada impide que los tribunales revisores puedan ordenar la celebración de un nuevo juicio, en la medida que se compruebe que no ha habido un juicio válidamente cumplido que haga jugar la garantía contra la doble persecución⁽¹⁷⁷³⁾, puesto que hay un interés público que reconoce un principio que subyace al ordenamiento jurídico, que es que las sentencias justas solamente se derivan de juicios justos⁽¹⁷⁷⁴⁾. Sin embargo, no debe dejar de analizarse la cuestión desde la perspectiva del juzgamiento en un plazo razonable, toda vez que una serie continua de juicios y sentencias, a partir de sucesivas anulaciones y reenvíos, podría prolongarse en el tiempo sin limitaciones, sometiendo al imputado a los padecimientos que implica esta situación. Otra alternativa, que también se encuentra prevista en las normas procesales, es que el tribunal revisor, a

instancia de una parte acusadora (ministerio público o querella), solicite la revocación de un pronunciamiento que le es adverso, y que dicho tribunal revoque la absolución y dicte condena. En la medida que se asegure la posibilidad de que dicha condena pueda ser revisada por un tribunal distinto al que la impuso, a fin de asegurar el derecho del imputado a la doble instancia en materia penal, esta alternativa no vulnera derechos constitucionales⁽¹⁷⁷⁵⁾. Es que el llamado *ne bis in idem*, siguiendo la terminología de los instrumentos de derechos humanos, solamente reconoce la existencia de una doble persecución cuando ha habido una sentencia firme dentro del mismo proceso⁽¹⁷⁷⁶⁾. Los modos y los alcances en que una decisión adquiere carácter final es una cuestión que define cada Estado en su ordenamiento interno⁽¹⁷⁷⁷⁾.

Asimismo, si bien es cierto que la llamada cosa juzgada impide que pueda volverse a juzgar un caso ya sentenciado y cuya decisión quedó firme, no hay impedimento a que dicho proceso pueda reabrirse en beneficio del imputado, revisando el caso ya resuelto cuando nuevos hechos o pruebas hagan evidente que el hecho no existió, o que el condenado no lo cometió, entre otras alternativas procesales. Sería una injusticia que, so pretexto de sostenerse la estabilidad de las decisiones judiciales, se termine tolerando otra cuando con esos nuevos elementos de juicio se demuestre el error del pronunciamiento dictado⁽¹⁷⁷⁸⁾. Pero esas mismas razones de justicia también avalan que pueda reabrirse un caso ya resuelto cuando la decisión que desvincula o absuelve a una persona fue obtenida fraudulentamente, ya que la intangibilidad de la cosa juzgada no puede brindar cobertura a un hecho ilícito ni otorgar amparo a quien se beneficia de una farsa procesal orientada a resguardarse de una persecución futura. En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido que "...existe una razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios"⁽¹⁷⁷⁹⁾, y más recientemente, otro tribunal ha señalado que "...no cualquier desatinada acumulación de actos procesales es un proceso, ni cualquier conjunto de construcciones gramaticales constituye una sentencia, si se pretende proceder con ajuste a lo que reclaman los baremos constitucionales pertinentes"⁽¹⁷⁸⁰⁾. Es que cuando ha habido una parodia procesal, un remedo de juicio, nada impide llevar adelante uno nuevo puesto que el primero, en realidad, no fue un juicio real, y ello además, es atribuible al imputado, lo que sucede cuando este, p. ej., soborna al tribunal para que lo absuelva, o al fiscal para que no lo acuse; o tiene un poder político sobre ellos de manera tal que implícitamente controla su permanencia en el cargo⁽¹⁷⁸¹⁾.

XI. LAS DETENCIONES EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL

Otra manifestación que debe analizarse con particular énfasis — por sus implicancias respecto de posibles interferencias arbitrarias estatales— es lo referente a como el Estado, a través de sus fuerzas de seguridad, puede limitar la libertad ambulatoria de las personas en el marco de las averiguaciones iniciadas luego de la comisión de un delito.

Este ámbito de la libertad, que muchos instrumentos internacionales reconocen como un derecho a la libertad y seguridad personal, puede llegar a condicionar severamente el ejercicio de la autonomía personal, así como también, la posibilidad de otorgar preeminencias a agencias de seguridad sobre los habitantes. Es que las fuerzas de seguridad, encargadas de garantizar el orden público, de vigilar el crimen y arrestar a sospechosos, están expuestas a colosales tentaciones de abusar de esos poderes y su uso no está sometido sino a controles imperfectos⁽¹⁷⁸²⁾.

Por ello es que se ha entendido que la mejor manera de proteger esta libertad básica e imprescindible para el ejercicio de este y otros derechos, es que su limitación provenga de funcionarios públicos que cuenten con cierto grado de independencia e imparcialidad en su actuación, esto es, los jueces. Dado que en ciertas situaciones de urgencia, y ante la imposibilidad de que las fuerzas de seguridad obtengan la orden correspondiente, es que se autoriza su limitación sin orden judicial. No obstante, es necesario que esta atribución se vea limitada por estatutos legales precisos y un control judicial posterior celoso de mantener los límites legales.

Es que toda limitación de la libertad ambulatoria, llamémosla aprehensión o detención por parte de una autoridad pública implica una coerción psicológica sobre el individuo, toda vez que si la persona pretendiera irse, se utilizará la fuerza, y por ende no es libre de irse⁽¹⁷⁸³⁾. En tales condiciones deben fijarse las causas y las condiciones de la detención, para evitar un ejercicio arbitrario de dichas atribuciones. Ello ocurre cuando se avalan detenciones fundadas en palpitos o criterios meramente subjetivos, y no, en referencias objetivas reveladores de rastros de la posible comisión de un delito⁽¹⁷⁸⁴⁾. Peor aún, cuando se termina convalidando esta clase de interferencias a partir del éxito de la medida dispuesta, p. ej., si se comprueba que la persona detenida terminó siendo culpable de alguna ofensa, pero a partir de pruebas obtenidas de su requisa posterior, cuando no se respetaron los presupuestos iniciales de la primera intromisión estatal, la aprehensión o detención. En estos casos no suele tomarse en cuenta que los casos analizados se pone

énfasis en lo "exitoso" de la medida, sin percatarse de que por cada uno de esos casos, se esconden vaya a saber cuántas limitaciones a la libertad ambulatoria sin ningún fundamento puesto que no llegaron a ninguna instancia posterior de investigación, y no generaron queja alguna por parte de quienes resultaron afectados. Es claro que una situación de estas características puede estar motivada por el celo profesional en la obtención de pruebas de la comisión de un delito por parte de las fuerzas de seguridad, pero también es probable que encubran situaciones de abuso o desvío de poder que deben limitarse.

XII. LA PRISIÓN PREVENTIVA

Por más que se pueda recurrir a la justificación constitucional acerca de que la prisión preventiva es una "orden escrita de autoridad competente" (art. 18CN), parece difícil convalidar la privación de la libertad de una persona —en los mismos establecimientos donde se imponen penas— si justamente no se ha llevado adelante ese procedimiento —el juicio— que nos asegura que una persona ha cometido un delito, sobre todo si tenemos en cuenta que las personas tienen el derecho a circular libremente por el territorio (art. 14CN) y están amparadas por la presunción de inocencia establecida en esa misma cláusula constitucional.

Ya sea para garantizar la presencia del imputado, cuando pretenda sustraerse al juicio, o bien evitar que entorpezca de alguna manera la indagación iniciada, a través de actos concretos de perturbación —y sólo en estas dos circunstancias—, es que se ha convalidado el encierro preventivo⁽¹⁷⁸⁵⁾. Hay un interés de la comunidad en que quién es acusado de una ofensa brinde explicaciones sobre la imputación efectuada, rinda cuentas ante esa comunidad y eventualmente se le aplique la pena que corresponde, cuidándose que la evidencia no sea perturbada, de manera tal, que pueda poner en peligro su producción en juicio. Así, suelen valorarse un conjunto de datos para disponerse la prisión preventiva, tales como la gravedad de los hechos, la existencia de antecedentes, la falta de arraigo, modo de ejecución orientada a no dejar rastros, las vinculaciones con organizaciones o círculos de poder, entre otros. La Corte Suprema ha considerado que en casos especialmente graves (un secuestro donde murió la víctima y se pagó el rescate), la inminencia del juicio podría ponerse en riesgo de acordarse la libertad al imputado⁽¹⁷⁸⁶⁾. En casos de los denominados crímenes de lesa humanidad la Corte hizo aplicación de estos criterios, por la circunstancia de haber pertenecido a estructuras de poder que facilitaron la perpetración de esa clase de hechos, ya que los

imputados podrían contar con medios para profugarse⁽¹⁷⁸⁷⁾, o bien por la actividad remanente de quienes llevaron adelante estos delitos por los medios clandestinos utilizados y la posibilidad de destruir los rastros de los hechos perpetrados⁽¹⁷⁸⁸⁾. Asimismo, en graves casos de corrupción —que suponen un abuso de poder para beneficio propio o de determinada facción— cuando la contundencia de la prueba existente o los riesgos de su destrucción están mínimamente acreditados en el expediente y no son meramente hipotéticos⁽¹⁷⁸⁹⁾. En el contexto de esta clase de hechos, también se ha justificado la prisión preventiva de una imputada acusada de fraude a la administración pública y extorsión, frente a la existencia de un entramado organizacional utilizado para infundir temor a testigos o inducirlos a falsear su declaración, lo que incidiría en el normal desarrollo del proceso⁽¹⁷⁹⁰⁾.

No obstante, la existencia y el mantenimiento de las circunstancias que justifican el encierro cautelar, éstas deben ser revisadas continuamente, toda vez que los riesgos de fuga pueden llegar a cambiar ante nuevos hechos y la posibilidad de influir negativamente sobre el resultado del proceso puede disminuir a medida que este avanza. En definitiva, dada la provisionalidad del juicio anticipatorio que justifica la prisión sin sentencia, dicha provisionalidad hace que deba revisarse de manera regular su mantenimiento, ya sea por pedido del imputado, o a instancias de mecanismos de control del propio Poder Judicial o del Ministerio Público, que también deben estar interesados en que no se prolonguen innecesariamente detenciones sin condena.

Pero más allá de esta práctica, no nos debemos olvidar que, en última instancia, estas presunciones se fundan en predicciones del comportamiento futuro de las personas a partir de cierta información con que se cuenta de su pasado. Generalmente este tipo de predicciones se hace para asignar cargos u honores a las personas (los concursos de antecedentes y oposición para magistrados o profesores universitarios), pero hay serias dificultades para llevar adelante esta clase de anticipaciones, es decir, juzgar el "merecimiento" para que alguien deba permanecer encerrado hasta que se celebre el juicio en donde se establezca la culpabilidad por la falta cometida⁽¹⁷⁹¹⁾. Mucho menos se podrían establecer, a través del consenso democrático, presunciones acerca de cómo la expectativa de una determinada pena de encierro en abstracto puede hacer creer que una persona concreta eludirá su presencia en el juicio, o perjudicará la investigación. De nuevo, este tipo de presunciones, conllevan una intromisión del ámbito deliberativo en el ámbito de la verdad, cuyo establecimiento corresponde a los jueces. Si son estos

funcionarios quienes habrán de tener la última palabra respecto de la libertad de las personas, luego de haberse celebrado el juicio, con mayor razón deben tenerla a la hora de determinar la existencia de los riesgos concretos que pudieran impedir su realización. En este sentido, la Corte Suprema ha declarado inconstitucionales las leyes que establecen que determinados delitos no son excarcelables, haciendo referencia a que no puede utilizarse la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos, modificando las reglas generales en la materia para casos puntuales, convirtiendo al encierro cautelar en una pena anticipada respecto de quien todavía no fue juzgado y condenado⁽¹⁷⁹²⁾.

XIII. EL DEBIDO PROCESO EN SEDE ADMINISTRATIVA Y OTRAS DERIVACIONES

La inviolabilidad de la defensa en juicio y el debido proceso no se agota en lo que concierne a su ejercicio frente a los tribunales de justicia. Es que la creciente intervención del Poder Ejecutivo y sus agencias en el reconocimiento y privación de derechos de variada índole, ya sea en asuntos de carácter previsional, en lo que se refiere a los regímenes de seguridad social, y particularmente en lo que concierne al control y regulación de la economía (comercio, actividad financiera, transporte, fomento, etc.), entre otras tantas actividades, obligan a dichas autoridades a manejarse respetando esta garantía en su relación con las personas o empresas, tanto en el ámbito administrativo, así como también, a la hora de asegurar un control judicial suficiente de sus decisiones (ver comentario al art. 109CN). Es importante tomar en cuenta que, más allá del rótulo que se les quiera otorgar (procedimiento contravencional, administrativo, fiscal, etc.), en la medida que cualquier actuación estatal conduzca a la aplicación de una sanción de naturaleza represiva, esta merece ser analizada a la luz de las garantías constitucionales que se establecen para quien es afectado por esa sanción⁽¹⁷⁹³⁾.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de señalar que la Administración debe respetar, en el procedimiento interno y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas, las garantías del debido proceso y que los Estados no pueden sustraerse a esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del art. 8º de la CADH en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no, del derecho de toda persona a un debido proceso⁽¹⁷⁹⁴⁾. Sobre todo en materia de empleo público y en los casos de remoción de personal

se debe garantizar un procedimiento administrativo previo a la sanción y el control judicial debe dar amplias posibilidades de ser oídos en procura del esclarecimiento de los hechos⁽¹⁷⁹⁵⁾.

En materia fiscal, ya sean impuestos u otras contribuciones que inciden sobre el patrimonio de las personas, la cuestión es más compleja ya que se suelen justificar ciertas prerrogativas estatales en esta materia a partir de la circunstancia de que, de no hacérselo, se comprometerían los ingresos estatales. Así, se ha convalidado el principio por el cual el contribuyente que pretende reclamar por un impuesto o contribución indebida, o por tener que soportar una detracción de riqueza mayor a la que se considera obligado, debe efectuar su pago previo antes de su discusión judicial: el llamado principio *solve et repete*. Más allá de su convalidación jurisprudencial, se ha señalado que limita el acceso de las personas a los tribunales y que esta es una regla sumamente costosa en términos del derecho de defensa en juicio, con lo cual el contribuyente puede evitar su cumplimiento si alega una imposibilidad económica para hacerlo, o si señala la desproporción del desembolso requerido, correspondiendo a la entidad recaudadora refutar los argumentos ofrecidos por el contribuyente⁽¹⁷⁹⁶⁾. Por otro lado, en materia de clausuras dispuestas por la agencia fiscal, que afectan el derecho de propiedad y de comercio e industria, se ha destacado el carácter represivo de estas sanciones, con lo cual rigen las garantías propias del proceso penal⁽¹⁷⁹⁷⁾.

Las garantías del debido proceso también son de aplicación en materia de remoción de ciertos funcionarios que, por la responsabilidad de las tareas a su cargo, suelen gozar de la prerrogativa de un procedimiento especial de enjuiciamiento, ya sea mediante juicio político, para el caso del presidente y miembros de la Corte Suprema (art. 53CN), o mediante tribunales de enjuiciamiento especiales, tal como sucede con los jueces integrantes de los tribunales inferiores (art. 114CN), respecto de los cuales se ha sostenido que rigen también las garantías del debido proceso⁽¹⁷⁹⁸⁾. A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que también en estos ámbitos rigen las garantías mínimas previstas en el art. 8º.2 de la CADH y, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal⁽¹⁷⁹⁹⁾. Asimismo, se ha sostenido que el juzgamiento de militares en tiempos de paz, por tratarse de tribunales administrativos, debe hacerse con respeto a las garantías constitucionales propias del proceso penal, más allá de la especialidad del tribunal de que se trate, y que se debe garantizar la imparcialidad del juzgador, así como también, el derecho a elegir un defensor de confianza⁽¹⁸⁰⁰⁾.

Si bien se encuentra íntimamente relacionado con la aplicación del derecho de defensa en sede administrativa, también el debido proceso legal rige plenamente en el ámbito contravencional, esto es, en el juzgamiento y sanción de faltas que son menos graves que los delitos, y cuyo juzgamiento está en manos de las autoridades provinciales o municipales, por resultar un poder reservado y no delegado al Estado federal (arts. 75, inc. 30, 121, 123, 129CN). Con frecuencia, al resultar penas menores, que implican multas y fugaces privaciones de la libertad, éstas no suelen ser motivo de disputa o cuestionamiento judicial, ya que difícilmente llegan a los tribunales. Justamente por esta circunstancia es que pueden constituir un arma de hostigamiento y persecución⁽¹⁸⁰¹⁾, sobre todo de personas de sectores vulnerables. Así, la Corte ha reafirmado la plena vigencia del derecho de defensa en esta clase de procedimientos, la necesidad de asegurar asistencia letrada, que no puede presumirse su renuncia, que las autoridades involucradas deben proveer los medios necesarios para asegurar esa asistencia, que debe asegurarse un control judicial suficiente de las sanciones impuestas y que este no es satisfecho por su revisión a cargo de una autoridad administrativa, entre otras violaciones constitucionales⁽¹⁸⁰²⁾.

Asimismo, se ha entendido que el compendio de garantías básicas rige también en aquellos procesos penales seguidos contra menores de edad, en donde todo niño debe ser escuchado en procesos judiciales o administrativos que lo afecten, advirtiéndose acerca de que detrás de los objetivos tuitivos del sistema de minoridad de la legislación en la materia no puede despojarse a los menores de las garantías constitucionales de los mayores⁽¹⁸⁰³⁾.

En otro orden de asuntos, como en lo que se refiere a internaciones en el marco de procesos de insania, se ha sostenido que el respeto de la regla del debido proceso debe ser observado con mayor razón en el caso de personas sometidas a tratamientos de internación psiquiátrica coactiva debido al estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el que se encuentran frecuentemente estas personas⁽¹⁸⁰⁴⁾.

Resta agregar que si bien la Corte Suprema ha señalado que las decisiones judiciales deben ser adoptadas previo traslado a la parte contra la cual se pide, dándole oportunidad de ser oída⁽¹⁸⁰⁵⁾, nada impide que en las normas procesales se regulen diversas medidas anticipatorias, orientadas a no tornar inútil una sentencia que resuelva sobre el fondo de la pretensión para quien recurre al amparo del Poder Judicial. En este sentido, se ha dicho que la garantía de la defensa en juicio, así como incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable, también, exige

que frente a una intensa verosimilitud en el derecho y un claro peligro en la demora, se consagre dicha garantía constitucional adoptándose las decisiones jurisdiccionales previas y provisionales que atemperen o impidan, en la medida de lo posible, las consecuencias que puede generar la razonable espera de una decisión definitiva⁽¹⁸⁰⁶⁾.

Por último, en los casos que involucran derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, la Corte Suprema, en el caso "Halabi"⁽¹⁸⁰⁷⁾, consideró que si hay una homogeneidad fáctica y normativa en el litigio que lleva a considerar como razonable la realización de un solo juicio, el valor de la cosa juzgada habrá de tener efectos expansivos, salvo en lo que hace a la prueba del daño. Por tales motivos, debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado, debiéndose garantizarse una adecuada representación de las personas a las que se extenderán los efectos de la sentencia (consid. 12). Por ello, se señaló que debe identificarse el grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito, como la de comparecer en él como parte o contraparte. A su vez, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos (consid. 20).

EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Comentario por José Ipohorski

I. INTRODUCCIÓN Y FUNDAMENTO NORMATIVO

Nuestra CN reconoce un espacio de intimidad de las personas y garantiza su protección frente a la intrusión por parte de los demás,

ya sea por la acción perturbadora ejercida por otras personas o entidades, o bien del propio Estado y sus agencias.

Generalmente se suelen utilizar indistintamente los términos privacidad e intimidad, lo que se desprende de diversos fallos de la Corte Suprema que se analizarán más adelante, que siguen la jurisprudencia norteamericana en la materia y que se refieren a este espacio como privacidad (*privacy*). Sin embargo, por una razón expositiva, habrá de seguirse la distinción metodológica efectuada por Carlos Nino, quien diferencia ambos conceptos para resaltar las características propias de cada uno de ellos. Así, el llamado derecho a la privacidad protege un ámbito de autonomía decisional, vinculado con la elección de un plan de vida; en estos casos, las acciones involucradas trascenderán lo meramente íntimo, pudiéndose hacer públicas, pero permaneciendo "*exentas de la autoridad de los magistrados*", en la medida que son autorreferentes y, por ende, no sujetas a interferencias estatales o de otros sujetos, justamente por no implicar daño a terceros⁽¹⁸⁰⁸⁾. En este sentido, el art. 19 de la CN, protege a las acciones privadas propiamente dichas. En cambio, la protección constitucional de un ámbito de intimidad, que abarca la esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado de los demás, se infiere del art. 18CN que, en su parte pertinente, establece: "El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinara en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación"⁽¹⁸⁰⁹⁾. Por tales motivos, el autor citado, en el Proyecto de Constitución elaborado por el Centro de Estudios Institucionales, proponía agregar al texto del actual art. 18CN que son inviolables, además de los ya referidos espacios y objetos, "...cualquier otro ámbito de intimidad de la persona ..." y sumando también a las comunicaciones telefónicas⁽¹⁸¹⁰⁾. Es por ello que el espacio de intimidad admite la interferencia de las autoridades públicas en ciertos casos, cosa que no sucede con las acciones privadas. Así, no podrían sancionarse las relaciones homosexuales consentidas, pero sí la violencia física dentro del hogar en perjuicio de uno de sus miembros. En el primer caso hay una acción privada, ocurra o no, a puertas cerradas; en el segundo, hay un daño a terceros que justifica la intervención estatal por más que haya tenido lugar en un espacio íntimo. Esta misma línea de análisis es seguida por Roberto Gargarella, quien también identifica la idea de privacidad con la noción más abarcadora de autonomía, que busca asegurar a cada individuo desarrollar su propia vida conforme a sus propias decisiones, advirtiendo que una visión estrecha de la noción de intimidad no puede avalar opresiones domésticas⁽¹⁸¹¹⁾.

La protección de este ámbito íntimo encuentra refuerzo en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN), que protegen a las personas contra injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia (art. 11.2, CADH; art. 17.1, PIDCP). También se encuentra en línea con la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que reconoce: "El derecho del pueblo a estar seguros en sus personas, casas, papeles y efectos contra registros y secuestros irrazonables no será violado, y no se expedirán órdenes judiciales si no es sobre la base de una causa probable apoyada en un juramento o afirmación, y describiendo particularmente el lugar a ser registrado, y las personas o cosas, a ser aprehendidas". Por su parte, el art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos también reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia (apart. 1º), pero es más específico al enumerar que sólo por ley y por determinados motivos, como es la seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y prevención de las infracciones penales, protección de la salud y la moral, y la protección de los derechos y libertades de los demás, está justificada la injerencia estatal en el ejercicio de este derecho (apart. 2º).

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES HISTÓRICAS

Se ha sostenido que la idea de intimidad (o privacidad), como la de los derechos en general, es un reconocimiento de la modernidad. Para Carl Schmitt, el Estado antiguo no conocía derechos de libertad, porque parecía inconcebible una esfera privada con un derecho independiente frente a la comunidad política, y se consideraba absurdo, inmoral e indigno de un hombre libre, el pensamiento de una libertad del individuo independiente de la libertad política de su pueblo y Estado⁽¹⁸¹²⁾. No obstante, estudios más recientes acerca de la cuestión, como la obra colectiva de Georges Duby sobre la historia de la vida privada, han puesto en duda esta clase de afirmaciones, señalando que en Europa occidental siempre ha existido un concepto de lo privado, opuesto a lo público. Por su claridad y poder explicativo, citamos *in extenso* lo que expresa dicho autor en el prefacio de la obra:

Hemos partido, en consecuencia, de la evidencia universal que, desde siempre y en todas partes, ha expresado a través del lenguaje el contraste, nítidamente percibido por el sentido común, que opone lo privado a lo público, a lo abierto a la comunidad popular, y sometido a la autoridad de sus magistrados. Hay un área particular, netamente

delimitada, asignada a esa parte de la existencia que todos los idiomas denominan como privada, una zona de inmunidad ofrecida al repliegue, al retiro, donde uno puede abandonar las armas y las defensas de las que le conviene hallarse provisto cuando se aventura al espacio público, donde uno se distiende, donde uno se encuentra a gusto, "en zapatillas", libre del caparazón con que nos mostramos y nos protegemos hacia el exterior. Es un lugar familiar. Doméstico. Secreto, también. En lo privado se encuentra encerrado lo que poseemos de más precioso, lo que sólo le pertenece a uno mismo, lo que no concierne a los demás, lo que no cabe divulgar, ni mostrar, porque es algo demasiado diferente de las apariencias cuya salvaguarda pública exige el honor⁽¹⁸¹³⁾.

Como puede verse, siempre ha estado presente la idea de un ámbito de resguardo del individuo frente a los demás, incluyendo al Estado, aunque no estuviera previsto como derecho y garantizado bajo las formalidades en un documento constitucional vinculante para la autoridad. Que históricamente el avasallamiento de todo espacio íntimo estuviera incorporado en la vida de las personas y fuera una práctica esperable en tiempos de guerra entre imperios y reinos, conquistas, saqueos y abusos de todo tipo por parte de los gobiernos y sus servidores, y que ello estuviera naturalizado, no debe llevarnos a negar el valor que gozaba ese espacio por más que no estuviera regulado. Tan es así, que se ha señalado que incluso en la Edad Media el príncipe era considerado un tirano cuando se apoderaba de la propiedad o invadía la familia de sus súbditos⁽¹⁸¹⁴⁾.

El pensamiento republicano también reconoce un valor a este ámbito de intimidad pero reconociendo la validez de su interferencia en ciertos casos y situaciones. Para el republicanismo, el ideal del gobierno es asegurar la no-dominación, como una especie de seguridad o inmunidad frente a interferencias arbitrarias, siendo la ley la manera de regular y establecer las interferencias válidas. Con esto, se quiere señalar que los derechos en general, y la intimidad en particular, pueden ser objeto de interferencias no arbitrarias, y por ello es que, para esta tradición de pensamiento, la ley no es vista como una limitación a la libertad, ya que el derecho propiamente constituido es constitutivo de esa libertad. El problema surge a la hora de definir el tipo y alcances de las interferencias que las leyes pueden establecer. Como principio, puede señalarse que estas leyes deben evitar o acotar el nivel de incertidumbre que las personas deben tolerar de manera tal, que no tengan que vivir bajo el constante temor de la interferencia impredecible, pudiendo así al menos organizar sus asuntos de manera sistemática y con una buena dosis de tranquilidad⁽¹⁸¹⁵⁾.

En nuestro país y en el resto del continente, el movimiento constitucional que comenzó a gestarse a principios del siglo XIX, y que abrevó en el ideario republicano, fue una reacción contra las arbitrariedades de la metrópoli en su relación con las colonias de América del Sur. Por ello, todo lo que se refiere al ingreso de los domicilios, o la revisión de los papeles privados y la correspondencia, sin ningún tipo de reparo, fue objeto de particular consideración y se trató de establecer seguridades para evitar su vulneración injustificada. Los documentos constitucionales anteriores a la adopción de la CN de 1853/60, seguían esta línea y se ocuparon de otorgar estas seguridades, tanto para la propiedad, pero también para el ámbito íntimo de las personas. Así, el art. 4º del decreto de Seguridad Individual, del 23/11/1811, establecía que "La casa de un ciudadano es un sagrado, cuya violación es un crimen". Con palabras similares se expedía el art. XV del Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815 y el art. 9º, Sección 7a., Capítulo 1º del Estatuto Provisional aprobado por el Congreso de Tucumán el 22 de noviembre de 1816. Por su parte, el art. CXV del proyecto de Constitución de las Provincias Unidas en Sud-América del 30/4/1819, establecía que: "Todo ciudadano debe estar seguro contra las requisiciones arbitrarias y apoderamiento injusto de sus papeles y correspondencia. La ley determinará en qué casos y con qué justificación puede procederse a ocuparlos". Con un texto similar el art. 166 del texto aprobado por el Congreso General constituyente el 24 de diciembre de 1826 regulaba la cuestión⁽¹⁸¹⁶⁾. Por su parte, el proyecto de Constitución elaborado por Juan Bautista Alberdi establecía que "la casa de todo hombre es inviolable. Son inviolables la correspondencia epistolar, el secreto de los papeles privados y los libros de comercio"⁽¹⁸¹⁷⁾.

III. INTIMIDAD Y AUTONOMÍA: PUNTOS DE CONTACTO

Más allá de este tratamiento diferenciado entre intimidad y autonomía (o privacidad), esta distinción, nada más que metodológica, no nos debe llevar a negar puntos de contacto entre ambos conceptos, que se implican y los tornan interdependientes. Así, la existencia de un espacio íntimo permite un ámbito de decisión autónomo, ya que es en ese espacio reservado y a resguardo de la mirada generalizada de los demás, donde se pueden adoptar esas decisiones que se relacionan o que materializan un plan de vida propio, no impuesto por el Estado o por otros sujetos con poder de coerción moral o material⁽¹⁸¹⁸⁾. Las normas que protegen a las personas contra una adquisición ilegítima de conocimiento sobre un acto, o un rasgo propio que uno no quiere que otros tengan, están

orientadas a que los demás no adquirieran un poder indebido sobre nuestra persona, incluso que lo puedan colocar en situaciones de burla y ridiculización, y esta es una forma de asegurar el respeto a la libertad de cada uno para elegir la forma de vida que quiera.

Hay otro aspecto más político de la intimidad, que lo coloca como límite a las intromisiones arbitrarias del Estado, pero también como baluarte de la libertad individual. Es así que, históricamente, los Estados totalitarios —de mayor o menor intensidad— han buscado un control total de la vida de sus ciudadanos, primero saturando el espacio público en su intento de modelar la mente de los habitantes y luego, negando todo espacio íntimo —ya sea propio, del grupo familiar o afectivo— orientando sus poderes de vigilancia y coerción para condicionar y quebrar la conciencia de las personas, y así limitar o eventualmente anular, ese ámbito de decisión autónomo. Esta intención de imponerse o inmiscuirse en la intimidad se hace mediante propaganda y abusos de comunicaciones oficiales y, en casos más extremos, llegando hasta vigilancias subrepticias o el favorecimiento de delaciones que socavan la relación fraterna entre las personas⁽¹⁸¹⁹⁾. Esta clase de gobiernos se tornan incluso más alienantes que los antiguos regímenes cuya vigencia (supuestamente) se pretende desterrar y la clase de tiranía que se consolida termina constituyendo el uso más peligroso del poder político que puede ceñirse sobre las personas⁽¹⁸²⁰⁾. Por eso se ha sostenido que el poder político, aunque no descartando otras manifestaciones (como sería el poder económico o religioso, p. ej.), que sobrepasa su esfera de influencia para avanzar en la esfera íntima de las personas constituye un uso tiránico de ese poder. A su vez, existen riesgos de que en una sociedad donde sus miembros se mantienen vigilados los unos a los otros, generalmente por acción del Estado, la gente tenderá a vivir encerrada en sí misma, con el riesgo de que dichas sociedades se tornen más ineficientes debido a las negociaciones mutuamente beneficiosas que no se habrán de entablar⁽¹⁸²¹⁾. Esta falta de cooperación social, fundada en la desconfianza generalizada también tendrá consecuencias en la participación en ámbitos de decisión comunes, ya sea mediante la negativa a tomar conocimiento de los asuntos estatales, la falta de intervención en decisiones colectivas, pedidos de explicaciones, protestas, o el control de los asuntos del Estado, generalmente por temor a represalias. En definitiva, la falta de un espacio íntimo habrá de repercutir en una menor vida social y en un menor involucramiento en los asuntos de todos, acrecentándose la distancia entre gobernantes y gobernados, generándose mayores incentivos para la ineficiencia y la corrupción, acentuándose los rasgos tiránicos de los

gobiernos. Como puede verse, la falta de un espacio íntimo no solo tiene repercusiones personales inmediatas, sino que sus males trascienden lo meramente individual con implicancias para el autogobierno colectivo.

Dada esta relación del resguardo de un espacio íntimo y la esfera pública, hay consideraciones de interés institucional que llevan también a promover su aseguramiento y protección, así como también, a incluir a espacios, lugares, informaciones y otros modos de comunicación no previstos en el texto histórico de la CN, pero que igualmente resultan alcanzados por esta protección amplia y generosa que surge del texto constitucional, como derecho implícito derivado de la forma republicana de gobierno (arts. 1º y 33CN). De esta forma, puede concluirse que un espacio íntimo robusto aparece también como condición para el ejercicio de una autonomía individual plena, lo que habrá de repercutir también en un desarrollo vigoroso del espacio público.

IV. ÁMBITO DE PROTECCIÓN

Se tiende a analizar este resguardo de la intimidad en un sentido negativo, esto es, como el derecho a ser dejado a solas⁽¹⁸²²⁾. También se ha señalado que este derecho protege a sus poseedores de la publicidad indeseada respecto de aquellas acciones realizadas en lugares privados, y un lugar privado es aquel respecto del cual se ejerce un control sobre el ingreso de los asistentes⁽¹⁸²³⁾.

Pero no se agota en estos aspectos ya que, desde su origen, lo importante también era el tipo de información que se tiene (papeles privados) o, que se da a determinada persona por un medio a través del cual se pretende que solamente sea conocido por uno o varios destinatarios (correspondencia) o, que se mantiene en el ámbito familiar, de acuerdo con los textos de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Además, circunscribir exclusivamente la protección a lugares y no tanto a la clase de información no toma en cuenta los casos donde la propia persona no tiene el control de su resguardo, porque contractualmente lo cede a otro (p. ej. cajas de seguridad), o bien los casos en que la información es propia, pero su almacenamiento es efectuado en un lugar distinto, como sucede con los datos almacenados en servidores remotos o "nube". Por ello, la jurisprudencia norteamericana ha reafirmado la idea de que la Enmienda IVa. protege personas no lugares (*protects people not places*⁽¹⁸²⁴⁾) y que se brinda protección a aquellos ámbitos donde existe una razonable expectativa de privacidad (*privacy*), la que habrá de depender de que el individuo haya exhibido una expectativa de intimidad actual y que la sociedad esté dispuesta a

reconocer dicha expectativa como razonable, de acuerdo con las circunstancias⁽¹⁸²⁵⁾. Es decir que la persona subjetivamente se haya comportado resguardando su intimidad y que objetivamente ese espacio o información, merezca ser respetado socialmente.

Por ello, a la hora de definir los alcances de lo que es la intimidad, queda claro que alcanza a ciertos espacios, siendo el domicilio el principal, pero no limitándose exclusivamente a él, ya que incluye también lugares que no son de propiedad del titular, pero que están destinadas a actividades privadas, incluso temporarias⁽¹⁸²⁶⁾. A su vez, se protege el cuerpo del individuo y sus pertenencias, las relaciones interpersonales, mediante la protección de las comunicaciones de diverso tipo, las que son consideradas íntimas si se dan dentro del ámbito familiar, o círculo confianza de las personas. La idea que subyace a esta protección es que son las personas quienes libremente eligen tanto qué información y respecto de quiénes ella habrá de ser compartida.

Pero la intimidad no se agota en lugares y personas, también incluye determinados asuntos. Así, puede señalarse que todo lo relacionado con la manera en que las personas se relacionan con la esfera de lo sexual, de acuerdo con nuestras costumbres y cultura pertenece a la esfera de lo íntimo⁽¹⁸²⁷⁾. A su vez comprende lo que tiene que ver con la religión y su práctica, incluso en aspectos del culto que tienen lugar en ámbitos fuera del domicilio de las personas, especialmente donde se celebran los ritos correspondientes, las cuales se encuentran limitadas a un círculo determinado de personas y exentas de la mirada de los demás. En este sentido, la Corte Suprema descalificó la obligación de divulgar la adhesión a determinada religión o creencia, por entrometerse en estos aspectos propios de la faceta espiritual de cada persona⁽¹⁸²⁸⁾. Asimismo, lo relacionado con la salud, desde la existencia o no de enfermedades, su tratamiento, medicación, así como también lo que tiene que ver con el nacimiento, convalecencia y muerte de las personas. También lo que tiene que ver con las cuestiones que hacen al estado de familia por su relación con la identidad de la persona⁽¹⁸²⁹⁾. Todos estos asuntos, dada su estrecha relación con la conformación de la personalidad del sujeto, están protegidos por la noción de intimidad. Pero acá tampoco se agota la cuestión; es que toda otra información que, o bien podría resultar anodina o indiferente a los demás, pero que no se pretende que sea conocida por todos, como p. ej., la asistencia o no a determinados lugares, modos de esparcimiento, lugares de reposo o descanso, entre otras actividades, también está protegida⁽¹⁸³⁰⁾. En estos casos subyace la idea de que el conocimiento indeseado de esta clase de información conlleva

riesgos de discriminación, persecución u hostigamiento. También puede incluirse ciertos aspectos de información económica del sujeto, la cual suele estar protegida contractualmente, o por otras normas, y que es considerada secreta salvo para aquellos a quienes está destinada, como sería la información financiera y fiscal. En este punto, también se toma en cuenta los riesgos de su utilización en perjuicio de su titular, ya que permitiría situaciones abusivas más graves, como amenazas o extorsiones.

La Corte Suprema que, como ya se anticipara, utiliza indistintamente ambos términos —intimidad y privacidad— ha delineado sus contornos en un fallo señero sobre la materia, el caso "Ponzetti de Balbín", el cual habrá de citarse con cierta extensión, ya que es habitualmente mencionado en estos casos, lo que permite brindar un panorama claro del ámbito de protección de la intimidad en nuestro derecho.

Allí se dijo que

El derecho a la privacidad e intimidad encuentra su fundamento constitución en el art. 19 de la CN. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente 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.

El derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal, o la imagen, y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento, o el de sus familiares autorizados para ello, y sólo por ley podrá justificarse la intromisión y siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen⁽¹⁸³¹⁾.

En el caso mencionado, la viuda del dirigente de la Unión Cívica Radical, Ricardo F. Balbín demandó civilmente a la revista *Gente y la Actualidad* por la publicación de diversas fotografías obtenidas sin su consentimiento ni el de sus familiares, mientras recibía tratamiento médico durante su internación antes de fallecer. El caso marca los límites a la libertad de prensa de los medios de comunicación en su

afán de informar y mostrar detalles de la vida de las personas sin incidencia institucional o social que lo amerite. Pero también, lo relevante para resolver como se hizo fue tomar en cuenta la conducta de Balbín quien, a pesar de haber sido una figura pública con una larga trayectoria en la vida política del país, no permitió ni dio lugar a que su vida privada trascendiese a terceros, o fuera expuesta a través de los medios de comunicación. Y este es un punto por demás relevante a la hora de definir los alcances de la intimidad, pues la conducta de quienes son sus titulares es la que también permite dotar de pleno valor y efecto a los actos de los individuos que, expresa o implícitamente, renuncian a su ámbito de protección. Estos actos propios de las personas, en la medida que sean adoptados de manera libre e informada, otorgan virtualidad a la renuncia a la protección de este derecho e impiden acordar una protección a quien a través de su propia conducta anterior lleva adelante acciones incompatibles con ese resguardo que luego pretende obtener. La Corte Suprema, en el caso "Dessy", donde se discutía los alcances de la protección de la correspondencia epistolar de las personas privadas de su libertad en establecimientos carcelarios, sostuvo que "...detrás de los muros del domicilio y de los pliegos que envuelven la carta está contenido un universo reservado, inaccesible a todo aquel al que no se lo permita su titular..." quien es el que debe "...decidir por sí mismo en qué medida compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal"⁽¹⁸³²⁾. Como puede verse la protección de la intimidad descansa en la decisión libre y autónoma de cada individuo y el Estado, no sólo debe respetar ese ámbito frente a intromisiones no queridas, sino darle contenido cuando se ha renunciado a esa protección, no sólo para no incurrir en un paternalismo injustificado, sino también para dotar de sentido a las propias señales que envía un individuo en su relación con los demás, motivando un ejercicio responsable de este derecho. Sin embargo, debe actuarse con prudencia, ya que la renuncia a un derecho no puede presumirse y muchas veces las personas pueden no ser conscientes de las implicancias de sus actos. En síntesis, no se trata de proteger a los incautos o irresponsables, pero tampoco asumir que la generalidad de la población se maneja con criterios propios de un conocedor avezado de las leyes y sus alternativas interpretativas.

Si bien la garantía constitucional preserva este ámbito de intimidad, deja librado a las leyes reglamentarias los "casos y justificativos" en que puede procederse a su vulneración, siempre y cuando exista un interés público que así lo justifique, que no haya un medio menos lesivo para la finalidad perseguida y, generalmente,

que se encuentre autorizada por un juez. La ley desde un punto de vista formal es el vehículo mediante el cual se habrá de proceder a la limitación, pero la exigencia de "casos y justificativos" indica que debe haber recaudos sustanciales que autoricen el "allanamiento" o "ocupación" o de la injerencia de que se trate. No hay una ley general sobre las injerencias autorizadas, la que dependerá de las necesidades públicas involucradas y el objetivo social perseguido. No obstante, en dicha legislación debe haber una adecuada ponderación entre las finalidades públicas y el avasallamiento a la intimidad que implica la vulneración del domicilio, la correspondencia epistolar, las comunicaciones u otra información íntima.

La necesidad de la orden del juez, si bien no está prevista constitucionalmente, es la que mejor garantía de protección brinda a las personas contra abusos de las autoridades públicas. Es que la intromisión en este ámbito, como en todos los demás derechos, debe estar autorizada por un juez imparcial e independiente de los demás poderes del Estado, aplicando en el caso concreto y verificando el cumplimiento de los recaudos previstos en las leyes generales y abstractas que autorizan dicha injerencia ya que, por regla general, entre el individuo y la coacción estatal debe interponerse siempre un juez⁽¹⁸³³⁾. Ello no quita que en determinados casos y situaciones de urgencia esta regla pueda ser dejado de lado, pero siempre dejando a salvo, el control judicial suficiente de la injerencia en la intimidad de que se trate.

V. LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD FRENTE A OTROS SUJETOS O ENTIDADES

La protección de la intimidad encuentra remedios en la legislación, tanto para su protección como para la sanción de quienes la han vulnerado. Sin pretender exhaustividad, ello se logra mediante acciones civiles orientadas a evitar el uso no consentido de la propia imagen o voz (art. 53 del Cód. Civ. y Com.), la protección de la intimidad en prácticas médicas (art. 58, inc. h], Cód. Civ. y Com.), asegurando la confidencialidad de la correspondencia (art. 318, Cód. Civ. y Com.) y de la información otorgada en el marco de tratativas contractuales (art. 992, Cód. Civ. y Com.), entre otros artículos; también mediante sanciones criminales para quienes invadan el domicilio ajeno, violen la correspondencia, comunicaciones, datos informáticos, secreto profesional, o accedan indebidamente a una base de datos personales (arts. 150 a 157 bis del Cód. Penal), aunque no está incriminado el acceso remoto a conversaciones ajenas mediante artificios tecnológicos. Además, hay todo un

régimen de protección de datos personales establecido en la ley 25.326 (ver comentario sobre acción de hábeas data).

La fluidez informativa, el uso cada vez más extendido de dispositivos de comunicación personal, el acceso a la red para llevar adelante distintas tareas y actividades cotidianas, las redes sociales en las que intervenimos e intercambiamos información y datos, muchos de ellos sensibles y que no pretendemos que sean conocidos por todos, colocan a nuestra intimidad en una situación de mayor riesgo. Es que en cada dispositivo que usamos o llevamos con nosotros, tenemos un arma de vigilancia. Los datos que circulan en los aparatos pueden interceptarse, leerse y controlarse. Es por ello que si no estamos seguros de que no estamos siendo vigilados, es probable que no nos expresemos libremente, que no consultemos ciertos medios, o que no nos reunamos con otras personas, o protestemos contra algo que consideramos injusto. Por eso, la vigilancia de las comunicaciones sólo se justifica cuando es establecida por ley, es necesaria para lograr un objetivo legítimo y es proporcional al objetivo perseguido⁽¹⁸³⁴⁾. Y este resguardo no sólo resulta aplicable contra el Estado sino también contra aquellas empresas que brindan el soporte físico para el transporte y almacenamiento de datos, aquellas que generan contenidos, así como también, aquellas que permiten facilitar la conexión y búsqueda de información⁽¹⁸³⁵⁾.

Entre la amplia gama de sujetos con capacidad de afectación a la intimidad de las personas, los medios de comunicación son sin duda uno de los que más frecuentemente entran en conflicto con ella, en su afán de informar y entretener a la población⁽¹⁸³⁶⁾.

En el caso "Ponzetti de Balbín" quedó claro que hay ámbitos de resguardo que no pueden ser motivo de injerencia, en tanto y en cuanto, la persona involucrada no hubiera dado lugar a que ese ámbito puede ser conocido por los medios, o bien que no exista un interés público que justifique su conocimiento por parte de los demás. Las consideraciones expuestas en ese caso, que involucraban a una figura pública, admiten ser trasladadas para brindar protección a los particulares, en la medida de que no han asumido someterse al escrutinio de la sociedad en la actividad por la cual son reconocidos y, por ende, no han renunciado al resguardo de su intimidad.

No obstante, incluso cuando la conducta de la persona no permita inferir una renuncia a la protección a la su intimidad, no por ello está al margen de un escrutinio por parte de los medios de comunicación en la medida que haya otros intereses que lo justifiquen. Es lo que sucedió en el caso del ex presidente de la Nación, Carlos Saúl Menem, quien demandó a la *Editorial Perfil SA* por haber publicado

que tenía un hijo extramatrimonial, entre otra información vinculada con la relación que mantenía con la madre de su hijo. A pesar de que la Corte Suprema de Justicia condenó al medio a que lo indemnizara por el daño sufrido y la afectación a la intimidad⁽¹⁸³⁷⁾, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que se había afectado el derecho a la libre expresión del medio de comunicación, recordando que, a la hora de analizar si hay una afectación de la intimidad de funcionarios públicos, estos tienen un menor umbral de protección, sobre todo aquellos que son elegidos popularmente, respecto de las figuras públicas y los particulares; además hay un interés público respecto de las acciones que ellos realizan, que se vinculan con la integridad en el ejercicio de la función y el uso de fondos públicos. También se hizo referencia a que el propio Menem ya había tenido un comportamiento favorable a dar a conocer las relaciones personales que el medio demandado hizo públicas. Asimismo, señaló que la Corte Suprema argentina había soslayado el análisis respecto a si la información cuestionada tenía o no, carácter de interés público, o contribuía a un debate de interés general⁽¹⁸³⁸⁾.

En otro caso vinculado con la utilización de la imagen sin el consentimiento del afectado, la Corte Suprema, en el caso "Rodríguez", resaltó una vez más la protección que merece el derecho a la intimidad, ya que el derecho a la propia imagen está amparado en él, y el derecho individual a publicar determinados aspectos de la vida privada en la red, también conlleva el de no difundir ideas, sentimientos, opiniones o creencias, y de que se respete la decisión individual de no hacer pública la propia imagen⁽¹⁸³⁹⁾. En el caso, se deslindó la responsabilidad de los dueños de los llamados motores de búsqueda, respecto de quienes efectuaron la publicación no autorizada de imágenes o contenidos lesivos, que es sobre quienes deben llevarse adelante las acciones legales que correspondan en resguardo de la intimidad de su titular, a menos que el "buscador" haya tomado conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido, sin que haya adoptado las medidas para el resguardo de la intimidad del afectado⁽¹⁸⁴⁰⁾. Así, este espacio quedó protegido, sobre todo cuando se trata de datos íntimos que luego son publicados en la red. Sin embargo, queda en pie el interrogante acerca de si esos contenidos pueden borrarse totalmente, o la controversia que se plantea en relación con si se trata de una suerte de censura encubierta⁽¹⁸⁴¹⁾.

VI. LA INTIMIDAD FRENTE A LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Como su origen histórico lo indica, el ámbito donde la protección de la intimidad juega un papel preponderante es en el conflicto que se suscita con el poder de persecución del Estado en la búsqueda de elementos de juicio para fundar una condena penal. Así las cosas, el primer ámbito de intimidad, donde se encuentra lo más reservado de sí mismo, es la propia conciencia de la persona. El estado de la ciencia y la tecnología actuales impiden un conocimiento de nuestros pensamientos y recuerdos, pero igualmente, constituye una valla valorativa que impediría una injerencia de este tipo, la cual está expresamente prohibida por los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, incluso para la averiguación y esclarecimiento de delitos. Esto significa un límite para la aplicación de medios hipnóticos, narcóticos o químicos, que tiendan a quebrar la voluntad de la persona, lo que a su vez encuentra protección en la prohibición de forzar a una persona a declarar contra sí misma. El otro ámbito de resguardo íntimo en este aspecto es el propio cuerpo de la persona, ya que no podría concebirse un espacio más "íntimo" que aquel, sobre todo frente a inspecciones corporales o intervenciones quirúrgicas que signifiquen inmiscuirse en el cuerpo de una persona. Por ello, se ha dicho que "...si los constituyentes encontraron serios motivos para prodigar protección contra las injerencias del gobierno que está resguardada 'en un sobre' (al domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados según reza la Constitución), esto es, un ámbito cuya proximidad a la persona es relativamente menor, más fundamento hay para entender que esa protección alcanza al mismo cuerpo de la persona"⁽¹⁸⁴²⁾.

Pero para ello, es necesario anteponer la decisión de un funcionario ajeno a la dinámica persecutoria, esto es, la de un juez imparcial e independiente. Es por ello que, con orden judicial, es factible llevar adelante ciertas medidas de prueba incluso contra la voluntad del afectado, como una forma de resolver el conflicto que se plantea entre el esclarecimiento de hechos criminales y la intimidad de las personas. Es así que se ha autorizado la extracción compulsiva de sangre respecto de aquellas personas que resultan víctimas de un delito y la medida de prueba que se pretende con ese material aparezca justificada e idónea para ello⁽¹⁸⁴³⁾. Sin embargo, en otros casos donde se investigaban delitos de lesa humanidad y era necesario hacerse de material genético para determinar la existencia de delitos contra la identidad de las personas, frente a la negativa de una de las víctimas, fundada en razones que hacen al conocimiento de su propia identidad y el conflicto de conciencia que la medida le causaba, la Corte Suprema fue remisa a autorizarla⁽¹⁸⁴⁴⁾, aunque luego en otro caso similar terminó autorizando una injerencia en la

intimidad pero que no implicaba un avasallamiento de la persona, ya que el material genético se consiguió sin necesidad de obtenerlo de su cuerpo⁽¹⁸⁴⁵⁾.

También las personas pueden ser objeto de requisas en ropas y efectos personales las cuales, para ser constitucionalmente válidas, requerirán la previa autorización judicial. Estas normas están establecidas en los códigos de procedimiento criminal y, a su vez, establecen que, en casos de urgencia que no admitan la intervención judicial previa, su validez constitucional habrá de encontrar justificación si se encuentran fundadas en pautas objetivas que posibiliten el control judicial posterior de la legitimidad de la medida, sobre todo, por la relación existente con la integridad y la dignidad de la persona y como una manera de proteger a las personas frente a intervenciones humillantes, o requisas injustificadas⁽¹⁸⁴⁶⁾.

En lo que se refiere a la protección del domicilio, las distintas normas de procedimiento en materia penal regulan la manera en que los jueces integrantes del Poder Judicial pueden autorizar esta medida. Ellos deben analizar los motivos que les son esgrimidos por las fuerzas de seguridad o del Ministerio Público Fiscal para realizar una injerencia en el domicilio de las personas y los jueces deben —fundadamente— autorizar el quebrantamiento de este ámbito de intimidad en la búsqueda de prueba que permita establecer la culpabilidad de un individuo. Estas normas son las que requieren una ponderación entre el interés público en la eficaz aplicación de la ley penal y el resguardo de la intimidad, fijando claramente las causas, condiciones y recaudos formales para esta medida de prueba. Este fundamento viene dado por la circunstancia de que debe haber elementos previos que justifiquen esta intervención, que de otra manera sería una búsqueda indiscriminada de posibles elementos vinculados con uno o algún delito, lo que no se encuentra autorizado⁽¹⁸⁴⁷⁾. A su vez, esas mismas normas son las que también permiten obviar la exigencia de la orden judicial de allanamiento previa, o que ella pueda ser adoptada por el Ministerio Público en determinados delitos con riesgo para la vida de las personas, cuando razones de urgencia y necesidad lo ameriten⁽¹⁸⁴⁸⁾. También, como en el caso de las requisas, se debe asegurar el control judicial posterior, para establecer si estaba objetivamente fundada y si había razones de urgencia que justificaban no requerir una orden judicial.

Hay una particularidad en el caso de los allanamientos y que tienen que ver con la circunstancia de que, en ciertos casos, la propia persona con capacidad de negar el ingreso de cualquier persona en el domicilio —aquella con derecho de exclusión— podría llegar a autorizar un allanamiento sin orden judicial. Si bien es cierto que se

trata de un derecho donde su titular puede renunciar a la protección que brinda la CN, el riesgo de esta alternativa es que toda la normativa reglamentaria que obliga a obtener la correspondiente orden podría verse burlada si las fuerzas de seguridad pudieran obtener con mayor facilidad el consentimiento del titular del domicilio que la orden del juez. Por ello, la Corte Suprema, en el caso "Fiorentino", a la hora de brindar protección al domicilio, autorizó a que se pueda consentir el ingreso sin orden, siempre y cuando haya habido un consentimiento libremente expresado para la realización del acto con carácter previo a su materialización. No sería legítimo aquel prestado de manera tácita, es decir, por alguien que no se negó o se limitó a consentir el allanamiento, menos aún si quien lo brinda se encuentra privado de su libertad ambulatoria⁽¹⁸⁴⁹⁾. El voto concurrente en el fallo remarcó que sólo el consentimiento expreso debidamente comprobado, con conocimiento del derecho a no prestarlo, y previo al ingreso de los agentes del orden a la vivienda puede justificar, si así lo dice la ley procesal, dicho ingreso realizado sin orden de autoridad competente emitida con los recaudos pertinentes y sin mediar situaciones definibles como estado de necesidad de acuerdo con la ley⁽¹⁸⁵⁰⁾. Asimismo, se ha sostenido que no basta la mera alegación de un funcionario para obtener una orden si no está avalada por algún otro dato objetivo que le sirva de sustento, a fin de evitar una rutinización en su expedición, que banalice el control judicial que implica esta intromisión en la intimidad⁽¹⁸⁵¹⁾. En un fallo más reciente, la Corte Suprema volvió a negar efecto al consentimiento tácito de un allanamiento sin orden judicial, en la medida que no hubo un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon la situación en concreto —se trataba del allanamiento de una oficina comercial— orientadas a explicar los motivos que llevaron a obviar el recaudo de obtener la orden correspondiente, así como también, si esos motivos le fueron explicados al titular del derecho vulnerado con la medida de injerencia en la intimidad⁽¹⁸⁵²⁾.

En cuanto a los alcances de lo que debe entenderse por domicilio, la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido tan clara. Así, se ha señalado que el camarote de un buque no está amparado por la garantía contra la inviolabilidad del domicilio toda vez que por razones de seguridad de la navegación, las autoridades específicas en la materia pueden ingresar en diversas partes de un buque y, de encontrarse elementos de un delito, válidamente iniciar un proceso judicial, con lo cual hay una menor expectativa de intimidad⁽¹⁸⁵³⁾. En lo que concierne a una habitación de hotel la Corte, de manera indirecta, la reconoció como domicilio amparado por el art. 18, CN,

por cuanto la mujer con la cual el imputado convivía y que ejercía el derecho de exclusión de la morada, permitió el ingreso de las fuerzas de seguridad de cuyo resultado se obtuvieron evidencias incriminatorias⁽¹⁸⁵⁴⁾.

VII. LA PROTECCIÓN DE LA CORRESPONDENCIA, LAS COMUNICACIONES Y EL SECRETO PROFESIONAL

En cuanto a la protección de las comunicaciones personales, la Corte Suprema ha fijado también su importancia, remarcando la protección de la correspondencia epistolar en el ya citado caso "Dessy", descalificando la reglamentación penitenciaria que permitía, a través de un texto ambiguo, acceder a la correspondencia epistolar de los internos alojados en establecimientos carcelarios, sin distinguir oportunidades, situaciones, condiciones ni causas, remitentes o destinatarios y por ello estar desprovista de una conexión con las finalidades que una reglamentación de estas características requiere, es decir, que estuvieran orientadas o fundadas en razones de seguridad o resocialización⁽¹⁸⁵⁵⁾. Esta misma falta de adecuada fundamentación en la debida ponderación de "casos y justificativos" para autorizar la intromisión de la autoridad en la correspondencia epistolar, fue también esgrimida por la Corte en el caso "Halabi", para descalificar la reglamentación dictada para intervenir las comunicaciones telefónicas y vía internet, que delegaba en las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones la captación de las comunicaciones que se transmiten para su observación remota a pedido del Poder Judicial, o del Ministerio Público en el marco de sus competencias para disponer las escuchas telefónicas, así como también, el registro del tráfico telefónico discriminando datos filiatorios, domicilios de usuarios y clientes para su consulta también por parte del Poder Judicial y el Ministerio Público en la persecución del delito. La Corte declaró la inconstitucionalidad de esas normas, toda vez que las empresas prestatarias podían captar el contenido de las comunicaciones sin la debida autorización judicial y los datos de esas comunicaciones podían llegar a ser utilizados para fines distintos a aquellos autorizados⁽¹⁸⁵⁶⁾. Lo más importante, es que el fallo equiparó a las comunicaciones reguladas por la Ley de Telecomunicaciones, y a todo lo que los individuos transmiten por las "vías pertinentes", como integrantes de la esfera de intimidad personal, protegidas por los arts. 18 y 19 de la CN. Este alcance amplio y generoso de lo que debe entenderse por "comunicaciones" autoriza a concluir que se encuentran también protegidas, por ser transmisiones de los individuos a través de las "vías pertinentes", las comunicaciones por

telegramas, télex, fax, formas de comunicación vía internet (e-mail y otras), *short message service* (SMS) o las aplicaciones equivalentes que se instalan en aparatos de telefonía celular (p. ej. *whatsapp*, *telegram* por mencionar alguna de ellas).

En el marco de la persecución del delito, la Corte Suprema entendió que las comunicaciones telefónicas se encuentran protegidas por la garantía establecida en el art. 18 de la CN, por más que no se encuentren expresamente contempladas, en conjunto con lo establecido por los arts. 11, inc. 2º de la CADH y 17, inc. 1º del PIDCP, haciendo una interpretación extensiva de dicha norma constitucional, por entenderla implícitamente abarcada por la garantía que protege al domicilio ([art. 33](#), CN). Por tales motivos, la Corte consideró que antes del dictado de una medida intrusiva como es la intervención de las comunicaciones, deben analizar las razones y antecedentes que las autoridades administrativas aducen y expresar los fundamentos que la justifican, a fin de brindar una protección a este ámbito de intimidad que sea eficaz para darle sentido a la garantía. Solamente si existen elementos objetivos idóneos que permitan fundar una mínima sospecha razonable, la medida que permite levantar el secreto y conocer el contenido de las comunicaciones podrá ser considerada válida⁽¹⁸⁵⁷⁾.

Sin embargo, en un caso que involucraba a diversos empleados y funcionarios del Poder Judicial en situaciones que podían implicar un caso de corrupción pública, la Corte Suprema avaló la utilización de registros telefónicos por parte de las autoridades judiciales en actuaciones disciplinarias internas, remarcando el menor umbral de protección de la intimidad que gozan los funcionarios públicos⁽¹⁸⁵⁸⁾. No se trataba de intervenciones telefónicas propiamente dichas, orientadas al conocimiento del contenido de la comunicación, sino el entrecruzamiento de los registros que indican llamadas entrantes y salientes, los cuales gozan de una menor protección y que pueden llegar a ser utilizados en el marco de actuaciones administrativas que no involucran el ejercicio de una función jurisdiccional⁽¹⁸⁵⁹⁾.

En un fallo relativamente reciente, la Corte Suprema de los Estados Unidos, a su vez brindó una protección más intensa a la información contenida en los aparatos de telefonía celular. Se destacó que el equipo de telefonía celular no es cualquier objeto que una persona lleva entre sus pertenencias. Los teléfonos inteligentes (*smartphones*) son minicomputadores con gran capacidad de almacenamiento de datos: hay imágenes, videos, grabaciones, libros y textos, mapas con detalles de ubicación y traslados, correos de texto y voz, agenda, operaciones financieras y compras de bienes y servicios; también hay detalles del historial de navegación en la web

junto con aplicaciones del más variado tipo y finalidad: todos ellos revelan gustos e intereses de las personas. Si a ello se suma que hay un detalle de llamadas entrantes y salientes, mensajes enviados y recibidos, que revelan tráfico y destinatarios de comunicaciones, notas personales con información íntima, entre otra información, se puede advertir que hay un compendio de datos sensibles que puede llegar a revelar más de la intimidad de la persona que el registro de su domicilio. Por tales motivos, la Corte Suprema de ese país remarcó que aun cuando se hubiera obtenido el aparato de telefonía celular a través de una requisita sin orden judicial pero legal, es decir fundada en una "causa probable", siguiendo la terminología de la Enmienda IV de la Constitución norteamericana, igualmente sería necesario obtener una orden judicial (*warrant*) para proceder a conocer el contenido de la información guardada en dicho aparato⁽¹⁸⁶⁰⁾. Más recientemente, también se ha exigido una orden fundada en una causa probable para obtener los registros de localización de las celdas utilizadas por un aparato celular —en poder de las empresas de telefonía celular— ya que permiten un detalle casi perfecto de la localización, ya que las personas tienen una expectativa legítima de privacidad en lo que concierne a sus movimientos físicos⁽¹⁸⁶¹⁾.

Otros casos en que se ha reafirmado el sentido del resguardo de la intimidad involucran la protección del secreto profesional, es decir, preservando la relación de confianza que se da entre un profesional y la persona cuya intimidad le es confiada (caso de médicos, abogados, sacerdotes, etc.). En un caso donde una persona fue atendida de urgencia por las complicaciones a su salud debido a que transportaba cápsulas de sustancias estupefacientes en su cuerpo, el Procurador General remarcó la protección que merece el resguardo del secreto profesional, argumentando que hay tanto razones individuales, en cuanto refuerzan la confianza de las personas para recurrir al auxilio médico, tanto como colectivas, puesto que se promueve la confianza general en que dicho ámbito habrá de ser respetado, con implicancias favorables a la salud pública. Sin embargo, la Corte entendió que frente al dilema entre la vida y la muerte de la persona y la persecución del delito, debía preferirse la atención médica de la persona. La mayoría del Tribunal consideró que la situación era equiparable a la de la mujer que concurre a un hospital a fin de recibir atención médica y los profesionales de la salud advierten que podría haber habido maniobras abortivas propias o de un tercero. En lo que al resguardo a la intimidad se refiere, una denuncia en estas condiciones de riesgo de vida o serio daño a la salud de la mujer significaría la posibilidad

de que muchas mujeres no concurren a centros de salud ante la perspectiva de un proceso penal, por lo que se ha juzgado —a nuestro juicio correctamente— que debe darse preeminencia al secreto profesional⁽¹⁸⁶²⁾. Pero cuando no estamos frente a decisiones de mujeres que autónomamente deciden sobre su cuerpo y su identidad en el marco de un embarazo no querido, la existencia de otros valores involucrados justifica que pueda iniciarse un proceso penal por razones de seguridad pública, o bien para evitar males mayores a terceros. Desde esta perspectiva, la analogía a la que recurre la Corte parece inapropiada. En este sentido, el Procurador General y la Dra. Carmen Argibay analizaron la cuestión desde la perspectiva del secreto profesional (al que se consideró vulnerado en el caso de acuerdo con la legislación vigente en la materia), pero la Dra. Argibay cuestionó la extrapolación del criterio adoptado para abordar la tragedia de la mujer frente a complicaciones en su salud por maniobras abortivas, con otros delitos que también son conocidos por los médicos en el ejercicio de sus funciones, ya que nada impediría utilizar como prueba de cargo aquellos materiales obtenidos legítimamente por el médico que atiende al imputado, en tanto no han sido obtenidos mediante fuerza o engaño⁽¹⁸⁶³⁾.

La idea que puede extraerse de este precedente es que hay tanto razones individuales como públicas que justifican sostener la confianza de las personas en que habrá de respetarse el secreto de la relación médico-paciente o abogado-cliente, entre otros profesionales, y que, en principio, solamente en caso de que se trate de evitar peligros futuros se justifica quebrar ese umbral de protección para aquellos obligados a su resguardo, no así en la investigación de delitos ocurridos en el pasado. Para el caso de los médicos y otros profesionales de la salud, nada impediría iniciar un proceso penal a partir de evidencia material obtenida del paciente, en tanto no haya habido un quebrantamiento de la confianza que se ha colocado en ellos⁽¹⁸⁶⁴⁾. Por otro lado, es claro que este resguardo resulta renunciable por quien resulta su beneficiario y admite ser dispensado judicialmente⁽¹⁸⁶⁵⁾.

A pesar de lo expuesto, es necesario señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que las normas que obligan a los abogados a informar operaciones sospechosas a las unidades de información en materia de lavado de dinero provenientes de un delito, no son contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos y que no afectan la relación de confianza con sus clientes, en la medida que dicha información tenga relación con las tareas que pudieran realizar en el contexto de sus negocios, en donde actúan en favor de sus clientes en materia financiera, o de transacciones

relativas a la propiedad, o actúen como fiduciarios, o cuando asistan a sus clientes en la preparación, o llevando a cabo transacciones concernientes a la compraventa de propiedades, manejo de fondos y otros activos de sus clientes, apertura de cuentas, contratos de seguros, organización de aportes para la creación de sociedades, la formación, administración y manejo de compañías, fondos fiduciarios o estructuras similares, como sucede con otras profesiones que tienen similares cargas, pero no así en lo que concierne a la defensa de sus clientes, que sigue contando con el resguardo del secreto profesional⁽¹⁸⁶⁶⁾.

VIII. GRABACIONES SUBREPTICIAS Y AGENTES ENCUBIERTOS

La utilización de artificios tecnológicos para conocer conversaciones, información o comunicaciones de otros en general es una forma de injerencia no autorizada en la intimidad de las personas. El problema se plantea por la grabación de imágenes o voz por parte de uno de los interlocutores, y el uso posterior que pueda darse a ella. Es que uno de los intervinientes en la comunicación asumió voluntariamente exponer su intimidad al otro y ello conlleva el riesgo de una difusión posterior. Es necesario tomar en cuenta que la grabación no es más que un soporte fidedigno, si se han adoptado los recaudos técnicos del caso, que documenta imágenes o una conversación⁽¹⁸⁶⁷⁾. Sin embargo, ello no sería suficiente motivo para darla a conocer, en tanto no exista un interés superior que justifique la injerencia. Ello podría suceder en el caso de que una persona quisiera hacer valer sus derechos frente a un daño que lo afecte (por ej. la víctima de una extorsión o de amenazas) y así sortear la encrucijada probatoria en que se vería colocada frente a la negación de lo sucedido por parte del agresor, máxime cuando no hay publicidad de la grabación de que se trate, toda vez que la difusión del contenido de la injerencia —la grabación— es efectuada en el marco de la acción judicial en resguardo del derecho violado. A su vez, muchas veces estas medidas son llevadas adelante por periodistas en el ejercicio de su legítimo derecho de informar a la población y colaborar con el control de los actos de gobierno. Además, el uso de estos medios puede resultar útil para el esclarecimiento de hechos de criminalidad compleja que generalmente son realizados de manera clandestina (corrupción, trata de personas, tráfico prohibidos, etc.) y que de otra manera no saldrían a la luz, sobre todo frente a la posible complicidad de algunos gobernantes en mantenerlos ocultos. También en cuestiones de interés público, donde la información obtenida funciona como una manera de alertar a víctimas potenciales acerca de manifestaciones

criminales que involucren un abuso de confianza de la población (defraudaciones a los consumidores, competencia desleal, etc.) y también para forzar la intervención de las autoridades. El tema merece una ponderación de los intereses involucrados en cada caso; no cualquier delito justificaría esta intromisión⁽¹⁸⁶⁸⁾. Sin embargo, podría esbozarse que no pueden llevarse adelante esta clase de injerencias, sobre todo por parte de los medios de comunicación, si lo que se trata de exponer son acciones privadas de las personas, tales como su orientación sexual, acceso a determinados lugares de esparcimiento, revelación de relaciones personales o familiares, prácticas religiosas, entre otras conductas, cuya difusión conlleva una injerencia en la intimidad sin ningún beneficio para la comunidad.

En lo que se refiere a la actuación estatal y el uso que las autoridades pudieran hacer de estos medios, se ha sostenido que frente a una injerencia en la vida privada de las personas a los fines de la investigación de un delito, es necesaria una orden judicial que la autorice, no bastando la orden del fiscal o la intervención de una autoridad administrativa⁽¹⁸⁶⁹⁾.

En lo que se refiere a la utilización de agentes encubiertos, debe aclararse que acá no solamente estamos frente a una injerencia en la intimidad de las personas, sino que estamos frente a un modo de actuación del Estado que supone un ocultamiento respecto de la identidad del personal a su cargo para llevar adelante ciertas investigaciones criminales. A pesar de los cuestionamientos que se han efectuado respecto de esta clase de medidas⁽¹⁸⁷⁰⁾, no puede desconocerse que ciertas manifestaciones delictivas, por su complejidad, volumen y daño social (terrorismo, corrupción, tráficos prohibidos, etc.), requieren otra clase de medios para permitir su esclarecimiento, que no son aquellos utilizados para lidiar con la delincuencia tradicional (homicidios, robos, estafas, etc.). En la medida que exista una decisión legislativa que pondere adecuadamente esos peligros, los posibles beneficios en el esclarecimiento de estos hechos y la injerencia de que se trate, nada impediría que puedan llevarse adelante estas medidas, con los recaudos y formalidades que la ley establezca, previa autorización judicial⁽¹⁸⁷¹⁾. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos las ha aceptado, en el entendimiento de que quien lleva adelante una acción criminal como la que fue motivo de juzgamiento y sanción (tráfico de estupefacientes) asume el riesgo de que un agente encubierto pueda tomar contacto con él y delatarlo⁽¹⁸⁷²⁾.

Por último, debe mencionarse que en la actualidad las autoridades y entidades privadas cuentan con mecanismos de vigilancia en diversos puntos geográficos que permiten efectuar un control de lo

que sucede en los espacios comunes. El uso de cámaras de seguridad en la vía pública implica la vigilancia en un ámbito en el que las personas asumen que se encuentran a la vista de los demás, y estos medios que pueden resultar un mecanismo eficaz de prevención y juzgamiento de delitos, aunque es importante tomar en cuenta los riesgos para otros derechos, como el derecho de petición y asociación, si esas imágenes se pretenden utilizar como medio de persecución política⁽¹⁸⁷³⁾. Asimismo, la expansión de la vigilancia pública y privada también crea la necesidad de contrapesar el poder mediante comisiones de derechos humanos u organismos similares que cuenten con autoridad genuina para ocuparse de las denuncias de los ciudadanos contra las agencias de control social, tanto públicas como privadas⁽¹⁸⁷⁴⁾.

IX. LA INTIMIDAD Y LOS INTERESES ECONÓMICOS DE LAS PERSONAS

Si bien el texto histórico de la CN apuntaba a brindar mayor protección a cierta información vinculada a los negocios, como una forma de dar seguridad a los capitales que habrían de generar desarrollo de la economía del país⁽¹⁸⁷⁵⁾, no puede negarse que hay buenas razones que justifican interferencias en la actividad de las personas, autorizando la recolección de ciertos datos económicos por parte del Estado y justificando su organización y resguardo⁽¹⁸⁷⁶⁾.

A su vez, el comercio supone intercambios anónimos en el mercado que, para protección de las partes, requieren de un conocimiento informado de ciertos datos tales como información societaria, de solvencia o de reputación crediticia cuya entrega a un organismo público o su recolección por una entidad privada no podría ser negada alegándose una afectación desde la perspectiva de la protección de la intimidad, más allá de la existencia de otros remedios para evitar abusos⁽¹⁸⁷⁷⁾. Esta es una clase de interferencias no arbitrarias en la libertad que se encuentran justificadas y los organismos públicos de recolección de este tipo de información la deben brindar de una manera rápida y expeditiva, a fin de no entorpecer las actividades económicas de las personas y también como una manera de dar seguridad y transparencia a inversores.

No obstante, tradicionalmente se ha considerado que cierta información de carácter económico no debe encontrarse al alcance de la generalidad de la población, como sucede con información de carácter fiscal, bancaria o bursátil, p. ej., la cual se encuentra protegida por leyes que las catalogan como secretas y que solamente admiten su levantamiento por orden judicial y frente a intereses superiores que autoricen la injerencia (persecución del crimen, asuntos de familia, recaudación fiscal, entre otras)⁽¹⁸⁷⁸⁾. Las personas

tienen que encontrar resguardo en que esa información no trascienda y que permanezca solamente en conocimiento de las autoridades encargadas del control de la actividad de que se trate, para evitar posibles daños (extorsiones, robos, etc.). Y el Estado debe velar por su resguardo acorde con la finalidad para la cual las personas la han brindado. Es que bien puede suceder que algunos gobernantes, en un claro desvío de poder, utilicen esta información para otras finalidades no previstas por la norma o que la hagan pública para perseguir u hostigar a determinados grupos o personas, lo que implica un avasallamiento a su intimidad. Hoy en día, las agencias de recaudación tributaria cuentan con una amplia capacidad de tratamiento de información, no sólo de aquella que le brindan los contribuyentes en virtud de los regímenes de declaración voluntaria de los distintos impuestos, sino que también cuentan con acceso a información de consumos, datos financieros, e información de terceros que actúan como agentes de retención o percepción de tributos y de los fondos de la seguridad social. Estos organismos no solo organizan y administran esta información económica de las personas, sino que también, en virtud de la amplia delegación legislativa existente en la materia, tienen una gran autonomía para desenvolverse en el ejercicio de sus competencias, lo que puede dar lugar a abusos que pueden comprometer nuestra intimidad y afectar el ejercicio de otros derechos⁽¹⁸⁷⁹⁾.

Sin embargo, puede haber otros intereses involucrados que justifiquen un conocimiento de información económica de determinada categoría de sujetos, como es aquel relacionado con ciertos datos patrimoniales de los funcionarios públicos. Así, con ciertas salvedades, se autoriza la publicación de información patrimonial para conocer su evolución mientras ejercen, o ejercieron, el cargo o la existencia de conflictos de intereses con su actividad privada⁽¹⁸⁸⁰⁾. El acceso voluntario al cargo implica una renuncia a la confidencialidad de cierta información de carácter patrimonial y el derecho a la intimidad debe ceder frente al interés de la población en evitar un uso desviado del cargo para beneficio económico propio o de terceros. La existencia de estos regímenes de información tiene un efecto preventivo y su conocimiento por la ciudadanía y la prensa independiente asegura una mayor transparencia en la gestión pública.

X. LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL

Si asumimos como punto de partida que el derecho a la intimidad protege personas y no espacios, la circunstancia de que una persona preste servicios para otro en el ámbito laboral, para lo cual es provisto

de medios y se encuentra sujeto a las directivas de su empleador, no significa que se desprenda de un ámbito propio que sólo a él o ella conciernen, por más que trasciendan el espacio de su domicilio o su esfera personal. Sin embargo, ello no quita que los empleadores puedan adoptar determinadas medidas en materia de seguridad, orientadas a la protección de sus intereses económicos, pero sin avasallar el espacio propio de sus empleados.

La delimitación de espacios se torna muchas veces difusa, puesto que los medios provistos por el empleador admiten ser utilizados para asuntos privados, pero no por ello se justifica su intromisión por parte de aquel en aquello que no le concierne ni lo afecta. Por tales motivos, la clara delimitación contractual de la política del empleador en la materia y su publicidad es la manera más adecuada de delimitar estos asuntos a fin de evitar situaciones conflictivas⁽¹⁸⁸¹⁾.

Un ejemplo sobre esta delimitación puede advertirse a partir de un caso resuelto por la Corte Constitucional de Colombia. Allí se analizó si estaba justificado un despido ocurrido en una institución financiera, argumentándose que el distracto estaba motivado por la conducta del empleado que obstruyó la vista de una cámara de seguridad para besarse con otra empleada, a pesar de que fue filmado por otra cámara de cuya existencia no estaba precavido. Para resolver el conflicto, dicho tribunal admitió como válida la colocación de dispositivos tecnológicos en ámbitos de trabajo por razones de seguridad y como protección adicional por la índole de la información que se manejaba, no así en lo que se refiere al hecho de que se estuviera besando con otra empleada ya que el fundamento esgrimido, esto es, que se trataba de una conducta inmoral, era de una amplitud y vaguedad que impedía a los empleados conocer a qué atenerse en su trabajo⁽¹⁸⁸²⁾.

En nuestro país, la Corte Suprema ha descalificado sanciones expulsivas y de pérdida de beneficios previsionales en ámbitos laborales donde existe un menor grado de protección a la intimidad, como sucede respecto de funcionarios públicos. Se ha resuelto que cuando la sanción ha tenido como base cuestiones que implican entrometerse en cuestiones íntimas, como sería el caso de llevar adelante determinadas conductas sexuales, o la visita a ciertos establecimientos de esparcimiento, en la medida que no haya escándalo, esta no está justificada⁽¹⁸⁸³⁾.

Como puede advertirse, hay una tensión entre el interés del empleador en que se resguarden los medios de su propiedad, que pone a disposición de los empleados para los usos propios de su actividad, y la intimidad de dichos empleados que, muchas veces, al utilizar dichos medios, le permiten tomar conocimiento de aspectos

de que están reservados solamente a ellos. Por este motivo, nada impide que se adopten los recaudos para evitar el abuso en la utilización de dichos medios, estableciendo medidas de protección en los bienes, o de la información que se maneje, pero sin entrometerse en aspectos de la vida personal de sus empleados que no guardan relación con su trabajo.

XI. LA INTIMIDAD Y LA SEGURIDAD DE LA POBLACIÓN: EL PROBLEMA DE LAS TAREAS DE INTELIGENCIA

Frente a la existencia de amenazas a la seguridad de la población, tanto frente a agresiones de otros Estados, así como también, frente a amenazas globales como el terrorismo y otros delitos complejos (tráficos de sustancias prohibidas y de personas, lavado de dinero, entre otros), los Estados modernos han organizado agencias de inteligencia orientadas a la prevención y asesoramiento de las autoridades para abordar estos fenómenos y proteger a la población. El objetivo de estas agencias es llevar adelante tareas de recolección, clasificación y análisis de información, tanto interna como aquella obtenida en el extranjero, la que redunde en una mejor toma de decisiones públicas en estas cuestiones.

Las tareas de inteligencia no son producto de la modernidad; ya desde antiguo los estados contaban con esta clase de herramientas a su alcance⁽¹⁸⁸⁴⁾. Lo que sí es actual, es la existencia de adelantos tecnológicos de tal envergadura y eficacia que permiten advertir que los monarcas absolutos del pasado conocían muy poco de lo que hacían sus súbditos a partir de su aparato de funcionarios. Hoy en día, los Estados son dueños de "grandes memorizadores artificiales" que permiten almacenar y cruzar información a partir de sus bases de datos impositivas y de sus servicios de seguridad social; también los desplazamientos de los individuos por la utilización de mecanismos electrónicos de transporte público automotor y ferroviario, la entrada y salida del país a través de los controles migratorios, el uso de medios electrónicos de pago, el acceso a cuentas bancarias vía remota, entre otra información, a lo que se suma la existencia de cámaras en puntos de acceso en rutas y espacios públicos, entre otros registros que, p. ej., tienen las distintas fuerzas de seguridad. Si a ello le sumamos, la existencia de un cuerpo de funcionarios especializados en estos temas y que se desempeñan en las agencias de inteligencia, tanto civiles como militares, cuyo funcionamiento es secreto, podemos advertir que estos mecanismos maximizan la posibilidad de control de los súbditos por parte de quien ejerce el poder, de manera contraria al

ideal democrático entendido como mayor control del poder por parte de los ciudadanos⁽¹⁸⁸⁵⁾.

Es claro que estas actividades pueden suponer una afectación a la intimidad de las personas y su utilización desviada puede implicar el sometimiento de la población a una vigilancia orientada a asegurar los espacios de poder de quienes lo ejercen. Lo perverso de esta situación es que un Estado que escudriña sistemáticamente la vida privada de sus habitantes asume que todo el tiempo, de variadas y veladas formas, pretenden destituirlo o condicionarlo, no advirtiéndolo que generalmente, quieren llevar adelante su vida de manera autónoma, lo que incluye el derecho de asociarse, peticionar, o controlar los actos de gobierno. A su vez, la intromisión sistemática en la intimidad de opositores y críticos es la práctica a la que recurren determinadas facciones en su circunstancial ejercicio del poder estatal para consolidarse y así evitar, no sólo las críticas a su actuación, sino también toda alternancia en el manejo estatal que podría poner en riesgo su consolidación hegemónica, la que generalmente lleva a abusos, corrupción y mala gestión de asuntos públicos y, por ende, pérdida de bienestar en la mayoría de la población.

Nuestro país no es ajeno a estos riesgos. Ya en el año 1992 Carlos Nino señalaba que "... en la sociedad argentina todo el mundo sospecha que su derecho a la intimidad es recurrentemente violado por interceptaciones telefónicas y de correspondencia [...] (sobre todo de los distintos servicios de inteligencia)..."⁽¹⁸⁸⁶⁾. La legislación en materia de inteligencia estatal, cuyo régimen legal fue enteramente modificado en 2001 y con reformas significativas en 2015, ha buscado brindar salvaguardas frente a posibles abusos, estableciéndose un sistema de control parlamentario a través de una Comisión Bicameral de Fiscalización y Actividades de Inteligencia del Congreso⁽¹⁸⁸⁷⁾. No obstante, se ha destacado la ausencia de controles eficaces respecto de la actuación de estos organismos de inteligencia, señalándose lo poco que se ha reunido dicha comisión en los últimos años⁽¹⁸⁸⁸⁾, por lo que los riesgos de abusos y utilización de estos servicios de inteligencia para otros fines siguen vigentes.

ACCESO A LA JUSTICIA

Comentario por Gustavo Maurino y Matías A. Sucunza

I. LA PROGRESIVA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO-GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

El constitucionalismo argentino tradicional no mencionaba textualmente al "acceso a la justicia" como un derecho o garantía fundamental. La "inviolabilidad de la defensa en juicio", y el "debido proceso" han sido naturalmente interpretadas como esferas de protección constitucional que operaban "dentro" de un proceso judicial (o administrativo) de determinación de derechos, una vez que estos eran activados o iniciados.

Sin perjuicio de ello, desde mediados del Siglo XX la Corte Suprema fue estableciendo la doctrina según la cual tales derechos y garantías constitucionales expresas incluían también, como un presupuesto, la existencia de otra: la de acudir y acceder efectivamente ante un órgano judicial.

Así lo expresó en el *leading case* "Ramiro Peláez c. SA La Superiora"⁽¹⁸⁸⁹⁾. En este brevísimo fallo de 1942, relativo a una cuestión de competencia, la Corte expresó por primera vez que la "garantía de defensa en juicio... supone elementalmente la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia".

Bajo esa misma doctrina, en 1960, en el reconocido precedente "Fernández Arias c. Poggio"⁽¹⁸⁹⁰⁾, la Corte determinó que la garantía del art. 18, CN incluía como elemento fundamental la posibilidad de los ciudadanos de "tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha", razón por la cual no resultaba válida la existencia de mecanismos administrativos con capacidad de definir el alcance de los derechos de manera definitiva.

Desde una perspectiva más sustantiva, el acceso a la justicia también fue construido como institución constitucional bajo la idea de que los derechos fundamentales amparados por la Constitución no son fórmulas vacías ni meros compromisos simbólicos, y tampoco se efectivizan, realizan ni protegen de manera espontánea, ni automática. Su reconocimiento implica que el poder judicial deba proveer a su protección ante la ciudadanía, con independencia de que los poderes políticos hayan regulado o no, vías procesales específicas idóneas. En esa inteligencia, en el célebre caso "Siri"⁽¹⁸⁹¹⁾, se expresó esta doctrina al fundar jurisprudencialmente lo que luego sería la acción de amparo.

Los precedentes mencionados configuran el núcleo jurisprudencial clásico y fundante del "acceso a la justicia" cuando este carecía de apoyo textual expreso, y de desarrollo doctrinario nacional e internacional.

A partir del ciclo de constitucionalismo democrático iniciado en 1983, la Argentina ratificó, entre otros, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporados luego a su estructura constitucional. Ambas convenciones, especialmente la americana, proveyeron el puente textual para la recepción normativa expresa del acceso a la justicia como institución de jerarquía constitucional.

De ese modo, el Pacto establece en su art. 14 que "todas las personas son iguales ante los tribunales... [y que toda persona] "...tendrá derecho a ser oída públicamente por un tribunal independiente e imparcial"⁽¹⁸⁹²⁾. La convención hace lo mismo en dos mandatos que funcionan en conjunto, aun cuando en ciertas ocasiones puedan infringirse en forma autónoma⁽¹⁸⁹³⁾: el art. 8º —"toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (...)"— y el art. 25, el cual dispone el derecho a "un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (...)"⁽¹⁸⁹⁴⁾.

Sin perjuicio de lo expuesto, y en contra de lo que hubiera podido anticiparse, la década inmediata que siguió a la reforma constitucional y la incorporación de los pactos internacionales no dio lugar a una expansión jurisprudencial, ni doctrinaria sobre el tema; más bien al contrario⁽¹⁸⁹⁵⁾.

Inicialmente el principio de acceso a la justicia fue utilizado por los litigantes como un argumento para cuestionar algunas instituciones típicas de la práctica procesal argentina, como la tasa de justicia, o el depósito obligatorio previo al recurso de queja por denegación del recurso extraordinario ante la Corte, pero el Máximo Tribunal argentino rechazó consistentemente tales alegaciones, limitándose a rechazar que existiera una implicación directa entre esta nueva garantía y una regla general de gratuidad⁽¹⁸⁹⁶⁾. La introducción general de un sistema de mediación prejudicial obligatoria también fue cuestionada, sin éxito, por su posible afectación del acceso a la justicia⁽¹⁸⁹⁷⁾. Incluso en los primeros precedentes relativos a ciertos campos donde la Constitución había adoptado un diseño decididamente influido por una visión sustantiva e intensa del acceso a la justicia (derechos de incidencia colectiva y procesos colectivos), la Corte Suprema fue inicialmente reacia a utilizar y desarrollar este valor como elemento interpretativo relevante para analizar nuevas instituciones, como la legitimación colectiva, o la expansión del concepto de "causa o controversia", etcétera.⁽¹⁸⁹⁸⁾

Sin embargo, a partir de renovación de la Corte Suprema ocurrida a partir de 2003, los principios de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva comenzaron a ser utilizados en diversos precedentes, en una línea semejante a la que ha caracterizado la doctrina y jurisprudencia producida por los órganos del sistema interamericano y de las Naciones Unidas. En particular, la garantía de acceso a la justicia ha sido la base de una serie de precedentes vinculados con la protección efectiva de derechos de individuos y grupos en situación general de desventaja, marginación o desamparo de sus derechos, como los pueblos originarios, las personas con discapacidad a causa de problemas de salud mental, los usuarios y consumidores, etcétera⁽¹⁸⁹⁹⁾.

De ese modo, en los últimos diez años, el "acceso a la justicia" ha recibido un intenso desarrollo interpretativo y normativo, especialmente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, y también se ha expandido su influencia doctrinaria y jurisprudencial en el país⁽¹⁹⁰⁰⁾.

En la misma línea, resultan significativas también innovaciones y transformaciones ocurridas en la primera década del siglo a nivel de reformas legislativas de alcance nacional. Una variada serie de políticas públicas (reglamentaciones de derechos) han sido adoptadas sobre la base de una visión estructural y sustantiva del acceso a la justicia como herramienta fundamental para la realización de los derechos, y un diagnóstico realista acerca de cómo los gravísimos déficits y obstáculos que limitan su realización, sólo pueden superarse a través de instituciones, mecanismos y procedimientos estatales específicos, con la consiguiente asignación de recursos y capacidades⁽¹⁹⁰¹⁾.

Sin dudas que el punto más alto de su instauración radica en la forma de intervención (estructural y sustantiva), lo cual no es óbice para señalar los déficits de instrumentación que las mismas han tenido, su falta de desarrollo, la mayor exigencia de recursos, su mejor distribución, las modificaciones legales e institucionales pendientes y una mejor y más rigurosa fiscalización que permita empezar a modificar seriamente las *prácticas* institucionales y sociales que dificultan y entorpecen el acceso a la justicia.

En suma, el campo del "acceso a la justicia" resulta todavía un proyecto constitucional abierto y en transformación, donde conviven algunos contenidos y principios tradicionales, limitados y específicos junto a la incorporación de elementos conceptuales innovadores y transformadores, todavía abiertos y subdeterminados. La jurisprudencia, la doctrina y las reglamentaciones de derechos

(políticas públicas) están todavía inmersas en ese proceso de evolución, cambio de paradigma y transformación institucional.

II. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO GARANTÍA INSTRUMENTAL PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS, COMO DIMENSIÓN DE CIUDADANÍA Y MECANISMO DE REASEGURO DEMOCRÁTICO

El sentido común del constitucionalismo basado en derechos entiende que estos serán meras declamaciones vacías a menos que cuenten con vías judiciales adecuadas (oportunas y efectivas) para su protección. En la línea argumental de "Siri" y "Kot"⁽¹⁹⁰²⁾, parece obvio que sin mecanismos judiciales idóneos, o cuando tales mecanismos no están al alcance de los titulares, los derechos son triviales⁽¹⁹⁰³⁾.

Por supuesto, algunas concepciones constitucionales rechazan la conexión entre derechos y exigibilidad o tutela judicial. Estas concepciones, que generalmente son encuadradas dentro de la perspectiva denominada "populismo constitucional", sostienen que los derechos deben afirmarse, reclamarse y realizarse a través del proceso político y las decisiones de gobierno. El poder judicial no debería ser necesariamente una autoridad principal de realización de los derechos frente a la política democrática; es más, en principio no debería serlo, y tampoco deberían maximizarse las vías para que ocupara dicho rol. Para estas perspectivas mayor acceso a la justicia no significa necesariamente, ni mucho menos, más efectividad para los derechos, o mejor protección⁽¹⁹⁰⁴⁾.

En todo caso, la tendencia clara del constitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas, al tiempo que ha expandido el reconocimiento de derechos, ha sido la de dotarlos de la mayor exigibilidad judicial posible, incluso mediante la consagración de procedimientos y garantías jurisdiccionales específicos⁽¹⁹⁰⁵⁾. En esa tendencia, el acceso a la justicia se ha consolidado como una garantía fundamental en la idea de debido proceso y ha sido una herramienta interpretativa clave para diversos conflictos.

Desde una perspectiva clásica, el acceso a la justicia constituye una garantía procesal instrumental, defensiva, individual para la efectividad y tutela de los derechos. La mayor parte del desarrollo jurisprudencial sobre el acceso a la justicia, tanto a nivel nacional como en el sistema interamericano, se relaciona con esta perspectiva.

Entendido clásicamente como herramienta instrumental y defensiva para la defensa de derechos, el acceso a la justicia provee protección frente injustificados o irrazonables obstáculos legales o fácticos que impiden, restringen o menoscaban de alguna manera la

posibilidad efectiva de acudir a los tribunales de justicia a reclamar su protección o respeto⁽¹⁹⁰⁶⁾.

Pero, por otro lado, el acceso a la justicia también ha sido entendido con una perspectiva más estructural, vinculada a una idea amplia y sustantiva de ciudadanía política y vivencia de los derechos. En esta perspectiva, la posibilidad de acudir a los tribunales es parte de una serie de condiciones estructurales de efectividad de los derechos, y el concepto de acceso a la justicia comprende de manera amplia todas aquellas dimensiones que están presentes para su ejercicio o reclamación autónomos. El acceso a la justicia es entendido y evaluado como una forma de participación política, de inclusión constitucional, como una vía de ejercicio de la ciudadanía, particularmente para los grupos sociales más postergados del sistema institucional. Funciona así como una dimensión del principio de igualdad y no discriminación⁽¹⁹⁰⁷⁾, y como un elemento asociado a la legitimidad participativa de la democracia constitucional⁽¹⁹⁰⁸⁾.

La posibilidad de ser oído por un tribunal es ciertamente un aspecto central, pero no sólo por su dimensión instrumental, sino en sí misma, como un elemento de emancipación y ciudadanía efectiva, especialmente para las comunidades y colectivos tradicionalmente desaventajados. Consecuentemente, estas visiones del acceso a la justicia enfocan su preocupación en la identificación y superación de las complejas y variadas series de obstáculos que frustran la vivencia efectiva de los derechos y sus oportunidades de reclamación y tutela, las cuales responden a disímiles causas⁽¹⁹⁰⁹⁾, frente a las que el Estado tiene diversas clases de obligaciones.

Entre los obstáculos más serios para el acceso efectivo a la justicia, habitualmente identificados, se suelen enunciar los siguientes: la falta de conocimiento e información adecuada sobre los derechos y los recursos disponibles para protegerlos; la falta de acceso a asesoramiento y consejo legal oportuno y adecuado; la falta de acceso a patrocinio profesional para acudir a los tribunales; la falta de adecuación geográfica, cultural, lingüística, etc. de los tribunales; las condiciones de desigualdad comparativa en la calidad de los recursos jurídicos con los que se cuenta para participar de los procesos; la excesiva duración de los procesos judiciales; la falta de cumplimiento de las decisiones adoptadas por los tribunales; etcétera.

Si bien la jurisprudencia se ha ocupado predominantemente en discusiones relativas a obstáculos legales (obligación de mediación prejudicial), o legales-económicos (tasas judiciales), recientemente también ha proyectado su análisis a los diversos obstáculos fácticos que postergan el acceso a la justicia.

El desarrollo del litigio colectivo en materia de derecho de usuarios y consumidores, p. ej., ha estado guiado explícitamente en nuestro país por el diagnóstico relativo a las fallas estructurales de acceso a la justicia resultantes de las dinámicas de masividad y dispersión de las relaciones de consumo, la asimetría informativa que padecen los consumidores y la inexistencia de incentivos individuales suficientes para acceder a la justicia frente a afectaciones a los derechos económicos de los usuarios que suelen tener incidencias personales insignificantes o menores, pero importantes proyecciones agregadas.

Por supuesto, los diversos obstáculos fácticos y jurídicos tienen proyección estructural y colectiva, afectando a grupos y comunidades en situación de desventaja (colectivos socioeconómicamente postergados, grupos sobre los que existen extendidos prejuicios de exclusión social, etc.) y su remedio sólo puede ser efectivo a través de políticas generales y/o diferenciadas que los aborden de manera sistémica. En este marco, el poder judicial ha venido cumpliendo predominantemente un rol de alerta y exhortación a los poderes representativos, identificando dinámicas de privación en el acceso, y urgiendo la adopción del tipo de soluciones adecuadas a las restricciones identificadas⁽¹⁹¹⁰⁾.

Por último, en línea con lo expuesto, también debemos destacar el rol central que el acceso a la justicia tiene como reaseguro democrático. Es decir, su condición de salvoconducto para que los individuos y/o la ciudadanía fiscalicen y exijan la observancia de las formas (institucionales y procedimentales) democráticas y republicanas, constitucional y convencionalmente establecidas.

De ese modo, el acceso a la justicia como derecho en sí, sumado a su carácter instrumental, emancipatorio, igualador, participativo y de control, nos permite entender la importancia de su reconocimiento, del deber de garantía y la necesidad de su efectividad para el núcleo mismo de la noción de Estado Social de Derecho.

III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA

Los sistemas de protección universal y regional de derechos humanos han desarrollado, a través de los distintos mecanismos instituidos (p. ej., resolución de casos, observaciones generales, informes, examen periódico universal, relatorías, entre otras), una serie de estándares en torno al derecho de acceso a la justicia consagrado en los disímiles instrumentos convencionales.

Por su intermedio, han fijado el contenido, exigencias y alcances del mencionado derecho, reconociendo su vinculación en términos de indivisibilidad e interdependencia fáctico-jurídica con los demás,

la importancia de su abordaje en clave transversal y estructural y la necesidad de adoptar y garantizar distintos tipos de obligaciones, mecanismos y recursos en función de los sujetos y situaciones involucradas.

La pertenencia del Estado a dichos sistemas de protección, sus órganos, autoridades y mecanismos de escrutinio; la responsabilidad internacional que su desconocimiento conlleva; el expreso reconocimiento constitucional de los instrumentos convencionales; la condición de derecho interno de los instrumentos convencionales y las interpretaciones efectuadas; los principios y reglas que estructuran el derecho de los derechos humanos (por caso, el enfoque de derechos humanos, el principio *pro homine*, las perspectivas de género, o de igualdad estructural, entre otros) y los principios lógicos y jurídicos que justifican el seguimiento por parte de las autoridades locales de los estándares interpretativos que aquellas convencionales encargadas de interpretarla realicen, son algunas de las razones que justifican la importancia de su análisis y ponderación.

En línea con lo expuesto, entre esas reglas interpretativas, sucintamente destacaremos:

1) Deber de respetar, promover y garantizar el acceso a la justicia: abstenciones e intervención en clave igualitaria

En vinculación con ello, la Corte Interamericana ha fijado dos responsabilidades concretas por parte del Estado. Por una parte, el deber de "consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales, o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas"⁽¹⁹¹¹⁾.

En ese sentido, debe tenerse en consideración que las garantías judiciales y la protección judicial reconocidas en los arts. 8º y 25 de la Convención Americana no sólo establecen el derecho a un recurso, sino un amplio derecho al acceso a la justicia que regula la manera cómo esa justicia debe impartirse⁽¹⁹¹²⁾. De allí que la Corte haya sido enfática al señalar que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona por igual, independientemente de su condición dentro del marco de un proceso⁽¹⁹¹³⁾.

Asimismo, de este deber se deriva que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos, y de adoptar todas aquellas que sean necesarias para garantizar a todas las

personas que se encuentren bajo su jurisdicción un recurso efectivo contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas. De lo contrario, la inexistencia de un recurso efectivo con dichas características o "cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata", constituye una transgresión de la Convención⁽¹⁹¹⁴⁾.

En particular, se ha precisado el deber de los Estados de revisar los procesos internos, reconociendo que "el esclarecimiento de si un Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que el Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos, considerándolos como un todo que incluya, de ser el caso, las decisiones de los tribunales de apelación, el análisis de los procedimientos que se vinculan y constituyen el presupuesto de un proceso judicial y, en determinados supuestos, si la incorporación de prueba, se ajustó a la Convención"⁽¹⁹¹⁵⁾.

Por otro lado, también se ha fijado la obligación del Estado de garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por las autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos, por cuanto el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de este⁽¹⁹¹⁶⁾.

2) El acceso a la justicia comprende la existencia de cualquier recurso (administrativo o judicial) y el deber de respetar, en todos ellos y como límite a la arbitrariedad, las "garantías" del debido proceso

Analizando el acceso a la justicia y las vías para su reparación, la Corte ha entendido que puede existir cualquier recurso, sea administrativo o judicial, mientras sirva para dar respuesta efectiva a una vulneración de derechos.

En ese sentido, ha expresado que si bien el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica refiere a las "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los procesos judiciales en sentido estricto sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos⁽¹⁹¹⁷⁾.

De esa manera, las mencionadas garantías no sólo exceden la jurisdicción penal alcanzando la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter,

sino también los procesos estrictamente judiciales. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal⁽¹⁹¹⁸⁾.

Inclusive, se ha destacado la importancia de respetar dichas garantías en los procedimientos administrativos de toma de decisión en función de su directa vinculación con el proceso judicial ulterior. Así, se expuso que "es preciso observar las garantías en todas las etapas, cada una de las cuales lleva, de manera provisional o definitiva, a la determinación de los derechos. El control que la última etapa promete al particular no justifica que en la primera —cualquiera que sea, técnicamente, su encadenamiento— se dejen de lado esas garantías con la expectativa de recibirlas posteriormente"⁽¹⁹¹⁹⁾.

No obstante ello, el Tribunal ha resaltado que a las autoridades públicas que adopten decisiones que determinen derechos, que formalmente no son juez o tribunal, no les son exigibles aquellas garantías propias de un órgano jurisdiccional, pero que "sí deben cumplir con las garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria". Consecuentemente, la actuación de dichos órganos y autoridades con funciones materialmente jurisdiccionales, "tiene límites infranqueables, entre los que ocupa un primerísimo lugar el respeto de los derechos humanos, por lo que se torna necesario que su actuación se encuentre regulada", precisamente para evitar cualquier arbitrariedad⁽¹⁹²⁰⁾.

En Argentina, en letra de ley y términos generales, los regímenes administrativos parecen respetar dichos estándares. Ello así, pues establece garantías similares, imponiendo el deber de leerlas con formalismos moderados en beneficio del administrado. De allí que, salvo lo vinculado con la perentoriedad de los plazos recursivos, no existirían mayores reparos en términos de reglamentación del debido procedimiento administrativo. Sin dudas, los mayores problemas existen en el ejercicio efectivo de esas garantías en el marco del procedimiento y en el posicionamiento de la administración en el reconocimiento de los derechos exigidos.

A ello cabe sumar las prerrogativas procesales que detenta el Estado, la relación que existe entre la instancia administrativa y judicial y la potencial afectación que la inobservancia de dichos "beneficios" puede acarrear a los derechos de las personas (por caso, el acotado plazo de caducidad para cuestionar en sede judicial la decisión administrativa).

3) El acceso a la justicia requiere que exista siempre una vía judicial: norma imperativa de derecho internacional

Independientemente de que pueda existir alguna vía administrativa, siempre debe constatarse la existencia de una instancia judicial de discusión⁽¹⁹²¹⁾, la cual no se agota ante el hecho de que se tramiten los respectivos procesos internos, sino que exige que el Estado garantice que estos aseguren, en un tiempo razonable, la satisfacción de los derechos litigiosos que tienen las partes. Es decir, obtener un control jurisdiccional que permita determinar si los actos de las autoridades (o particulares) han sido adoptados al amparo de sus derechos y garantías mínimas⁽¹⁹²²⁾.

En esa inteligencia, la Corte Interamericana ha asignado al derecho de acceso a la justicia el carácter de "norma imperativa de Derecho Internacional"⁽¹⁹²³⁾, constituyendo uno de los pilares básicos de la Convención Americana y del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática⁽¹⁹²⁴⁾.

Asimismo, es su condición de derecho en sí, el que ha llevado a la Corte a reconocer que el art. 25 de la Convención puede ser vulnerado "independientemente de que exista o no una violación al derecho reclamado, o de que la situación que le servía de sustento se encuentre dentro del campo de aplicación del derecho invocado"⁽¹⁹²⁵⁾.

4) Condiciones de admisión y escrutinio de ese "recurso": efectivo, accesible, rápido, económico, útil, sencillo y no susceptible de suspensión

El recurso o vía judicial debe cumplir con ciertos recaudos para ser considerado convencionalmente válido. Entre esas condiciones que los Estados deben garantizar, se encuentran el ser efectivo, accesible, rápido, económico, útil y sencillo.

En ese sentido, la Corte ha determinado que "los Estados deben promover recursos accesibles a toda persona para la protección de sus derechos", exigiendo que toda persona que sea titular de un derecho tenga la "posibilidad real de interponerlo"⁽¹⁹²⁶⁾.

De igual manera, el Tribunal ha destacado "la importancia de que los Estados regulen los recursos judiciales de forma tal que las personas tengan certeza y seguridad jurídica de sus condiciones de acceso"⁽¹⁹²⁷⁾.

Asimismo, la efectividad del recurso ha sido entendida como la posibilidad de que el mismo sea "capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido"⁽¹⁹²⁸⁾, circunstancia que presupone que sean "adecuados o idóneos" para cumplir con su función y/o proteger la situación jurídica infringida⁽¹⁹²⁹⁾. Es decir, que no basta que esté previsto formalmente, sino que deben dar respuestas, observando que tramiten conforme las reglas del debido proceso, si las

decisiones han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención⁽¹⁹³⁰⁾. De allí que, tanto el recurso sencillo y rápido como el amparo⁽¹⁹³¹⁾, como el no sencillo ni rápido deben, en consecuencia, ser efectivos⁽¹⁹³²⁾, "conforme a los principios de concentración, celeridad, contradictorio, motivación de los fallos y derechos de defensa"⁽¹⁹³³⁾.

En cuanto a la rapidez del recurso, precisó que el mismo debe resolverse "dentro de un plazo que permita amparar la violación (...) que se reclama"⁽¹⁹³⁴⁾, correspondiendo sea evaluada siguiendo los estándares fijados por la propia Corte como parte de la garantía del plazo razonable.

Además, los recursos que se provean deben ser económicos o asequibles, evaluándose las situaciones de las personas involucradas⁽¹⁹³⁵⁾.

Por último, esta garantía es inderogable y no puede ser suspendida, ya sea en situaciones de normalidad como en circunstancias excepcionales⁽¹⁹³⁶⁾, habiendo establecido la Corte Interamericana que los procedimientos de *hábeas corpus* y de amparo constituyen ejemplos de "aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el art. 27.2 de la Convención", por lo que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Parte que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de dichos procedimientos en situaciones de emergencia deben considerarse incompatibles con las obligaciones asumidas⁽¹⁹³⁷⁾.

5) La relatividad del acceso a la justicia en tanto derecho: reglamentación razonable y escrutinio agravado

Como cualquier otro derecho, la Corte Interamericana ha reconocido su carácter relativo y la consiguiente facultad de reglamentación. Es decir, que "los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, sean de carácter judicial o de cualquier otra índole, por razones de seguridad jurídica, para la correcta función de la administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas"⁽¹⁹³⁸⁾.

Al mismo tiempo, dispuso que "cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia", debe entenderse contraria al art. 8º de la Convención⁽¹⁹³⁹⁾.

6) Concepción, abordaje e interpretación transversal (fáctico-jurídico) y amplia del acceso a la justicia

La aplicación e interpretación en relación con este derecho, aún en caso de duda, debe ser amplia y a favor de su maximización. Ello encuentra justificación en el principio *pro homine*, en su condición de derecho instrumental en la realización de otros derechos y salvoconducto de la forma democrática.

Así, el Tribunal ha expresado que el art. 8º.1 debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de la norma como en su espíritu, debiendo ser apreciado de acuerdo con el art. 29 inc. c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno⁽¹⁹⁴⁰⁾.

Esa amplitud también se extiende a las condiciones que en forma acumulativa puede dificultar el acceso a la justicia de algunas personas en ciertas situaciones (p. ej., el ser negra, niña, en situación socioeconómica vulnerable, discapacitada y migrante).

De igual manera, la referencia a la amplitud en su concepción también comprende las materias y el alcance del control de las decisiones administrativas. En ese sentido, el juez Sergio García Ramírez, precisó que "la existencia de un medio de control de la legalidad, por vía judicial, no implica que el primer tramo en el ejercicio del poder de decisión sobre derechos y deberes individuales en sede administrativa quede sustraído a las garantías del procedimiento, a cambio de que éstas existan cuando se ingresa al segundo tramo de aquel ejercicio, una vez abierto un proceso ante la autoridad judicial"⁽¹⁹⁴¹⁾.

En línea con ello, la Corte señala cuatro elementos a tomar en consideración en dicho análisis: la competencia del órgano judicial en cuestión; el tipo de materia sobre la cual se pronunció el órgano administrativo, teniendo en cuenta si esta involucra conocimientos técnicos o especializados; el objeto de la controversia planteado ante el órgano judicial, lo cual incluye los alegatos de hecho y de derecho de las partes; y, las garantías del debido proceso ante el órgano judicial⁽¹⁹⁴²⁾.

7) Garantías de mínima que conforman el derecho al debido proceso como parte del (efectivo) acceso a la justicia

Con relación al presente tópico, remitimos al trabajo en esta misma obra de José Ipohorski. No obstante ello, realizaremos algunas

apreciaciones complementarias, aunque dispersas, que estimamos relevantes.

En primer término, que la Convención Americana recoge en su art. 8º, párr. 1º las garantías judiciales generales exigibles en el marco de un proceso, esto es: el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, dentro de un plazo razonable y con las debidas garantías, las cuales deben estar presentes en la determinación de los derechos y obligaciones de todo orden o naturaleza.

Asimismo, el art. 8º.2 de la Convención establece las garantías mínimas que, de base, deben ser aseguradas por los Estados a toda persona durante el proceso, en plena igualdad, en función de las exigencias del debido proceso legal. El Tribunal las denomina mínimas, porque "la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal"⁽¹⁹⁴³⁾.

Analizando las garantías mencionadas, con relación al derecho a ser oído la Corte ha expresado que ello "es equiparable al derecho a un 'juicio' o a 'procedimientos judiciales' justos, lo cual supone que el órgano encargado de administrar justicia efectúe un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión"⁽¹⁹⁴⁴⁾.

Respecto del derecho a un debido proceso ante un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, se manifestó que constituye "un presupuesto del debido proceso ya que, en ausencia de aquel, no existe verdadero proceso, sino apariencia de tal"⁽¹⁹⁴⁵⁾.

En cuanto a la imparcialidad, se ha esgrimido que "el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio, lo que a su vez permite que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática"⁽¹⁹⁴⁶⁾.

En vinculación con la garantía del plazo razonable, asumiendo que no es un concepto de sencilla definición y que dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, la Corte ha señalado que el derecho de acceso a la justicia "debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable, ya que una demora prolongada o la falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales"⁽¹⁹⁴⁷⁾. En ese sentido, para escrutar la razonabilidad del plazo la Corte fijó como estándares la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades

judiciales, la finalidad del procedimiento judicial respectivo y la naturaleza de los derechos en juego⁽¹⁹⁴⁸⁾.

Otra garantía comúnmente descuidada en nuestro ámbito es del deber de motivar adecuadamente las sentencias. La Corte entiende que la motivación "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión, la cual protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática"⁽¹⁹⁴⁹⁾.

En cuanto al derecho de defensa, debemos recordar lo establecido en la Opinión Consultiva OC-16/99 sobre *el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, donde se precisó como parte del mismo "que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables".

Respecto del derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, tanto en los casos de extranjeros, como campesinos o miembros de pueblos originarios, la Corte ha sentenciado la obligación del Estado de asegurar que las personas "puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales (...), facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin"⁽¹⁹⁵⁰⁾ y tomando además "(...) en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos"⁽¹⁹⁵¹⁾.

También ha establecido, como parte del derecho del justiciable a que se le conceda el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, que "el acceso al expediente es requisito *sine qua non* de la intervención procesal de la víctima en la causa en la que se constituye como parte coadyuvante o querellante, según la legislación interna"⁽¹⁹⁵²⁾.

Parte de esos medios lo constituye la posibilidad de acceder a un abogado, al cual complementa el derecho de ser asistido por un defensor de su elección. De allí que la imposibilidad o las limitaciones en el derecho a defenderse a través del mismo impiden que el imputado o justiciable cuente con los medios para preparar su defensa. Por ende, desde el primer acto que disponga la afectación de un derecho el investigado debe tener acceso a la defensa técnica, pues lo contrario implicaría "limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo"⁽¹⁹⁵³⁾.

Vinculado con este, aparece el deber del Estado de proveer de un defensor. Es cierto que la Convención Americana no estatuye que la

asistencia legal sea gratuita. Sin embargo, la Corte ha reconocido que "un indigente se vería discriminado por razón de su situación económica si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee"⁽¹⁹⁵⁴⁾. También expresó en la Opinión Consultiva OC-18/03 sobre "*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*", que "en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso".

Con relación a la persona extranjera detenida, la Corte ha identificado tres elementos fundamentales y complementarios del debido derecho de defensa: el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular y el derecho a la asistencia misma, "de modo tal que puedan disfrutar de un verdadero acceso a la justicia, se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y gocen de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas"⁽¹⁹⁵⁵⁾.

Por último, en cuanto a la igualdad de armas, el Tribunal regional expresó que en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos⁽¹⁹⁵⁶⁾.

8) Deber de analizar el acceso a la justicia en concreto: circunstancias del país y persona

Para analizar el cumplimiento de la obligación de garantizar el derecho de acceso a la justicia, la razonabilidad de su reglamentación y su aplicabilidad en el caso en concreto es necesario ponderar la situación general del país y de la persona/colectivo involucrada/o. En esa inteligencia, la Corte Interamericana ha precisado que "no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios"⁽¹⁹⁵⁷⁾. Ello puede ocurrir por disímiles razones, entre ellas, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica; porque falten los medios para ejecutar sus decisiones, por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, o debido a la carencia de recursos que coloque a la persona, en razón de su condición de vulnerabilidad, en situación de desigualdad ante la ley⁽¹⁹⁵⁸⁾.

Asimismo, la Corte Suprema ha seguido dicho estándar al reconocer que para poder concluir si, en los hechos, puede haberse

verificado la violación al derecho de acceso a la justicia, no sólo es necesario un análisis normativo sino también, fáctico⁽¹⁹⁵⁹⁾.

Respecto de la asesoría jurídica, señaló la Corte Interamericana que "hay que entender, por consiguiente, que el art. 8º exige asistencia legal solamente cuando esta es necesaria para que se pueda hablar de debidas garantías y que el Estado que no la provea gratuitamente cuando se trata de un indigente, no podrá argüir luego que dicho proceso existe pero no fue agotado (...)"⁽¹⁹⁶⁰⁾.

9) Tutela preferente: el deber calificado del Estado y los sujetos en situación de desventaja o vulnerabilidad estructural

A través de disímiles instrumentos convencionales y de las interpretaciones de aquellos generales como la propia Convención Americana, los órganos regionales y universales han desarrollado lecturas igualitarias respecto de ciertos sujetos que, en función de determinadas situaciones, merecen una protección especial. Ello ha determinado que cada uno de los derechos, como su lectura en clave indivisible e interdependiente, se vigorice, enfatizando las obligaciones que el Estado ha asumido y el deber de proveer recursos que tiendan a garantizar los derechos de esos colectivos históricamente desaventajados (por caso, mujeres, LGTB, pueblos originarios, personas en situación de extrema pobreza, personas con discapacidad, niños, niñas y adolescentes, entre otros).

En ese sentido, la Corte ha entendido que para que un proceso desarrolle su cometido "debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia, atendiendo así al principio de igualdad ante la ley y los tribunales, y a la correlativa prohibición de discriminación", debiendo el Estado "adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminarlos obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses"⁽¹⁹⁶¹⁾. Caso contrario, "si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas"⁽¹⁹⁶²⁾.

A lo expuesto cabe añadir las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, instrumento que aporta reglas y principios de entendimiento en la materia, poniendo énfasis en la interacción de todos los operadores involucrados. Entre otras, las reglas 30 y 31 refieren al derecho a la asistencia de calidad, especializada y gratuita.

Por sólo mencionar algunos de los sujetos de tutela preferente, diremos que en la OC-17 la Corte señaló que "debe darse una interpretación dinámica (...) que atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección". Así, el *corpus iuris* conformado por la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, entre otros instrumentos, debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones estatales. De ese modo, "el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos, procurando el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso"⁽¹⁹⁶³⁾.

Asimismo, con relación a las víctimas de delitos remarcó que "la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos"⁽¹⁹⁶⁴⁾.

Respecto de los pueblos originarios, la Corte Interamericana sostuvo que "para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y costumbres"⁽¹⁹⁶⁵⁾.

10) El acceso a la justicia comprende el acceso, permanencia, tramitación (debido proceso) y ejecución de la decisión

El derecho de acceso a la justicia exige la posibilidad de acceder a una instancia judicial, de transitar la misma respetando el debido proceso, y de obtener una decisión judicial que pueda ser ejecutada. En cada uno de esos momentos deben observarse y promoverse por parte del Estado las obligaciones que señalamos con anterioridad, tendientes a facilitar, promover y/o garantizar el derecho en cuestión.

Haciendo foco en el momento de la tramitación, diremos que la Corte entiende que forma parte del acceso a la justicia el respeto del todas las garantías que hacen al debido proceso que hemos apuntado⁽¹⁹⁶⁶⁾.

Por otro lado, con relación a la ejecución de la decisión como parte del acceso a la justicia ha pronunciado que "el hecho de que una sentencia se encuentre en etapa de ejecución no excluye una posible violación al derecho a un recurso efectivo", en la medida que "el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento"⁽¹⁹⁶⁷⁾. La efectividad de las decisiones judiciales "dependen de su ejecución (...) debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado", por lo que "la ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva"⁽¹⁹⁶⁸⁾.

Complementando esto la Corte ha entendido que para lograr el efecto útil de las decisiones, los tribunales deben respetar los principios de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial y Estado de derecho, y establecer de manera clara y precisa el alcance de las reparaciones, las formas de ejecución de las mismas y su plazo, a fin de evitar dilaciones que afecten la esencia misma del derecho a un recurso efectivo y, por consiguiente, una afectación al derecho protegido. También ha precisado que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia, la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora⁽¹⁹⁶⁹⁾.

De esto se deriva que "las normas de presupuesto no pueden justificar la demora durante años del cumplimiento de las sentencias, debiendo el Estado darles cumplimiento en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias para ello"⁽¹⁹⁷⁰⁾ y/o que los procedimientos de ejecución deban ser accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas.

11) Acceso a la justicia como pilar del sistema democrático

Los organismos interamericanos han reconocido al acceso a la justicia como uno de los pilares básicos no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática⁽¹⁹⁷¹⁾.

Ello así, pues "en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros"⁽¹⁹⁷²⁾.

12) Estándares internacionales como pisos de mínima

Otra pauta relevante es que la normativa convencional y sus estándares interpretativos constituyen un cuerpo o piso mínimo de garantías para el Estado, los cuales pueden disponer de mayores condiciones de protección.

13) El incumplimiento de los estándares fijados en la concepción y entendimiento del acceso a la justicia genera responsabilidad internacional

La conculcación por parte del Estado del derecho al acceso a la justicia y/o de cada uno de los estándares que los sistemas universal y regional de protección de derechos humanos han fijado en torno al mismo, conllevan su responsabilidad internacional⁽¹⁹⁷³⁾.

14) El deber de investigar como parte del acceso a la justicia

El Estado tiene la obligación de investigar como parte del deber de garantía y del "derecho a la verdad"⁽¹⁹⁷⁴⁾, constituyendo una de las medidas positivas que debe adoptar para garantizar los derechos reconocidos en la Convención.

En esa inteligencia, la Corte ha señalado que "los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"⁽¹⁹⁷⁵⁾. En el cumplimiento de dicha obligación deberán respetarse las diversas exigencias asociadas al debido proceso y derecho a la protección judicial, junto con los demás estándares reconocidos como parte de la misma (p. ej., su carácter de medio o comportamiento y no de resultado; la seriedad en la instrucción y no su conducción como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, entre otras)⁽¹⁹⁷⁶⁾.

IV. PAUTAS HERMENÉUTICAS PARA PENSAR Y ACTUAR EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL ORDEN NACIONAL: REGLAS GENERALES Y (ALGUNAS) MANIFESTACIONES PARTICULARES

En el presente apartado nos interesa resaltar dos cosas.

La primera se encuentra asociada a la importancia que para el entendimiento y abordaje del acceso a la justicia en el "derecho interno", detentan los instrumentos convencionales y estándares que las disímiles autoridades encargadas de interpretarlos han fijado.

En ese sentido, siguiendo a Rossi y Filippini, diremos que tanto para los Tribunales como para el resto de las funciones de Estado, ello supone actividades como las siguientes: i) aplicar normas específicas contenidas en tratados de derechos humanos, para la

toma de decisiones administrativas, legislativas o judiciales; ii) utilizar normas internacionales como pautas de interpretación de la normativa interna; iii) utilizar normas internacionales como complemento de la normativa interna; iv) considerar las interpretaciones de los órganos internacionales de protección de derechos humanos para definir el alcance de las obligaciones estatales y el contenido de los derechos reconocidos en los pactos y declaraciones; v) considerar conceptos e interpretaciones efectuadas por órganos internacionales para moldear la hermenéutica constitucional y, vi) aplicar decisiones de órganos internacionales judiciales o cuasi judiciales en casos individuales⁽¹⁹⁷⁷⁾.

La segunda, que las líneas hermenéuticas sentadas junto con las fijadas en similar sentido por la propia Corte Suprema suponen una serie de modulaciones para los diversos instrumentos, mecanismos y herramientas que conforman el acceso a la justicia y que condiciona la manera de abordar, trabajar e interpretar el mismo. Básicamente, las reglas y principios que nutren a este derecho-garantía exigen que al reglamentar "políticas públicas" en la materia, exigirlo y/o interpretarlo se lo haga de forma tal que maximice su utilidad, generando condiciones de igualdad real.

Entre esas modulaciones sucintamente referenciaremos:

1) Ampliación de la legitimación y empoderamiento ciudadano: es claro que el movimiento de justiciabilidad ha supuesto una ampliación de la posibilidad de cuestionar en sede judicial disímiles decisiones o vulneraciones de derechos, sea en términos individuales o colectivos, asociados a cualquier clase de derechos e, inclusive, como "guardianes" de la institucionalidad democrática. En ese sentido, uno de los principios adoptados en materia de acceso a la justicia es el de *in dubio pro actione*, el cual potencia ante la duda el acceso a la jurisdicción. Asimismo, esta ampliación también ha alcanzado a toda una serie de legitimados extraordinarios, tales como el Defensor del Pueblo, el Ministerio Público y las asociaciones u organizaciones no gubernamentales⁽¹⁹⁷⁸⁾.

2) Ampliación de las materias y problemáticas objeto, o susceptibles de control, y del alcance dentro de ellas: aquí es patente como las llamadas cuestiones políticas no justiciables se han reducido drásticamente, a la par que el control de sus elementos constitutivos, el de los actos administrativos o materias sensibles (como la información pública, la cuestión presupuestaria, el ambiente, las problemáticas de interés público, entre otras), se han ampliado exponencialmente. En este escenario, es cada vez más importante la visibilidad que ha tomado la relación vital entre derecho,

efectividad, acceso a la justicia, participación y cuestión presupuestaria.

3) Rol activo de los jueces: la impronta que el acceso a la justicia ha adquirido al calor del derecho de los derechos humanos, tanto en términos estructurales (por parte de la Corte Suprema como función de Estado) como institucionales (de los jueces órganos en cada caso), supuso un cambio de rol en los jueces. De esa manera, la aplicación e interpretación de este derecho como ordenador del proceso a su cargo, exige un mayor activismo y un compromiso con el ejercicio de su función y la resolución oportuna y eficaz de los conflictos que se le presenten.

En ese sentido, el Máximo Tribunal sostuvo que "ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados"⁽¹⁹⁷⁹⁾.

4) Deber de adoptar medidas para efectivizar el acceso, especialmente de sectores tradicionalmente postergados y/o desaventajados que gozan de tutela preferente en términos constitucionales-convencionales. De ese modo, el Estado tiene el deber diferenciado de asignar recursos presupuestarios que permitan garantizar el acceso a la justicia de cada uno de esos colectivos.

5) Flexibilización y acentuación de la instrumentalidad de las formas, sopesando especialmente la naturaleza del proceso, los derechos tutelados y el deber de facilitar una vía expedita, idónea y adecuada para la resolución del conflicto⁽¹⁹⁸⁰⁾.

6) Ampliación de la divulgación de los derechos, mejoramiento de los centros de asesoramiento y defensa gratuitos y construcción de ciudadanía. En este sentido, se han instrumentado algunas políticas en clave estructural y ha mejorado el desempeño del Ministerio Público de la Defensa. No obstante ello, los déficits siguen siendo graves.

7) Interseccionalidad fáctico-jurídica e intervenciones interdisciplinarias: como destacamos durante el desarrollo del presente el acceso a la justicia debe ser pensado como un fenómeno fáctico jurídico, ponderando la acumulación de condiciones de desventaja y la calificada indivisibilidad e interdependencia que

guarda con los restantes derechos como salvoconducto para su realización.

De igual modo, como también mencionásemos, aparece aquí un deber calificado de tutela en función de sujetos y bienes preferentemente protegidos. En ese sentido, la propia Corte ha creado dentro de su órbita las comisiones de gestión judicial y de acceso a la justicia⁽¹⁹⁸¹⁾, cuyo objeto es promover e incentivar el acceso a la justicia a través de programas educativos y de la sugerencia de modificaciones legislativas a otros poderes del Estado, a fin de orientar y disminuir la litigiosidad judicial.

Asimismo, esto ha conllevado la creación de herramientas especiales para superar condicionamientos acerca de ciertos sujetos u obstáculos económicos⁽¹⁹⁸²⁾, tales como el beneficio de gratuidad. En ese sentido, recientemente la Corte Suprema ha ratificado su concepción amplia del beneficio de gratuidad estatuido en el art. 55 de la ley 24.240 respecto del colectivo de usuarios y consumidores⁽¹⁹⁸³⁾.

En similar sentido, con referencia al depósito judicial exigido para acceder a la instancia extraordinaria de la Corte, el Tribunal resolvió que la exigencia de depósitos previos como requisito para la viabilidad de recursos no es contraria a la garantía constitucional de la defensa en juicio, con excepción de los casos de desproporcionada magnitud en su monto, o cuando el litigante carece sin culpa de los fondos para hacer frente a ese depósito, supuesto en el cual cabe hacer excepción de tal recaudo de admisibilidad del recurso⁽¹⁹⁸⁴⁾.

También con relación al *solve et repete*, la Corte Suprema precisó que corresponde morigerar su exigencia en aquellos casos en los que existe una desproporcionada magnitud entre la suma que cada contribuyente debe ingresar y su concreta capacidad económica o su estado patrimonial, a fin de evitar que el pago previo se traduzca en un real menoscabo de garantías que cuentan con protección constitucional, pues dicho requisito no importa por sí mismo violación del art. 18 de la CN⁽¹⁹⁸⁵⁾.

8) Ausencia de reglamentación acerca de los procesos colectivos: el dato sobresaliente en la materia es la inexistencia de una regulación sistémica e integral en la materia, circunstancia que comporta una omisión inconstitucional y un verdadero problema de orden estructural que genera, a la vez, disfuncionalidades serias en términos de justiciabilidad de derechos colectivos (v.gr., compromiso grave de las garantías constitucionales-convencionales de dicha naturaleza involucradas; ineficacia del sistema en términos de resolución real, adecuada y justa de conflictos; riesgo de adjudicaciones inconsistentes, etc.).

Ante la ausencia de un régimen adecuado, ha sido la propia CS quien ha motorizado, a través del ejercicio de su función jurisdiccional y reglamentaria, la imposición de reglas acerca de los derechos/conflictos colectivos y su procesamiento. Ello no implica negar la labor fundamental que los movimientos sociales y el tercer sector han desarrollado en la imposición de agenda, sino simplemente, destacar el rol asumido por el Máximo Tribunal nacional ante la conducta omisiva de los poderes naturalmente políticos, por su condición de tal y por la determinación de pautas de discusión. Remitimos al trabajo sobre procesos colectivos en esta misma obra.

LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE DELITOS EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

Comentario por María Luisa Piqué

En materia penal, nuestra Constitución histórica se inscribe en la tradición liberal, especialmente comprometida con la protección de las personas contra las arbitrariedades y los abusos del poder punitivo estatal⁽¹⁹⁸⁶⁾. Esta tradición, combinada con el histórico descuido por parte del derecho penal hacia las víctimas del delito⁽¹⁹⁸⁷⁾, ha provocado que nuestra práctica constitucional haya estado dirigida sobre todo a robustecer las garantías procesales y sustantivas de las personas acusadas de delitos y no haya atendido con el mismo énfasis a las víctimas —o más bien, a quienes se presentan como tales ante la justicia⁽¹⁹⁸⁸⁾.

A pesar de esta tradición, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ha ido extendiendo la inviolabilidad de la defensa en juicio del art. 18, CN, de modo tal de abarcar a todas las partes y en todos procesos judiciales, lo cual sentó un piso mínimo de protección a las víctimas presentadas como parte en el proceso penal. Sin embargo, la consolidación de los derechos de las víctimas de delitos vino fundamentalmente de la mano de la jerarquización constitucional de los pactos internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22) y de la interpretación que de ellos hicieron los órganos supranacionales⁽¹⁹⁸⁹⁾.

En esta línea, el Estado federal y las provincias (art. 75, inc. 12, CN) han ido reformando sus procedimientos penales de modo tal de

crear mecanismos idóneos para escuchar la opinión de las víctimas de delitos antes de tomar determinadas decisiones, permitirle un lugar más protagónico si así lo desearan y facilitarles el acceso a la justicia⁽¹⁹⁹⁰⁾.

Este trabajo pretende introducir estos desarrollos, abordar algunas las tensiones que pueden suscitarse con las garantías constitucionales y convencionales de las personas imputadas y analizar el impacto que estos desarrollos han tenido en la jurisprudencia local.

I. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN NUESTRA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA

En sus inicios, nuestra Corte Suprema fue restrictiva a la hora de reconocer derechos constitucionales a las víctimas de delitos. Para la Corte, la inviolabilidad de la defensa en juicio del art. 18, CN era un principio destinado a "proteger a los procesados contra enjuiciamientos arbitrarios" y "ninguna vinculación tiene y consiguientemente, no protege a quien dentro del litigio asume o pretende asumir el rol de querellante y no el de acusado"⁽¹⁹⁹¹⁾. La facultad reconocida por la ley a los particulares para constituirse parte querellante en los delitos de acción pública, para la Corte "no es un derecho de propiedad en el sentido de la ley civil, sino una mera concesión de la ley susceptible de suprimirse en todo tiempo"⁽¹⁹⁹²⁾ sin que eso comprometa principio constitucional alguno⁽¹⁹⁹³⁾.

Sin embargo, con el correr de las décadas, la Corte fue alejándose de esta doctrina. A partir de una reinterpretación del art. 18, CN, la inviolabilidad de la defensa en juicio consiste en la posibilidad de toda persona de recurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia en general y, en particular, el reconocimiento del debido proceso de toda persona a la cual la ley le reconoce personería para actuar en juicio, sea que actúe como acusador o acusado, como demandado o demandante⁽¹⁹⁹⁴⁾.

Para la CS, la defensa en juicio debe ser interpretada de manera amplia en razón del interés institucional y constitucional en reparar los agravios de las personas: la Constitución garantiza a todos los litigantes por igual el derecho de obtener una sentencia fundada que sea la consecuencia de un juicio previo y sustanciado en legal forma, cualquiera que sea la naturaleza del procedimiento. Por lo tanto, no habría razones para tratar de manera diferente a quien acude ante un tribunal peticionando el reconocimiento o la declaración de su derecho —así fuera el de obtener la imposición de una pena— y a quien se opone a esa pretensión⁽¹⁹⁹⁵⁾.

A la luz de esta interpretación, la finalidad del proceso penal es que la investigación se tramite del modo más rápido posible para, por un lado, proporcionar a la acusación una vía para obtener una condena, y por el otro, al imputado la posibilidad de desvincularse del proceso en armonía con la presunción de inocencia⁽¹⁹⁹⁶⁾. A su vez, la defensa en juicio también exige que la interpretación de las normas procesales locales y de aquellas que regulan la competencia de los tribunales no prive de protección jurisdiccional ni deje en situación de indefensión a las personas. Las normas procesales deben facilitar el esclarecimiento de los hechos y el logro de la verdad jurídica y no convertirse en un obstáculo a la defensa de los bienes jurídicos conculcados por el delito⁽¹⁹⁹⁷⁾.

Con esta relectura de la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, empezó a consolidarse un piso mínimo de derechos constitucionales de las víctimas de delitos, los que luego se verían enriquecidos en cantidad y alcance con la incorporación a nuestra Constitución de los pactos internacionales de derechos humanos "en las condiciones de su vigencia".

II. AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS POR VÍA DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Tanto en el sistema universal de derechos humanos, como en el interamericano, se consagra el derecho de las personas de ser oídas y de contar con recursos y garantías judiciales efectivos en condiciones de igualdad⁽¹⁹⁹⁸⁾. Además, los Estados tienen el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de esos derechos. A la conjunción de estos derechos y deberes se la conoce como el derecho de "acceso a la justicia"⁽¹⁹⁹⁹⁾.

Este derecho es una "norma imperativa de derecho internacional"⁽²⁰⁰⁰⁾ y ha sido ampliamente abordado por los órganos supranacionales de derechos humanos⁽²⁰⁰¹⁾, ya que involucra una miríada de situaciones: por un lado, cubre las acciones u omisiones del Estado en procesos judiciales de cualquier carácter, y respecto de cualquiera de las partes del proceso. Por otro lado, y en los casos en que cierta violación a los derechos humanos protegidos por la CADH configure además un delito penal, cubre las acciones u omisiones del Estado con posterioridad a dicha violación, incluyendo sobre todo la actitud del poder judicial y sus auxiliares y del ministerio público fiscal en la investigación y enjuiciamiento del caso.

En el sistema interamericano, el derecho de acceso a la justicia se deriva de la interpretación conjunta de los arts. 25 y 8, CADH, dentro de la obligación general a cargo de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos (art. 1º.1)⁽²⁰⁰²⁾.

El art. 25 consagra el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos, sean constitucionales, convencionales o legales y compromete a los Estados a garantizar esa autoridad competente (25.2.a), a desarrollar las posibilidades de recurso judicial (25.2.b) y a garantizar el cumplimiento de las decisiones que resuelvan el recurso (25.2.c).

El artículo incorpora el llamado "principio de la efectividad" de los recursos, según el cual no alcanza con que los recursos estén previstos normativamente sino que deben ser realmente idóneos para establecer si se configuró la violación a un derecho humano y proveer lo necesario para remediarla⁽²⁰⁰³⁾. Los recursos no son efectivos si son ilusorios, sea por las condiciones generales del país (p. ej., porque el Poder Judicial carece de independencia o imparcialidad, o de medios para ejecutar sus decisiones) o por las circunstancias particulares de un caso dado (porque se configuró denegación de justicia, o un retardo injustificado en la decisión).

Por su parte, las "Garantías Judiciales" propiamente dichas están consagradas en el art. 8º. El 8.1 es una norma general, que establece lo que se conoce como "debido proceso" (derecho de una persona a ser oída con las debidas garantías y en un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido previamente por ley). A diferencia del 8.2, que está dirigido a "toda persona *inculpada de delito*", las garantías del 8.1 rigen para todos los procedimientos, sean o no criminales (en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para "la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter").

Este artículo (a diferencia del 25) no prevé un recurso judicial en particular, sino más bien el conjunto de requisitos que deben observarse para asegurar la defensa adecuada de las personas cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial⁽²⁰⁰⁴⁾. Tiene por un lado un ámbito formal y procesal (en el sentido de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales) y, por otro, un ámbito de protección material, que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través de ese procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto no significa que siempre deba dársele la razón a la parte que reclama, sino que se garantice la capacidad del procedimiento para producir el resultado para el cual este fue concebido⁽²⁰⁰⁵⁾.

La garantía de debido proceso que surge del 8.1 busca proteger "el derecho de los individuos a que se resuelvan con la máxima justicia posible" las controversias que se susciten entre dos partes (sean ellas particulares u órganos del Estado y cualquiera sea la materia sobre la que verse la controversia, incluso si no se trata de una cuestión de derechos humanos) y, en lo que a los procedimientos penales interesa, la culpabilidad o inocencia de una persona⁽²⁰⁰⁶⁾. Por tal razón, las "debidas garantías" del art. 8º.1 de la Convención amparan el derecho a un debido proceso del imputado pero también salvaguardan los derechos de acceso a la justicia de la víctima de un delito o de sus familiares y a conocer la verdad de los familiares⁽²⁰⁰⁷⁾. En este aspecto, es un derecho "bilateral", es decir, debe ser garantizado "a toda persona, por igual, independientemente de su condición como parte acusadora, acusado o incluso tercero en el marco de un proceso"⁽²⁰⁰⁸⁾.

La interpretación conjunta de los arts. 8º, 25 y 1.1, entonces, obliga a los Estados a suministrar recursos judiciales efectivos a las personas que acudan a los tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos, los cuales deben ser sustanciados de acuerdo con las reglas del debido proceso legal, y les prohíbe dificultar o imponer trabas injustificadas o irrazonables en el acceso a la justicia⁽²⁰⁰⁹⁾. Para evitar esos obstáculos injustificados, los Estados deberán hacer esfuerzos adicionales con respecto a los grupos históricamente excluidos o que corren mayor riesgo de ser discriminados, a fin de que las personas que los integran gocen de un verdadero acceso a la justicia y se beneficien de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas⁽²⁰¹⁰⁾. A tal fin, deberán reconocer y resolver los factores de desigualdad real y adoptar medidas de compensación que reduzcan o eliminen los obstáculos en el acceso a la justicia⁽²⁰¹¹⁾.

III. AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS POR VÍA DEL DEBER DE INVESTIGAR Y EN SU CASO SANCIONAR VIOLACIONES A LOS DERECHOS PROTEGIDOS POR LA CADH QUE CONFIGUREN ADEMÁS UN DELITO PENAL

Cuando un delito configura a su vez una violación de los derechos protegidos por la CADH, la aplicación y el alcance del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de ese delito/violación tienen especificidades propias, en particular: la interrelación con el derecho a la verdad, la obligación de debida diligencia en las investigaciones penales, el derecho de ser oída y de participar en los procedimientos y las garantías de debido proceso —sobre todo en lo que tiene que ver con la independencia, imparcialidad y naturalidad del juzgador/a, la motivación de las sentencias y el plazo razonable.

En primer lugar, el derecho a la justicia subsume el derecho a la verdad⁽²⁰¹²⁾. Este último no está expresamente reconocido, sino que es una creación jurisprudencial de la Comisión y la Corte IDH, a través del análisis integral de distintos derechos establecidos en la CADH y en la DADH⁽²⁰¹³⁾.

El derecho a la verdad se desarrolló, sobre todo, a partir de las "transiciones a la democracia" en Latinoamérica, y principalmente para casos de desaparición forzada de personas⁽²⁰¹⁴⁾, en los que se consideró que los Estados tenían el deber de reparar a los familiares esclareciendo lo sucedido y localizando a las personas desaparecidas. Desde entonces, el derecho a la verdad se fue consolidando a través de la jurisprudencia de la CIDH y de la Corte, apoyada en distintos informes e instrumentos de la Organización de Naciones Unidas, hasta ser considerado como elemento fundamental del derecho de acceso a la justicia⁽²⁰¹⁵⁾.

La irrupción del derecho a la verdad ha informado la formulación actual del derecho a la justicia de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, en el sentido de que obliga a los Estados a que en un plazo razonable⁽²⁰¹⁶⁾ investiguen efectivamente los hechos para conocer la verdad, juzguen y sancionen a los responsables y reparen el daño⁽²⁰¹⁷⁾.

De incumplir con estas obligaciones, los Estados estarían auxiliando estos hechos y por lo tanto comprometerían su responsabilidad internacional⁽²⁰¹⁸⁾.

Dado el alcance y la interrelación de estos derechos, ni las "comisiones por la verdad", ni los procesos contenciosos administrativos de reparación, ni los procesos disciplinarios, pueden sustituir el deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales, sino tan solo complementarlo⁽²⁰¹⁹⁾.

La obligación del Estado de averiguar la verdad también se deriva del deber de garantía (art. 1º.1), que obliga a combatir la impunidad como modo de evitar la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la indefensión de las víctimas⁽²⁰²⁰⁾.

En segundo lugar, la obligación de que la verdad sobre los hechos esté acompañada por una determinación judicial de responsabilidad plantea el desafío sobre cómo deben sustanciarse los procesos para alcanzar esa meta.

Para empezar, la investigación debe llevarse a cabo con debida diligencia, es decir, debe realizarse por todos los medios legales disponibles, estar dirigida a procurar la verdad y ser "efectiva" y "genuina". Esto implica que deberá ser conducida tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos, su contexto, los patrones

sistemáticos que permitieron su comisión y la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas. Este deber compromete a toda institución estatal, tanto a las judiciales como a las encargadas de la investigación previa al proceso judicial, las cuales deberán velar porque el Estado pueda ejercer adecuadamente su facultad acusatoria y porque se lleve adelante el proceso judicial correspondiente⁽²⁰²¹⁾. Asimismo, en aras de garantizar la efectividad en la investigación de violaciones a los derechos humanos, se deben evitar omisiones en la recaudación de la prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación⁽²⁰²²⁾.

La obligación de investigar es de medio (o "comportamiento"), por lo que no se viola meramente ante la inexistencia de un resultado satisfactorio, siempre y cuando la investigación, en su conjunto, haya sido cumplida diligentemente para evitar la impunidad⁽²⁰²³⁾.

Además, cuando se trate puntualmente de una mujer que sufre la muerte, el maltrato o la afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres, estas obligaciones se complementan y refuerzan con las derivadas de la "Convención de Belém do Pará", particularmente de los arts. 7.b y 7.c, que obligan a utilizar la debida diligencia en la prevención, sanción y erradicación del fenómeno. En otras palabras, el deber de investigar con debida diligencia tiene "alcances adicionales"⁽²⁰²⁴⁾ cuando se trata de violencia contra las mujeres pues, de lo contrario, se propiciaría un ambiente de tolerancia y aceptación y, en última instancia, de impunidad⁽²⁰²⁵⁾.

En tercer lugar, estas investigaciones y los consiguientes procesos judiciales, además de ser diligentes, deberán observar el derecho de las víctimas de ser oídas con las debidas garantías del 8.1. Esto implica, en primer lugar, permitir que las víctimas reciban información sobre el caso y participen formulando pretensiones y alegaciones, haciendo planteos y presentando prueba. Esos planteos, alegatos y pruebas que presenten las víctimas deberán ser analizados completa y seriamente por las autoridades antes de pronunciarse sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones⁽²⁰²⁶⁾. El Estado deberá además facilitar todos los medios necesarios para proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso y evitar el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables, pues de lo contrario eso tendría un efecto amedrentador e intimidante en quienes investigan y en quienes podrían ser testigos, afectando seriamente la efectividad de la investigación⁽²⁰²⁷⁾.

Sin perjuicio de estas facultades, el responsable exclusivo de la acción penal sigue siendo el Estado, cuyo deber de buscar efectivamente la verdad se mantiene incluso si las víctimas decidieran no impulsar ni participar en el proceso⁽²⁰²⁸⁾.

Si bien los órganos supranacionales no imponen la forma concreta en que el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de delitos deberá plasmarse en la normativa interna que regula el procedimiento penal (la constitución o no como acusación privada, y de ser así, de forma autónoma o adhesiva a la acusación pública, etc.), la exigencia de los estándares que se vienen mencionando restringe notablemente el margen de los Estados, al menos en lo que a los casos que involucran violaciones a los derechos humanos respecta.

Así, la Comisión IDH ha cuestionado los procedimientos legales de orden interno que restringen la participación de las víctimas —p. ej., porque solo se les permite actuar como actores civiles— y ha destacado que el derecho a un recurso efectivo se ve afectado cuando se le impide a la víctima declarar o solicitar la búsqueda de pruebas⁽²⁰²⁹⁾. Por su parte, la Corte IDH destacó la facultad de recurrir decisiones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales como derecho de la víctima y tildó a la reforma del Cód. de Procedimientos venezolano (en tanto posibilitó que las víctimas pudieran apelar el sobreseimiento autónomamente, incluso si el fiscal no hubiera recurrido), de "avance positivo"⁽²⁰³⁰⁾.

Por eso, el modelo más compatible con estos estándares parecería ser legitimar a las víctimas de violaciones a los DD.HH. y sus familiares a reclamar la jurisdicción criminal en forma autónoma⁽²⁰³¹⁾. Más aún, en casos como estos, la Comisión IDH ha sostenido que, una vez reconocido en la legislación interna el derecho de la víctima de presentarse como parte en el proceso, este adquiere protección convencional y no puede ser derogado absolutamente por ley posterior sin violar la CADH o la DADH⁽²⁰³²⁾.

En cuarto lugar, según el 8.1., no alcanza meramente con escuchar y dejar participar a la víctima. Esa participación debe estar protegida específicamente por el debido proceso que, en su aplicación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que configuran un delito, tiene implicancias especiales en lo que atañe a la imparcialidad del juzgador/a, a la motivación de la sentencia y al plazo razonable.

Concretamente, las garantías de imparcialidad, naturalidad e independencia del sistema de justicia (que incluye también a los órganos no judiciales a cargo de la investigación previa al proceso judicial⁽²⁰³³⁾), de acuerdo con el art. 8º.1, CADH, protegen a todas las

partes en todos los procesos, penales o no. Por tal motivo, forman parte del derecho de acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación de las víctimas de violaciones a los derechos humanos⁽²⁰³⁴⁾.

Dada la importancia de estas garantías —en tanto condición imprescindible para garantizar la idoneidad de la investigación, el juzgamiento, la sanción y la reparación⁽²⁰³⁵⁾— la Corte IDH ha llamado particularmente la atención sobre tres aspectos cuando se aplican a las víctimas.

Primero, estas garantías adquieren una particular relevancia en los casos donde se sospecha que, en los hechos, podrían estar involucrados agentes estatales, o en las investigaciones abiertas contra ellos por haber omitido sus obligaciones de debida diligencia. En caso así, estas garantías obligan a que existan estructuras de investigación independientes de las autoridades estatales cuestionadas para esclarecer los sucesos y determinar las responsabilidades⁽²⁰³⁶⁾.

Segundo, y también vinculado con esto último, estas garantías son incompatibles con la intervención de la jurisdicción militar para casos que configuran violaciones a los derechos humanos, cualquiera sea la entidad de la violación ("grave" o no)⁽²⁰³⁷⁾.

Tercero, la garantía de imparcialidad en sentido subjetivo ha sido vinculada con el principio de igualdad y no discriminación, en tanto exige que los crímenes sean investigados, juzgados y en su caso sancionados sin valoraciones subjetivas, ancladas en prejuicios y estereotipos de las autoridades estatales⁽²⁰³⁸⁾. Este aspecto de la garantía ha tenido particular relevancia en los casos que involucran violencia de género, donde es frecuente que las investigaciones se vean afectadas negativamente por prejuicios o nociones estereotipadas sobre las actitudes, características o roles de las mujeres víctimas o acusadas, lo cual las priva de un acceso a la justicia en condiciones de igualdad⁽²⁰³⁹⁾.

La garantía de imparcialidad también rige plenamente en relación con el juicio por jurados, ya que los redactores de la Convención no tenían en mente un sistema procesal penal específico⁽²⁰⁴⁰⁾, aunque el diseño de dicho sistema de enjuiciamiento debe responder a los postulados de garantía que exige la CADH⁽²⁰⁴¹⁾.

La motivación de las sentencias, al estar vinculada con la correcta administración de justicia, integra también la garantía del debido proceso del 8.1 y protege en consecuencia a las víctimas. Por lo tanto, la argumentación de los fallos y actos administrativos que afecten derechos humanos deben, según el caso, dar a conocer los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, tomar en cuenta los alegatos de las partes y la prueba

reunida, explicar suficiente y satisfactoriamente la alegada violación a los derechos humanos y establecer efectivamente los hechos⁽²⁰⁴²⁾.

Finalmente, el plazo razonable de duración del proceso al que alude el art. 8º.1 también tiene implicancias especiales en las víctimas de delitos. El trámite de los procesos debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables⁽²⁰⁴³⁾. Como el transcurso del tiempo afecta la posibilidad de obtener y presentar pruebas que esclarezcan los hechos y determinen las responsabilidades, la duración irrazonable del proceso por sí misma configura una violación de las garantías judiciales. En consecuencia, los jueces, como rectores de los procesos, deben procurar su celeridad, para lo cual deberán dirigirlos y encausarlos de modo tal de impedir dilaciones y entorpecimientos indebidos⁽²⁰⁴⁴⁾.

IV. LA SITUACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES "GRAVES" A LOS DERECHOS HUMANOS

El alcance de algunos de los derechos y garantías de las víctimas y de los deberes estatales que se fueron mencionando varía según la naturaleza de la violación a los derechos humanos, ya que si bien toda violación supone cierta gravedad⁽²⁰⁴⁵⁾, algunas son particularmente graves. Dentro de estas últimas se encuentran, para empezar, los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra⁽²⁰⁴⁶⁾. Estos hechos han sido tratados por la Corte IDH como "violaciones graves" o "muy graves" a los derechos humanos protegidos por la CADH y, dada su entidad, su comisión acarrea consecuencias propias⁽²⁰⁴⁷⁾, entre ellas el deber reforzado —u "obligaciones positivas especiales"⁽²⁰⁴⁸⁾—, de investigación y esclarecimiento⁽²⁰⁴⁹⁾, deber que tiene el carácter de *jus cogens*⁽²⁰⁵⁰⁾. A la luz del derecho internacional, son inadmisibles e inaplicables la prescripción y las disposiciones de amnistía, la irretroactividad de la ley penal, el *ne bis in idem* y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de estos crímenes del derecho penal internacional⁽²⁰⁵¹⁾.

Por otro lado, existen violaciones a los derechos humanos que también son "graves", en tanto constituyen crímenes bajo el derecho internacional o ilícitos que el derecho internacional exige penalizar (porque contravienen derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos) pero que no reúnen todos los requisitos de los crímenes contra la humanidad o de guerra. Tal es el caso de la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y las desapariciones forzadas que se cometen desde el

Estado o con su anuencia pero no necesariamente como parte de una política y de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil⁽²⁰⁵²⁾. Se trata fundamentalmente de crímenes que involucran violencia estatal —Abramovich los llama "crímenes de Estado" o "crímenes de violencia institucional"⁽²⁰⁵³⁾. Estos hechos también están abarcados por estas obligaciones calificadas de investigación y en su caso, sanción⁽²⁰⁵⁴⁾.

A tal punto es intenso el deber de investigar este tipo de violaciones, que la Corte IDH ha ordenado⁽²⁰⁵⁵⁾ que se reabrieran investigaciones penales que ya estaban cerradas, o bien por la vigencia de leyes de amnistía⁽²⁰⁵⁶⁾, por prescripción⁽²⁰⁵⁷⁾ o por "cosa juzgada fraudulenta"⁽²⁰⁵⁸⁾.

Decisiones de este tipo generan una innegable tensión entre los derechos de las víctimas y las garantías —también convencionales— de las personas acusadas (seguridad jurídica, plazo razonable, *ne bis in ídem*, cosa juzgada, según el caso). Esta tensión debe resolverse a partir de un "juicio de ponderación", consistente en sopesar, por un lado, la afectación que la impunidad de estas conductas genera en las víctimas, y por el otro, las garantías de las personas acusadas⁽²⁰⁵⁹⁾.

En este juicio de ponderación es particularmente relevante la distinción entre hechos punibles en general y las "graves" violaciones de derechos humanos. En relación con los primeros, en tanto no involucren conductas de "especial gravedad" y la falta de resultados en una determinada investigación no haya estado relacionada con "actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o permitir la impunidad", el principio de cosa juzgada es irrestricto, incluso cuando ese hecho punible configure una violación a algún derecho humano protegido por la CADH.

Distinto es cuando se trata de una "cosa juzgada fraudulenta". En esos casos, la cosa juzgada es un obstáculo que los Estados están obligados a remover a fin de investigar debidamente los hechos en los respectivos procesos. El art. 8º.4, CADH, en tanto establece que "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos", se inserta "en el marco de las normas relativas al 'juicio justo' o a las garantías del 'debido proceso', previstas en el mismo artículo de dicho tratado"⁽²⁰⁶⁰⁾. Por lo tanto, la garantía de *ne bis in ídem* debe interpretarse en armonía con esas otras normas y con las demás disposiciones de la Convención. Porque si esa garantía se aplicara en toda circunstancia, lo resuelto fraudulentamente por un juez nacional de poner fin a una investigación o absolver, tendría preeminencia frente a lo que pueda decidir la Corte IDH de conformidad a la Convención y conduciría a

la impunidad e inaplicabilidad de las correspondientes normas internacionales⁽²⁰⁶¹⁾.

Cuando se trata de violaciones "graves" a los derechos humanos, la ponderación debe además tomar en cuenta otros factores, vinculados no solo con la gravedad del hecho, sino también con la afectación que la impunidad produce en los derechos de las víctimas. Esta no solo autoriza, sino que exige una excepcional limitación a las garantías de las personas acusadas para permitir la reapertura de esas investigaciones, sobre todo cuando la decisión que se alega como cosa juzgada fue consecuencia del "incumplimiento protuberante" de los deberes de investigar y sancionar seriamente esas graves violaciones.

Es decir, se considera que la entidad de la afectación a las víctimas es mayor cuando, además de haber sido lesionadas por un comportamiento atroz, debieron soportar la indiferencia del Estado en el esclarecimiento de los hechos, la sanción de los responsables y la reparación. Por tal motivo, en estos casos de violaciones graves que han quedado impunes en virtud de una utilización "desviada" de las garantías de las personas acusadas, existe en principio una prevalencia del derecho de acceso a la justicia de la víctima y se desdibuja la garantía procesal penal de cosa juzgada.

Como se ve, si bien la Corte ha declarado improcedente la prescripción en casos que involucren graves violaciones a derechos humanos y que no son de los delitos imprescriptibles de acuerdo con las reglas del derecho internacional, no ha extendido esta improcedencia a todo caso sometido a su jurisdicción por el solo hecho de tratarse de violaciones de derechos humanos⁽²⁰⁶²⁾. La prescripción debe aplicarse cuando corresponda, salvo que se compruebe una clara falta de debida diligencia en la investigación y, en consecuencia, una privación a la víctima de su derecho de acceso a la justicia⁽²⁰⁶³⁾.

No surge entonces de la jurisprudencia de la Corte IDH una obligación general, automática e ilimitada de investigar penalmente los hechos que violan los derechos humanos ni de reabrir procesos finalizados. Más bien, la Corte ha preferido el análisis "caso a caso", valorando las circunstancias particulares de los hechos, los alcances de la responsabilidad del Estado y los efectos que a nivel interno tendría dicha orden de investigar, particularmente si ello implicare abrir procesos internos que han llegado a decisiones definitivas o con carácter de cosa juzgada y no haya prueba o indicios de que estos resultados sean producto de la apariencia, el fraude o de una voluntad de perpetuar una situación de impunidad⁽²⁰⁶⁴⁾.

Detrás de este tratamiento diferenciado respecto de la reapertura de causas ya cerradas en función del tipo de violación de que se trate, subyace un concepto sustantivo del principio de igualdad, que toma en consideración que la impunidad frente a la violencia estatal afecta de forma desproporcionada a ciertos sectores, más excluidos y con dificultades especiales para acceder a la justicia. Por lo tanto, como explica Abramovich, la Corte abandona la neutralidad para incorporar este dato de la realidad a su análisis y proveer mayor protección a quienes, a raíz de factores estructurales, sufren un trato desigual del Estado⁽²⁰⁶⁵⁾.

V. EL IMPACTO DE ESTOS DESARROLLOS EN LA JURISPRUDENCIA LOCAL

La CS ha reconocido expresamente el "derecho de acceso a la justicia" de las víctimas de delitos⁽²⁰⁶⁶⁾ y se ha hecho eco de estos desarrollos del sistema interamericano.

Así, e invocando la inviolabilidad de la defensa en juicio del art. 18, CN, los arts. 8.1 y 25, CADH y el art. 14.1, PIDCP, dejó sin efecto decisiones de tribunales inferiores que habían cercenado facultades expresamente consagradas por los códigos de procedimientos a las víctimas presentadas como parte en un proceso penal, como por ejemplo, la de presentarse como querellante cuando la legislación local así lo autoriza⁽²⁰⁶⁷⁾. Lo propio hizo respecto del derecho de recurrir decisiones judiciales en casos en los que el recurso estaba previsto por la ley, al sostener que el derecho legal a recurrir no puede ser restringido de forma arbitraria⁽²⁰⁶⁸⁾, aunque hizo hincapié en que lo que estaba en juego era la "tutela judicial efectiva" y no el derecho a la doble instancia del art. 8º.2.h, CADH, que está reservada para las personas imputadas de delito⁽²⁰⁶⁹⁾.

La Corte también le reconoció a la víctima presentada como acusadora el derecho de acusar en juicio incluso cuando la acusación pública había desistido⁽²⁰⁷⁰⁾, aunque envió mensajes confusos respecto de si tiene derecho a impulsar la acción penal desde el comienzo del procedimiento de forma autónoma a la Fiscalía: mientras que en "Diéguez Herrera" la Corte dejó firme sin argumentos una decisión de la Cámara Federal de Casación Penal que había permitido que el querellante iniciara de modo autónomo la instrucción pese a la falta de promoción por la fiscalía titular de la acción pública, el mismo día, en "Badano", también dejó firme sin fundamentar una decisión de otra sala de la misma Cámara que había resuelto exactamente lo contrario⁽²⁰⁷¹⁾.

Por último, consideró que una vez que esas facultades legales (de presentarse parte, de recurrir, de acusar) estaban expresamente

reconocidas, se convertían en un derecho convencional porque pasaban a integrar el derecho de acceso a la justicia⁽²⁰⁷²⁾.

Asimismo, la CS también prestó especial atención a la situación de víctimas en condición de vulnerabilidad y, en consecuencia, dejó sin efecto decisiones que, por forzarlas a repetir sus testimonios en el proceso, las exponían a sufrir una revictimización⁽²⁰⁷³⁾, incluso cuando estaba en juego el derecho convencional de la persona acusada de interrogar a los testigos⁽²⁰⁷⁴⁾. Asimismo, para prevenir la revictimización y discriminación de las mujeres víctimas de violencia sexual, ordenó la eliminación de los obstáculos en el acceso al aborto no punible del art. 86, Cód. Penal⁽²⁰⁷⁵⁾.

Por su parte, en casos que involucraban crímenes contra la humanidad cometidos durante el terrorismo de Estado, la CS declaró la improcedencia de disposiciones de prescripción, amnistías o indultos que se erigieran como obstáculos para su investigación y enjuiciamiento⁽²⁰⁷⁶⁾. Y en casos de violaciones graves a los derechos humanos que no configuraban crímenes contra la humanidad dejó sin efecto —no sin controversia— las declaraciones de prescripción de la acción declaradas por los tribunales de las instancias anteriores⁽²⁰⁷⁷⁾.

Distinto fue el criterio de la Corte en casos de violaciones a los derechos humanos que no configuraban crímenes de lesa humanidad ni violaciones "graves" en el sentido indicado en el acápite anterior. Al no tratarse de un "excepcional supuesto de imprescriptibilidad" de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, la Corte convalidó la declaración de prescripción incluso cuando se trataba de una investigación deficiente⁽²⁰⁷⁸⁾. Aun así, resolvió que la extinción de la pretensión penal no implicaba desentenderse de la obligación del Estado de asegurar el derecho de los padres de la víctima a conocer la verdad de los hechos, por lo que ordenó continuar con la investigación.

Con posterioridad a este precedente, sin embargo, la Corte dejó firme la decisión de la Cámara de Casación Penal de la provincia de Entre Ríos que, invocando la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, hizo primar el deber de investigar abusos sexuales reiterados en un instituto religioso contra niños y adolescentes por sobre las normas de prescripción del Cód. Penal y ordenó que se continuara con el trámite de la causa⁽²⁰⁷⁹⁾.

VI. CIERRE

Los derechos de las víctimas de delitos fueron reconocidos de forma tardía. Si bien una interpretación amplia de la inviolabilidad de

la defensa en juicio del art. 18 proveyó durante décadas un soporte mínimo de contención, lo cierto es que hubo que esperar a la incorporación de los pactos internacionales de derechos humanos a nuestra Constitución, y a los desarrollos de la jurisprudencia del sistema interamericano —sobre todo en los casos en que los delitos configuran además una violación de los derechos humanos protegidos por la CADH—, para que estos fueran tomados en serio.

Sin embargo, restan enormes desafíos. El principal es el de encontrar una manera de resolver aquellos casos en los que, para hacer efectivos los derechos de las víctimas, se requiera restringir los derechos de las personas imputadas.

Las pautas constitucionales y convencionales no aportan una solución unívoca para resolver este conflicto de derechos. Sin embargo, aportan elementos útiles para empezar a desarticularlos. Primero, la priorización del análisis "caso a caso" por sobre las soluciones automáticas. Y segundo, una definición más precisa sobre cuáles son los derechos en juego y sus contornos.

EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE CÁRCELES SANAS Y LIMPIAS. PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE UNA PRESCRIPCIÓN INCUMPLIDA

Comentario por Ana Clara Piechestein

I. INTRODUCCIÓN

Una ley, y sobre todo una "ley de leyes" como es la Constitución, requiere ser interpretada a la luz de su contexto histórico-político de emergencia para una comprensión más acabada de su sentido. Debe tenerse en cuenta, además, que desde su primera redacción y en varios momentos distintos durante su más de un siglo y medio de vigencia, la Constitución ha sufrido modificaciones que exigen que esa interpretación deba ser necesariamente de carácter *dinámico* e incluir, a su vez, estos otros contextos de reforma.

Tanto a la ciudadanía como a los y las operadores del derecho les preocupa la aplicación práctica y actual de las cláusulas constitucionales, es decir, el modo en el que son interpretadas por los tribunales de justicia. El conocimiento del sentido y el alcance dado por la jurisprudencia a los derechos, libertades y garantías comprendidos en la Constitución sirve además para poder disputarlos jurídicamente en caso de considerar que no son

adecuados, y así crear otros nuevos. A esos fines, es útil realizar comparaciones con sistemas jurídicos de otras naciones o bien de sistemas como el sistema interamericano derechos humanos.

A diferencia de quienes, aun reconociendo la enorme dificultad para interpretar el derecho en general y la Constitución en particular, buscan anclar la interpretación fijando el contenido al "sentido original", para Dworkin de lo que se trata es de determinar cuál es la mejor concepción de los preceptos fundamentales que fija la Constitución. Para eso, propone leer los materiales constitucionales "a su mejor luz"⁽²⁰⁸⁰⁾, es decir, en su mejor versión de sí mismos. Para eso, al resolver un caso, los jueces deben desarrollar alguna teoría operativa sobre "la mejor interpretación posible" del derecho o los derechos en juego, sobre la base de sus propias convicciones o estándares de *moralidad política*⁽²⁰⁸¹⁾. De algún modo, la idea de "ley más benigna" del derecho penal (art. 2º, Cód. Penal argentino) contiene esta pauta de interpretación de la norma penal en su mejor forma moral, que es la que resulte más leve o involucre un uso más estrecho del poder punitivo sobre la persona acusada de un delito.

En esta contribución se abordan el pasado, presente y futuro de la cláusula constitucional sobre las prisiones argentinas para encontrar en ellos la lectura más ampliatoria posible de derechos para las personas que sufren el encierro en las prisiones argentinas.

II. PASADO

2.1. Antecedentes del texto constitucional

La cláusula sobre los castigos y el encierro del art. 18, CN última parte, refleja una concepción preiluminista acerca de la prisión conjugada con el ideal reformador, ligado a las revoluciones europeas y estadounidense.

Por un lado, la finalidad del encierro plasmada en la fórmula "para seguridad y no para castigo" tendría origen en el derecho romano, más precisamente en el Digesto Justiniano y en la Constitución de Constantino⁽²⁰⁸²⁾, y llegó a nuestro derecho de la mano de las Partidas de Alfonso "El Sabio" o Alfonso X⁽²⁰⁸³⁾. La función de la cárcel hasta el siglo XIX no era la de servir como pena contra los actos que infringían la ley sino primordialmente la de "guardar" o "custodiar" a las personas acusadas durante el transcurso del proceso judicial⁽²⁰⁸⁴⁾, es decir, lo que hoy conocemos como *prisión preventiva*: "La cárcel non es dada para escarmentar yerros, más para guardar los presos tan solamente en ellas hasta que sean juzgados" (Ley IV, Título XXX de la séptima Partida)"⁽²⁰⁸⁵⁾.

Por su parte, el proyecto de penalidad del Iluminismo de reacción contra la crueldad de los suplicios en el Antiguo Régimen⁽²⁰⁸⁶⁾ convirtió a la prisión en la forma de castigo por excelencia del Estado moderno burgués⁽²⁰⁸⁷⁾. La abolición de los tormentos y azotes y el mandato de que las cárceles serán "sanas y limpias" vendría de la mano de este ideal reformador.

El decreto de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811 fue una de las primeras normas que contuvo un precepto similar al actual, pero sin la mención a la responsabilidad de la judicatura sino a alguien indeterminado: "Siendo las cárceles para seguridad, y no para castigo de los reos, toda medida que a pretexto de precaución sólo sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente" (art. 6º)⁽²⁰⁸⁸⁾. La cláusula habría continuado presente en el Estatuto Provisional de 1815, el Estatuto Provisional de 1816, el Reglamento Provisorio de 1817, la Constitución de 1819 y la de 1826⁽²⁰⁸⁹⁾.

Otros entienden que la cláusula en cuestión habría sido tomada del art. 19 del proyecto de Alberdi y del art. 170 de la Constitución de 1826, que a su vez estuvieron influidos por la ley del 21 de mayo de 1813 sancionada por la Asamblea Constituyente de ese año, y por el art. 17 del Reglamento de 1817⁽²⁰⁹⁰⁾.

El art. 19 del Proyecto de Constitución de la Confederación Argentina que Alberdi plasmó como anexo en sus *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* de 1852 una formulación que, a diferencia de la actual, contenía una descripción de las cárceles a partir de características negativas, que parece más una ilustración de aquellas que existían en ese entonces y prescribe su destrucción. Más interesante aún, contemplaba ya un incipiente principio de intrascendencia de la pena de la persona del condenado, que no aparece en la Constitución de 1853-1860:

"De seguridad. Art. 19: (...) El tormento y los castigos horribles quedan abolidos para siempre y en todas circunstancias. Quedan prohibidos los azotes y las ejecuciones por medio del cuchillo, de la lanza y del fuego. Las cárceles húmedas, oscuras y mortíferas deben ser destruidas. La infamia del condenado no pasa a su familia"⁽²⁰⁹¹⁾.

A su vez, cabe mencionar que la Constitución que Alberdi cita como modelo para su Proyecto en las *Bases* es la del Estado de California de los Estados Unidos⁽²⁰⁹²⁾, que contiene en su sección 17 dentro del art. 1º — "Declaración de derechos"— una previsión que va en el sentido de lo establecido en nuestra Carta Magna: "No serán impuestos castigos crueles o inusuales ni fianzas excesivas" ("*Cruel or unusual punishment may not be inflicted or excessive fines*

imposed"). En esa línea, la Enmienda VIII a la Constitución estadounidense, ratificada en 1791, posee una prescripción similar, por la cual se declaran prohibidos los castigos crueles e inusuales ("*nor cruel and unusual punishments inflicted*")⁽²⁰⁹³⁾.

Con respecto a los "tormentos y azotes", la primera Constitución argentina, sancionada en 1853, ya receptaba en cuanto a estos puntos una redacción más semejante a la actual:

"Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento, los azotes y las ejecuciones a lanza o cuchillo. Las cárceles de la Confederación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

Si bien es destacable la mención a la prohibición de la tortura — en rigor, de los *tormentos y azotes*— se trataba de la reafirmar la eliminación de aquellos padecimientos infligidos a la persona acusada como método para obtener la confesión dentro del sistema penal inquisitorial, que ya habían sido abolidos por la Asamblea del Año XIII mediante la ley del 21/5/1813⁽²⁰⁹⁴⁾. Esta forma de "tortura judicial" era aplicada desde la fundación de Buenos Aires en 1536⁽²⁰⁹⁵⁾ y continuó vigente aun con posterioridad a la Constitución de 1853-60, verificándose incluso un nuevo auge del cepo o la estaqueada en las milicias, sobre todo contra enemigos políticos, por lo que en 1881 hubo que prohibir el cepo específicamente.

Al tratar la cuestión de la tortura y las severidades o los apremios ilegales en tanto tipos penales en sus obras especializadas, Rafecas señala que existe una conexión directa con el art. 18, CN en tanto que esa norma define como tales a todas las medidas que aumenten la aflicción del detenido y no estén previstas en las normas de trato o que se le impongan por plazo mayor al previsto en condiciones severas (p. ej., sanciones de aislamiento)⁽²⁰⁹⁶⁾.

Con respecto a la pena de muerte para delitos comunes —no políticos—, el texto constitucional no la prohibió, y recién en la reforma de 1866 se suprimió la mención a las "ejecuciones de lanza y cuchillo"⁽²⁰⁹⁷⁾. La misma fue contemplada como pena en algunas leyes y Proyectos de Códigos⁽²⁰⁹⁸⁾ pero finalmente el Cód. Penal de 1921 ya no la incluyó⁽²⁰⁹⁹⁾, aunque ello no impidió que posteriormente fuera reimplantada durante períodos oscuros de nuestra historia⁽²¹⁰⁰⁾.

Con respecto a la cuestión de la finalidad de *seguridad* del encierro, la Constitución de 1949 fue la única de las sucesivas reformas que tuvo el texto (1866, 1898 y 1957) que modificó el

precepto, incluyendo la *reeducción* como objetivo: "Las cárceles serán sanas y limpias, y adecuadas para la reeducación social de los detenidos en ellas; y toda medida que, a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que la seguridad exija, hará responsable al juez o funcionario que la autorice"(art. 29)⁽²¹⁰¹⁾. Esa Constitución, que estuvo vigente durante siete años, fue sancionada durante el primer gobierno de Juan Domingo Perón, quien en 1945 colocó al frente de la administración de prisiones a Roberto Pettinato, un director general de Institutos Penales que entendía que el sujeto de la reforma mediante el tratamiento penitenciario no era el penado en su vida carcelaria sino inserto en su núcleo familiar y social, que además debía ser visto como un ciudadano depositario de derechos⁽²¹⁰²⁾.

Finalmente, si bien mantuvo la formulación tradicional, la reforma constitucional de 1994, al incorporar los tratados de derechos humanos con igual jerarquía a la de la Carta Magna (sobre todo la Convención Americana de Derechos Humanos), adoptó una serie de principios, entre ellos el *fin de la pena* entendido como la "reforma y readaptación social de los condenados" (art. 5º.6, CADH), lo que podría poner en tensión la idea de seguridad como finalidad del encierro carcelario⁽²¹⁰³⁾. Aun cuando no es oportuno desarrollar aquí los embates teóricos y prácticos de los que ha sido objeto el "ideal resocializador", para lo que se remite a la literatura específica, no puede dejar de mencionarse que su fracaso como objetivo realizable a través de la prisión puede rastrearse hasta los propios comienzos de esa institución que pretende "castigar reformando" e identificarse en una posterior crisis y caída como paradigma luego del segundo momento de *gran encarcelamiento* a nivel mundial⁽²¹⁰⁴⁾.

2.2. Antecedentes históricos: el tránsito de los suplicios y la cárcel a la prisión "iluminista" y su proyecto correccionalista

Como se mencionó, las *cárceles* eran utilizadas por el sistema de justicia de la etapa preiluminista para asegurar la aplicación de un eventual castigo —generalmente corporal (como mutilaciones, azotes y otros padecimientos físicos o incluso la pena de muerte)—, y en ellas se llevaba adelante la tortura, como método principal de averiguación de la "verdad"⁽²¹⁰⁵⁾. Es en la confesión requerida por la Iglesia Católica para habilitar el perdón pero también la penitencia, donde puede rastrearse el surgimiento de esta práctica institucionalizada en la justicia criminal en la Europa de la Edad Media y que operó desde el siglo XVI hasta el siglo XVIII⁽²¹⁰⁶⁾.

En América del Norte, la introducción de las casas de corrección o *workhouses*⁽²¹⁰⁷⁾—lugares de encierro con trabajo obligatorio—

convivió largo tiempo con la existencia de la *jail* anglosajona, la cárcel con su función original preventiva, que se mantuvo bajo un sistema de *fee* por el cual el detenido debía proveer con sus propios bienes al mantenimiento pagando un canon al carcelero⁽²¹⁰⁸⁾. No obstante, los castigos físicos o corporales, que incluían la pena de muerte, conservaban una presencia dominante para los delitos graves, reservándose las *workhouses* para delitos leves⁽²¹⁰⁹⁾.

El encarcelamiento ya era una práctica muy extendida durante el siglo XVII —lo que no significó necesariamente una sustitución del castigo físico— que podía implicar un amplio abanico de potestades punitivas a las cuales las personas podían ser sometidas (estatales, eclesiásticas, familiares, patronales) por diversos motivos: deudores, vagos, individuos que habían incumplido promesas matrimoniales, dementes, mujeres sospechadas "de vida licenciosa" y una serie de etcéteras⁽²¹¹⁰⁾.

El nacimiento del sistema penitenciario —por oposición al carcelario— implicó la creación de establecimientos que persiguen una finalidad reformadora de la persona, y tuvo su origen en los Estados Unidos en la última década del siglo XVIII bajo el influjo de la secta religiosa de los cuáqueros⁽²¹¹¹⁾.

Como lo señala Anitua, es posible trazar una línea que une el movimiento penitenciarista con los períodos revolucionarios europeos:

"(N)o es casual que las distintas fases del movimiento penitenciarista coincidan con las fases revolucionarias. Así, tras el movimiento revolucionario de 1789, el penitenciarismo sería más bien 'filantrópico', se fijaría en las condiciones de vida de las prisiones existentes y reclamaría su mejora. En el momento de las revoluciones de 1830 fue cuando tendría preeminencia la labor de los reformadores, que proponían los sistemas que aquí se comentarán y expresarían su repudio a la pena de muerte y a otras penas corporales. Y luego, tras el aplastamiento de las revoluciones de 1848, vendría el fin de esa ilusión reformadora y el reemplazo de los reformadores por burócratas y especialistas en actividad penitenciaria (...)"⁽²¹¹²⁾.

En Iberoamérica, la introducción de los modelos penitenciarios europeos y norteamericanos fue un proceso desigual y prolongado, si se tiene en cuenta que comenzó en el Brasil hacia 1834 con la Casa de Corrección de Río de Janeiro y que al terminar la centuria seguía abierto en varias naciones⁽²¹¹³⁾. De acuerdo con estos autores, el surgimiento y la consolidación de la "prisión moderna" como modelo ideal en América Latina implicó un largo proceso que incluía

distintas iniciativas locales en materia de reforma penitenciaria implementadas a lo largo del extenso período comprendido entre las décadas de 1830 y 1940:

"(...) la trayectoria histórica de un modelo ideal de reforma carcelaria —la penitenciaría como el resultado de una evolución de la penología que respondía a una dinámica de prueba y error, por un lado, y por el otro, de las cambiantes condiciones políticas y sociales que, para la segunda mitad del siglo XIX, generaron la necesidad de eliminar penas crueles y humillantes y motivaron la construcción de cárceles modernas, encarnación de la posibilidad de un 'castigo civilizado'"⁽²¹¹⁴⁾.

Las penitenciarías coexistieron con las cárceles coloniales de los cabildos y las casas de corrección de mujeres y niños⁽²¹¹⁵⁾, en algunas de las cuales prevalecían las ideas correccionales mientras que en otras se daba una continuidad con el pasado pre-higienista, verdaderos "pantanos punitivos" en los que se mezclaban sujetos y modos de trato y aplicación de los castigos muy diversos⁽²¹¹⁶⁾.

Los espacios que en ese entonces se utilizaban como cárceles evocaban realidades muy añejas, edificios insalubres y vulnerables —y nada "sanos" ni "limpios"—, de los que se escapaban los presos constantemente. Las condiciones eran tales, que los alcaldes ordinarios apelaban a veces a las cárceles privadas para encerrar a los presos, o se los enviaba a los fuertes de sus fronteras "por modo de cárcel segura"⁽²¹¹⁷⁾.

Al igual que en los Estados Unidos, en nuestro país la abolición de la pena de muerte también suscitó discusiones acerca de las penas más adecuadas para suplantarla, lo que hizo poner la mirada sobre la pena privativa de libertad. Inicialmente había cierta resistencia, por cuanto la mayoría pensaba que mientras no se dispusiera de modernos establecimientos carcelarios o penitenciarías, la pena capital debía mantenerse⁽²¹¹⁸⁾.

El "paso de los sueños penitenciarios a la modernización de la estructura carcelaria" como lo denomina Caimari, comenzó en la Argentina en la década de 1870 y se extendió a nivel provincial, iniciando en Mendoza. Tuvo su consagración con la construcción de la Penitenciaría de Buenos Aires (1877) —el proyecto de gran prisión moderna en el que se depositaron "(...) las expectativas más optimistas de la agenda penal ilustrada"⁽²¹¹⁹⁾.

La constelación de opciones punitivas que se combinaban entre sí se tradujo en la legislación penal, estableciéndose distintos tipos de penas. El Proyecto Tejedor previó las penas de muerte, presidio, destierro, confinación y arresto como "penas corporales" y en el

Código de 1886 (que empezó regir en 1887) se establecieron las penas de muerte, presidio, penitenciaria, el arresto, destierro, inhabilitación y multa⁽²¹²⁰⁾.

2.3. Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales de la interpretación del art. 18, CN última parte

Uno de los primeros fallos que se pueden rastrear con relación al modo en que se interpretó el contenido de la finalidad del encarcelamiento —seguridad y no castigo— establecida en el art. 18, CN es del año 1868. En "Pequin, Petit, Laroche y Cía. y otros c. Ministerio Fiscal" los magistrados de la Corte que debían resolver una solicitud de excarcelación, consideraron que "(N)o puede retenerse en la cárcel a los procesados, cuando ello deja de ser un medio necesario de seguridad (art. 18, CN)"⁽²¹²¹⁾. Es decir, leían la cláusula como dirigida exclusivamente a proteger la situación de las personas detenidas en calidad de procesadas, y no de las condenadas.

En 1879, en el caso "Criminal c. López Jordán, Ricardo" también aludiendo a la situación de los presos procesados, sostuvo respecto de la porción final de la fórmula constitucional que responsabiliza a los magistrados por las medidas que contribuyeran a "mortificarlos" más allá de las exigencias de seguridad, que el art. 18 en su última parte tenía como único objeto "(...) proscribir toda medida de crueldad o excesivo rigor que pudiera emplearse contra los presos mientras permanezcan en las cárceles"⁽²¹²²⁾.

La doctrina receptó durante un tiempo esta inteligencia, sosteniendo que el art. 18, CN última parte solo amparaba a los procesados y no a los condenados, porque los magistrados solo conservaban plena autoridad sobre los encausados, y no respecto de los sentenciados⁽²¹²³⁾. Es decir, la discusión se centraba no tanto en los derechos de las personas presas sino en el alcance de la obligación de los jueces de controlar la situación respecto de quienes se hallaba pendiente dictar sentencia, un tema que se retomará más adelante en este trabajo.

Esta idea de que los jueces no tenían injerencia en lo que ocurría en las prisiones tenía un sustento en las teorías forjadas en Alemania acerca de la existencia de una "relación de sujeción especial" de la persona condenada con respecto a la Administración, en función de la cual esta podía disponer de aquella como quisiera⁽²¹²⁴⁾. De modo similar lo entendía la justicia de los Estados Unidos, que durante largo tiempo mantuvo una política de "no interferencia" (*hands-off*) para con los asuntos relativos a las condiciones de vida en prisión y se abstuvo de dictar sentencias amparando a personas presas que

denunciaban condiciones excesivas de castigo (*cruel or unusual punishment*)⁽²¹²⁵⁾.

III. PRESENTE

3.1. Situación actual de las prisiones en Argentina: principales problemas

Si bien no se trata de un fenómeno circunscripto a la Argentina, sino que se verifica en toda América Latina, las prisiones del siglo XXI continúan sobrepobladas —habiéndose triplicado la población penitenciaria en los últimos 20 años⁽²¹²⁶⁾—, predominan en ellas los presos preventivos o personas presas sin condena, se encuentran en condiciones de salubridad e higiene muy irregulares y disímiles a lo largo del territorio nacional, y la tortura y los tratos crueles son moneda corriente.

Los organismos nacionales e internacionales que se ocupan del monitoreo de la vigencia de los derechos humanos en las prisiones dan cuenta de esos y otros problemas en informes periódicos. A lo largo de los años, han venido señalando el crecimiento ininterrumpido de la tasa de encarcelamiento de las prisiones tanto federales como provinciales, al igual que la utilización desmedida del aislamiento como forma de sanción o bien como régimen de vida permanente de los detenidos, las muertes ocurridas bajo custodia, las requisas vejatorias o denigrantes, la represión violenta de reclamos, la falta de acceso a derechos como la educación o el trabajo que constituyen los pilares del tratamiento penitenciario para la "reinserción" social, etcétera⁽²¹²⁷⁾.

Las distancias entre la "cárcel legal" —en este caso, la cárcel constitucional— y la cárcel "real", como las denominara Rivera Beiras⁽²¹²⁸⁾, son muy vastas. La sobrepoblación y la falta de atención a la salud contrastan fuertemente con el ideal de sanidad y limpieza del art. 18, CN, mientras que las torturas, las muertes y la aplicación de sanciones informales —como los traslados intempestivos a lugares lejanos de la residencia familiar, o la represión violenta de reclamos y protestas de las personas presas— se chocan con la finalidad de seguridad y no de castigo⁽²¹²⁹⁾.

No puede dejar de mencionarse la preocupante situación de ciertos grupos específicos al interior de las prisiones, como las mujeres, las personas trans y/o travestis, los y las jóvenes y niños, al igual que las personas extranjeras y las personas con discapacidad privadas de libertad. Estos grupos merecen especial atención en tanto que, debido a sus necesidades específicas, padecen vulneraciones adicionales a las propias del encierro⁽²¹³⁰⁾.

3.2. Normas, principios y reglas de derecho internacional de los derechos humanos e interpretación de los órganos del sistema interamericano y de Naciones Unidas

Tanto las previsiones contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el Estado argentino e incorporados a través del art. 75, inc. 22 de la CN en la reforma constitucional de 1994, como la normativa de *soft law* producida por los órganos creados a partir de aquellos, establecieron derechos y resguardos específicos en materia de derechos de las personas privadas de la libertad.

Entre las más relevantes pueden enumerarse: el art. 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Organización de Naciones Unidas (ONU), el art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA), el art. 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos (OEA), el art. 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (OEA), el art. 3º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (ONU), los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos (ONU), las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (ONU) (Reglas Mandela), las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (OEA), la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU), el Protocolo Facultativo a esa Convención, el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y el art. 16 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CT).

En dicho *corpus* normativo se reconoce el derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art. 10, apart. 1º, PIDCP; art. 5º, apart. 2º, disp. Segunda, CADH), se declara prohibida la tortura y la imposición a las personas de penas o tratos crueles, infamantes, degradantes o inhumanos (art. 7º, disp. 1ª, PIDCP; art. 5º, apart. 2º, disp. 1ª, CADH; art. 16, apart. 1º, Convención contra la Tortura) y a que el régimen penitenciario debe tener como finalidad la reforma y la readaptación social de los penados (art. 10, apart. 3º, PIDCP).

Los órganos de monitoreo (no jurisdiccionales) del cumplimiento de las obligaciones pactadas en materia de prevención de la tortura y condiciones humanas de trato de las personas encarceladas que se crearon a partir de los tratados —el Comité contra la Tortura de la ONU (CAT), el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del Comité contra la Tortura de la ONU y la Relatoría Especial para Privados de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA— emiten informes periódicos luego de las visitas que sus miembros realizan a centros de detención de los distintos países.

La Argentina ha sido objeto de advertencias y recomendaciones de parte de estos órganos. Luego de una de las últimas visitas del Relator Especial *sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* de la ONU en abril de 2018, en la que pasó por *la Ciudad Autónoma de Buenos Aires además de las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Formosa*, concluyó la emisión de un informe en el que recopiló las vulneraciones de derechos detectadas. Entre los problemas más graves, enumeró como especialmente preocupante la "situación crónica de sobrepoblación" en todo el país, lo que se traduce en condiciones de detención que equivalen a tratos crueles, inhumanos y degradantes. En sus conclusiones plantea la gravedad de la situación de Argentina que requiere modificaciones urgentes para mejorar las condiciones físicas de detención, a aplicar medidas de detención alternativas y a tomar todas las demás acciones necesarias "(...) para asegurar que todas las personas privadas de su libertad sean tratadas con la dignidad que se merecen todos los miembros de la familia humana, y de acuerdo con las normas internacionales reflejadas en las Reglas Nelson Mandela"⁽²¹³¹⁾.

A su vez, numerosos casos litigiosos han sido llevados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos —máximo órgano de aplicación y supervisión de la CADH— con relación a cuestiones ligadas a la privación de la libertad. Cabe realizar una somera reseña de algunos de los más trascendentales en relación con la norma constitucional que aquí se comenta⁽²¹³²⁾, por tratarse ellos de una guía interpretativa reconocida por la Corte Suprema de la Nación⁽²¹³³⁾, y poseer carácter vinculante para los Estados que, como Argentina, reconocieron la competencia de la Corte IDH sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH⁽²¹³⁴⁾.

Entre las resoluciones más relevantes que han ido dotando de contenido concreto al derecho a un *trato acorde con la dignidad humana* (art. 5º, CADH) o al "debido trato en prisión" de las personas privadas de libertad, deben citarse las dictadas en los casos "Neira

Alegría y otros vs. Perú" de 1995 y de "Loayza Tamayo vs. Perú" del año 1997. En esos precedentes, la Corte hizo mención de los actos y omisiones que implican vulneraciones al *trato digno* en prisión, que luego se reprodujeron en resoluciones posteriores⁽²¹³⁵⁾:

"(...) la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, (...) las restricciones al régimen de visitas (...), constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del art. 5º.2 de la Convención Americana"⁽²¹³⁶⁾.

Según lo establecido en ese y en otros casos por la Corte IDH, el daño a la integridad física y psíquica de la persona, incluyendo el calificado como "tortura" debe ser evaluado de conformidad con las circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon la situación. En particular, en un caso contra Argentina, "Bueno Alves"⁽²¹³⁷⁾ se ponderaron factores endógenos y exógenos, es decir, tanto las características del trato "(...) tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que estos tienden a causar", como las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos "(...) entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal"⁽²¹³⁸⁾.

Otro de los estándares relevantes fijados por la Corte IDH sobre el trato digno en prisión es el de la obligación específica que tiene el Estado respecto de las personas que permanecen bajo su tutela, de garantizar que la manera y el método de ejecución de la medida privativa de libertad no someta al detenido a angustias o dificultades que excedan *el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención* y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, *su salud y bienestar estén adecuadamente asegurados*.

Al interpretar lo dispuesto en el art. 5º.2 de la Convención, la Corte IDH determinó que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y que es el Estado el que debe garantizarles el derecho a la vida y a la integridad personal":

"[el Estado debe] asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al *goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad* y

que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar"⁽²¹³⁹⁾.

El cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en estos supuestos no puede estar supeditado a los recursos económicos, dado que alegar dificultades de esa índole no es considerado una justificación válida para mantener en condiciones indignas a las personas presas. Este criterio fue explicitado en el caso "Montero Aranguren", en el cual, además, la Corte IDH consideró que las celdas de castigo o aislamiento a las que eran enviadas algunas personas privadas de libertad en el Retén de Catia eran deplorables y reducidas, y concluyó que estas celdas solo debían usarse como medidas disciplinarias o para la protección de las personas por el tiempo estrictamente necesario y en estricta aplicación de los criterios de racionalidad, necesidad y legalidad. Estos lugares deben cumplir con las características mínimas de habitabilidad, espacio y ventilación, y solo pueden ser aplicadas cuando un médico certifique que el interno puede soportarlas. A tal efecto, citando al Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, afirmó que celdas de aislamiento de 60 x 80 centímetros, en las que no hay luz ni ventilación y solo se puede estar en ellas de pie o agachado "constituyen en sí mismas una forma de instrumento de tortura"⁽²¹⁴⁰⁾.

Con respecto a los "requisitos materiales mínimos" para considerar que hay trato digno de la persona en prisión, la Corte IDH comprendió además del adecuado alojamiento, el deber del Estado a proveer que se practiquen las revisiones médicas regulares y atención y tratamiento adecuados cuando sea necesario. En el caso "Tibi vs. Ecuador", la víctima había sufrido además de los actos de violencia física, amenazas y hostigamientos durante su detención. Asimismo, había sido recluida en severas condiciones de hacinamiento e insalubridad durante cuarenta y cinco días, sin ventilación, luz y alimentación suficientes. El pronunciamiento de la Corte en dicho caso se dirigió a declarar que las condiciones en las que vivió la víctima no habían satisfecho los *requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno*, conforme a su condición de ser humano, violando por tanto el Estado el derecho consagrado en el art. 5º de la Convención.

En un conocido caso similar, el de Suárez Rosero (también contra Ecuador) la víctima había sido mantenida en una celda húmeda y subterránea de aproximadamente 15 metros cuadrados con otros 16 reclusos, sin condiciones necesarias de higiene, durmiendo sobre hojas de periódico y sometido a golpes y amenazas durante la detención. Para la Corte todo lo anterior, junto con la incomunicación

sufrida "(...) confieren al tratamiento a que fue sometida la característica de cruel, inhumano y degradante", y por tanto violatorio del art. 5º.2 de la Convención⁽²¹⁴¹⁾.

En suma, puede sostenerse que para la Corte IDH, la incomunicación, el régimen de aislamiento celular y la restricción de visitas de los familiares constituyen tratos crueles, inhumanos y degradantes que resultaron en la vulneración de la integridad física, psíquica y moral de ambas víctimas. Poniéndolo en afirmativo, es posible sostener que la jurisprudencia del sistema interamericano reconoce el derecho de la persona privada de libertad a ser tratada humanamente y en forma digna, y que ello conlleva el acceso a la salud, a una adecuada alimentación, al agua potable, a condiciones mínimas de alojamiento, a la recreación y al acceso a la justicia, así como a no sufrir golpes ni amenazas ni ninguna otra forma de trato cruel, inhumano o degradante.

3.3. Interpretaciones actuales del art. 18, CN última parte, desde la doctrina y la jurisprudencia

3.3.1. La pena de muerte

Si bien la pena de muerte fue abolida en la Argentina en 1922 tras la reforma del Cód. Penal de 1883 y que la última ejecución había sido realizada el 22 de julio de 1916 contra los acusados Francisco Salvatto y Giovanni Lauro, recién en el año 2008 el Congreso de la Nación derogó el Código de Justicia Militar, único cuerpo normativo del país que mantenía esa pena como sanción para miembros de las fuerzas armadas⁽²¹⁴²⁾. Por ello, dado que la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en su art. 4º.3 impide su instalación en los países en los que no existiera al momento de su firma⁽²¹⁴³⁾, si la Argentina intentara establecer la pena de muerte incurriría en un incumplimiento de las obligaciones que asumió al suscribirla.

Aun cuando no puede hablarse de pena de muerte *legal* en nuestro país, en las cárceles argentinas se podría afirmar, sin temor a exagerar, que en muchos casos las condenas a prisión conllevan verdaderas *condenas a muerte*. Esto ocurre cuando, producto de la privación de libertad, las personas contraen enfermedades o ven agravadas las que ya padecía y fallecen ante la falta de atención adecuada y temporánea de la salud. Otras veces, encuentran la muerte por estar en medio de una pelea dentro de un pabellón en el que los agentes penitenciarios —es decir, el Estado— omitieron la custodia debida, además de otras ocasiones o diversos ejemplos igualmente dramáticos⁽²¹⁴⁴⁾.

En el caso "Badín" (1995)⁽²¹⁴⁵⁾, la Corte Suprema de Justicia declaró responsable a la provincia de Buenos Aires por la muerte de los privados en libertad en una cárcel debida a un incendio causado por la irregular prestación del servicio por la autoridad penitenciaria; asimismo, la provincia fue compelida al pago de daños y perjuicios a los familiares de las víctimas. Posteriormente, en el caso "Gatica" (2009)⁽²¹⁴⁶⁾, se hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por la madre de quien falleció en una Unidad penitenciaria dependiente del Servicio Penitenciario local y próximo a recuperar su libertad, en ocasión de una disputa entre presos que le provocó graves heridas de arma blanca, que culminaron en su muerte.

Más cerca en el tiempo, se condenó también al pago de daños y perjuicios al Estado nacional debido a la "falta de servicio" por el fallecimiento por ahorcamiento de una persona privada de libertad, ante la evidencia de que había padecido malos tratos y amenazas por parte del personal del servicio penitenciario y de otros privados de libertad y que, además, se le había diagnosticado una psicopatología que exigía seguimiento ya que el año anterior "(...) había intentado suicidarse con una sábana, es decir, con el mismo elemento que empleó en el hecho que dio como resultado su fallecimiento"⁽²¹⁴⁷⁾.

En cuanto a las condenas penales a funcionarios por fallecimientos ocurridos en prisión relacionados con deficiencias de las condiciones de detención, solo existen a la fecha dos: la del caso de "La Masacre de Magdalena" y la de la ex Unidad 20 del SPF (Borda). En el primero, un incendio en uno de los pabellones de la Unidad 28 del Servicio Penitenciario Bonaerense provocó la muerte de 33 personas privadas de libertad producto de quemaduras en octubre de 2005. En el caso se condenó a efectivos de esa fuerza — a quien estuvo a cargo del operativo de represión y a quien estaba a cargo de la apertura y cierre de puertas— por homicidio simple con dolo eventual, y a quien era jefe de la Unidad, por haber mantenido las pésimas condiciones que derivaron en las muertes⁽²¹⁴⁸⁾.

En el ámbito federal, se condenó a dos funcionarios penitenciarios a dos años de prisión en suspenso por el delito de homicidio culposo agravado por la cantidad de víctimas ocurrido en el instituto psiquiátrico de la ex Unidad 20 SPF, por el fallecimiento de dos personas alojadas una celda de aislamiento individual recubierta con material acolchonado no ignífugo, que se incendió. Al determinar las responsabilidades se tuvo en cuenta el deficiente estado de habitabilidad y seguridad del sector que resultó el contexto en el cual el incendio se volvió fatal, y la ausencia de agentes penitenciarios

supervisando directamente el lugar que provocó las demoras en el auxilio⁽²¹⁴⁹⁾.

3.3.2. La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

En su conocido *Tratado de derecho penal*, Zaffaroni, Alagia y Slokar encuentran uno de los fundamentos del *principio de humanidad o de proscripción de la crueldad de las penas* en el art. 18, CN, reforzado por el hecho de que luego de la reforma constitucional de 1994 se le suma a la prohibición de azotes prevista en él, la de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes a través del inc. 22 del art. 75⁽²¹⁵⁰⁾.

Conforme lo ha entendido la CS, la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* establece que serán las autoridades competentes de cada Estado parte las que entenderán en las denuncias vinculadas con la violación de la convención⁽²¹⁵¹⁾. Si bien los casos arribados a la máxima instancia judicial de nuestro país con relación a este tema han sido mayoritariamente aquellos en los que se discutía la procedencia de la extradición de ciudadanos a prisiones de otros países (ante la sospecha que la persona estaría en peligro de ser sometida a tortura o malos tratos⁽²¹⁵²⁾), se emitieron algunas sentencias en las que se calificó como penas o tratos crueles determinadas situaciones o condiciones del encierro denunciadas por personas privadas de libertad u otras en su nombre⁽²¹⁵³⁾.

A nivel de la normativa interna de nuestro país, el Cód. Penal argentino recepta la prohibición constitucional de tortura y otros tratos crueles al contemplar por un lado, los tipos de tortura (art. 144, tercero a 144, quinto) y, por otro, las figuras penales que resultan equivalentes en términos de derecho internacional de los derechos humanos, a los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la imposición de vejaciones o apremios ilegales a detenidos (art. 144 bis, inc. 2º) y la imposición de severidades, vejaciones o apremios ilegales a presos (art. 144 bis, inc. 3º). De acuerdo con la doctrina especializada, estos últimos tipos comprenden situaciones que sin llegar al acto de tortura "(...) en las condiciones en las que se practica la detención y durante todo el tiempo en el cual el sujeto pasivo permanece privado de su libertad en manos de funcionarios estatales pueden cometerse ciertos atentados criminales, por medio de los cuales se aumenta el sufrimiento físico o moral, de la víctima"⁽²¹⁵⁴⁾.

Pese a que, como se ha reseñado en un apartado anterior, los casos de torturas y malos tratos son moneda corriente en las prisiones de nuestro país, son contadísimas las condenas por esos

hechos que existen al día de hoy. Esto se debe, en gran medida, a la banalización estructural y sistemática por parte de la justicia de las denuncias por estos hechos, que cuando son investigadas según Anitua y Laino: "(...) muestran gran benevolencia por los presuntos actores —p. ej., calificando por defecto cualquier denuncia como 'apremios ilegales' en vez de torturas— y no dictan, o lo hacen en escasas oportunidades, el procesamiento y el juzgamiento de los responsables de esta forma de criminalidad estatal"⁽²¹⁵⁵⁾ Este tipo de prácticas que favorecen la impunidad de la tortura también han sido identificadas y analizadas por organismos oficiales tanto nacionales como internacionales⁽²¹⁵⁶⁾.

Sin embargo, existen honrosas excepciones, ligadas sobre todo al impulso de organizaciones de derechos humanos y a las propias víctimas que se constituyen en querellantes. Los casos de torturas contra B.N. en el Complejo Penitenciario Federal de Jóvenes Adultos de Marcos Paz⁽²¹⁵⁷⁾ y contra L.M. y C.N. en el Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza⁽²¹⁵⁸⁾ llegaron a juicio y se dictaron sentencias condenatorias de personal penitenciario hallado responsable por los hechos.

3.3.3. Las cárceles sanas y limpias, para seguridad y no para castigo

Si bien usualmente se utilizan los términos "cárcel" o "prisión" como sinónimos, históricamente se han interpretado como respondiendo a dos instituciones diferentes: una en la que se detiene a la persona con el propósito o fin ulterior de asegurar el castigo o su presencia en el juicio, y otra en la que el encierro constituye un fin en sí mismo, una pena. De acuerdo a qué posición se adopte, el objeto sobre el que pesa el mandato de la fórmula constitucional podría adquirir un alcance distinto, de modo tal que se restrinja su aplicación solo a quienes se hallan privados de libertad en forma preventiva o cautelar, o bien ampliándola a quienes se encontraran cumpliendo una condena.

En la actualidad, existe consenso respecto de que la cláusula reconoce a *todas* las personas privadas de libertad el *derecho a un trato digno y humano*⁽²¹⁵⁹⁾, ya sea que lo estén calidad de detenidas o de condenadas⁽²¹⁶⁰⁾. Asimismo, se concibe dicha previsión como un límite específico a la coerción penal del Estado relacionado con las condiciones carcelarias y del cual depende la legitimidad del encierro. Según Rivera y Salt:

"(...) el hecho de que el constituyente incluyera este párrafo en el citado art. 18 implica, dogmáticamente, que el cumplimiento por parte del Estado de brindar las condiciones carcelarias adecuadas

es un requisito ineludible para ordenar —o mantener— una privación de libertad de manera "legítima"⁽²¹⁶¹⁾.

En el *leading case* "Verbitsky y otros s/hábeas corpus"⁽²¹⁶²⁾, donde se gestó la figura del hábeas corpus correctivo colectivo (ver apartado siguiente), la CS saldó divergencias interpretativas tanto doctrinarias como jurisprudenciales sobre la fórmula "sanas y limpias". Con un mismo movimiento, fijó una pauta hermenéutica a la vez que un criterio general para evaluar la adecuación de las condiciones de detención al mandato constitucional del art. 18: las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (RMTR) o "Reglas Mandela" de la ONU.

Por un lado, declaró allí que si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, las Reglas Mínimas se han convertido, "(...) por vía del art. 18 de la CN en el estándar respecto de personas privadas de libertad"⁽²¹⁶³⁾, y por otro, que las mismas configuran "(...) las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención"⁽²¹⁶⁴⁾. En suma, a la hora de dotar de contenido actual la manda de "cárceles sanas y limpias" y determinar cómo deben ser las condiciones de alojamiento de las personas presas para cumplir con el mandato constitucional de "cárceles sanas y limpias", la judicatura debe tomar los estándares de las RMTR.

Por su parte, la expresión "para seguridad y no para castigo" es otra que ha propiciado discusiones doctrinarias. En general, los autores coinciden en que a ella subyace una idea de cárcel cautelar. Esta postura es concordante con la interpretación histórica ya repasada anteriormente, aunque al respecto apunta Gelli que los constituyentes de 1853 conocían la doble función de la cárcel "(...) como lugar de detención y de guarda de los presos hasta su juzgamiento, y como lugar en el que se hacía efectiva la pérdida de la libertad impuesta por el Estado en calidad de sanción"⁽²¹⁶⁵⁾.

Para algunos autores, una interpretación adecuada del art. 18 última parte es que el objetivo básico del sistema penitenciario, según la Constitución, es tutelar la *seguridad*, tanto de los condenados como de la sociedad⁽²¹⁶⁶⁾.

Cabe preguntarse entonces cómo ha entendido la CS "del siglo XXI" la noción de seguridad. En un número de sentencias, entre las que pueden mencionarse las de los casos "Badín" (1995), "Gothelf" (2003), "Gatica" (2009) (ya citados) y "Gutiérrez" (2015) como las más trascendentes, la Corte postula una concepción amplia de seguridad, entendida como el *resguardo de derechos*, que en tanto principal función y base de sustentación del Estado, debe alcanzar a todos sus ciudadanos, incluso a quienes están encarcelados⁽²¹⁶⁷⁾.

Pero, además, a la vez que comprende a la seguridad como sinónimo de protección de las personas presas y de sus derechos, confirma que la readaptación social es un objetivo superior del encierro, y por lo tanto impide que la seguridad —entendida de modo restrictivo por alguna doctrina como evitación de fugas o neutralización del riesgo que suponen los "delincuentes" alojados en las cárceles— vaya en contra de la reinserción porque se trata de finalidades de igual jerarquía.

En esa línea, el fallo "Gutiérrez" aparece como una síntesis necesaria que comprende lo definido en sentencias anteriores por cuanto deja en claro el contenido de la seguridad en el encierro como responsabilidad del Estado por el cuidado de las vidas, la salud y la integridad de las personas presas. Más aún, la CS sostiene que, de no cumplir con dicho deber, el Estado se deslegitimaría a sí mismo y se deslegitimaría el uso de la prisión como medio para la reinserción:

"Si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aun las que persiguen la reinserción social de los detenidos; es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituyen en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa"⁽²¹⁶⁸⁾.

A partir de estos precedentes de la CS podría sostenerse válidamente como propuesta interpretativa de lo exigido por art. 18, CN para la cárcel, que la "mejor cárcel posible" en términos de Dworkin o bien la "forma constitucional de la cárcel"⁽²¹⁶⁹⁾ es aquella en la que se resguardan los derechos no afectados por la privación de la libertad de las personas alojadas en ellas, en especial la vida y la integridad física, y cuyas condiciones materiales de alojamiento se adecuan al estándar de "sanas y limpias" interpretado a su "mejor luz", es decir, la de las *Reglas Mandela* de la ONU (RMTR).

Por contraposición, la CS también ha establecido que, al comprobarse que no se dan estos requisitos, la privación de la libertad y, por lo tanto, el uso de la prisión por parte del Estado (y de la justicia sobre todo) como forma de castigo, podría ser tachado de ilegítimo.

3.3.4. La responsabilidad judicial

Interpretar la fórmula "toda medida que a *pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice*" del art. 18, CN última parte,

implica adoptar una posición acerca de si aquello que ocurre tras los muros requiere o no un control de los jueces, que son quienes disponen las medidas cautelares y penas de prisión.

Dado que las prisiones son gestionadas por el Poder Ejecutivo (en Argentina los Servicios Penitenciarios dependen generalmente de los Ministerios de Justicia), ellas son alcanzadas por los criterios que rigen la Administración pública, siendo el uso de discrecionalidad administrativa uno de ellos⁽²¹⁷⁰⁾. Por ello, en principio —y tal como se ha entendido por la doctrina y la jurisprudencia⁽²¹⁷¹⁾—, no habría medidas durante la ejecución de la pena que el juez deba autorizar, con excepción de los egresos (salidas transitorias, salidas por motivos extraordinarios, libertad condicional y asistida, semilibertad, etc.). Por lo tanto, sentado lo anterior, es posible suponer que al incluir esa "responsabilidad judicial" en la base del precepto constitucional del art. 18 última parte, lo que se hizo fue establecer un *deber genérico de la judicatura de intervenir* ante acciones u omisiones de la administración penitenciaria que pudieran producir mortificaciones adicionales a la privación de la libertad, sin importar si la persona se encuentra o no condenada. Otra hermenéutica posible proviene del derecho administrativo con su principio de *control judicial* de la actividad administrativa, sobre todo el que se realiza sobre los aspectos reglados de los actos que dicta en ejercicio de facultades discrecionales, la cual fue de algún modo receptada posteriormente por la jurisprudencia del más Alto Tribunal al consagrar el *principio de judicialización de la ejecución penal* en "Romero Cacharane".

Para algunos juristas no hay lugar a dudas de que este mandato constitucional vigente desde 1853 ordena de manera imperativa y expresa el control judicial no solo de la etapa de ejecución penal sino, además, de todo tipo de encierro carcelario⁽²¹⁷²⁾. Sin embargo, como advierte Bovino, la CS en sus fallos ha ignorado la responsabilidad de los jueces, haciendo referencia directa a la responsabilidad de los servicios penitenciarios por las prácticas judiciales que agravan la privación de libertad⁽²¹⁷³⁾.

La Corte Suprema de los años ochenta optó por entender que el mandato constitucional de responsabilidad judicial sobre las prisiones se limitaba a imponerle a los jueces el deber de solicitar al Poder Ejecutivo que lleve a cabo medidas concretas para mejorar las condiciones —el aseo, instalaciones sanitarias y servicio de salud— cuando tomaran conocimiento de ellas:

"Corresponde dirigirse al Poder Ejecutivo Nacional a fin de solicitarle 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 ejecutan en institutos de su dependencia, no se traduzcan en una mortificación mayor que la derivada de la propia naturaleza de la privación de la libertad (art. 18 de la CN)"⁽²¹⁷⁴⁾.

En un fallo de esa misma época, la CS también resolvió la solicitud de la Cámara de Comodoro Rivadavia de que gestionara ante los poderes públicos pertinentes la pronta resolución de las deficiencias en las condiciones de salubridad en las que se alojaba a detenidos en la Unidad nro. 6 de Rawson y la Alcaldía Policial de Ushuaia y la carencia de un servicio de salud adecuado, nuevamente solicitando al Poder Ejecutivo Nacional "(...) para asegurar que las detenciones cautelares y condenas que se ejecutan en institutos de su dependencia, no se traduzcan en una mortificación mayor que la que deriva de la propia naturaleza de la privación de libertad (art. 18, CN)"⁽²¹⁷⁵⁾.

Más adelante, en el ya citado caso "Badín" (1995), la CS interpretó que el deber de custodia del Estado respecto de las personas privadas de libertad se hallaba en cabeza de *los Servicios Penitenciarios*⁽²¹⁷⁶⁾, lo que reiteró luego en "Blackie" (2006)⁽²¹⁷⁷⁾ y en "Gatica" (2009).

Durante los años sucesivos, la CS casi no modificó su rol de "árbitro" entre las partes en conflicto, las personas presas y el Poder Ejecutivo, a través del Servicio Penitenciario. En dos casos en los que se denunciaba hacinamiento y/o superpoblación y sus problemas derivados, se puntualizó el deber de los jueces con respecto a los sufrimientos adicionales al encierro. En "Gómez" se reconoció que la responsabilidad judicial se extiende no solo a solicitar al Poder Ejecutivo por intermedio del Servicio Penitenciario que adopten medidas para evitarlos, sino a "(...) extremar la investigación con el fin de determinar si existe un acto u omisión de funcionario o autoridad pública que agrave ilegítimamente la forma y condiciones en que el detenido cumple su privación de libertad"⁽²¹⁷⁸⁾. En "Defensor Oficial", la Corte mantuvo que era deber de los jueces vigilar que las condiciones de detención fueran acordes al mandato constitucional, por lo que debían intervenir para ordenar el cese de actos u omisiones que contribuyeran o provocaran un agravamiento ilegítimo de aquellas, pero se encargó de resaltar que *existían tareas que no les competían o que estaban fuera de su alcance*, como la de remediar las falencias edilicias que causaban la sobrepoblación⁽²¹⁷⁹⁾.

Un cambio importante en cuanto al alcance de la responsabilidad judicial en materia de protección de derechos de las personas encarceladas se produjo con la sentencia dictada en "Verbitsky". Allí, la Corte tomó "cartas en el asunto" e involucró directamente a la

justicia como parte del problema de colapso del sistema penitenciario bonaerense que derivaba en el alojamiento de personas en comisarías en condiciones inhumanas. Entre otras medidas, le encomendó directamente a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, que hiciera cesar en el término de sesenta días la detención de menores y enfermos en comisarías de la provincia. Si bien no abandonó por completo el papel de árbitro, dado que también efectuó solicitudes de medidas concretas al Poder Ejecutivo, el fallo abrió la puerta un mayor reconocimiento del papel los jueces para intervenir en situaciones carcelarias en las que no se cumple lo establecido por la Constitución, y sugirió una serie opciones concretas a tener en cuenta por la judicatura para evitar contribuir al problema, entre las que pueden enumerarse la posibilidad de ponderar la necesidad de mantener la detención o de disponer medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas.

3.3.5. El hábeas corpus correctivo como vía para ejercitar los derechos del art. 18 de la Constitución Nacional

El hábeas corpus ha sido una herramienta tan útil como controvertida para hacer cesar situaciones de vulneraciones de derechos y conseguir que las condiciones de privación de la libertad se asemejen a las de la "cárcel constitucional". Generó un debate adicional al de la existencia de una obligación de los jueces de velar por la situación de las personas presas derivada del art. 18, CN y discutida en el apartado anterior, que versó sobre cuál debería ser el juez en cuya cabeza rige dicha obligación.

A partir de la difusión de su utilización en su faceta correctiva con la sanción de la Ley de Hábeas Corpus 23.098 y, más aún, luego de haberse consagrado como garantía en el [art. 43](#), CN y del reconocimiento de la posibilidad de su interposición bajo la modalidad colectiva por la CS en "Verbitsky" (2005), han proliferado planteos ante la judicatura por esa vía ante situaciones de "agravamiento de las condiciones de detención" (art. 3º, inc. 2º, Ley de Hábeas Corpus), en las que se discutieron los alcances del hábeas corpus como mecanismo para la exigibilidad del mandato constitucional.

No debe dejar de señalarse que dicha proliferación obviamente también está ligada a la multiplicidad de situaciones vulneradoras de derechos que suceden cotidianamente en nuestras prisiones, funcionando de algún modo la cantidad de hábeas corpus deducidos como indicador de que las condiciones de privación de libertad no cumplen con los estándares mínimos de respeto a los derechos de las personas presas⁽²¹⁸⁰⁾. Por lo tanto, se puede pensar al

agravamiento de las condiciones de detención como la otra cara de la moneda del mandato de *cárceles sanas y limpias para seguridad y no para castigo*.

Repasando sucintamente, las cuestiones controvertidas en torno a esta acción⁽²¹⁸¹⁾ han sido dos: el contenido específico de la condición de procedencia del hábeas corpus correctivo, es decir, el significado y alcance del "agravamiento de las condiciones de detención" que requiere el inc. 2º del art. 3º, ley 23.098 para habilitar la intervención de la judicatura, por un lado, y la procedencia del hábeas corpus correctivo para activar el control de las condiciones en las que se cumple la privación de libertad por parte de jueces distintos de los de la causa, por el otro.

Sobre la primera de las cuestiones, desde hace tiempo en la doctrina se reconoce que la versión correctiva del hábeas corpus tutela el principio de humanidad en la ejecución de las penas privativas de libertad, o el "derecho constitucional al debido o digno trato en prisión"⁽²¹⁸²⁾ que originalmente emanaba del art. 18 de la CN⁽²¹⁸³⁾ y que luego se consagró en una ley específica, pero que actualmente tiene fundamento normativo además, en disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos⁽²¹⁸⁴⁾.

En este sentido, el Máximo Tribunal ha establecido de manera general, a lo largo de su jurisprudencia, que ciertas acciones u omisiones de las autoridades penitenciarias —como la falta de atención médica⁽²¹⁸⁵⁾, las restricciones a las comunicaciones o el hacinamiento⁽²¹⁸⁶⁾— constituyen vulneraciones al mandato constitucional del art. 18 última parte.

Vale citar como ejemplo el fallo "Dessy, Gustavo Gastón s/hábeas corpus" (19/10/1995), un precedente relevante en la materia en que la CS trató las limitaciones intercambio de correspondencia, cuyo *holding* es frecuentemente citado en las resoluciones sobre derecho de la ejecución penal puesto que plasma expresamente el *principio de reserva* que fue receptado luego en el art. 2º de la Ley Nacional de Ejecución de la Pena 24.660: "El ingreso a una prisión en calidad de condenado no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la CN"⁽²¹⁸⁷⁾.

Con relación al hacinamiento y otros factores del encierro, la CS sostuvo que mantener a un grupo de seres humanos en condiciones de hacinamiento como las descriptas no solo configuraba el agravamiento de las condiciones carcelarias sino que también constituía

"(...) por sí mismo un trato degradante contrario a la dignidad humana que se intensifica, todavía más, cuando se combina con las falencias en materia de luz, ventilación, higiene, lugares donde

dormir, alimentación y atención médica (arts. 9º de la ley 24.660, 18 y 33 de la CN, 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)"⁽²¹⁸⁸⁾.

Más recientemente, en el fallo "Gutiérrez" (2015) ya mencionado, la Corte reconoció que el hecho de que las puertas de rejas de acceso a los pabellones de la cárcel de Devoto se mantuvieran cerradas durante la noche mediante candados adicionales a la cerradura como medida de seguridad adicional para evitar fugas, y que impedía asistir prontamente emergencias médicas o de otra índole que pudieran sufrir las personas presas, constituía un agravamiento de las condiciones de detención. En la misma resolución, la CS reconoció que las cadenas mediante las cuales se amarraba a las personas al ser trasladadas en vehículos de propiedad del Servicio penitenciario constituían un riesgo para su vida e integridad que debía ser resguarda por sobre otras consideraciones de "seguridad" conforme lo entendía la Administración.

¿A quién le corresponde el control judicial?

El criterio respecto del uso del hábeas corpus correctivo como herramienta para activar el control de las condiciones en las que se cumple la privación de libertad por parte de jueces distintos de los de la causa ha sido fluctuante⁽²¹⁸⁹⁾. La pregunta acerca de quiénes son los jueces que deben hacerse cargo de evitar que se incumpla lo que manda la Constitución reviste ciertas dificultades en el plano federal⁽²¹⁹⁰⁾, por lo que ha sido largamente discutida por la jurisprudencia.

En la actualidad, si bien como sostiene Sagüés, para la jurisprudencia de la CS es ya terminante que el hábeas corpus correctivo ha sido planteado como "(...) un medio constitucional y legal, adicional, rápido y eficaz para resguardar el trato digno en las prisiones, cuando fuere urgente modificar el agravamiento en las condiciones de detención y ello no aconteciere por cualquier razón, incluso la de morosidad judicial"⁽²¹⁹¹⁾, todavía existe disconformidad con la intervención de un/a magistrado/a de hábeas corpus correctivo en lugar del juez de la causa⁽²¹⁹²⁾.

Lo cierto es que el hábeas corpus provoca conflictos de competencia dado que lo habilita "sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere" (art. 3º, inc. 2º, ley 23.098) aunque lo normal en tales casos es que "(...) si el detenido está a disposición de juez competente sea este a quien le toque regular la

situación de detención del preso, corregir los vejámenes que sufra, etc."⁽²¹⁹³⁾.

Inicialmente, la CS había sostenido que los jueces de la causa deben ser los que controlan. A poco de haberse sancionado la Ley de Hábeas Corpus en 1984 con el retorno a la democracia, la CS trató un caso de solicitudes de asistencia médica y odontológica de detenidos en las cárceles de Caseros (Unidad nro. 1) y Devoto (Unidad nro. 2). Pese a que los magistrados de las instancias anteriores habían reconocido como agravamiento de las condiciones en las que se los alojaba a los detenidos⁽²¹⁹⁴⁾, para los jueces de la CS no correspondía a la instancia extraordinaria sustituir a los jueces de la causa en tanto que los reclamos efectuados tenían posibilidad de remedio por la vía ordinaria⁽²¹⁹⁵⁾.

Fue a partir de los precedentes "Gómez" y "Defensor Oficial" ya citados, y de "Verbitsky" para los casos colectivos, que la Corte aceptaría de modo más flexible el cuestionamiento por aquella vía de las condiciones de detención que dieran lugar a vulneraciones de derechos. En "Gómez", la Corte afirmó que

"La acción instituida por el art. 3º, inc. 2º, de la ley 23.098 fue prevista para corregir el agravamiento ilegítimo del modo y condiciones en que se cumple la detención, es decir, para evitar mortificaciones que excedan las precauciones exigidas por la seguridad, sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere"⁽²¹⁹⁶⁾.

Posteriormente, en "Defensor oficial" (2004) se le volvió a asignar al hábeas corpus el carácter de medio efectivo para hacer valer derechos constitucionales afectados durante la privación de libertad: "Es formalmente admisible el recurso extraordinario si está en juego el alcance que la CN (art. 43) y la ley 23.098 asignan al hábeas corpus como medio para hacer efectivo el amparo otorgado por el art. 18 de la Carta Fundamental"⁽²¹⁹⁷⁾. Cabe destacar que tanto "Verbitsky" (2005) como "Gutiérrez" (2015) eran acciones planteadas en forma colectivas, en las cuales el remedio requería que se extendiera la decisión sobre la totalidad de las personas presas que podían encontrarse afectadas por el accionar u omisión denunciadas, y no de casos de tipo individual que podrían haber sido resueltos con la intervención del juez de la causa o del juez de ejecución.

La exigencia de control judicial de la privación de la libertad, como se señaló más arriba, es una manifestación específica del deber estatal de conceder acceso al control judicial de cualquier acto de la administración que afecte o pueda afectar derechos o libertades fundamentales de las personas. Dado que las prisiones son espacios

que se caracterizan por vulnerar esos derechos, es dable prever que ello justifique una necesidad de control más atento, por lo que la superposición de la intervención de dos jueces, el de la causa y el de hábeas corpus, no aparecería en esa tesitura, como un problema sino como un *doble resguardo*. En términos prácticos, podría pensarse en un esquema en el que las situaciones de agravamiento de las condiciones de detención que pudieran ser resueltas mediante una decisión que se aplicara a una sola persona, la misma fuera tomada por el juez de la causa o el de ejecución, mientras que aquellas que implicaran la necesidad de una respuesta estructural o más general y que por ello requirieran de una decisión con alcance respecto de varias personas o de un conjunto de ellas, se utilizara el hábeas corpus deducido en forma colectiva ante un juez que no podrá ser el de la causa o el de ejecución, sino otro.

IV. FUTURO

Más allá del innegable contenido garantizador de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad que puede reconocerse en el precepto constitucional del art. 18 y que, como se dejó ver a través de la reseña anterior, le fue otorgado a la última parte del mismo por juristas y jueces, el mismo continúa estando lejos de ser cumplido.

Si bien, como se ha mostrado en este trabajo, se han dado avances en cuanto al reconocimiento de derechos de las personas privadas de libertad a nivel doctrinario y jurisprudencial, la legitimidad del encierro aplicado por el Estado se ve cuestionada en forma permanente por la propia realidad de las prisiones argentinas.

Resulta clave que la judicatura no adopte una postura de responsabilidad frente a la situación de las personas que envía a la cárcel en calidad de detenidas o de condenadas, o bien que mantiene allí a sabiendas de esas mismas condiciones, y considere evaluar seriamente en función de ellas la necesidad de ordenar o mantener la detención o bien de disponer alternativas a la ejecución de la pena menos lesivas.

Pero, si el control judicial no fuera efectivo o fuera necesario apelar a otros mecanismos, podría pensarse como una salida posible, como propone Gargarella, el abrir "(...) cada decisión pública significativa al contacto con expertos y ciudadanos comunes que puedan informar a la misma con puntos de vista imprescindibles para dotarla de imparcialidad. Algunos de los pasos que ha dado la Corte Suprema argentina, en tal sentido (casos Verbitsky y Mendoza), parecen bien orientados en esa dirección"⁽²¹⁹⁸⁾. Algo más escéptico, Zaffaroni advierte que muchas veces la agencia judicial puede imponer la

observancia de normas pero "(...) hay aspectos que, por depender sólo de las agencias ejecutivas, son de difícil control"⁽²¹⁹⁹⁾. En el caso de la agencia penitenciaria, el oscurantismo que rodea a la prisión aparece como un espacio aún más difícil para el ejercicio de controles institucionales y republicanos.

Pero en términos más generales, y a partir de la norma que se comenta, corresponde preguntarnos —y replantearnos, en todo caso— cómo debe ser el castigo que apliquemos como sociedad, como parte de una comunidad, a nuestros conciudadanos. Como lo propone Anthony Duff, pensar al castigo

"(...) como una práctica inclusiva en lugar de excluyente: algo (cierta e intencionalmente gravoso) que los ciudadanos pueden imponerse unos a otros de una manera que reconozca en lugar de negar su ciudadanía común; algo que los ciudadanos, se supone, puedan emprender como una cuestión de deber cívico, en vez de limitarse a sufrirlo"⁽²²⁰⁰⁾.

Dejar de lado la centralidad de la prisión como única forma punitiva "a la mano", habilitándola solo para los delitos más graves, y apelar a otras medidas en la comunidad, puede ser una alternativa superadora. La noción de ciudadanía también aparece como especialmente útil para desarticular los discursos que justifican la imposición o la convalidación de torturas y tratos crueles o medidas restrictivas de derechos de las personas presas en una idea de "ciudadanía de segunda categoría" que los presos adquirirían al momento de ingresar a la prisión. El reconocimiento más amplio a los derechos no afectados por la pena privativa de libertad a las personas presas, como por ejemplo, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, redundaría también en mayores posibilidades de que el resto de la sociedad los considerara como "iguales" y por tanto, merecedores de un castigo fundado en principios democráticos, es decir, menos basado en el miedo, la coacción y el dolor y más en ideas de reparación del daño y de los lazos con la comunidad de pares.

El principio de legalidad. Significado y alcance del *nullum crimen sine lege*⁽²²⁰¹⁾

Comentario por Gustavo A. Beade

I. INTRODUCCIÓN

El requisito más importante del *rule of law* vinculado con el derecho penal es el principio de legalidad penal. Este criterio exige que el derecho penal sea un sistema de reglas organizado, verificable y no un conjunto de respuestas *ad hoc* a las conductas individuales⁽²²⁰²⁾. En el mundo en el que vivimos, los acuerdos morales se expresan (casi siempre) en normas jurídicas. El resultado de esa transformación debe ser comunicado a los ciudadanos por adelantado, para que tengan en cuenta qué conductas pueden desencadenar una sanción penal y qué conductas no. Incumplir las normas establecidas siguiendo los criterios del principio de legalidad penal origina la posibilidad de ser llamado a defenderse de una acusación pública. Sin embargo, para poder defenderse de una acusación es necesario que la ley hable el lenguaje de los ciudadanos a quienes se dirige⁽²²⁰³⁾. ¿Qué implica esto? ¿Cuál es el alcance del principio de legalidad? En este breve comentario, pretendemos mostrar algunos de los muchos problemas que encierra el principio de legalidad y presentar algunas posibles respuestas. El objetivo es dejar abierta una discusión que no ha sido, al menos desde el derecho constitucional, muy desarrollada en nuestro país.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL: RECONOCIMIENTO

El principio de legalidad penal está establecido en la primera parte del art. 18 de la CN ("...ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso"). Allí se determina que para imponer un castigo a un ciudadano se requiere, como una condición necesaria (aunque no suficiente), que este haya ejecutado un hecho previamente identificado como punible por la ley. En efecto, la ley penal debe prescribir un hecho y asociarlo a una pena.

En su formulación más tradicional, al principio de legalidad se lo denomina siguiendo el postulado en latín *nullum crimen nulla poena sine lege* en el que se distinguen cuatro subprincipios⁽²²⁰⁴⁾: 1) *lex stricta*, que implica la prohibición de analogía (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*); 2) *lex scripta*, que tiene como finalidad garantizar la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); 3) *lex praevia*, que prohíbe la retroactividad de la ley penal más grave (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*) y 4) *lex certa*, que prohíbe leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

En general, los comentaristas y estudiosos del derecho constitucional han dedicado un espacio amplio a analizar las garantías constitucionales incluidas en la segunda parte del mismo

art. 18 ("Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación")⁽²²⁰⁵⁾. En cambio, han prestado poca atención al principio de legalidad penal. Han sido los filósofos y los teóricos del derecho penal quienes han hecho los aportes centrales para entender este principio. Según algunos de estos estudiosos, el principio *nullum crimen sine lege* es entendido de dos maneras diferentes⁽²²⁰⁶⁾: por un lado, como una directiva dada al legislador, indicándole que no debe castigar penalmente actos realizados con anterioridad a la existencia de la ley (creación de delitos *ex post facto*); este modo de pensar el principio incluye los cuatro aspectos del *nullum crimen sine lege* señalados previamente. La otra manera de interpretar este principio es concebirlo como una directiva para los jueces, quienes no deben decretar sanciones penales si no existe una norma previa que califique como delito la conducta imputada al acusado. Esta regla se podría formular como *nulla poena sine lege*. Su objetivo es complementar y facilitar la aplicación de la *presunción de inocencia* del acusado y el principio *in dubio pro reo*⁽²²⁰⁷⁾. No está claro, sin embargo, que esta distinción sea tan tajante. Entendemos que el principio de legalidad crea obligaciones para los tres poderes del Estado. Es posible considerar supuestos del principio de legalidad que son mandatos dirigidos al legislador, y también son obligaciones que deben cumplir los jueces al momento de interpretar las normas penales. Por otra parte, el poder ejecutivo no puede crear tipos penales por decreto. Es decir, el castigo penal será legítimo si y solo si, se basa en una ley en sentido formal⁽²²⁰⁸⁾.

Existen otros modos de interpretar al *nullum crimen sine lege*. Algunos filósofos y penalistas se inclinan a pensar que es posible distinguir a las especies del *nullum crimen* entre reglas que se aplican o no se aplican y principios que deben ser ponderados con otros. De lo que surge de la práctica jurisprudencial podría insinuarse que mientras la *lex praevia* es aplicada como una regla (cuya excepción sería la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna), las otras especies del *nullum crimen* se presentan como principios que deben competir, en los casos concretos, con otros principios⁽²²⁰⁹⁾. Esta interpretación debe ser discutida con mayor detalle. Sin embargo, los recientes desarrollos jurisprudenciales nos llevan a pensar que todos deben ser interpretados como principios

ponderables. Comenzamos a desarrollar, en lo que sigue, cada uno de los aspectos del principio de legalidad⁽²²¹⁰⁾.

2.1. *Lex scripta*

La exigencia es que la ley sea escrita, no solo en sentido material sino también en sentido formal. Este último requisito implica que debe ser sancionada por el Poder Legislativo siguiendo el procedimiento establecido en la propia CN. De este modo, el Poder Legislativo no puede delegar en el Poder Ejecutivo la posibilidad de establecer normas penales o determinar sanciones. Eventualmente, es posible que el Poder Ejecutivo determine mediante otro tipo de normas elementos normativos del tipo, sin perjuicio de que el Poder Legislativo tiene la obligación de indicar, concretamente, cuál es el objeto de la prohibición que será complementada⁽²²¹¹⁾.

Es importante destacar que, si bien la ley escrita se presume como algo obvio para determinar ciertas regulaciones legales, esto difiere sustancialmente de lo que ocurre con otras ramas del derecho. Por ejemplo, la costumbre en el derecho civil ha jugado un papel muy importante hasta la reciente sanción del Cód. Civ. y Com.⁽²²¹²⁾. Sin perjuicio de ello, en la práctica, el derecho consuetudinario puede influir, en determinadas circunstancias, en decisiones sobre la aplicación de leyes penales. Algunos autores creen que, incluso, la literatura especializada y la jurisprudencia también pueden condicionar al intérprete para defender ciertas soluciones⁽²²¹³⁾.

El problema tradicional de este aspecto son las denominadas leyes penales en blanco. En este tipo de normas, la tarea de definir, particularmente, la clase de conducta que será objeto de un castigo penal esta delegada en una autoridad diferente, en general, en reparticiones de la administración pública⁽²²¹⁴⁾. Dos de los ejemplos usuales de esta práctica son la Ley de Estupefacientes (ley 23.737), en la que es el Poder Ejecutivo el que define las sustancias que son consideradas prohibidas por la ley y el Régimen Penal Cambiario (ley 19.359), en el que se establecen sanciones que alcanzan los 8 años de prisión para "cualquier acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen cambiario"⁽²²¹⁵⁾.

Las leyes penales en blanco siempre fueron cuestionadas, por un lado, porque violan el principio de legalidad formal y, por el otro, porque constituyeron el origen de la analogía y de la aplicación retroactiva. Según algunos autores, estos motivos alcanzan para declarar a estas normas como inconstitucionales⁽²²¹⁶⁾. Las únicas leyes penales en blanco que no tienen problemas constitucionales (salvo que violen, además, los otros supuestos del principio de legalidad) son aquellas que reenvían a otra norma emanada de la

misma fuente: a una disposición de la misma ley o a otra ley de igual jerarquía que la norma penal⁽²²¹⁷⁾.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ha tomado varias decisiones que respaldan este tipo de leyes. Este modo de decidir revela que la *lex scripta* es un principio que compite y no logra imponerse contra la delegación legislativa⁽²²¹⁸⁾. La jurisprudencia de la Corte IDH, por su parte, ha enfatizado que no existen razones al momento de aplicar el principio de legalidad reconocido en el art. 9º de la CADH para distinguir el derecho penal común de otras normas en las que se expresa el poner coercitivo del Estado⁽²²¹⁹⁾.

2.2. *Lex praevia*

El hecho en cuestión y la pena correspondiente deben ser reconocibles, esto es, posible de ser conocidos⁽²²²⁰⁾. Por esta razón, la ley debe ser anterior, para que cada ciudadano pueda calcular jurídicamente antes de decidir qué curso de acción va a seguir y qué consecuencias la ley ha asociado a ciertos hechos. Este requisito prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal más grave. Algunos comentaristas consideran que el principio *lex praevia* puede ser interpretado como una regla. Sin embargo, la prohibición de retroactividad no es absoluta. Cuando una ley posterior es más benigna para el imputado que la ley vigente durante la comisión de un hecho delictivo, los jueces deben aplicar la primera. Se entiende por "ley penal posterior más favorable" tanto aquella que establece una pena menor respecto de los delitos que la que comprende, a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada delictiva, o la que crea una nueva causa de justificación, de inculpabilidad y de impedimento de la operatividad de una penalidad ya sea que se hubiese sancionado con anterioridad a la sentencia así como también si se hubiese sancionado durante su ejecución⁽²²²¹⁾.

Ahora bien, existe, luego de la incorporación de la CADH (art. 9º), la obligación constitucional de que, además, la ley penal más benigna sea aplicada retroactivamente⁽²²²²⁾. Los problemas se presentan con las leyes penales transitorias o temporales⁽²²²³⁾. En principio, una ley que está destinada a regir un área específica durante cierto tiempo por determinadas circunstancias esta sustraída al principio de la ley penal más benigna⁽²²²⁴⁾.

La jurisprudencia de la Corte IDH influyó, decididamente, sobre la reapertura de los juicios por la comisión de delitos de lesa humanidad durante la última dictadura militar. Esta jurisprudencia fue invocada por la CS para legitimar la intervención estatal, ponderando algunos de los principios como el de legalidad⁽²²²⁵⁾. Particularmente, la mayoría de la CS no encontró inconvenientes para evitar la

prohibición de retroactividad de la ley penal más gravosa cuando tuvo que declarar la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Básicamente, el fundamento fue que existía una imposibilidad del Congreso de dictar amnistías y leyes de extinción de la acción y la pena. Por otra parte, no hay violación al *nullum crimen sine lege praevia* porque los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en nuestro ordenamiento y fueron reconocibles para una persona que obrara siguiendo los principios del estado de derecho⁽²²²⁶⁾.

Sin embargo, según la Corte IDH, la prohibición de retroactividad no agota su alcance en el castigo de conductas que, al momento del hecho no estuvieran previstas como delictivas por una ley sino que también impide la aplicación retroactiva de leyes penales que aumenten penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas de un delito básico⁽²²²⁷⁾.

2.3. Lex stricta

Este aspecto del principio de legalidad establece la exigencia de la interpretación judicial estricta. Está dirigido al juez y le impide ampliar las sanciones a conductas que no están abarcadas por el texto legal (aun si tuviera razones morales para creer que debería hacerlo). En los hechos, implica la prohibición de la analogía en el derecho penal. La analogía es un recurso extensivo para aplicar una solución prevista en una ley penal a casos que, en su valoración o en sus hechos, son similares al que está previsto en la ley pero que no pueden ser subsumidos en ella. Esta prohibición solo alcanza a la llamada analogía *in malam partem*, i.e., en perjuicio de un acusado⁽²²²⁸⁾. Es decir que si la analogía beneficia al imputado no rige esta prohibición.

Para entender bien este problema es necesario, primero, distinguir entre *aplicación analógica* e *interpretación extensiva*. En esta última, la conducta sometida a examen sí está comprendida en la norma legal. Sin embargo, para llegar a esta conclusión, es necesario apelar a una interpretación amplia⁽²²²⁹⁾. Entonces, el juez debería efectuar una interpretación extensiva del derecho y solo se prohíbe una *aplicación analógica*, cuando un hecho no encuadra, claramente, dentro de la definición legal, pero que debería ser tratado de la misma manera debido a ciertas consideraciones normativas⁽²²³⁰⁾.

Una opinión contraria sostiene que si por analogía se entiende completar el texto legal de un modo cuestionable, es necesario vedarlo porque la norma tiene un "límite lingüísticamente insuperable, que es la máxima capacidad de la palabra"⁽²²³¹⁾. Si seguimos este criterio, es posible limitar la criminalización de conductas a lo que está establecido en la ley y esto, no puede ser

completado por el juez. Si existen dudas en la interpretación, los jueces siempre deben interpretar el alcance semántico de las palabras del modo más restrictivo posible tendiendo a evitar la criminalización de conductas⁽²²³²⁾.

Por su parte, la CS exige la doble precisión de la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar⁽²²³³⁾. Según la jurisprudencia de la CS, el juez debe interpretar la ley y determinar si un caso dudoso debería caer dentro de la definición legal y, en caso afirmativo, aplicarla⁽²²³⁴⁾. Además, si bien reconoce las particularidades que caracterizan al derecho administrativo penal, cuestiona cualquier intento de apartarse del principio *lex praevia*⁽²²³⁵⁾. Recientemente, la CS estableció que las normas permisivas deben ser interpretadas en forma amplia teniendo en cuenta los tratados de derechos humanos incorporados a la CN y su propia jurisprudencia⁽²²³⁶⁾.

Por su parte, la Corte IDH, destacó la necesidad de utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, de un modo que exista una clara definición de la conducta criminalizada, que fije sus elementos y que permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas sancionadas con medidas no penales⁽²²³⁷⁾.

Un problema adicional se presenta con la criminalización de las llamadas *omisiones impropias*⁽²²³⁸⁾. Se trata de aquellas conductas, que si bien están reguladas en la legislación penal como acciones (p. ej., "el que matare a otro") son interpretadas por algunos teóricos *como si fueran* también omisiones. Así, quien deja morir a otro también cumple con el supuesto "el que matare a otro"⁽²²³⁹⁾. Mientras algunos penalistas entienden que el propio lenguaje permite construir esta interpretación, otros sostienen que cualquier criminalización de conductas omisivas es inconstitucional porque no están establecidas concretamente en la legislación penal⁽²²⁴⁰⁾. Más allá de las discusiones teóricas, en este aspecto parece bastante claro que si nos tomamos en serio el subprincipio *lex stricta* no es posible criminalizar conductas que no están reguladas expresamente en una ley penal.

2.4. *Lex certa*

Este aspecto está dirigido, en primer lugar, al legislador y, en segundo lugar, al juez. El primero debe evitar cláusulas deliberadamente vagas y está obligado a delimitar la prohibición de un modo tal que se satisfaga un cierto estándar mínimo. Esta exigencia ha sido denominada mandato de certeza. Esta idea daría fundamento para sostener que el principio *nullum crimen nullum poena sine lege certa*, obliga a que el hecho punible deba ser

descripto de forma tal que el marco de penumbra no sea sumamente amplio. Acá se presenta, sin duda, cierto conflicto: por un lado, el mandato de certeza exige la mayor precisión posible; ello seguramente se lograría enunciando todos los casos posibles pero conlleva el riesgo de que numerosos supuestos, que sin duda entrarían en el campo de aplicación de una clase de conductas sancionadas penalmente, queden excluidos por no habérselo previsto expresamente. Por otra parte, el legislador tampoco puede prever todo el espectro de conductas que pueda llevar a cabo un ser humano (la propia evolución humana así lo indica). Aun en el caso de que esto fuera posible, es muy dudoso que una ley determinada pueda ser comprendida (y cumplida) si cada artículo abarca varias páginas y, además, si la ley, en sí misma, alcanza dimensiones inabarcables (p. ej., el momento en que un objeto cualquiera se transforma en un arma). El problema nos sitúa en una situación difícil. Por un lado, existe una cuestión fáctica innegable: el tipo penal difícilmente puede prever todas las alternativas posibles de todas las conductas; por otro lado, sacrificar en su totalidad el principio de legalidad tampoco resulta plausible. Sin embargo, el marco de penumbra temido no es la regla habitual dentro de la legislación vigente. En apariencia, se trata más bien de casos marginales y concretos. La obligación del legislador es realizar todos los esfuerzos que estén a su alcance para acotar todo lo posible esa zona de penumbra⁽²²⁴¹⁾.

El derecho penal estaría utilizando un lenguaje que, como es bien sabido, padece de ciertas notas que hacen de su aplicación a casos concretos una tarea imprecisa y equívoca. Por otra parte, podría decirse que dichas características bien podrían mitigarse mediante la utilización de definiciones técnicas pero, en modo alguno, eliminarse⁽²²⁴²⁾. Esta afirmación encuentra dos fundamentos de distinta naturaleza: a) la aplicación del lenguaje técnico, incluso, presentaría dificultades debido a su base y estructura común con el lenguaje natural; b) aun en el caso de que mediante el lenguaje técnico se lograra absoluta precisión y claridad, ello impediría que el derecho cumpla con funciones a las que está llamado realizar, básicamente, guiar actos humanos⁽²²⁴³⁾. Algunos juristas señalan que la forma de poder interpretar ciertas leyes penales debe efectuarse siempre en el caso en concreto⁽²²⁴⁴⁾. Siguiendo esta idea, otros autores afirman que un modelo penal garantista resulta en gran medida ideal, en parte porque la realidad determina en cada caso algo distinto⁽²²⁴⁵⁾.

Sin embargo, cuando la CS tuvo posibilidades de declarar la inconstitucionalidad de leyes con un lenguaje vago o ambiguo decidió

no hacerlo. Por el contrario, afirmó que existe un cierto grado de vaguedad en el lenguaje técnico que es inevitable y que es tarea de los jueces precisar su significado mediante la interpretación⁽²²⁴⁶⁾.

La Corte IDH señaló que, cuando la restricción se encuentre contemplada por ley, su regulación debe carecer de ambigüedad de tal forma que no genere dudas a los encargados de aplicar la restricción permitiendo que actúen de manera arbitraria y discrecional realizando interpretaciones extensivas de ellas. Esto es particularmente indeseable cuando se trata de medidas que afectan severamente bienes fundamentales como la libertad⁽²²⁴⁷⁾. La ley debe ser cierta en la determinación del ámbito de lo prohibido y de la sanción prevista en la conducta⁽²²⁴⁸⁾. Incluso, en su jurisprudencia, la Corte IDH cuestionó también aquellos tipos penales que son indeterminados, *i.e.*, normas en las que no está claro cuáles son las conductas típicas, los elementos con los que se realizan, los objetos o bienes contra los cuales están dirigidos y los alcances que tiene⁽²²⁴⁹⁾.

III. PALABRAS FINALES

Si nos tomamos en serio la exigencia constitucional que establece el principio de legalidad penal, es obligatorio determinar de una manera clara y precisa los hechos punibles de forma tal que no hubiera ninguna duda o discusión posible a la hora de decidir si una conducta concreta puede ser o no castigada penalmente⁽²²⁵⁰⁾. Esta obligación, claramente, recae sobre el legislador. Sin embargo, si fuéramos muy exigentes o demasiado pesimistas deberíamos concluir que, en la medida que no se abandone el lenguaje natural, el mandato del *nullum crimen nullum poena sine lege* nunca podría ser cumplido. En su caso, la otra opción es aceptar la decisión que tomen los jueces, sin ninguna otra alternativa plausible⁽²²⁵¹⁾. Estas dos posibilidades nos llevan, de todos modos, a preguntarnos si ello le quitaría legitimidad a cualquier sanción penal que impusiera el Estado. La respuesta es que no necesariamente debe ser así. Si bien al momento de tener que decidir si determinada norma es aplicable o no a un caso ubicado en la zona de penumbra de su significado, es innegable que muchos casos quedarán inequívocamente dentro o fuera del ámbito de aplicación de la norma. Así, hay casos en los que la indeterminación de la ley es tan "clara" que el juez que deba resolver la cuestión debería no aplicar sanción, y en su caso comunicar esta situación al órgano legislativo correspondiente, para que adecue la legislación y poder luego, llevar a cabo su aplicación⁽²²⁵²⁾.

Es verdad que los casos ubicados dudosos, que podríamos decir que están localizados en la llamada zona de penumbra, tienen título suficiente para atraer, en todo momento, la atención. Sin embargo, su aparición siempre constante no es incompatible con el hecho, fácilmente comprobable, de que la aplicación y el uso cotidiano de la mayoría de las reglas que componen un orden jurídico no suscitan, por lo general, problemas semejantes a los que aquellos plantean. Importantes sectores de la vida comunitaria están controlados por reglas cuyo significado cubre claramente la enorme mayoría de los supuestos de hecho que están destinadas a regular. Cada uno de los supuestos que hemos analizado aquí constituye una serie de problemas legales serios sobre los que debemos trabajar bastante más de lo que lo hemos hecho. Pero, como bien señala Genaro Carrió, en la mayoría de los casos estos problemas se resuelven sin mayores inconvenientes, sencillamente evitando aceptar el esencialismo al que a menudo acudimos en relación al lenguaje. De este modo, dice Carlos Nino: "La postulación de una supuesta dimensión de la realidad que no es empírica —y por lo tanto no está sujeta al acceso igualitario a través de la experiencia sensible—, es una forma de hacer pasar opciones valorativas como si fueran percepciones de una realidad trascendente a la que sólo algunos pueden acceder, evitando de ese modo la discusión crítica a la que debe ser sometida toda postulación axiológica *no hay nada más democrático que nuestros sentidos y nada más elitista que la apelación a una metafísica no empirista*"⁽²²⁵³⁾.

* * *

Art. 19.—

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. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Comentario por Fernando Bracaccini

PRIMERA PARTE. EL DERECHO A LA AUTONOMÍA PERSONAL: "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 (...)"

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Fundamentos

El derecho a la autonomía personal o a la privacidad reconocido en el art. 19 de la CN ha sido entendido por Carlos Nino como el reconocimiento normativo del principio de autonomía de la persona, que junto a los principios de inviolabilidad y dignidad de la persona conforman el fundamento moral de todo el sistema de derechos previstos en la Constitución⁽²²⁵⁴⁾. Este principio supone que "siendo valiosa la libre elección individual del plan de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución"⁽²²⁵⁵⁾.

En el marco del discurso moral existen dos aspectos o dimensiones: la moral personal o autorreferente y la moral intersubjetiva. Mientras que la primera se refiere a valoraciones o preferencias sobre modelos de virtud personal que repercuten solamente en el propio individuo, la segunda involucra acciones que provocan efectos sobre los intereses de otras personas⁽²²⁵⁶⁾.

A partir del principio de autonomía personal, solo son moralmente admisibles las interferencias estatales basadas en los efectos que un determinado acto provoca en la moral intersubjetiva, y son inaceptables aquellas intromisiones sobre el ámbito de la moral personal. La consecuencia lógica de afirmar que cada persona es libre de elegir el plan de vida que mejor le parezca, fundado en los valores que prefiera y sin importar la opinión de los otros, supone necesariamente que el Estado no puede interferir con ello. Por ello, se encuentra vedada toda intromisión estatal en conductas que no afecten los derechos de terceras personas. El Estado debe ser neutral sobre las preferencias de los ciudadanos sobre cuestiones de moral privada.

Las ideas de John Stuart Mill contribuyeron de un modo determinante a la conceptualización de esta limitación a la potestad del Estado de entrometerse en la vida de las personas. Este autor fue el primero en conceptualizar el principio de daño, que prescribe que "el único objeto, que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros (...)"⁽²²⁵⁷⁾.

El principio que deriva de las palabras de Mill es muy sencillo pero a la vez muy poderoso, en tanto exige para cualquier injerencia sobre una conducta, que mediante ella se cause un daño, y como contracara prohíbe cualquier intervención que no se base en el perjuicio a otros, y especialmente prescribe las interferencias que se justifiquen por hacer un bien moral al propio sujeto⁽²²⁵⁸⁾.

Este tipo de ideas han suscitado relevantes debates, como los protagonizados por John Stuart Mill y James Fitzjames Stephen en su época, y tiempo después por H. L. A. Hart y Lord Patrick Devlin, y que contraponen posiciones liberales y perfeccionistas sobre la autonomía personal y la moral⁽²²⁵⁹⁾.

James Fitzjames Stephen, quien descalificaba las ideas de Mill desde una posición perfeccionista que—luego veremos—hace eje en la existencia de una concepción objetiva de lo bueno y en que, por lo tanto, lo moralmente bueno o correcto para una persona es independiente de lo que esta desee. El punto de partida de Stephen era que la libertad no se vinculaba a la posibilidad de vivir cualquier vida, sino que la libertad solo tenía sentido en la medida en que era el camino para vivir vidas valiosas. En ese marco, Stephen replicaba que el principio de daño de Mill debía sustituirse por uno que se dirigiera a validar la coerción estatal para reducir el mal y los comportamientos viciosos de las personas, y de esa forma promover el bien y los comportamientos virtuosos⁽²²⁶⁰⁾.

Más recientemente, promediando la década de 1960, un debate similar tuvo lugar entre Lord Devlin y Herbert Hart. El primero encarnó la posición perfeccionista y emitió duras posiciones tras ser publicado en Inglaterra el denominado Informe Wolfenden⁽²²⁶¹⁾ que proponía descriminalizar la homosexualidad. Los argumentos de Devlin pueden sintetizarse de la siguiente manera: I) Toda sociedad tiene derecho a autodefenderse de ataques, ya sean externos o internos; II) La comunidad se asienta sobre ciertas bases morales que son las que le dan solidez, cohesión y estabilidad, de manera que la pérdida de esas bases hace que la sociedad termine disolviéndose, es decir, desapareciendo; III) El derecho debe reaccionar frente a ello para

impedir la disolución de la sociedad; IV) El derecho sanciona muchas conductas autónomas de las personas, que no provocan daño a terceros, tales como la eutanasia y el incesto⁽²²⁶²⁾, y eso no ha provocado mayores conflictos.

Hart⁽²²⁶³⁾ replicó esa posición, y respondió a sus argumentos de la siguiente manera: I) Para este autor, los planteos de Devlin partían de la idea de que resultaba posible determinar cuál era la moralidad compartida por la sociedad y la que, por ese motivo, el Estado debía apoyar. Respecto a esto, Hart señalaba que muchas veces era difícil determinar los rasgos morales dominantes, y que incluso existían muchas pautas morales diversas que convivían. Por lo tanto, no existen para Hart las certezas sobre la moral predominante que Devlin alude. II) Aun si ello fuera posible, para él no son claros los motivos por los que deberíamos desear que la moral de una sociedad sea estática, y no dinámica y en constante evolución. En el supuesto que hubiera una moral predominante, se pregunta, ¿por qué no habríamos de cambiarla? III) Debe distinguirse la moral convencional y la moral crítica, en tanto "los valores dominantes no merecen ser defendidos (cual si fueran valores ideales) por el mero hecho de ser los valores dominantes. Los mismos "pueden ser (...) mayoritarios (...) pero al mismo tiempo valores inaceptables"⁽²²⁶⁴⁾. No hay *a priori* ningún deber de defender ciertos valores morales, por el mero hecho de que sean mayoritarios⁽²²⁶⁵⁾.

A partir de ello, el perfeccionismo resulta inadmisible desde una perspectiva liberal de los derechos, y muy especialmente desde la construida por Carlos Nino, en la cual el principio de autonomía personal constituye la base del sistema de derechos. A partir de esa concepción liberal y antiperfeccionista, el Estado y los terceros solo pueden inmiscuirse en las conductas de los individuos fundándose en la existencia de un daño a terceros. Incluso, conforme Nino, los asuntos de moral privada se encuentran excluidos del tipo de asuntos que pueden ser objeto de discusión y decisión democrática. Ello, pues, no existe ningún valor en que los asuntos que no pertenecen a la moral intersubjetiva sean decididos por otra persona que el mismo autor de la acción, el único potencial afectado por la cuestión⁽²²⁶⁶⁾.

1.2. Antecedentes históricos

El principio de autonomía personal constituyó un eje fundamental del modelo liberal que inspiró a la CN de 1853 y a muchos de sus antecedentes, y es en definitiva el modelo que se impuso en el marco constitucional latinoamericano. Muchas expresiones del movimiento constitucional latinoamericano del siglo XIX tenían el doble objetivo de equilibrar el poder y asegurar la neutralidad moral del Estado⁽²²⁶⁷⁾,

y allí la autonomía individual se presentaba como una barrera infranqueable para que "los individuos pudieran vivir sus vidas del modo elegido por ellos mismos"⁽²²⁶⁸⁾.

El art. 19 de la CN representa una pieza original del proceso constitucional argentino, pues no existe una norma equiparable en la Constitución estadounidense que inspiró en gran medida nuestro texto constitucional. El primer antecedente constitucional en el que se incorporó el principio de autonomía personal fue el art. 7º del proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para las Provincias Unidas de 1813, y luego fue incorporado en los arts. I y II de la Sección VII del Estatuto Provisional de 1815⁽²²⁶⁹⁾ por obra de Antonio Sáenz⁽²²⁷⁰⁾.

Si bien la Constitución de 1819 incorporó ideas netamente contrarias al principio de autonomía personal en sus arts. 1º y 2º—que preveían la confesionalidad del Estado bajo el culto católico, apostólico, romano, y el deber de los habitantes de respetar la religión estatal "cualesquiera que sean sus opiniones privadas"—lo cierto es que replicó las normas del Estatuto de 1815 sobre autonomía personal. El art. 112 de la Constitución de 1819 establecía que "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden el orden público, ni perjudican a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los Magistrados" y el 113 disponía que "Ningún habitante del Estado, será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

La Constitución de 1853 tomó el contenido de las normas sobre autonomía personal de sus antecedentes y, siguiendo a la Constitución del Uruguay de 1830, lo unificó en un solo artículo. Explica Sampay que las diferencias del texto del art. 19 aprobado en 1853 con sus antecedentes se deben a una intervención del Convencional Pedro Ferré, quien propuso un cambio en la redacción de la norma para que se reemplazara el término "al orden público" por "a la moral y al orden público", que fue aceptado por unanimidad. No obstante, el texto definitivo de la Constitución presenta una redacción sustantivamente distinta a esa. La última redacción—que fue debidamente aceptada por Ferré y los demás convencionales constituyentes en la aprobación final del texto de la Constitución—sustituyó la frase "a la moral y al orden público" por "al orden y a la moral pública"⁽²²⁷¹⁾. Como veremos luego, esta modificación en el orden de las palabras del art. 19 de la CN modificó sustancialmente su significado al sustituir la palabra "moral" por "la moral pública", que alude al concepto de moral intersubjetiva discutido en la sección anterior. Así fue que se llegó al texto actual del art. 19 de la CN, que

atravesó todos los procesos de reforma constitucional sin ser modificado.

La fuente ideológica del art. 19 de la CN se encuentra en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano⁽²²⁷²⁾ de 1789, que establece en su art. IV que "La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos (...)" y en su art. V prescribe que "La ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad (...)". Como puede advertirse, para la declaración revolucionaria francesa todo acto que no produjera un perjuicio a terceros era parte de la libertad personal.

Así es que, bajo la influencia de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, la primera parte del art. 19 de la CN viene a receptar uno de los principios morales esenciales sobre el cual se erige el sistema de derechos de la CN, y a establecer con claridad el ámbito de libertad de las personas. El límite entre el ámbito de autonomía individual y el ámbito en el cual el Estado puede intervenir en la vida de las personas se define por la existencia de un daño relevante a terceros. En consecuencia, el art. 19 de la CN es altamente relevante, pues distingue el ámbito en el cual las personas son libres de hacer lo que consideren mejor de acuerdo con sus propias creencias, y dentro de ese ámbito de libertad se ejercen muchos otros derechos previstos en la Constitución, convenciones internacionales y leyes.

II. CONCEPTUALIZACIÓN

2.1. Derecho a la privacidad

El derecho a la privacidad o a la autonomía personal está previsto en la primera parte del art. 19 de la CN, en el art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el [art. 16](#) de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales.

De acuerdo con Nino, este derecho protege "la libertad de realizar cualquier acción que no cause daño a los demás"⁽²²⁷³⁾, y en ese marco afirma "la libre elección de planes de vida e ideales de excelencia humana y veda la interferencia con esa libre elección sobre la base de que el plan de vida o el ideal al que responde una acción es inaceptable"⁽²²⁷⁴⁾. En sentido similar, Gelli considera que protege "la libertad de elegir (...) el propio plan de vida, no sólo frente

al Estado sino también ante las preferencias y pese a las reacciones de terceros"⁽²²⁷⁵⁾. Para Bidart Campos se trata de "la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañan a otros)"⁽²²⁷⁶⁾.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ha entendido que el derecho a la privacidad "otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual 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"⁽²²⁷⁷⁾.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha interpretado el derecho a la "vida privada" previsto expresamente en el primer supuesto del art. 11.2 de la CADH, como aquel que protege "la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior"⁽²²⁷⁸⁾. En cuanto a su protección, "el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública"⁽²²⁷⁹⁾.

A partir de todo ello, el derecho a la privacidad puede sintetizarse como aquel que toda persona tiene a elegir libremente su plan de vida, sus modelos de virtud personal y sus preferencias morales, y a realizar libremente acciones que no provoquen un daño relevante a terceros. Este derecho, a su vez, veda al Estado y a otros individuos la posibilidad de interferir con decisiones y actos como los mencionados.

2.2. Distinción entre el derecho a la privacidad y el derecho a la intimidad

Según Carlos Nino, con quien coincide Gelli, la doctrina y la jurisprudencia han confundido sistemáticamente el derecho a la privacidad y el derecho a la intimidad. Si bien el primero presupone al segundo, se trata de dos conceptos diferentes, cuya regulación se encuentra en artículos distintos de la Constitución. La privacidad a la que alude al art. 19, CN se refiere a acciones privadas "no en el sentido que no son o no deben ser accesibles al conocimiento público, sino en el sentido de que si violentan exigencias morales sólo lo hacen con las que derivan de ideales de una moral privada, personal o autorreferente; (...) [y por lo tanto sólo impactan en el] desarrollo o autodegradación del propio carácter moral del agente"⁽²²⁸⁰⁾.

La privacidad se vincula al contenido de los actos, que se entenderán privados en tanto solo afecten al propio agente y no dañen a terceros, sin importar el lugar o el medio en que son realizados. En cambio, la intimidad se refiere a un ámbito exento del conocimiento generalizado otros. El derecho a la intimidad, si bien se desprende del art. 19 de la CN como tantos otros derechos, se encuentra regulado específicamente en el art. 18 de la CN, que protege el domicilio, los papeles privados y la correspondencia epistolar⁽²²⁸¹⁾.

Contra lo sostenido por Nino, la CS ha utilizado de manera idéntica estos conceptos. En "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida"⁽²²⁸²⁾, la Corte utiliza los términos intimidad y privacidad como sinónimos que hacen a una misma cosa que "protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, la situación económica 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" y agrega que el derecho a la privacidad comprende "no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas". Esta misma conceptualización fue sostenida en 1993 en "Gutheim, Federico c. Alemann, Juan"⁽²²⁸³⁾, y es a su vez reproducida por Sagüés⁽²²⁸⁴⁾ y Bidart Campos.

La distinción realizada por Nino adquiere particular relevancia cuando, además de lo estrictamente conceptual, se exploran las consecuencias que pueden derivarse de tomar a dos derechos distintos como la privacidad y la intimidad como si fueran una misma cosa. Mientras el derecho a la privacidad es absoluto, y por lo tanto veda cualquier intervención estatal sobre los actos autorreferentes de las personas, el derecho a la intimidad admite algunas excepciones. Si bien protege los ámbitos privados de la intromisión estatal y de terceros, ese ámbito es franqueable en ciertos supuestos (p. ej., la existencia de una orden judicial para ingresar a un domicilio o requisar a una persona) con el objetivo que el Estado pueda interferir con acciones que, si bien tienen lugar en el ámbito de la intimidad, no pertenecen al ámbito de la privacidad porque producen daños a terceros⁽²²⁸⁵⁾. De tal manera, confundir estos dos conceptos podría

conducir a errores muy graves en cuanto a sus límites, ya que de aplicarse los estándares del derecho a la intimidad a las acciones privadas, se estaría restringiendo indebidamente la autonomía personal. Asimismo, bajo una errónea mirada sobre la intimidad y la privacidad, podrían caracterizarse equivocadamente—y así invisibilizarse—situaciones de violencia de género doméstica por el solo hecho que ocurren al interior de la vivienda, cuando en verdad se trata de acciones públicas cometidas en un ámbito de intimidad, y no privadas.

Tomando nota de este tipo de observaciones, en el precedente "Halabi, Ernesto"⁽²²⁸⁶⁾ la Corte Suprema corrigió su doctrina y ubicó el derecho a la intimidad en el art. 18 de la CN. En sentido similar, la jueza Argibay ha ubicado el derecho a la intimidad en el art. 18 de la Constitución en su voto en el caso "Baldivieso"⁽²²⁸⁷⁾. No obstante, la mayoría del tribunal incurrió nuevamente en la confusión entre intimidad y privacidad en los dos fallos "Gualtieri de Rugnone de Prieto"⁽²²⁸⁸⁾ de 2009. La mayoría del tribunal interpreta que el conflicto de la negativa a realizarse exámenes de histocompatibilidad por parte de las personas apropiadas durante la última dictadura cívico-militar es un asunto que debe resolverse de acuerdo con las reglas del derecho a la intimidad. Nuevamente, aquí podrían aplicar excepciones que no podrían serlo si se interpretara que el derecho potencialmente afectado es la privacidad. Esto último ha sido reconocido en los votos de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, que ubican el derecho a decidir sobre la propia identidad en el marco de la privacidad y la autonomía personal.

2.3. Interpretación del art. 19 de la CN: ¿qué alcance cabe otorgar a las "acciones privadas que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública, ni perjudiquen a terceros"?

La primera parte del art. 19 de la CN establece expresamente 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". La norma, como hemos visto, delimita que solamente cierto tipo de acciones pueden merecer la intervención del Estado y/o de terceras personas. Se trata de las acciones que 1) afecten el orden, 2) afecten la moral pública, 3) afecten a terceros.

Como bien señala Gelli, no es posible obviar alguno de los tres supuestos previstos en el texto constitucional⁽²²⁸⁹⁾, y corresponde evaluar cuál es el alcance de cada uno de ellos para dar con una exégesis de la norma que incluya todas las cláusulas que protegen la autonomía personal.

La Corte ha oscilado en sus interpretaciones, contando en su haber con lecturas muy restrictivas del ámbito de autonomía personal y otras más comprometidas con el antiperfeccionismo y el ideal de la libertad personal. A continuación, recorreremos las posiciones de la CS sobre el asunto.

2.3.1. La doctrina de las acciones interiores

Entre las posiciones más restrictivas y autoritarias encontramos la "doctrina de la interioridad" de la Corte *de facto*, que ha limitado el ámbito de protección del art. 19 exclusivamente a las acciones que de ningún modo trasciendan al conocimiento de terceros, tales como los pensamientos o sentimientos.

En términos del tribunal *de facto* "las acciones privadas de los hombres, a que se refiere el art. 19 de la CN, son aquellas que arraigan y permanecen en la interioridad de la conciencia de las personas y sólo a ellas conciernen, sin concretarse en actos exteriores que puedan incidir en los derechos de otros o que afecten directamente a la convivencia humana social, al orden y a la moral pública"⁽²²⁹⁰⁾. Al explicar la diferencia de las acciones interiores y exteriores, el tribunal de la dictadura consideró que "las primeras pertenecen al ámbito de la moral individual y (...) escapan (...) a la regulación de la ley positiva y a la autoridad de los magistrados. Las segundas, que configuran conductas exteriores con incidencia en derechos ajenos y proyección comunitaria (...) están sometidas a la reglamentación de la ley en orden al bien común y a la autoridad de los magistrados"⁽²²⁹¹⁾.

Si bien el alto contenido autoritario de esta interpretación del art. 19 de la CN—cuyo contenido queda reducido al derecho a pensar libremente—responde a la inspiración autoritaria propia de las Cortes *de facto*⁽²²⁹²⁾, lo cierto es que esta doctrina también puede encontrarse en "Montalvo, Ernesto Alfredo"⁽²²⁹³⁾ de 1990. En este caso, la Corte afirmó: "es claro que no hay 'intimidad' ni 'privacidad' si hay exteriorización y si esa exteriorización es apta para afectar, de algún modo, el orden o la moral pública o los derechos de un tercero". Afortunadamente, este caso ha sido una excepción, y la doctrina de la arbitrariedad no ha sido replicada por la CS en períodos democráticos. Probablemente, ello responda a que, como afirma Gustavo Maurino, "el sesgo totalitario de la interpretación es tan grosero que resulta imposible su encaje en la estructura de una democracia constitucional moderna"⁽²²⁹⁴⁾.

2.3.2. La doctrina de las acciones exteriores

La doctrina prevaleciente en la CS es la "doctrina amplia" o de la exterioridad de los actos privados, que conciben como acciones privadas a los pensamientos y a las acciones con proyección en el mundo exterior en tanto no afecten el orden, la moral pública, ni perjudiquen a terceros⁽²²⁹⁵⁾. Si bien esta doctrina es valiosa en materia de protección de la autonomía personal, lo cierto es que la distinción entre actos interiores y exteriores no explica demasiado por sí sola, pues una vez en el ámbito de las acciones exteriores resta saber qué significa que una acción privada afecte al orden, a la moral pública o que perjudique a terceros. A continuación, repasaremos las interpretaciones de la Corte sobre el tema.

2.3.2.1. Interpretación restrictiva del art. 19 de la CN

Los términos más problemáticos en materia interpretativa han sido el "orden y la moral pública", ya que el concepto de "perjuicio a terceros" es una clara expresión del requisito liberal de un daño a otros. La Corte ha variado en su interpretación acerca del significado y los alcances de dichas fórmulas, oscilando entre posiciones de neto corte perfeccionista a otras de inspiración más liberal.

La doctrina restrictiva se inspira en ideales perfeccionistas, y se propone restringir el ámbito de elección moral individual, sustituyéndolo por la imposición de una moral reputada como correcta por el Estado. En general, la Corte evitó hacer explícitas sus interpretaciones restrictivas sobre lo que el término "moralidad pública" significa, y generalmente se limitó a realizar alusiones generales y abstractas acerca del potencial peligro para terceros de conductas que usualmente consideraríamos neutras. Pese a este esfuerzo por esconder valoraciones perfeccionistas, es posible identificarlas en varios casos.

En esta línea, el voto mayoritario de la Corte en el caso "Comunidad Homosexual Argentina (CHA)"⁽²²⁹⁶⁾ convalidó la decisión de la Inspección General de Justicia (IGJ) de negar la personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina por considerar que su objeto (la defensa de diversidad sexual, la lucha contra discriminación a personas homosexuales, entre otros) era contrario al interés público. Sin ofrecer argumentos en torno a la interpretación del art. 19 de la CN, la Corte consideró que la decisión de la IGJ había sido fundada y no arbitraria, y así el propio tribunal terminó convalidando —e imponiendo— la imposición estatal de un modelo de moral y virtud personal. Pese a no dar fundamentos para la adopción de esta decisión, el contenido autoritario de este fallo es fenomenal.

La naturaleza perfeccionista de la decisión de la Corte se hizo explícita en el voto del juez Boggiano, quien afirmó que "las acciones privadas de los hombres ofenden de algún modo al orden, a la moral pública y perjudican a terceros cuando producen un daño a sus familias o a la sociedad en las que tales acciones repercuten o a sí mismos, pues nadie puede consentir válidamente que se le infrinja un serio daño"⁽²²⁹⁷⁾.

En un sentido similar, la disidencia de los jueces Caballero y Fayt en el precedente "Capalbo"⁽²²⁹⁸⁾ convalidó la constitucionalidad de la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal por considerar que vulneraba la "moral del hombre medio", que a su juicio era a la que aludía el art. 19 de la CN. La mayoría de la Corte entendió la norma en este sentido en "Colavini"⁽²²⁹⁹⁾ y "Montalvo"⁽²³⁰⁰⁾, aunque luego abandonó esa doctrina.

2.3.2.2. Interpretación amplia del art. 19 de la CN

La interpretación actual de la Corte ofrece un ámbito de protección mayor al de "Comunidad Homosexual Argentina", "Capalbo", "Colavini" y "Montalvo". Conforme a la doctrina actual del tribunal "mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos o desentonen con pautas del obrar colectivo"⁽²³⁰¹⁾.

La doctrina actual de la Corte no merece ser denominada moderna o reciente, ya que si bien es la que inspiró la última jurisprudencia, la misma puede ser encontrada en precedentes de antigua data como "Rizzoti, Raúl"⁽²³⁰²⁾ de 1927. En ese caso, la Corte invalidó acciones estatales realizadas con el objetivo de inculcar "el culto de virtudes superiores", ya que eso suponía invadir el fuero interno de la conciencia protegido por el art. 19 de la CN.

Sin dudas, las interpretaciones amplias del ámbito de protección de las acciones privadas son las que mejor se ajustan a los fundamentos filosóficos de la norma, a su inspiración ideológica y a sus antecedentes históricos. En efecto, la propia CS consideró que este artículo "ha sido el producto elaborado de la pluma de los hombres de espíritu liberal que construyeron el sistema de libertades fundamentales en nuestra constitución"⁽²³⁰³⁾.

Debe tenerse en cuenta que, como se explicó previamente, los antecedentes del art. 19 de la Constitución de 1853 no preveían el concepto de moral pública en su formulación, sino que solo referían que las acciones debían afectar el orden público y/o producir un daño a terceros. La incorporación del término "moral" en el articulado se produjo a pedido del convencional Ferré y luego mereció una

cuidadosa reformulación para que en lugar de "a la moral y al orden público" la norma expresara "al orden y a la moral pública", con clara alusión a la moral de carácter intersubjetivo que—como vimos—remite a la afectación de derechos de terceros⁽²³⁰⁴⁾.

A partir de una propuesta interpretativa de Carlos Nino, también desde el análisis de la literalidad de la norma podría llegarse a esa misma conclusión, entendiendo a las locuciones "acciones privadas", "acciones que no ofendan el orden y la moral pública" y "acciones que no perjudiquen a un tercero" como tres formas de referirse a un mismo concepto. Según Nino, "las acciones son privadas en la medida en que sólo ofendan una moral privada compuesta por pautas que valoran tales acciones por sus efectos en la vida y el carácter moral del propio agente, y no ofendan en cambio una moral pública constituida por pautas que valoran a tales acciones por sus efectos dañosos o beneficiosos para terceros"⁽²³⁰⁵⁾.

En cualquier caso, tanto la fundamentación filosófica del art. 19 de la CN, como su inspiración ideológica, sus antecedentes históricos, la voluntad exteriorizada por los constituyentes y la redacción del texto constitucional ofrecen razones para inferir que la primera parte de esta norma protege las acciones que no provocan efectos más que sobre su propio autor de la intromisión estatal. En consecuencia, el art. 19 de la CN exige de la existencia de una afectación relevante de derechos de terceros para justificar cualquier tipo de interferencia estatal.

III. CONTENIDO Y ALCANCES DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD

3.1. Libre elección de plan de vida

3.1.1. Concepto

En el marco de este ámbito de libertad personal, en el cual toda persona puede realizar los actos que desee en tanto no perjudique a terceros, se encuentra comprendido el derecho a elegir libremente un plan de vida. Esta idea constituye un aspecto esencial del concepto de autonomía personal y significa que cada persona es soberana para decidir cuál es el modelo de virtud o excelencia personal que quiere adoptar y, en definitiva, como es que quiere vivir su vida⁽²³⁰⁶⁾.

3.1.2. Neutralidad estatal

De la libertad de elegir libremente se desprende entonces una restricción al Estado de imponer planes de vida o modelos de virtud individual. De allí que, conforme nuestro marco constitucional, el Estado debe ser neutral en términos morales, lo cual exige que "no

asuma un compromiso especial con alguna concepción del bien, para tornar más difíciles las elecciones de vida de algunos individuos o grupos, o para premiar la actitud de algunos por la mera suerte de haber abrazado el proyecto de vida favorecido por el Estado"⁽²³⁰⁷⁾.

Esta idea de neutralidad estatal no debe ser confundida con un Estado indiferente frente a las interferencias abusivas en la vida de ciertas personas. En su deber de asegurar la libre elección de planes de vida, el Estado tiene la obligación de llevar adelante medidas activas para asegurar que esa libre elección sea real, y es por eso que—como veremos luego—debe implementar acciones paternalistas, tendientes a fortalecer la capacidad del individuo para actuar autónomamente⁽²³⁰⁸⁾.

En ningún caso puede admitirse que bajo el amparo de este deber estatal de ampliar la autonomía de las personas se filtre la imposición de decisiones morales. Una intervención estatal de este tipo, que imponga al individuo la elección de un modelo moral, no será paternalista sino perfeccionista. En cambio, una intervención estatal que ofrezca elementos para que el sujeto sea más libre en la elección de su plan de vida, será paternalista. Este último tipo de acciones son las que está obligado a llevar adelante el Estado, en su misión de asegurar la libre elección de planes de vida impuesta por el art. 19 de laCN.

3.1.3. Perfeccionismo

En oposición al Estado neutral o paternalista se presenta el Estado perfeccionista, entendido como aquel que "puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores"⁽²³⁰⁹⁾. Esta concepción sostiene que "lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida. Esta idea parece basarse en una marcada desconfianza respecto de las capacidades de cada uno, así como también en un cierto elitismo, conforme al cual sólo algunos tienen acceso a las 'verdades morales' que todos deben seguir"⁽²³¹⁰⁾.

Como hemos visto, la CS ha oscilado en sus posiciones respecto a la libre elección de planes de vida, al punto que han existido fallos muy valiosos en materia de protección de la autonomía individual y la neutralidad del Estado, y otros netamente perfeccionistas y de alto contenido autoritario. En la doctrina perfeccionista de la Corte encontramos precedentes como "Colavini, Ariel Omar"⁽²³¹¹⁾, en el cual se consideró que el consumo de estupefacientes no era admisible moralmente, y que ello sustentaba la constitucionalidad de su criminalización. Según la Corte, el Estado estaba facultado a

criminalizar la conducta como un medio para prevenir la degradación moral derivada del consumo de drogas, que acorde al tribunal conduciría a los consumidores a la "ociosidad", la "delincuencia", la falta de "voluntad de superación" y la destrucción de la familia. Dejando de lado el dudoso sustento empírico de tales afirmaciones, interesa aquí destacar que la Corte alude a ciertas supuestas consecuencias nocivas del consumo de estupefacientes que, excepto la "delincuencia", solo tendrían efectos sobre la propia persona que los lleva a cabo. En otras palabras, la decisión de la Corte es claramente perfeccionista en la medida en que justifica la criminalización de un acto porque conduce a la "degradación moral", la "falta de voluntad de superación", y la "destrucción de la familia". Aun cuando es difícil entender exactamente a qué se refiere la Corte con esas expresiones, es claro que se trata de cuestiones que pertenecen al ámbito de la moral privada y que cualquier decisión sobre ese ámbito no corresponde sino al propio individuo que lleva adelante la acción. De tal modo, lo que la Corte hizo en "Colavini" fue optar por un cierto tipo de moral privada y justificar su imposición coercitiva a los ciudadanos. Una posición de este tipo fue reiterada en "Montalvo, Ernesto Alfredo"⁽²³¹²⁾, aunque allí la Corte tuvo el cuidado de no incluir expresiones que dejaran ver semejante nivel de perfeccionismo.

Otro caso en el que la Corte ha echado mano a una doctrina perfeccionista ha sido el ya citado fallo "Comunidad Homosexual Argentina"⁽²³¹³⁾. Si bien el voto mayoritario evitó hacer explícitas las razones perfeccionistas por las que convalidó el no otorgamiento de personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina, los votos individuales de algunos jueces permiten apreciar con mayor claridad los fundamentos de tal decisión. En este sentido, el juez Belluscio afirmó que no "parece aconsejable poner en un pie de igualdad a personas de conducta sexual desviada frente a instituciones como la adopción o la tutela" y que "aun cuando se admitiese que el concepto de bien común es el que sostiene la recurrente (‘todo aquello que haga posible que toda persona desarrolle plenamente sus potencialidades tendiente al logro de su propia perfección’) no se advierte cuál es la perfección que puede alcanzarse mediante el desarrollo de la homosexualidad" (consid. 6º). También la opinión del juez Boggiano echa luz sobre los fundamentos de la decisión, en tanto afirmó que "la pública defensa de la condición homosexual con vistas a su aceptación social para luchar a su equiparación como forma de vida merecedora de la misma consideración que las restantes pudo razonablemente ser considerada una finalidad indigna de apoyo estatal" (consid. 14) y que "toda defensa de la

homosexualidad ofende la moral pública y el bien común" (consid. 18).

3.1.4. El Estado frente a la libre elección de planes de vida: ¿deber de no interferir o de asegurar la libre elección?

3.1.4.1. La no interferencia estatal en asuntos privados

Como ya hemos visto, el Estado se encuentra vedado de dar preferencia a ciertos modelos de virtud personal y excelencia humana. Ello se debe a que el Estado está impedido constitucionalmente de interferir en cuestiones de moral personal, y que debe limitar su actuación al ámbito de la moral intersubjetiva. En términos prácticos, un Estado antiperfeccionista o neutral no puede interferir con la elección de personas adultas sobre su sexualidad, religión, hábitos, o sometimiento a tratamientos médicos, aun cuando se pudiera inferir que tales decisiones provocarían un daño o una degradación a la persona que decide. Con particular poesía, John Stuart Mill rechazaba el perfeccionismo afirmando que "La naturaleza humana no es una máquina que se pueda construir según un modelo para hacer de modo exacto una obra ya diseñada; es un árbol que quiere crecimiento y desarrollo en todos sus aspectos, siguiendo la tendencia de fuerzas interiores que hacen de él una cosa viva"⁽²³¹⁴⁾.

Esta tesis liberal puede encontrarse en la doctrina establecida por la Corte en casos como "Bazterrica, Gustavo Mario"⁽²³¹⁵⁾, "Sejean, Juan Bautista c. Zaks de Sejean, Ana María"⁽²³¹⁶⁾, "Portillo, Alfredo"⁽²³¹⁷⁾, "Bahamondez, Marcelo"⁽²³¹⁸⁾, "B., R. E. c. Policía Federal Argentina s/amparo"⁽²³¹⁹⁾, "Sisto, Verónica Eva"⁽²³²⁰⁾, "Asociación Lucha por la Identidad Travesti y Transexual (ALITT)"⁽²³²¹⁾, "Spinosa Melo, Oscar"⁽²³²²⁾, "Arriola, Sebastián"⁽²³²³⁾, "Albarracini Nieves, Jorge Washington"⁽²³²⁴⁾, "D., M. A. s/declaración de incapacidad"⁽²³²⁵⁾, entre muchos otros. A continuación, repasaremos algunos de ellos⁽²³²⁶⁾.

En "Bazterrica" (1986) y "Arriola" (2009), la Corte abandonó la doctrina de "Colavini" y "Montalvo" respectivamente. En estos dos precedentes, la Corte se enmarcó en una visión antiperfeccionista al invalidar la penalización de la tenencia de drogas con fines de consumo personal. Para hacerlo, el tribunal argumentó que el art. 19 de la CN "establece la existencia de una esfera privada de acción de los hombres en la que no puede inmiscuirse ni el Estado ni ninguna de las formas en que los particulares se organizan como forma de poder" y por lo tanto es inadmisibles la interferencia en "las acciones de los hombres que no interfieran con normas de la moral colectiva ni estén dirigidas a perturbar derechos de terceros"⁽²³²⁷⁾.

Siguiendo esta línea interpretativa, en "ALITT"⁽²³²⁸⁾, la Corte revirtió la doctrina de "CHA". En este nuevo caso se sostuvo que la evaluación en torno al objeto de una asociación civil y el cumplimiento del requisito de perseguir el bien común debía considerar su compatibilidad con la CN. En ese marco, el tribunal consideró que no compete al Estado evaluar la validez o invalidez de los valores promovidos por una asociación civil, sino solo examinar que su objeto no "desconozca o violente las exigencias que para la protección a la dignidad de las personas establece el art. 19 de la CN o que, elíptica o derechamente, persiga la destrucción de las cláusulas inmutables del pacto fundacional de la República vigente desde 1853"⁽²³²⁹⁾. Desde nuestra perspectiva, al referirse a la protección de la dignidad de las personas contenida en el art. 19 de la CN, la Corte alude al concepto de daño a terceros.

En "Bahamondez" (1993), "Albarracini Nieves" (2012) y "D., M. A. s/declaración de incapacidad" (2015), el tribunal consideró que la facultad de aceptar o rechazar tratamientos médicos y cualquier tipo de soporte vital formaba parte del derecho a la autodeterminación moral derivado del art. 19 de la CN. Según la Corte, este derecho opera "no sólo como límite a la injerencia del Estado en las decisiones del individuo concernientes a su plan de vida, sino también como ámbito soberano de este para la toma de decisiones libres vinculadas a sí mismo"⁽²³³⁰⁾. En esta línea, se entendió que dicha norma "concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio"⁽²³³¹⁾ y por ello es que "los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada"⁽²³³²⁾. La Corte decidió los tres casos siguiendo una misma línea argumental basada en el derecho a la autonomía, aunque estos presentaban diferencias de hecho sustanciales: en "Bahamondez" fue el propio paciente el que manifestó conscientemente su negativa a recibir una transfusión de sangre; en "Albarracini Nieves", el paciente estaba inconsciente y había efectuado una declaración escrita previa en la que expresamente rechazaba transfusiones de sangre, y en "D., M. A. s/declaración de incapacidad", el paciente estaba inconsciente y no mediaba declaración escrita previa, y fueron sus parientes los que manifestaron el rechazo al soporte vital en su nombre.

Por otra parte, en "B., R. E. c. Policía Federal Argentina s/amparo"⁽²³³³⁾, la mayoría de la Corte consideró que no podía limitarse el derecho al trabajo de personas que padecieran síndrome

de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) en la medida en que no se encontrara debidamente acreditado que dicha condición afectara la aptitud para el trabajo o representara un peligro cierto para terceras personas. Es más, la Corte consideró que actos de ese tipo son discriminatorios en la medida en que brindan un trato diferenciado en razón de aspectos de la persona que no afectan a terceros. El voto mayoritario admitió, para nosotros equivocadamente, la facultad de la Policía Federal de hacer estudios de diagnóstico de VIH prescindiendo de la voluntad del personal policial. Sin embargo, las respectivas disidencias parciales de los jueces Fayt y Petracchi rechazaron esa posición al afirmar que las leyes vigentes protegían ese ámbito privado, a la vez que reforzaron la tesis mayoritaria en torno al carácter discriminatorio de aquellas limitaciones del derecho al trabajo de las personas que padecen SIDA cuando no se probó su ineptitud para las tareas ni la existencia de un riesgo real para terceras personas.

En el caso "Sejean, Juan Bautista c. Zaks de Sejean, Ana María" del año 1986, la Corte declaró inconstitucional la ley que establecía la indisolubilidad del matrimonio y la consecuente imposibilidad de contraer nuevas nupcias, porque ello violaba el derecho a la igualdad (art. 16 de la CN). Estimamos que, implícitamente, la Corte también rechazó esa restricción por vulnerar el ámbito de autonomía moral previsto en el art. 19 de la CN, en tanto la ley impedía a los cónyuges decidir sobre cuestiones que solo tenían efectos sobre ellos mismos. Posteriormente, en "Sisto, Verónica Eva" de 1998, la Corte rechazó un planteo de inconstitucionalidad contra el art. 230 del Cód. Civil que establecía la nulidad de la renuncia al divorcio y de los acuerdos de indisolubilidad del matrimonio civil. La Corte entendió que dicha norma no violentaba la convicción de aquellos contrayentes que, conforme a sus preferencias, no desearan disolver su vínculo matrimonial.

En "Castillo, Carina Viviana y otros c. Provincia de Salta"⁽²³³⁴⁾, un caso en el que se discutía la constitucionalidad de la educación religiosa obligatoria en escuelas públicas de la provincia de Salta, la Corte resolvió que la obligación de revelar las propias creencias religiosas violaba el derecho a la privacidad previsto en el art. 19 de la CN⁽²³³⁵⁾. Por esa razón, consideró inconstitucional la obligación impuesta a los padres de los alumnos de instituciones educativas públicas de Salta de completar un formulario en el que se indicaran las preferencias religiosas. Este caso dio lugar a una profunda discusión en torno al derecho a la libertad religiosa y a la educación, que es analizada en otros comentarios de esta obra. Sin embargo, es preciso mencionar que además de afirmar que el art. 19 de la CN

protege el derecho a no revelar las propias creencias, la Corte aseveró que "la combinación de este artículo con el vinculado a la libertad de culto y a la libertad de conciencia no permiten dudar respecto del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la diversidad de pensamiento y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no se condice con la filosofía liberal que orienta a nuestra Norma Fundamental"⁽²³³⁶⁾.

En "Spinosa Melo, Oscar"⁽²³³⁷⁾ la Corte entendió que el derecho a la privacidad era absoluto y que no admitía renunciaciones ni excepciones, a no ser por la existencia de un daño a terceros. En esta decisión, el tribunal estableció que el deber de comportarse de manera honorable por parte de los funcionarios públicos de ninguna manera podía significar una intromisión estatal en las conductas privadas que los funcionarios elijan para sí.

Por su parte, en "Portillo, Alfredo"⁽²³³⁸⁾ la Corte reconoció la posibilidad que una persona rechazara la portación de armas en el ejercicio del servicio militar si ello contrariaba sus creencias personales, y con ese fin reconoció la facultad de objeción de conciencia para que ninguna persona fuera violentada en términos morales.

3.1.4.2. La obligación estatal de asegurar la libre elección de un plan de vida

Si bien la doctrina antiperfeccionista es de vital importancia para salvaguardar la autonomía de las personas, podría considerarse que es insuficiente para asegurar que cada persona sea libre de elegir su plan de vida, que requiere posibilidades reales de escoger cómo desarrollar nuestras vidas.

El juez Petracchi afirmó en su famoso voto en "Bazterrica, Gustavo"—que también sostuvo en minoría en "Montalvo, Ernesto Alfredo" y luego nuevamente en mayoría en "Arriola, Sebastián"—que "el art. 19 de la CN establece el deber del Estado de garantizar el derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia (...) protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral públicos, igual derecho de los demás"⁽²³³⁹⁾. De tal manera, del art. 19 de la CN se desprende que i) el Estado no debe interferir en nuestras acciones a menos que las mismas generen un daño a terceros, y que ii) el Estado debe garantizar a los ciudadanos el derecho de elegir su plan de vida.

La libre elección de planes de vida y el deber del Estado de garantizarla serían fórmulas vacías si la posibilidad de escoger ese plan dependiera de cuestiones ajenas a la voluntad de las personas, tales como carecer de la información necesaria para adoptar

decisiones libremente o haber nacido en un ámbito social o familiar con condiciones materiales insuficientes para poder elegir cómo desarrollar la propia vida. Dado que el art. 19 de la CN impone al Estado la obligación de asegurar esa libre elección, a continuación analizaremos dos posiciones diferentes que aspiran a asegurar de manera efectiva la autonomía de los individuos, el paternalismo y la dimensión emancipatoria de la autonomía individual. Estas posiciones no son necesariamente antagónicas y bien pueden entenderse como complementarias.

3.1.4.2.1. La posición paternalista

Las políticas públicas paternalistas son aquellas que tienden a fortalecer la capacidad del individuo para actuar autónomamente. Medidas de esta naturaleza asumen que las personas adultas son autónomas y que tienen el derecho a decidir sobre los asuntos que competen a su propia vida, y se proponen fortalecer la capacidad del individuo para adoptar ese tipo de decisiones⁽²³⁴⁰⁾.

Con frecuencia, el paternalismo es asociado al avasallamiento de la voluntad de las personas. Esto es incorrecto. Muy por el contrario de lo que se suele afirmar, las acciones paternalistas tienen el propósito de "ayudar a los individuos a que elijan libremente planes de vida o a que materialicen su plan de vida libremente elegido"⁽²³⁴¹⁾. Mediante acciones de este tipo, el Estado procura robustecer el carácter autónomo de las decisiones de los individuos y luego, una vez asegurada la autonomía, las acepta sin emitir valoración moral alguna sobre dichas decisiones⁽²³⁴²⁾. La diferencia con el perfeccionismo es clara: mientras este busca imponer al individuo cierta moral reputada como correcta, el paternalismo asume que es el individuo el que debe decidir su moral personal, y pretende los elementos necesarios para que esa decisión sea producto de su voluntad y no del desconocimiento o de algún vicio en su voluntad.

Típicamente se interpretan como acciones paternalistas aquellas que brindan información sobre las consecuencias de un determinado acto sobre la salud del individuo (p. ej., las consecuencias del consumo de tabaco, estupefacientes o alcohol; las maneras de prevenir el contagio de ciertas enfermedades, entre otras). Sin embargo, pueden presentarse casos difíciles, en los que la distinción entre paternalismo y perfeccionismo se haga más difusa, tal como ocurría con el procedimiento de divorcio regulado por el antiguo Cód. Civil, que preveía la celebración de audiencias entre los cónyuges espaciadas en el tiempo con el fin de que su decisión no fuera apresurada⁽²³⁴³⁾.

3.1.4.2.2. La dimensión emancipatoria de la autonomía individual

No es difícil advertir que en ciertos casos las políticas paternalistas pueden ser insuficientes para asegurar la autonomía individual efectiva. En ciertos contextos, las condiciones materiales pueden ser insuficientes para el ejercicio de la autonomía que la Constitución promete, y las políticas paternalistas pueden no bastar para asegurarnos que una persona pueda realmente elegir de manera libre su plan de vida.

Frente a este planteo es que Gustavo Maurino articuló una respuesta utilizando la teoría de derechos de Carlos Nino, construida sobre el principio de autonomía personal. Según Maurino, además de la prohibición de interferencia estatal en la elección de ideales personales, el principio de autonomía contempla el deber del Estado de facilitar institucionalmente la persecución y satisfacción de los ideales personales de vida. Este último aspecto es el que él denomina como la dimensión emancipatoria de la autonomía personal⁽²³⁴⁴⁾.

Se trata de una concepción de la autonomía que comprende a los "deberes estatales de garantizar el acceso a ciertas condiciones — materiales e inmateriales— necesarias para que la autodeterminación moral del individuo sea ejercida de manera significativa (...)"⁽²³⁴⁵⁾, y que da sustento constitucional al reclamo de ciertos estándares de satisfacción de derechos para que la persona pueda elegir libremente su plan de vida.

Ahora bien, la dimensión emancipatoria de la autonomía personal no significa que repose sobre el Estado el deber de asegurar la satisfacción de cualquier plan de vida o cualquier preferencia individual, pues no sería admisible sostener que el Estado deba hacerse cargo de los gastos derivados de una elección de vida suntuosa (p. ej., una persona que quisiera dedicar su vida a visitar hoteles lujosos alrededor del mundo). Lo que supone este enfoque es que se aseguren ciertos bienes instrumentales básicos que son indispensables para que las personas puedan escoger por sí mismas sus planes de vida y así autodeterminarse. Esos bienes instrumentales son aquellos necesarios para satisfacer derechos elementales como la alimentación, la salud, la educación, entre otros.

Las consecuencias maximalistas en materia de derechos que podrían derivarse de esta idea han merecido críticas por dejar muy poco espacio para las decisiones a adoptarse democráticamente. En efecto, si tantos derechos deben ser garantizados para asegurar la autonomía de las personas, ¿qué quedaría para decidir a través del debate democrático? Ante esta crítica, señala Maurino que la

dimensión emancipatoria de la autonomía no solo no es contradictoria con el ideal democrático, sino que es esencial para las posiciones democráticas más robustas, como la teoría de la democracia deliberativa de Nino, ya que se encarga de asegurar un núcleo de derechos básicos⁽²³⁴⁶⁾ que constituyen una precondition para la democracia. Ese conjunto de bienes instrumentales aseguraría condiciones mínimas de vida para que los individuos se encuentren en una posición que les permita actuar como agentes morales relevantes del diálogo democrático⁽²³⁴⁷⁾. En consecuencia, no todo derecho debe satisfacerse para asegurar la autonomía de las personas, sino solo los derechos básicos o *a priori*, que constituyen el núcleo básico de autonomía de las personas.

Los parámetros objetivos elaborados por Nino para valorar la esencialidad de los derechos son I) la frecuencia con la que el bien protegido por el derecho se presenta como esencial en los planes de vida que la gente suele adoptar en una sociedad dada, y II) el grado de necesidad o relevancia que tiene el bien en cuestión respecto de la elección y materialización de algunos planes de vida. Estos parámetros objetivos sirven para jerarquizar las preferencias subjetivas de los individuos en miras al plan de vida que han escogido, y así poder identificar y jerarquizar los bienes instrumentales necesarios para la persecución de sus preferencias⁽²³⁴⁸⁾.

Entre esos *derechos a priori*, que al final de cuenta dan validez al procedimiento democrático, se incluyen los derechos políticos y los derechos sociales. Dada su relevancia para el real funcionamiento del procedimiento democrático, se ha justificado la intervención judicial para asegurarlos con fundamentos estrictamente democráticos⁽²³⁴⁹⁾.

De acuerdo con Maurino, la dimensión emancipatoria de la autonomía personal ha sido reconocida por la CS en casos como "Asociación Benghalensis"⁽²³⁵⁰⁾, "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta"⁽²³⁵¹⁾, "Milone, Juan Antonio"⁽²³⁵²⁾, "Barria, Mercedes"⁽²³⁵³⁾, "Reynoso"⁽²³⁵⁴⁾, "Floreancig, Andrea"⁽²³⁵⁵⁾, "Mosqueda, Sergio"⁽²³⁵⁶⁾ y "María, Flavia"⁽²³⁵⁷⁾.

3.2. El límite de la autonomía personal: el daño a terceros

3.2.1. El principio general de daño

Como vimos, el art. 19 exige la existencia de un daño a terceros como requisito ineludible para la interferencia estatal en una conducta. Si no existe ese daño, el Estado se encuentra constitucionalmente impedido de interferir. Ahora bien, ¿qué significa

que una conducta dañe a terceros? Se trata de una pregunta que podría parecer fácil de responder a simple vista, pero que sin dudas no lo es, al punto que aún hoy existen fuertes debates al respecto.

John Stuart Mill fue quien planteó inicialmente la necesidad de un perjuicio o de una afectación de los derechos de otros para que el Estado y/o los particulares pudieran interferir en una conducta. Este principio es valioso e indispensable en nuestra organización constitucional, pero a la vez nos encontramos con que es muy difícil pensar en conductas humanas exteriores que viviendo en sociedad no provoquen ningún efecto sobre otras personas. Esto ya era advertido por John Stuart Mill, que hacía notar que "Nadie está completamente aislado; es imposible que un hombre haga cualquier cosa perjudicial para él, de manera grave y permanente, sin que el mal no alcance a lo menos a sus vecinos y, a menudo, a otros más lejanos"⁽²³⁵⁸⁾, y también por su principal crítico, Fitzjames Stephens⁽²³⁵⁹⁾. Esta dificultad se hace más evidente frente a algunas acciones autodegradantes, dado que los efectos nocivos sobre el propio agente podrían repercutir en sus allegados (p. ej., resulta indudable que la frecuente ingesta de alcohol o estupefacientes puede impactar negativamente en la vida cotidiana de los familiares del consumidor). Y es aquí en donde cabe realizar algunas consideraciones para dar un sentido más preciso a la fórmula del daño a terceros, y poder comprender qué significa este concepto.

La primera aclaración que se debe realizar es que no puede concebirse válidamente la configuración del daño a terceros exclusivamente a partir de la existencia de una prohibición. Es decir, no es válido afirmar que existe un daño simplemente porque se ha violado una prohibición. Justamente, lo que nuestra Constitución exige para criminalizar una conducta es que provoque un daño relevante a terceros.

En segundo lugar, dado que es muy difícil identificar actos que sean totalmente neutros respecto a terceros, es preciso poner el foco sobre las razones que fundan la interferencia estatal. Más allá de la naturaleza del acto y los efectos que pudiera producir en otros, el Estado solo puede interferir con una conducta en la medida en que esa intervención se funde en los efectos dañinos que provoca sobre terceras personas⁽²³⁶⁰⁾. De tal modo, aun si una conducta fuera claramente dañina hacia terceros, la intervención estatal no podría justificarse si aspira a reprimir aspectos privados del individuo (p. ej., la religión que profesa, sus opiniones, etc.). Pero esta aproximación también resulta insuficiente, pues prácticamente cualquier conducta podría ser regulada alegando algún tipo de daño a terceros (piénsese, p. ej., en el caso de los familiares de una persona

alcohólica, o en el disgusto que podría generar a un experto en moda ver que una persona se viste de un modo que no le agrada). A continuación, repasaremos qué tipo de casos y qué tipo de razones pueden ser presentadas para fundar la existencia de daño a terceros.

3.2.2. El argumento de la defensa social

Frecuentemente, se plantea que los actos autodegradantes no solo provocan daño sobre el propio individuo que los realiza, sino también sobre terceros. Podrían pensarse innumerables ejemplos de conductas de esta naturaleza⁽²³⁶¹⁾, algunos que generan daños más tangibles y otros más remotos, pero en todos los casos se trata de acciones que provocan algún tipo de afectación a terceros. De aceptarse la interferencia estatal en cualquier caso, el derecho a la privacidad quedaría totalmente desvirtuado y el principio del daño carecería de toda utilidad. Para resolver este tipo de casos difíciles, Carlos Nino elaboró criterios para diferenciar los casos protegidos por el derecho a la privacidad de aquellos en los que se admite la interferencia estatal. A continuación, repasaremos la propuesta de Nino.

3.2.2.1. Relevancia en el plan de vida del autor

En primer lugar, debe ponderarse la relevancia de la conducta realizada a la luz del plan de vida del agente que la lleva adelante. El hecho de que la conducta sea valorada—explícita o implícitamente—por el agente como una parte importante del plan de vida por él elegido, es una condición relevante para que su actividad sea comprendida en el marco del derecho a la autonomía personal. La centralidad de la conducta en el plan de vida no requiere ser declarada expresamente por el individuo, sino que basta con que no se trate de una cuestión que es trivial o poco significativa para el agente⁽²³⁶²⁾. En consecuencia, cuanto más importante sea la conducta en cuestión para el plan de vida de quien la realiza, más razones existen para su protección mediante el derecho a la privacidad del art. 19 de la CN.

3.2.2.2. Relevancia en el plan de vida de la supuesta víctima

El daño que se alegue debe ser importante, y no meramente accesorio, para el plan de vida de la persona pretendidamente dañada. Para evaluar la existencia del daño a terceros requerido por la Constitución debe ponderarse la relevancia del daño para el plan de vida de la persona afectada y cuán sustancial es la acción para el plan de la vida de quien la lleva adelante.

Esto deja de lado la posibilidad de invocar daños superficiales o superfluos, pues por definición se trataría de daños que no son centrales para el plan de vida de la persona afectada. En un sentido similar, tampoco se justifica la intervención estatal si el daño puede ser subsanado por una vía alternativa o si la materialización del plan de vida del tercero puede ser alcanzada por otros medios⁽²³⁶³⁾.

Desde ya, no es admisible concebir el perjuicio a terceros cuando se funda en las preferencias de los demás acerca del plan de vida que el agente debería adoptar⁽²³⁶⁴⁾. En otras palabras, no es posible justificar la existencia de daño porque la conducta provoca un daño en la salud de quien la llevó adelante, sobre su felicidad, o simplemente porque no se considera deseable para esa persona. Esos serían casos claros de acciones autodegradantes protegidas por el art. 19 de la CN. A su vez, no es admisible fundar la existencia de daño en los términos de la Constitución cuando esté fundado en ideales intolerantes⁽²³⁶⁵⁾.

3.2.2.3. *Comportamiento imitativo*

Tampoco es admisible argumentar que una conducta autodegradante realizada en público es dañina porque podría conducir a la imitación por otras personas, que así se verían perjudicadas por el acto. El ejemplo más claro se refiere al consumo de estupefacientes en público y la posibilidad que otros imiten ese comportamiento. Este tipo de razonamientos es insuficiente para satisfacer el requisito de daño a terceros del art. 19 de la CN dado que, de acuerdo con Nino, "el principio de dignidad de la persona proscribe concebir a las acciones voluntarias como meros fenómenos naturales que no pueden ser fuentes de responsabilidades"⁽²³⁶⁶⁾. Nuestro sistema jurídico asume que las personas adultas poseen capacidad para adoptar sus propias decisiones, razón por la cual una eventual imitación no puede ser considerada responsabilidad del sujeto imitado.

La imputación de un resultado causal debe quedar, en general, excluida cuando entre su realización y la materialización del resultado interviene la acción voluntaria de un sujeto distinto del que realizó la primera conducta⁽²³⁶⁷⁾. Es por eso que, siguiendo con el ejemplo del consumo de estupefacientes, no es válido atribuir responsabilidad a una persona que consume en público porque otras personas libre y voluntariamente consumen esas mismas sustancias. En este caso, entre la acción inicial y el resultado medió la acción voluntaria de otro sujeto, que por imperio del principio de dignidad de la persona no puede ser considerada algo superfluo.

3.2.2.4. Afectación de intereses colectivos

Es admisible limitar el ámbito de autonomía en virtud de la afectación concreta de bienes o intereses colectivos cuando se verifique que una conducta provoca un daño real—o peligro de daño individualizado y concreto—hacia derechos o intereses de terceros. Sin embargo, esto no significa la sumisión del ámbito de autonomía a cualquier expresión abstracta relativa a intereses colectivos. En este sentido, la Corte IDH entendió que existe una "dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de 'orden público' y 'bien común', (...) [y] que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Esos conceptos, en tanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención"⁽²³⁶⁸⁾. Por esa razón, a la hora de ponderar la existencia de daño a bienes colectivos es preciso analizar cuál es la real incidencia de las acciones en los derechos concretos de ciertas personas o grupos sociales.

3.2.2.5. Omisiones

En lo que refiere a las omisiones, Nino señala que solo puede admitirse la atribución de responsabilidad por sus resultados dañosos en la medida en que exista una expectativa fuerte de actuar por el sujeto⁽²³⁶⁹⁾. En tanto no exista un deber de actuar de cierta manera no puede atribuirse el resultado a una determinada omisión. Por esta razón, por ejemplo, no sería admisible argumentar la existencia de un daño fundado en la menor contribución tributaria derivada la baja en la productividad del trabajo de una persona que ingiere habitualmente altas cantidades de alcohol, o que decide dedicar más tiempo al ocio.

3.2.3. El principio de lesividad en materia penal

El principio de daño suele presentarse en el ámbito del derecho penal bajo el nombre de principio de lesividad. Según este principio "ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no

media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo"⁽²³⁷⁰⁾. Se trata de una derivación del principio de daño, que tiene su fuente constitucional en el derecho a la privacidad del art. 19 de la CN.

3.2.3.1. *Delitos de peligro abstracto*

Uno de los debates actuales más importante en relación con el daño en materia penal se relaciona con los delitos de peligro y su consideración a la luz de las exigencias que hemos analizado sobre la justificación de la interferencia estatal. Los delitos de peligro son aquellos que "suponen una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción"⁽²³⁷¹⁾. Es decir, aquellos delitos en los que se adelanta la punición a etapas previas a la lesión de un determinado bien⁽²³⁷²⁾. Estos delitos, a su vez se dividen en delitos de peligro concreto y abstracto según su proximidad con el daño. Mientras que en los primeros la relación con el daño es muy próxima, en los segundos la posibilidad de daño es remota⁽²³⁷³⁾.

Los delitos de peligro abstracto son cuestionados por no cumplir con la exigencia del daño relevante a terceros del art. 19 de la CN. Compartimos la posición de Zaffaroni, quien afirma que estos delitos no son constitucionalmente aceptables, ya sea que se los justifique a partir de una presunción de daño en determinadas situaciones fácticas o porque se considera suficiente la existencia de "peligro de peligro". Según este autor, en materia de daño no son válidas las presunciones que no admiten prueba en contrario, pues "sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay". Asimismo, continúa el autor, la idea de los delitos de "peligro de peligro" supone la punición sin daño, lo cual resulta constitucionalmente inaceptable. Por esta razón, Zaffaroni opta por eliminar a los delitos de peligro abstracto como categoría, y afirma que "sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real"⁽²³⁷⁴⁾.

La Corte consideró inconstitucionales a los delitos de peligro abstracto en "Arriola, Sebastián"⁽²³⁷⁵⁾, un caso de tenencia de estupefacientes para consumo personal. Si bien se trata de un fallo con votos divididos—seis votos distintos emitidos por siete jueces—, lo cierto es que todos ellos fundamentan su decisión en la imposibilidad de presumir el daño a terceros y la consecuente necesidad de acreditarlo en los casos concretos. En un sentido similar, hemos visto que la Corte IDH ha restringido la posibilidad de utilizar arbitrariamente conceptos que remiten a intereses colectivos,

tales como el orden público o el bien común, para restringir el ejercicio de derechos humanos mediante figuras de daño remoto, y ha dado pautas para la interpretación restrictiva de tales conceptos⁽²³⁷⁶⁾.

Ahora bien, es importante notar que aun cuando en "Arriola, Sebastián" la Corte resolvió que el acto de consumo de drogas no era perseguible penalmente porque no se había constatado daño o peligro concreto de daño, esta decisión no invalidó la criminalización de la tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal en todos los casos. A diferencia de lo resuelto en "Bazterrica, Gustavo", en "Arriola, Sebastián" la Corte insinuó que la criminalización del consumo de drogas es constitucionalmente válida si se constata el daño o peligro concreto de daño⁽²³⁷⁷⁾. Este aspecto del fallo resulta problemático. En primer lugar, porque no explica cuáles serían los parámetros a partir de los cuales una conducta de este tipo pasaría de ser privada a pública. En segundo lugar, porque justamente la tenencia de estupefacientes para consumo personal supone que el propio tenedor de la sustancia sea el que la consume. Se hace difícil imaginar cómo es que una conducta que solo tiene efectos relevantes sobre la propia persona que la lleva adelante podría dañar de manera relevante a terceros. Máxime cuando la propia Corte desestimó en este fallo la posibilidad de concebir que el daño se produce porque el consumidor forma parte de una cadena ilegal de comercialización—argumento que fue sostenido años atrás en "Montalvo, Ernesto Alfredo"—, y cuando no es admisible concebir eventuales comportamientos imitativos para satisfacer las exigencias del art. 19 de la CN⁽²³⁷⁸⁾.

La tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal es por definición una conducta privada, aun cuando sea realizada en espacios públicos, y en la medida en que no exceda de la actividad de consumo personal no puede habilitarse la interferencia estatal, tal cual se desprende de "Bazterrica, Gustavo"⁽²³⁷⁹⁾. Aun si tiene lugar en la vía pública, la conducta permanece en el ámbito de la privacidad. Es más, aun de ser realizada a la vista de niños, niñas o adolescentes el comportamiento imitativo no podría ser atribuido a la persona que consume estupefacientes, pues el consumo del supuesto imitador depende de una multiplicidad de cuestiones muy ajenas a él. Este último caso sería punible, desde ya, si el consumidor indujera a los niños, niñas y adolescentes a consumir.

Dejando de lado este problemático aspecto del fallo, lo cierto es que en "Arriola, Sebastián" la Corte consideró inconstitucionales los delitos de peligro abstracto por considerar que la invocación de peligros remotos no satisfacía el requisito de daño a terceros. No

obstante, este criterio pareciera verse contradicho por la propia Corte en el caso "N.N. o U., V. s/protección y guarda de personas"⁽²³⁸⁰⁾ decidido tres años más tarde. Si bien no se refiere a un caso penal, admite una interferencia estatal en el ámbito de autonomía personal en base a peligros abstractos. De manera unánime, y sin mediar ningún tipo de ponderación sobre los daños en el caso concreto, la Corte afirmó que la decisión de los padres de un niño de no darle la vacunación obligatoria no se encontraban amparada por la autonomía personal, ni en el libre diseño de su proyecto familiar, porque "afecta los derechos de terceros, en tanto pone en riesgo la salud de toda la comunidad y compromete la eficacia del régimen de vacunaciones oficial (...) pues la vacunación no alcanza sólo al individuo que la recibe, sino que excede dicho ámbito personal para incidir directamente en la salud pública" (consid. 11). Como se puede ver, la Corte presume que la no vacunación del niño provoca un daño a terceros, aun sin referir circunstancias concretas que así lo demuestren, pues el tribunal no invocó ninguna prueba al respecto y se limitó a analizar de manera abstracta la importancia de la vacunación.

Este caso parecería significar un retroceso desde la perspectiva del principio de daño. No es relevante que no se trate de una cuestión penal, pues las facultades de interferencia estatal son las mismas para el ámbito penal y para el ámbito no penal: se requiere en todos los casos de un daño o peligro concreto de daño a terceros. Sobre este punto, y con las salvedades realizadas previamente, consideramos que la interpretación que más se aproxima a las exigencias constitucionales de daño a terceros es la sostenida en "Arriola, Sebastián", en tanto desestima la validez de los peligros abstractos de daño para habilitar la interferencia estatal.

3.2.3.2. Peligrosidad

Otra derivación del principio de lesividad es que la imposición de penas solo puede fundarse en hechos y no en aspectos de la personalidad. En esta línea, la Corte consideró en "Gramajo"⁽²³⁸¹⁾ que el principio de autonomía personal, y la consecuente libertad en materia de moral privada, vedaban la posibilidad de imponer penas basadas en las condiciones personales de un individuo. La Corte refirió expresamente que "sólo puede penarse la conducta lesiva, no la personalidad. Lo contrario permitiría suponer que los delitos imputados en causas penales son sólo el fruto de la forma de vida o del carácter de las personas, posición que esta Corte no consiente, toda vez que lo único sancionable penalmente son las conductas de

los individuos". Esta posición también fue sostenida por la Corte IDH en "Fermín Ramírez v. Guatemala"⁽²³⁸²⁾.

SEGUNDA PARTE. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: "(...) NINGÚN HABITANTE DE LA NACIÓN SERÁ OBLIGADO A HACER LO QUE NO MANDA LA LEY, NI PRIVADO DE LO QUE ELLA NO PROHÍBE"

I. INTRODUCCIÓN

La segunda parte del art. 19 de la Constitución establece el principio de legalidad, según el cual: i) solo puede considerarse que existe una obligación legal si existe una norma que así lo impone; ii) todas las conductas se encuentran permitidas en la medida en que no exista una norma que la prohíba. Se trata de un límite a la autoridad estatal, la cual no puede exigir el cumplimiento de obligaciones ni reputar como prohibido un cierto acto, si no existe una ley que así lo estipule.

El principio de legalidad es un elemento esencial del Estado de Derecho, en el cual la actividad estatal—y en especial, la coerción—debe ser guiada por la ley y no por la voluntad discrecional de un soberano⁽²³⁸³⁾. En acuerdo a esta interpretación, Germán Bidart Campos sostiene que el principio de legalidad aspira a asegurar que el ejercicio del poder se ajuste al orden jurídico establecido por medio de normas legales, lo cual reafirma la idea de que los ciudadanos deben obedecer a los gobernantes en virtud de que—y en la medida en que—actúan de conformidad con la ley⁽²³⁸⁴⁾. Esa ley, argumenta el autor, debe ser una *constitucional* en su forma y contenido. En consecuencia, Bidart Campos interpreta que el principio de legalidad exige que las leyes *justas*, característica que atribuye a las normas respetuosas del principio de razonabilidad⁽²³⁸⁵⁾.

El principio de legalidad funciona como una norma de clausura, y como tal pretende resolver la pregunta acerca del estado deóntico—el carácter prohibido o permitido—de una conducta al establecer que de no existir una prohibición explícita la conducta en cuestión debe considerarse que está permitida por nuestro ordenamiento legal⁽²³⁸⁶⁾. De esta forma, el principio de legalidad es una norma permisiva que pretende completar nuestro sistema normativo —y evitar lagunas normativas— ofreciendo una solución jurídica para las conductas que no se encuentran expresamente prohibidas. Si bien existen fuertes discusiones acerca de las normas permisivas en el campo de la filosofía del derecho⁽²³⁸⁷⁾, a los efectos de este comentario es suficiente destacar que el segundo supuesto del art. 19 de la

Constitución establece la permisibilidad de todo aquello que no se encuentra explícitamente prohibido. A través de esta norma nuestro sistema normativo da una respuesta sobre el estado deóntico de las conductas que no están explícitamente permitidas o prohibidas.

II. ORIGEN HISTÓRICO

El principio de legalidad tuvo su primera aparición en los textos constitucionales argentinos a través del art. 194 del Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica del año 1813, que establecía que "Nadie puede ser obligado a hacer lo que no está obligado por la ley". De acuerdo con Sampay, esta norma se inspiró en el art. 157 de la Constitución de Venezuela de 1811, la cual habría tomado como fuente el art. 5º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁽²³⁸⁸⁾. Luego, el Estatuto Provisional de 1815 lo incorporó en el art. II del capítulo primero de la sección séptima, donde se estableció: "Ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la ley clara y expresamente, ni privado de lo que ella del mismo modo no prohíbe". Este contenido fue reproducido con algunas modificaciones menores en la Constitución de 1819 y luego en la Constitución de 1826⁽²³⁸⁹⁾, y finalmente en la Constitución de 1853. Esta cláusula no ha sido reformada desde su primera incorporación en la Constitución.

III. EL TÉRMINO "LEY" DEL ART. 19: ¿LEY FORMAL O MATERIAL?

Bidart Campos argumenta que si bien la cláusula constitucional alude al término "ley" eso no debe conducir a interpretar que la Constitución solo reconoce a las leyes formales—un acto emanado por el Congreso Nacional—como única fuente para establecer obligaciones sobre las personas. Sampay coincide con esta postura, y explica que la Constitución utiliza el término "ley" tanto para referirse al concepto de ley formal como a la de ley material, que concierne cualquier precepto emanado por una autoridad competente que regle relaciones jurídicas. De acuerdo con este autor, la segunda parte del art. 19 de la Constitución alude al concepto de ley material—que puede provenir de autoridades nacionales, provinciales o municipales—en la medida en que cualquier autoridad pública tiene la potestad de regular conductas dentro del ámbito de sus competencias. Horacio Rosatti también adscribe a esta posición, en la medida en que propone llamar principio de juridicidad a lo que usualmente conocemos como principio de legalidad en virtud de que el derecho no se agota con la "ley"⁽²³⁹⁰⁾. Badeni también suscribe a esta postura interpretativa⁽²³⁹¹⁾.

En contra de esta posición, Ekmekdjian considera que el art. 19 requiere de la existencia de una ley formal emanada del Congreso. De lo contrario, argumenta este autor, se "enervaría la garantía contenida en el segundo párrafo del art. 19" en la medida en que se admitiría que cualquier autoridad pudiera dictar una norma que obligue a las personas a hacer o dejar de hacer algo"⁽²³⁹²⁾. Este autor considera que admitir el concepto de ley material vaciaría de contenido la limitación a la autoridad estatal que se pretende establecer en la segunda parte del art. 19 de la CN, pues se modificaría su contenido por el siguiente: "nadie está obligado a hacer lo que la autoridad no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe"⁽²³⁹³⁾. María Angélica Gelli pareciera adscribir a una posición semejante al afirmar que el principio de legalidad exige de la existencia de una ley emanada del Congreso y promulgada por el Poder Ejecutivo. En relación con la delegación legislativa prevista en el art. 76 de la CN, Gelli argumenta que el principio de legalidad es salvaguardado en la medida en que los decretos delegados deben ajustarse a la ley delegante⁽²³⁹⁴⁾.

Por nuestra parte, coincidimos con la primera opción interpretativa, que propone que el término "ley" del art. 19 debe ser interpretado en un sentido material. Esta interpretación es coherente con el hecho de que la propia Constitución admita la regulación de relaciones jurídicas mediante instrumentos normativos distintos a las leyes nacionales. Por ejemplo, a través del art. 99, la Constitución reconoce la competencia del Poder Ejecutivo para regular en ciertas materias y, por lo tanto, su potestad para establecer obligaciones dentro del ámbito de sus competencias. A su vez, en el Título Segundo de la Sección Segunda, la Constitución reconoce a las constituciones provinciales, a las autoridades provinciales y la potestad de dichas autoridades para regular todos aquellos asuntos que no hubieran sido delegados en el Gobierno federal. En consecuencia, la Constitución admite que normas distintas a las leyes nacionales puedan imponer obligaciones y establecer prohibiciones, en la medida en que se sigan los procedimientos y se cumplan los requisitos exigidos para la validez de dichas normas. Sería contradictorio aceptar que la Constitución reconoce que normas distintas a las leyes nacionales pueden regular relaciones jurídicas y a la vez afirmar que el art. 19 establece que solo las leyes nacionales pueden imponer obligaciones en los ciudadanos. Por este motivo, interpretamos que el término "ley" del art. 19 debe ser entendido como ley material.

Esto de ningún modo quita efectividad a la garantía prevista en el segundo supuesto del art. 19. Por el contrario, lo que es importante

cláusula viene a asegurar es que para que los actos de las autoridades públicas—legislativas, ejecutivas o judiciales; nacionales o provinciales—impongan obligaciones en los habitantes, dichos actos deben ajustarse a derecho. Por esta razón, de acuerdo con el principio de legalidad, no tendrán efecto alguno los actos de una autoridad pública que pretenda imponer obligaciones sin respetar el ámbito de sus competencias o los procedimientos formales establecidos en la CN es u otras normas inferiores. De allí que, como explica Bidart Campos, debe interpretarse que el art. 19 exige de una ley material que sea constitucional, lo cual es coherente con el principio de supremacía constitucional del art. 31.

IV. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad es un pilar central de nuestro sistema jurídico, en la medida en que interviene en cada oportunidad en la que una norma impone obligaciones de algún tipo o establece una prohibición. Sin embargo, existen ciertos temas o ámbitos en los que la Constitución regula los requerimientos de legalidad de manera diferenciada. Esto ocurre, por ejemplo, en el ámbito penal⁽²³⁹⁵⁾, en el ámbito tributario⁽²³⁹⁶⁾, respecto al derecho de propiedad⁽²³⁹⁷⁾ o en materia de reglamentación de derechos⁽²³⁹⁸⁾, entre otros.

* * *

Art. 20.—

Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

I. Derechos civiles

La primera oración del presente artículo resulta redundante en nuestro texto constitucional, pues el extranjero ya contaba con la protección de sus derechos civiles en virtud del art. 14 que establece los derechos civiles acordados a todos "los habitantes de la nación"⁽²⁾. Su redundancia no sorprende pues para Alberdi —autor ideológico de nuestra Constitución—⁽³⁾, la necesidad de hacer desaparecer el desierto bajo la máxima de "gobernar es poblar" debía ser el único fin político de nuestra Carta Magna⁽⁴⁾. Por este motivo, desde el mismísimo Preámbulo, la Constitución anuncia "asegurar los beneficios de la libertad... para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino". Del mismo modo, contiene normas que facultan el fomento de la inmigración (arts. 75, inc. 18 y 125 que facultan al Congreso y a las provincias, respectivamente) o incluso lo ordenan (art. 25)⁽⁵⁾.

Pero con una Constitución explícita y característicamente generosa en materia de derechos de extranjeros⁽⁶⁾, sorprende que hayan sido ellos quienes protagonizaron los conflictos que dieron lugar a los precedentes más relevantes en materia de igualdad. Entre los tipos de casos, deben distinguirse (i) aquellos que prohibieron discriminar entre extranjeros y nacionales, y (ii) aquellos que prohibieron discriminar entre distintos tipos de nacionales, es decir, entre los extranjeros naturalizados, los nacionales por opción y los nacionales nativos.

(i) *Discriminación de extranjeros (o por nacionalidad)*: El primer precedente que comenzó a marcar el camino para la actual doctrina de categorías sospechosas (véase el comentario al art. 16), fue el caso "Repetto"⁽⁷⁾ en el cual la Corte declaró inconstitucional una norma administrativa provincial que imponía el requisito de nacionalidad argentina para ejercer la docencia en establecimientos de enseñanza privada. Cuatro de los entonces cinco jueces expresaron que

"No hay, pues, ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquellos y estos en tales aspectos, estaría en pugna con [el art. 20 de la Constitución]"⁽⁸⁾; y que "en lo que hace a los derechos civiles [una norma que discrimine entre argentinos y extranjeros] no constituiría un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria [del art. 28 de la Constitución]"⁽⁹⁾.

En particular, el voto de los jueces Petracchi y Bacqué fue el que sembró el germen de la doctrina de las categorías sospechosas, entendiendo "—ante los categóricos términos del art. 20 de la CN— que 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*"⁽¹⁰⁾. Para vencer esa presunción de inconstitucionalidad, los jueces exigieron la acreditación de un "interés estatal urgente/insoslayable"⁽¹¹⁾, explicando que "no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea 'razonable'"⁽¹²⁾. Para los jueces, el Estado no logró probar la existencia de dicho interés no pudiendo la reglamentación superar el elevado test de revisión judicial.

Diez años después, en *Calvo*, la Corte declaró, ante el pedido de una ciudadana española, la inconstitucionalidad de una norma provincial cordobesa que imponía la condición de nacionalidad argentina para ejercer el cargo de psicóloga en un hospital público. Esta vez por voto unánime, la Corte se limitó a (a) decir que el caso versaba no sobre el art. 20 sino sobre el art. 16 de la Constitución ("todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad")⁽¹³⁾; y a (b) exigir un "razonable interés estatal"⁽¹⁴⁾ para realizar la distinción entre extranjeros y nacionales para dicho cargo (extremo que no consideró acreditado). Aunque "*Calvo*" no parecía haber adoptado el elevado test del voto de Petracchi y Bacqué en "*Repetto*" (pues no habló de presunción de inconstitucionalidad ni de interés estatal urgente/insoslayable), el caso "*Hooft*" (véase punto ii abajo) interpretó que "*Calvo*" sí aplicó dicho test.

"*Calvo*" también marcó por primera vez el camino distinguiendo la aplicación del art. 16 en lugar del 20 en casos en que se encuentre involucrado acceso al empleo público. En "*Repetto*", en cambio, se entendió que privar a maestros extranjeros de enseñar incluso en ámbitos privados equivalía a una privación casi absoluta del derecho a la profesión, contemplado en el art. 20⁽¹⁵⁾. Ello parecería implicar que, si se considera que, en los hechos, la privación de acceso al empleo público implica una privación casi absoluta del derecho a la profesión sería el art. 20 y no el 16 el aplicable.

La distinción entre ambos artículos fue retomada por la Corte en "*Gottschau*", caso motivado porque se negó a una ciudadana alemana (abogada por la Universidad de Buenos Aires y con más de 20 años de residencia permanente en Argentina) concursar para el cargo de Secretaria de Primera Instancia en el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires⁽¹⁶⁾. Para la Corte no estaba comprometido ningún derecho civil (ni el de ejercer la profesión) sino el derecho a acceder a un empleo público y por ende era el art. 16 y no el 20 el aplicable⁽¹⁷⁾. Más aún, el art. 16 "no establece una equiparación rígida, como el art. 20 (...), sino que impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide la

existencia de diferencias legítimas". Sin embargo, con cita a "Hooft" (véase punto ii, abajo) entendió que una distinción basada en el origen nacional es "sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad"⁽¹⁸⁾ (nótese el uso de origen nacional y nacionalidad en este punto como sinónimos). Los jueces Maqueda y Highton de Nolasco, en concurrencia, entendieron que, aunque debía aplicarse un "estándar intenso de control" él no debía ser el mismo que "Hooft" pues la distinción es por nacionalidad y no por el origen de la nacionalidad (es decir, se diferencia entre nacionales y extranjeros y no entre distintos tipos de nacionales como en el caso "Hooft")⁽¹⁹⁾.

La misma estructura argumentativa entre la mayoría y los votos concurrentes de Maqueda y Highton de Nolasco en "Gottschau" fueron repetidos en dos fallos posteriores. En "Mantecón Valdés" se declaró la inconstitucionalidad de una resolución de la Corte Suprema que convocó a un concurso para cubrir el cargo de Auxiliar de la Biblioteca del Tribunal, exigiendo la nacionalidad argentina⁽²⁰⁾. En "Pérez Ortega, se declaró la inconstitucionalidad de una norma que permitió revocar la designación de una ciudadana española como planta permanente en la Cámara de Diputados de la Nación⁽²¹⁾.

(ii) *Discriminación de extranjeros naturalizados (o por origen nacional)*: en 2004, la Corte declaró en "Hooft" la inconstitucionalidad del art. 177 de la Constitución bonaerense por exigir la nacionalidad nativa o por opción para ocupar el cargo de juez de Cámara (excluyendo así a los nacionales naturalizados, como el actor)⁽²²⁾. Con una sola disidencia entre 6 jueces, la mayoría entendió que pesaba sobre la norma una presunción de inconstitucionalidad ya que ella genera ciudadanos de primera clase (nativos y por opción) y ciudadanos de segunda (naturalizados), mientras que los arts. 23 y 25 de la CADH y del PIDCP, respectivamente, establecen claramente que "todos los ciudadanos [deben] tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país"⁽²³⁾. Para la Corte, esta distinción se encontraba basada en el "origen nacional" de Hooft, una discriminación vedada tanto por la CADH (art. 1º.1) como el PIDCP (art. 26) que prohíben discriminaciones por origen nacional⁽²⁴⁾. La Corte leyó "Calvo" como aplicando un escrutinio estricto, de modo tal que la "justificación suficiente de la restricción" demandada por la presunción de inconstitucionalidad implicaba probar la relación fines-medios que los jueces de "Hooft" delinearon. Para ellos, dicha relación exige que los *finés* deban ser *sustanciales* (en contraposición al "razonable interés estatal" mencionado en "Calvo"), no bastando que sean "meramente convenientes"; y que los *medios* (a) *promuevan los fines "efectivamente"*, (b) *sin que*

existan "otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada"⁽²⁵⁾. Al igual que "Calvo", la inconstitucionalidad de la norma en cuestión fue determinada sobre la base del art. 16 y no del 20, dado que (a) el demandante basó su petitorio en el art. 16, y (b) como explica el dictamen del procurador⁽²⁶⁾, el art. 16 es en este caso aplicable por el principio de *lex specialis*.

En conclusión, en los casos en los que la norma distingue por origen nacional (es decir, entre argentinos nativos o por opción, y argentinos naturalizados), la aplicación del test de escrutinio estricto por parte de nuestro máximo tribunal es contundente. Sin embargo, en aquellos casos en los que la norma distingue por nacionalidad (es decir, entre extranjeros y nacionales) aunque la mayoría de la Corte aplica el mismo test sobre la base de categoría sospechosa (para ellos, el 'origen nacional' parece ser el género y la 'nacionalidad' la especie), los jueces Maqueda y Highton de Nolasco realizan un test menos estricto, o intermedio, exigiendo alguna relación entre la medida tomada y los fines perseguidos. Cabe destacar que como explica Treacy, hasta ahora este escrutinio intermedio no ha arrojado resultados diferentes al escrutinio estricto empleado por la mayoría del tribunal⁽²⁷⁾.

Un último punto a destacar es que la relación entre los arts. 16 y 20 no es clara. Dado que todos los casos ante la Corte han versado sobre acceso a empleos públicos, desde "Calvo" hasta "Pérez Ortega" la Corte aplicó el art. 16. En "Gottschau", la Corte dijo (de forma unánime a través de distintos votos) que el art. 16 "no establece una equiparación rígida, como el art. 20 de la CN, sino que impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide la existencia de diferencias legítimas"⁽²⁸⁾. A *contrario sensu*, parecería ser que el art. 20 no admite distinción alguna y por ende no es un escrutinio estricto el aplicable sino una prohibición absoluta a cualquier distinción entre extranjeros y nacionales en materia de derechos civiles. Ello parecería ser, sin embargo, una conclusión apresurada y contraria a toda la jurisprudencia de la Corte que acentúa que no existen derechos absolutos. Este punto es reforzado por el hecho de que dos de los jueces que realizaron esta afirmación (Argibay y Petracchi) aplicaron la doctrina de las categorías sospechosas, y por ende un escrutinio estricto, en "Reyes Aguilera" (en el que se negó una pensión por invalidez a una extranjera), caso que consideraron bajo la égida del art. 20 (véase punto 3 abajo). Por ello, si tomamos este fragmento en serio, cualquier distinción entre extranjeros y nacionales en materia de derechos civiles que no configure acceso al empleo público (es

decir, que no encuadre bajo el art. 16 pero sí bajo el art. 20) exige, como mínimo, un escrutinio estricto.

II. DERECHOS POLÍTICOS

La referencia específica a los derechos civiles y por ende la exclusión de los derechos políticos fue una decisión deliberada por parte del constituyente, que a lo largo del texto hizo explícita esta exclusión. Así, mientras los extranjeros mantengan su condición de tal (es decir, no obtengan la nacionalidad argentina), no pueden votar ni ser electos en elecciones nacionales. Según el texto, no pueden ocupar cargos electivos como el de diputado (art. 48, CN), senador (art. 55, CN), ni presidente/vicepresidente (arts. 87 y 89, CN), e incluso no electivos como juez de Corte Suprema (art. 111, CN). Algunas constituciones provinciales replican esta exclusión, pero permiten a los extranjeros votar y ser elegidos como representantes a nivel municipal, bajo condición de inscripción en un registro, residencia permanente en el municipio en cuestión, y revestir la calidad de contribuyente en dicha localidad⁽²⁹⁾. La facultad del Estado de reglamentar el acceso a los derechos políticos sobre la base de, entre otras, la nacionalidad, es acorde a los tratados internacionales de derechos humanos como la CADH que así lo prevé explícitamente (art. 23.2)⁽³⁰⁾. Por ello, en materia de derechos políticos, la nacionalidad no es una categoría sospechosa como sí lo es en materia de derechos civiles⁽³¹⁾.

La posibilidad de reglamentar el acceso a los derechos políticos encuentra sustento en la premisa según la cual, la nacionalidad supone una conexión de identidad entre el ciudadano y su comunidad política. Esta idea es reforzada por nuestro texto constitucional toda vez que, como reza el presente artículo, la obtención de la ciudadanía es un derecho y no una obligación. Pero ello no implica que dicha premisa no pueda ser cuestionada, o que dicha reglamentación, como cualquier otra, no pueda ser irrazonable. Por un lado, no es evidente que las diásporas totalmente desconectadas de su país de origen luego de décadas, con ciudadanía y plenos derechos políticos en los países receptores, tengan más derecho a la representación política en su país de origen que extranjeros que por diversos motivos no han adoptado la nacionalidad pero que forman —durante décadas también— parte de la comunidad política que les niega representación⁽³²⁾. En el mismo sentido, parece *a priori* arbitrario que una persona que obtuvo la nacionalidad argentina por opción (es decir, porque sus padres son nacionales) pero que vivió toda su vida fuera del país tenga derecho a postularse a presidente o vicepresidente de la Nación mientras que una persona que vivió toda

su vida en el país pero que obtuvo la nacionalidad argentina por naturalización, no.

Ahora bien, en el primer caso, el texto constitucional nada dice de forma explícita para negar el sufragio a los extranjeros (art. 37). De modo tal que no hay motivos para pensar que una hipotética ley que permitiera votar a extranjeros que acreditaran determinadas condiciones se encontraría inhabilitada constitucionalmente. Podría también argumentarse que la reglamentación infraconstitucional actual, que no prevé el sufragio para ningún tipo de extranjero, resulta irrazonable incluso bajo un escrutinio judicial más laxo como el que permite el art. 23.2 de la CADH. Ello así pues una prohibición absoluta, carente de matices, demuestra una probable falta de adecuación, incluso mínima, entre los fines y los medios utilizados para alcanzarlos.

En el segundo caso, sin embargo, el texto constitucional es contundente y no da lugar a interpretación. Más aún, el mismo fue modificado en la reforma de 1994 para eliminar el requisito de religión católica, manteniéndose el requisito de ciudadanía nativa o por opción. La excepcionalidad de este artículo en el ordenamiento constitucional ha sido sostenida como fundamento de su razonabilidad⁽³³⁾. Es interesante destacar que si bien dijimos que la nacionalidad no es una categoría sospechosa en virtud del art. 23.2 de la CADH, la restricción en este caso no es sobre la "nacionalidad", sino sobre el "origen nacional" (es decir, el origen nativo o por opción de la nacionalidad argentina versus su origen por naturalización). Ello no implicaría afirmar el aparente absurdo de que el art. 89 es inconstitucional, pero no es descabellado pensar en una interpretación teleológica o incluso sistémica de la norma que permita su flexibilización si ella, en el caso específico, parece claramente irrazonable⁽³⁴⁾. En el primer caso (interpretación teleológica), el fin de la norma parecería buscar que los dos cargos más altos de la Nación no queden en manos de individuos totalmente ajenos a nuestra comunidad política⁽³⁵⁾. En el segundo caso (interpretación sistémica), la reforma del '94 y la inclusión de tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional permitiría, incluso ante la claridad y excepcionalidad del art. 89, un análisis casuístico, con base en el principio *pro homine*.

A nivel local, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires rechazó un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ante una sentencia de la Junta Electoral que oficializó la candidatura a gobernador de Francisco De Narváez (ciudadano argentino por naturalización con padres colombianos y entonces con 50 años de radicación en el país) contrario a lo exigido por una norma similar al

art. 89 de la CN en la Constitución provincial⁽³⁶⁾ (exigiendo la nacionalidad nativa o por opción para el cargo de gobernador y vicegobernador)⁽³⁷⁾. Tres de los seis jueces que conformaron la mayoría (solo un voto fue disidente) utilizaron el fallo "Hoofft" y la doctrina de las categorías sospechosas para decidir el caso⁽³⁸⁾. La Corte Suprema no se expidió sobre el fondo de la cuestión⁽³⁹⁾. Por supuesto, el caso en cuestión es menos complejo pues no es una norma de nuestra CN la cuestionada, sino una de una Constitución local que cede ante la superior jerarquía de la primera.

En conclusión, no negamos de plano la posibilidad de que un extranjero con acreditado arraigo en el país (p. ej., a través de años de residencia permanente) pueda reclamar, por lo menos, su derecho al sufragio y la representación política. En cuanto al derecho a ser elegido presidente o vicepresidente, sin embargo, dada la claridad de la norma, su excepcionalidad dentro del texto constitucional, y la excepcionalidad de los cargos en cuestión, semejante reclamo demandará una labor interpretativa más compleja (aunque no necesariamente imposible).

III. DERECHOS SOCIALES

A diferencia de los derechos políticos, los derechos sociales⁽⁴⁰⁾ no se encontraban reconocidos en el texto constitucional. Es decir, ni los propios ciudadanos gozaban de lo que hoy conocemos como derechos sociales. Más aún, estos derechos tampoco eran reconocidos en la práctica constitucional comparada de la época, pues ellos forman parte de lo que se conoce comúnmente como derechos de segunda generación, cuyo reconocimiento surgió principalmente a fines de la primera y comienzos de la segunda mitad del siglo XX, y que se encuentran asociados al Estado de bienestar o a las socialdemocracias modernas. De este modo, mal puede decirse que el constituyente tomó una decisión consciente de excluir a los extranjeros del acceso a derechos que ni los propios ciudadanos gozaban. De lo que surge la pregunta, ¿tienen derecho los extranjeros a acceder a estos derechos?

En términos de principio podemos decir que no hay buenas razones para excluir a los extranjeros en este aspecto. Todo lo que se ha escrito en la academia respecto de las diferencias entre derechos sociales y derechos civiles⁽⁴¹⁾ parece inaplicable, y por ende debería ser irrelevante, respecto de la distinción entre extranjeros y nacionales. Si bien los derechos civiles y los políticos encuentran una distinción respecto a la pertenencia o vínculo de un determinado sujeto a determinada comunidad política y a los derechos que ese vínculo genera (premisa que puede ser

cuestionada o, como mínimo, matizada), nada del estilo se encuentra presente en relación con los derechos sociales.

Por su parte, el art. 23.2 de la CADH en materia de derechos políticos encuentra su contraparte en el art. 2º.3 del PIDESC, según el cual: "Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos". Entonces, ¿es una distinción sobre la base de la nacionalidad del sujeto para el acceso a un derecho social una categoría sospechosa de inconstitucionalidad? No, *a priori*, sobre la base esta excepción del PIDESC. Sin embargo, cabe destacar que el art. 6º y ss. de la actual Ley de Migraciones 25.871, reglamentarios del art. 20 de la CN, protegen los derechos sociales de los extranjeros. Específicamente, el art. 6º reza lo siguiente:

"El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social".

Es decir, el legislador nacional, ante el permiso otorgado por el PIDESC, decidió sin embargo incluir a los extranjeros en la prestación de derechos sociales, lo que podría entenderse como fundamento para la existencia de una categoría sospechosa o, como mínimo, de un escrutinio más elevado al de razonabilidad. En este sentido se ha dicho que "tanto el desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos como las disposiciones de la Ley Fundamental, en especial, a la luz de las cláusulas favorables a la inmigración y de la invitación del Preámbulo dirigida a todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino, obligaría a utilizar criterios estrictos a la hora de evaluar restricciones a los derechos de los extranjeros"⁽⁴²⁾.

Sobre este punto se expresaron algunos jueces del Máximo Tribunal en "Reyes Aguilera"⁽⁴³⁾. En el caso, la Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma⁽⁴⁴⁾ que exigía a los extranjeros una residencia mínima de 20 años en el país para acceder a una pensión por invalidez. Aunque la fragmentación de los votos impide generar una doctrina de precedente clara en este sentido⁽⁴⁵⁾, cabe destacar que los jueces Petracchi y Argibay fueron contundentes en su aplicación tanto del art. 20 como de la doctrina de las categorías sospechosas (aunque no explicitan si el derecho se considera un

derecho civil en los términos de dicho artículo o no). Con sustento en "Repetto", "Calvo", "Hooft", y "Gottschau", los jueces afirmaron que

"la norma (...) prevé un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, imponiendo a estos últimos mayores exigencias para acceder a un beneficio otorgado por el Estado. Esta circunstancia determina que —ya en su sentido literal— [ella] está directamente contrapuest[a] con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón del origen nacional [citando al art. 20, la CADH, el PIDESC y el PIDCP].

Esa contradicción directa con el texto constitucional obliga a considerar a la categorización realizada por el decreto como sospechosa de discriminación y hace pesar sobre dicha norma una presunción de inconstitucionalidad".

El juez Maqueda, sin embargo, mantuvo su postura según la cual "las reglamentaciones que distinguen entre nacional y extranjero no son en principio inconstitucionales en los términos de los arts. 16, 20 y 75, inc. 22 de la CN"⁽⁴⁶⁾ y el "art. 20 de la norma fundamental (...) no excluye la posibilidad de establecer determinadas diferencias en relación con la naturaleza de los derechos de que se trate y siempre que las mismas estén suficientemente justificadas"⁽⁴⁷⁾. Aunque el juez consideró el requisito de residencia uno válido, entendió que el requisito de 20 años era "manifiestamente irrazonable"⁽⁴⁸⁾. Los jueces Fayt y Zaffaroni, por su parte, consideraron que lo que se afectaba era el contenido mínimo del derecho a la seguridad social, lo que ponía en juego la salud y vida de la demandante (en virtud de lo cual cualquier otro análisis, como el derecho a la igualdad resultaba superfluo)⁽⁴⁹⁾.

IV. NATURALIZACIÓN RESIDIENDO DOS AÑOS CONTINUOS

Como mencionamos anteriormente, el texto de esta norma no obliga a los extranjeros a admitir la nacionalidad, lo que conlleva tanto el acceso a derechos como el surgimiento de obligaciones. Los faculta, sin embargo, a obtener la naturalización luego de dos años de residencia, y permite establecer plazos menores en caso de que se "alegue y pruebe servicios a la República". Ello se encuentra regulado en la ley de Ciudadanía 346 y modificatorias.

En cuanto a los dos años de residencia, la Corte Suprema, en "Ni"⁽⁵⁰⁾, interpretó que la ley no exigía la acreditación de una residencia legal durante dos años (como lo exigía la ley *de facto* 21.795), pues ello era una cuestión de hecho que podía acreditarse mediante diversos medios de prueba. Es decir, la Corte afirmó que puede solicitarse por vía judicial la naturalización incluso

con la acreditación de una residencia irregular. Para ello, se basó fuertemente en la idea de que nuestra Constitución se fundó sobre la base de fronteras abiertas a los flujos migratorios con igualdad civil de extranjeros y nacionales⁽⁵¹⁾. Dos puntos merecen ser resaltados. El primero, es que la Corte consideró que el trámite migratorio y el trámite judicial de naturalización son independientes "toda vez que la normativa que regula la situación migratoria se circunscribe al ámbito del ingreso y permanencia de extranjeros, distinto del planteado en el supuesto del extranjero que (...) solicita la naturalización. (...) [U]na vez presentada la solicitud para obtener la carta de ciudadanía, comienzan a regir las reglas relativas a la ciudadanía y naturalización y es facultad de la justicia federal resolver la cuestión"⁽⁵²⁾. El segundo, es el hincapié que hizo la Corte en destacar que el legislador eliminó conscientemente el requisito de legalidad de la residencia para solicitar la naturalización, presente entonces en la ley *de facto* 21.795, de forma acorde a nuestra trayectoria constitucional⁽⁵³⁾.

Ahora bien, el reciente decreto de necesidad y urgencia 70/2017 modificó los arts. 2º, inc. 1º y el art. 20 de la ley 346 para exigir que la residencia necesaria para solicitar la naturalización sea permanente o temporaria⁽⁵⁴⁾. Si bien no puede decirse que el decreto viola abiertamente lo dicho por la Corte en "Ni", pues en dicho fallo la Corte se limitó a interpretar el plexo normativo infraconstitucional vigente con pautas interpretativas constitucionales, cabe destacar dos puntos. En primer lugar, el decreto, de necesidad y urgencia adolece de serios vicios de constitucionalidad principalmente en lo atinente al principio de legalidad⁽⁵⁵⁾. Más aún, su invalidez constitucional ya ha sido declarada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, que lo consideró inválido en su totalidad como acto nulo de nulidad absoluta e insanable, por avanzar sobre competencias del Congreso de la Nación⁽⁵⁶⁾. En segundo lugar, el decreto se inscribe en la tradición argentina según la cual las regulaciones más severas respecto de los derechos de los migrantes han sido llevadas a cabo por normas cuyas credenciales democráticas y deliberativas son cuestionables⁽⁵⁷⁾.

Por su parte, en cuanto a la facultad de acortar el plazo de dos años, los supuestos se encuentran actualmente en el art. 2º, inc. 2º de la ley 346 y 3º del dec. 3213/1984⁽⁵⁸⁾. Aunque algunos inmigrantes europeos han intentado obtener la ciudadanía en un plazo menor a los dos años en virtud del art. 25 de la CN y la obligación del Gobierno federal de fomentar la inmigración europea, todos esos intentos han sido fallidos y los tribunales han sido contundentes sobre este punto⁽⁵⁹⁾.

V. EXCURSO: LEY DE TIERRAS

En 2011, el Congreso sancionó la ley 26.737 de Tierras Rurales que tiene por finalidad establecer límites a la titularidad de tierras rurales por parte de extranjeros, principalmente extranjeros que no residan en el país (actualmente reglamentada por el dec. 820/2016, que modificó el dec. regl. 274/2012 y flexibilizó el régimen en cierta medida). La ley es un claro ejemplo de una norma que incurre en una distinción por nacionalidad sobre un derecho civil, incluso uno incluido explícitamente en el art. 20 ("poseer bienes raíces"). Como tal, la ley merece un escrutinio estricto y sufre de una presunción de inconstitucionalidad.

Dicha presunción no parece ser derrotada en ningún punto. Por empezar, la ley parte de un diagnóstico referido como el proceso de "extranjerización" de la tierra rural. Dicho diagnóstico parece carecer de fundamento, pues la propia ley estableció la creación del Registro Nacional de Tierras Rurales (RNTR) (art. 14) para realizar un relevamiento de la titularidad de las tierras, lo que demuestra que al momento de la sanción de la ley dicho fenómeno no gozaba de sustento empírico. Más aún, el relevamiento realizado por el RNTR concluyó que solo el 5,57% de las tierras rurales se encontraban en posesión de extranjeros, muy por debajo del 15% previsto por la ley⁽⁶⁰⁾.

Al respecto, cabe remitirse a un completo trabajo de Durand quien entiende, con buen tino, que incluso si se asume la validez de los fines alegados (entre otros, el desarrollo económico, la protección de la soberanía nacional, la preservación de los recursos naturales), los medios dispuestos por la ley no son razonables, ni guardan una correlación adecuada con ellos⁽⁶¹⁾. Menos aún puede la ley justificarse por existir medidas menos restrictivas que no surjan de la distinción entre ciudadanos y extranjeros⁽⁶²⁾. Al momento de la publicación de este escrito, las normas no han sido objeto de cuestionamientos constitucionales sobre la base del derecho a la igualdad ante el Poder Judicial⁽⁶³⁾.

Finalmente, a nivel local, la Constitución de la Provincia de Corrientes estableció en 2007 una restricción similar en su art. 61: "Los extranjeros sin residencia permanente, las sociedades conformadas por ciudadanos o capitales foráneos y las sociedades sin autorización para funcionar en el país, no pueden adquirir inmuebles en las zonas [de seguridad o en áreas protegidas o que constituyan recursos estratégicos], con excepción de los extranjeros que acrediten residencia legal conforme la ley". Dicha norma ha sido igualmente criticada y no parece resistir un escrutinio estricto⁽⁶⁴⁾.

Art. 21.—

"Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional. Los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no este servicio por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía".

Comentario por Nicolás Gabriel Tauber Sanz, con la colaboración de Emiliano Vitaliani

Concordancias: Preámbulo y arts. 19, 20, 22, 28, 31, 33, 36, 52, 75 (incs. 16, 22, 25, 27 y 28), 99 (incs. 1º, 12, 13, 14 y 15), 119, 126, 127 y disposición transitoria primera; 34 DADDH; art. 29 inc. 2º DUDH; arts. 6º y 32 CADH; art. 8º inc. c, ii.) PIDCP; y art. 38 de la CDN.

Origen: Art. 21, 1853. Modificado en 1949 pasando a ser el art. 32 que establecía: "Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución, conforme las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo Nacional. Nadie puede ejercer empleos y funciones públicas, civiles o militares, si previamente no jura ser fiel a la Patria y acatar esta Constitución".

I. LAS FACETAS DEL ART. 21

No es casual que este artículo forme parte del primer capítulo "Declaraciones, derechos y garantías" de la primera parte de nuestra Constitución, ya que limita el poder militar del Estado a través de una garantía que protege a la población frente al llamado a prestar servicio militar.

La norma, al tiempo que impone la obligación a cargo de todos los ciudadanos nacionales, establece una garantía que los protege a fin de no ser llamados compulsivamente a armarse (limitando su libertad y poniendo en peligro sus vidas) sino es por determinadas razones

(defensa de la patria y de la Constitución), conforme lo establezca la ley (en sentido formal y material) y por parte de autoridades legítimas (conf. [art. 36](#), CN). También establece una garantía especial en favor de los ciudadanos por naturalización.

Conscientes de que la obligación de armarse en defensa de la patria y la Constitución implica una fuertísima limitación de la libertad y pone en riesgo la vida de quienes cargan con dicho deber, los constituyentes buscaron proteger a los ciudadanos estableciendo que esta obligación sea al mismo tiempo una garantía de los derechos fundamentales del pueblo⁽⁶⁵⁾.

Al mismo tiempo, la garantía señala los exclusivos fines constitucionales de las fuerzas armadas: la defensa de la patria y la Constitución.

Esta garantía/obligación está reglamentada a nivel interno por varias normas, entre ellas: la norma *de facto* que lleva el número 17.531 (de Servicio Militar), la [ley 23.554](#) (de Defensa Nacional), la [ley 24.429](#) (de Servicio Militar Voluntario) y por la ley 26.394 (de Justicia Militar).

A continuación, exploraremos cada una de estas facetas o proyecciones a través del recorrido por el propio texto de la norma.

II. CARÁCTER RELATIVO DE LA OBLIGACIÓN DE ARMARSE

La obligación de armarse no tiene carácter absoluto, tal como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Portillo"⁽⁶⁶⁾.

En primer lugar, para que sea exigible deben cumplirse todas las condiciones establecidas expresamente por la norma: que sea *en defensa de la patria y la Constitución*.

En segundo lugar, la norma debe ser leída en clave del art. 36 (al igual que el resto del derecho nacional)⁽⁶⁷⁾, lo cual exige que las autoridades deban ser legítimas (*de iure*). Las autoridades *de facto* no tienen legitimidad para exigir a los ciudadanos armarse, teniendo estos el derecho a no acatar las normas, los actos o las órdenes, y a resistir activamente a quienes usurpen el poder⁽⁶⁸⁾.

En tercer lugar, las distintas normas que reglamentan el art. 21 (la mal llamada ley 17.531 y la [ley 24.429](#))⁽⁶⁹⁾ establecen causales de excepción y exclusiones (arts. 32, 33 y 41 de la "ley" 17.531 y [art. 16](#) de la [ley 24.429](#)).

En cuarto lugar, la obligación puede ser dejada de lado o modificada en cuanto a su modalidad de cumplimiento ante la existencia de una objeción de conciencia por parte del ciudadano obligado.

En quinto lugar, la reglamentación legal debe pasar el test de razonabilidad impuesto por los arts. 28 y 99, inc. 2º de la CN.

Recogiendo las palabras de Gelli "Ello implica que el deber impuesto a los argentinos de integrar la defensa militar es relativo y puede cumplimentarse de diversas formas, según las necesidades públicas y los legítimos intereses estatales, y resguardando los derechos declarados e implícitos de los convocados a prestar aquel servicio"⁽⁷⁰⁾.

III. OBLIGADOS CONSTITUCIONALMENTE A ARMARSE

Una primera diferencia que realiza la norma es entre los ciudadanos argentinos nativos y los naturalizados.

La obligación alcanza a todos/as los/as ciudadanos/as argentinos/as nativos/as sin distinción por su sola condición de ciudadanos, tal como lo estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo "Sánchez": "El enrolamiento es un deber impuesto individualmente a cada ciudadano por sólo su calidad de tal"⁽⁷¹⁾.

Respecto de los ciudadanos naturalizados, la norma establece que "son libres de prestar o no este servicio por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía".

Esta distinción proviene del proyecto de Constitución propuesto por Juan Bautista Alberdi, que en su art. 24 establecía que "todo argentino es soldado de la guardia nacional" y luego, seguramente con el fin de alentar la inmigración, que "Son exceptuados por treinta años los argentinos por naturalización".

Si el ciudadano naturalizado elige cumplir la obligación (prestar el servicio) la situación es clara: queda sujeto al régimen establecido por el Congreso. Así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Don Nadal Taberner"⁽⁷²⁾ cuando estableció que "La defensa de la patria y de la Constitución 'conforme a las leyes que dicte el Congreso y los decretos del Poder Ejecutivo' no consiste sólo en tomar las armas en caso de guerra, sino en formar parte en todo tiempo de las fuerzas armadas de la Nación, por lo cual, el ciudadano naturalizado que renuncia libremente en el acto de enrolarse al beneficio del art. 21 de la CN, queda con la obligación de prestar el servicio militar que prescriben las leyes de la materia para todos los ciudadanos argentinos, según la clase a la que por su edad pertenezca y sometido por consiguiente, a las exigencias y penalidades dispuestas por dichas leyes".

Ahora bien, la opción de cumplir con la obligación debe ser ejercida de manera expresa y respetándose las garantías constitucionales del naturalizado, esto es, hacerle saber que puede

no cumplir con el servicio sin que exista ninguna penalidad o sanción de ningún tipo.

El silencio durante los diez años en que rige el derecho de optar no puede ser tomado como aceptación a cumplir con la obligación. El principio *pro homine*, constitucionalmente reconocido en forma expresa⁽⁷³⁾, lo prohíbe.

La situación deja de ser clara cuando nos enfrentamos a la situación de los ciudadanos naturalizados que transcurridos los 10 años no ejercieron la opción. ¿Podrían ser convocados a prestar servicio militar transcurrido el plazo de 10 años?, ¿o una vez pasados los 10 años el naturalizado queda definitivamente liberado de la obligación?

Estableciendo la norma expresamente un plazo durante el cual el ciudadano naturalizado puede optar por cumplir o no con la obligación, es durante ese plazo que puede abstenerse de la misma. Si transcurridos los 10 años quedara liberado definitivamente de la obligación, carecería de sentido el establecimiento del plazo. Directamente el constituyente habría establecido la opción sin establecer plazo alguno. Entiendo que la lógica del establecimiento de un plazo dentro del cual se es libre de optar, por sí o por no, genera que transcurrido el mismo esa opción desaparezca quedando sujeto al régimen general.

IV. DEFENSA DE LA PATRIA Y DE LA CONSTITUCIÓN

Los ciudadanos pueden ser llamados a cumplir con la obligación de armarse "en defensa de la patria y de esta Constitución".

Hay tres requisitos sobre los que corresponde detenerse, que marcan la finalidad de las fuerzas armadas y las condiciones bajo las cuales los ciudadanos están obligados a armarse: defensa, patria y Constitución.

En primer lugar, la Constitución habla de *defensa*. Las fuerzas armadas tienen como fin la *defensa* no encontrándose habilitados los poderes constituidos para utilizarlas para atacar a otras naciones. Al mismo tiempo, la *defensa* es una condición para que nazca la obligación de armarse, razón por la cual, la misma no surgiría si fuera para emprender una acción ofensiva (un ataque). Este requisito y fin de las fuerzas armadas se encuentra en línea con el principio establecido por el [art. 27](#) de la CN: "El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz (...)" y con los principios de derecho internacional establecidos en la Carta de las Naciones Unidas⁽⁷⁴⁾.

En segundo lugar, el constituyente utilizó la palabra *patria*. La Constitución utiliza la palabra *patria* en dos oportunidades

y *patriotismo* una sola vez. *Patria* es utilizada en el artículo objeto de comentario y en el art. 29, cuando establece que quienes "formulen, consientan o firmen (la concesión al Poder Ejecutivo de facultades extraordinarias), a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria". *Patriotismo* es utilizada en el art. 93 dentro del juramento que deben prestar el presidente y vicepresidente al tomar posesión de su cargo. Por su parte el art. 119, que no utiliza el término *patria* sino el de *nación*, establece que "La traición contra la nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro (...)".

En la colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no encontré precedente alguno donde defina el sentido constitucional de "patria". Lo que pude comprobar es que es utilizado como sinónimo de "nación"⁽⁷⁵⁾.

Según el diccionario de la Real Academia Española la palabra "patria", en su primera acepción, hace referencia a un lugar con el cual el ser humano tiene algún vínculo jurídico, histórico o afectivo⁽⁷⁶⁾.

En este sentido, "patria" refiere a sentimientos, vínculos afectivos y psicológicos que unen a los individuos con su comunidad. Rosler sostiene que "Dado que nos identificamos con nuestras comunidades, tenemos obligaciones para con los miembros de dichos grupos, obligaciones que son distintas de las que tenemos para con las personas en general. Viéndonos a nosotros mismos como un miembro nos hace sentir lealtad hacia el grupo y esto se expresa dándole peso especial a los intereses de nuestros compañeros o conciudadanos. Esto produce lealtades y obligaciones mutuas, con expectativas recíprocas de cumplimiento"⁽⁷⁷⁾.

La "patria" como "identidad común" no está tallada en piedra ni responde a los criterios dominantes al respecto, sino que está expuesta a la reflexión y a la crítica⁽⁷⁸⁾, siendo vivida por cada uno de acuerdo con sus propios valores y cosmovisión del mundo según el principio fundamental de autonomía individual, reconocido por el art. 19 de la CN.

De esta forma, la "patria" alcanza a todas las personas con vínculos e identificación con la comunidad que integran y a la que pertenecen, de manera tal que todos los habitantes, así como quienes no habitan pero se sienten parte (en este caso de la Argentina), son parte inescindible de la "patria".

Abarcando la "patria" a todos los miembros de la comunidad, siendo la obligación de armarse el medio constitucionalmente adoptado para lograr el objetivo de la "defensa común" fijado en el Preámbulo, entiendo que el término "patria", utilizado por el art. 21, está ligado al concepto de ataque exterior⁽⁷⁹⁾, lo cual establece al

mismo tiempo la finalidad de las fuerzas armadas: la defensa ante el ataque de un enemigo exterior.

En tercer lugar, el constituyente utiliza el término "esta Constitución" en referencia a la defensa concreta al texto a través del cual creó un régimen político federal, republicano y democrático, basado en la defensa de la igualdad, la libertad individual y colectiva, y comprometido con la continuidad de una práctica constitucional⁽⁸⁰⁾ que permita realizar efectivamente dichos valores fundamentales democráticos e igualitarios.

El constituyente enlazó ambos términos (patria y Constitución) mediante la conjunción "y" determinando que deben darse simultáneamente. De esta forma, la obligación de armarse nace únicamente para defender al país ante un ataque sobre ambos en forma simultánea, lo cual marca que este necesariamente debe ser ocasionado desde el exterior (ya que de otra forma no se existiría ataque sobre la patria).

La manda constitucional fue reglamentada por el legislador a través de la Ley de Defensa Nacional (23.544), la cual establece expresamente que las fuerzas armadas no pueden ser utilizadas con fines de seguridad interior y que tienen como fin *enfrentar las agresiones de origen externo* y como *finalidad garantizar la soberanía e independencia de la Nación Argentina*⁽⁸¹⁾.

V. CONTENIDO Y FORMA DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ARMARSE

La obligación de armarse en defensa de la patria y de la Constitución instrumenta el objetivo de "proveer a la defensa común" fijado en el Preámbulo⁽⁸²⁾. Se organiza a través del art. 21 de la CN y del art. 34 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la que establece: "Toda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, y en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz. Asimismo tiene el deber de desempeñar los cargos de elección popular que le correspondan en el Estado en que sea nacional".

Ambas normas imponen una carga pública, una obligación cívica, de índole personal, que puede prestarse aún en tiempos de paz y de carácter relativo.

La forma que eligió el legislador para reglamentar la obligación de armarse fue el establecimiento del servicio militar obligatorio y voluntario por medio de los cuales el Estado prepara y entrena a los ciudadanos en el uso de armas y todo aquello que sea necesario para que estén en condiciones de cumplir con la obligación impuesta.

La Corte Suprema de la Nación tiene establecido que "El deber de hacer efectivamente posible la defensa de la Nación en cumplimiento de la exigencia del art. 21 de la CN admite la preparación y el adiestramiento militar de sus hijos en tiempos de paz"⁽⁸³⁾.

El art. 25 de la ley 23.554 (Ley de Defensa Nacional) establece que "Todas las personas de existencia visible y/o jurídicas sujetas a las leyes argentinas, podrán ser requeridas para el cumplimiento de obligaciones destinadas a asegurar la Defensa Nacional. Estas obligaciones deberán ser consideradas como un servicio de Defensa nacional y comprenderán, entre otras, el servicio militar y el servicio civil de defensa".

El servicio militar de defensa está definido por el art. 26 de la ley estableciendo que "(...) es el que cumplen los argentinos incorporados a las Fuerzas Armadas en el Servicio de Conscripción o en la reserva, convocados por el Poder Ejecutivo Nacional, conforme lo establecido en el art. 21 de la CN y los voluntariamente incorporados a la conscripción (...)".

El servicio civil de defensa es tratado en el art. 27 de la ley definiéndolo como "(...) la obligación de prestar servicios no militares, que deben cumplir los habitantes del país, a fin de satisfacer necesidades de preparación del potencial nacional para la eventualidad de una guerra, o para sostener el esfuerzo bélico ante el conflicto ya declarado".

VI. EL SERVICIO MILITAR DE DEFENSA

Se encuentra reglamentado actualmente por la ley 24.429 (Ley de Servicio Militar Voluntario) y anteriormente lo fue por la norma *de facto* 17.531 ("Ley" de Servicio Militar).

La norma *de facto* 17.531 creó el servicio de conscripción obligatorio y para tiempos de paz (art. 11) estableciendo que es servicio militar el que cumplen los argentinos convocados a tal efecto en el año que cumplían veinte años de edad. El régimen de conscripción no comprendía a las mujeres (art. 3º).

El servicio de conscripción tenía una duración mínima de un año y una máxima de dos años (art. 12) y estaban obligados a prestarlos quienes fueran asignados de acuerdo a un sorteo público anual entre todos los argentinos de la clase de veinte años (art. 14)⁽⁸⁴⁾.

En los arts. 32 y 33, la ley establecía diversas causales que permitían exceptuarse del cumplimiento del servicio militar, las cuales debían interpretarse con criterio restrictivo⁽⁸⁵⁾, respetando el principio de igualdad y de libertad de cultos, tal como lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Glaser"⁽⁸⁶⁾ al extender a un seminarista del Instituto de Estudios Religiosos Judaicos la

exención al servicio militar que la ley solo parecía extender a los seminaristas católicos⁽⁸⁷⁾.

Este régimen fue sustancialmente modificado por la [ley 24.429](#) que impuso el Servicio Militar Voluntario, mas no derogó completamente el régimen anterior en su totalidad.

El [art. 32](#) de la [ley 24.429](#) establece que se derogan todas las disposiciones contenidas en la ley 17.531 (entre otras), más el [art. 19](#) de la ley establece que en caso que no se llegaran a cubrir con soldados voluntarios los cupos fijados, el Poder Ejecutivo puede requerir al Congreso Nacional, expresando las circunstancias y razones que motivan la solicitud, la sanción de una ley que lo autorice a convocar en los términos de la ley 17.531, por un período máximo de un año, a los ciudadanos que en el año de la prestación del servicio militar cumplan 18 años de edad⁽⁸⁸⁾.

De esta forma la ley que actualmente tiene plena vigencia es la 24.429, quedando la norma *de facto* 17.531 en un estado jurídico "latente" ante la posibilidad de una autorización del Congreso (a través de una nueva ley) que permita convocar argentinos bajo el sistema de conscripción.

La [ley 24.429](#) establece que "El Servicio Militar Voluntario" (SMV) es la prestación que efectúan por propia decisión los argentinos varones y mujeres, nativos, por opción o ciudadanos naturalizados, con la finalidad de contribuir a la defensa nacional, brindado su esfuerzo y dedicación personales con las características previstas en la presente ley.

La ley crea, por primera vez en la historia argentina, un servicio militar de carácter voluntario abierto para hombres y mujeres por igual.

Así, quien opte por realizar el servicio militar recibirá la capacitación, educación e instrucción necesaria para defender a la patria y a la Constitución, recibiendo asimismo una retribución fijada por el Poder Ejecutivo y "no podrán serles encomendadas tareas ajenas al servicio" ([art. 6º](#)).

En cuanto al cuerpo de reserva, la ley establece que "constituirán el componente ineludible del Sistema Nacional de Defensa" y que su organización, estructura, funcionamiento y capacitación se regirán por la ley que se dicte a tal efecto ([art. 11](#)).

Hasta el presente no se ha dictado una nueva ley sobre el cuerpo de reservas, aplicándose (todavía) la "ley" 19.101. Según esta norma *de facto* ([art. 3º](#)), el cuerpo de reservas está conformado por la reserva incorporada (quienes estén cumpliendo el servicio militar voluntario y/u obligatorio) y la reserva fuera de servicio (quienes proceden del cuadro permanente por retiro o por baja, quienes hayan

recibido instrucción militar, en ambos casos, siempre que conserven aptitud para el servicio militar y quienes no habiendo recibido instrucción militar, posea títulos, aptitudes y/o especialidades que permitan asignarle un grado dentro de la reserva)⁽⁸⁹⁾.

VII. EL SERVICIO CIVIL DE DEFENSA

El art. 27 de la ley 23.554 establece que "El servicio civil de defensa es la obligación de prestar servicios no militares, que deben cumplir los habitantes del país, a fin de satisfacer necesidades de preparación del potencial nacional para la eventualidad de una guerra, o para sostener el esfuerzo bélico ante el conflicto ya declarado".

Se modificó así el art. 1º de la norma *de facto* 20.318 limitando esta obligación al supuesto de una guerra internacional. La norma *de facto* (derogada por el art. 38 de la ley 23.554) preveía también su aplicación para casos de conmoción interior y alteración o suspensión de actividades y servicios públicos esenciales.

Los arts. 45 y 46 de la ley (título disposición transitoria) establecen que dentro de los 365 días de sancionada la ley el Consejo de Defensa Nacional deberá elevar al Poder Ejecutivo Nacional un anteproyecto de Ley del Servicio Civil de Defensa (art. 46, inc. c)).

No debe ser confundido con el "servicio social sustitutorio" (que se tratará más adelante), el cual se aplica para aquellos llamados a prestar servicio militar obligatorio y presentan una objeción de conciencia. El servicio civil de defensa es un deber que puede serle impuesto a civiles, que no están convocados a prestar servicio militar, a fin de "*satisfacer necesidades de preparación del potencial nacional para la eventualidad de una guerra, o para sostener el esfuerzo bélico ante el conflicto ya declarado*".

Al presente no existe ley alguna que reglamente el servicio civil de defensa, lo cual determina que cualquier acto de aplicación por parte del Poder Ejecutivo Nacional debe estar sujeto a un escrutinio estricto, en atención al imperio del principio de legalidad, autonomía personal y libertad emanados del art. 19 de la CN.

VIII. OBJECIÓN DE CONCIENCIA

La objeción de conciencia es un derecho fundamental derivado del principio de autonomía personal (art. 19, CN), del derecho a la libertad de conciencia (art. 14, CN; art. 18, DUDH y art. 18, incs. 1º a 3º del PIDCP) y del derecho a la libertad de cultos (Preámbulo; arts. 14 y 20, CN, art. 18, DUDH y art. 18, incs. 1º a 3º del PIDCP).

Consiste en el derecho a ser exceptuado de una obligación legal cuando su cumplimiento implica la vulneración los valores que hacen a cada persona un individuo.

Raz lo define como "un acto privado hecho para proteger al agente de interferencias por parte de la autoridad pública"⁽⁹⁰⁾.

Thoreau sostenía que "si la injusticia tiene un resorte, una polea, un cable, una manivela exclusivamente para sí, quizá usted pueda considerar si el remedio no es peor que la enfermedad; pero si es de tal naturaleza que le exige a usted ser el agente de injusticia para otro, entonces yo le digo, incumpla la ley. Deje que su vida sea la contra fricción que pare la máquina. Lo que tengo que hacer es ver, de cualquier forma, que yo no me prestó al mal que condeno"⁽⁹¹⁾.

Dworkin, por su parte, sostiene que la objeción de conciencia supone la existencia de convicciones basadas en principios, a la cual llama desobediencia civil "basada en la integridad", y para explicarlo usa el siguiente ejemplo: "Alguien que cree que sería sumamente incorrecto rehusarse a ayudar a un esclavo que se está fugando y llama a su puerta, e incluso peor, entregarlo a las autoridades, piensa que la Ley del Esclavo Fugitivo lo obliga a comportarse de forma inmoral. Su integridad personal, su conciencia, le prohíben obedecer. Lo mismo les ocurre a los soldados reclutados para combatir en una guerra que consideran injusta. (...) "La desobediencia basada en integridad es defensiva: sólo busca que el actor no haga algo que su conciencia le prohíbe"⁽⁹²⁾.

La *objeción de conciencia* es una de las formas en que se manifiesta el *ejercicio efectivo de la libertad de conciencia*. La herramienta para garantizar a los ciudadanos su carácter de individuos dentro de una sociedad y no solamente en su intimidad.

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en "Agüero" que "La libertad de conciencia consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales"⁽⁹³⁾.

Este derecho tiene una íntima vinculación con la obligación de armarse. Ya que su cumplimiento implica ser entrenado en el ejercicio de la violencia, adquirir la capacidad de matar, en caso de conflicto ejercer en forma personal y directa violencia letal frente a otro ser humano, la obligación de ser parte de una organización vertical que exige seguir órdenes, un cercenamiento de la libertad personal durante el todo el tiempo en el que se encuentre afectado a la defensa de la patria, la posibilidad sufrir daños a la integridad física y psicológica, pudiendo llegar a perder la vida.

Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia de la Nación al reconocer el derecho constitucional a la objeción de conciencia en el caso "Portillo" cuando sostuvo que "el servicio de las armas configura un aspecto de permanente reflexión por parte de los hombres. Parece claro que aquel ha sido considerado como una cuestión de honda gravitación y de marcado vínculo con los principios de diversos credos, no obstante la disparidad de sus posiciones. Hay en todo esto, por lo que las armas traducen, un profundo compromiso del hombre con su conciencia y sus creencias"⁽⁹⁴⁾.

La clave de "Portillo" es agudamente señalada por Nino cuando sostuvo que "la mayoría del Tribunal acudió no solamente a la libertad de cultos sino al principio de autonomía de la persona expresado por el art. 19, con lo que no solamente se admitió que la objeción podía tener bases no necesariamente religiosas sino fundadas en algún ideal del bien secular, sino también que el derecho a la privacidad quedaría reducido prácticamente a nada si se lo dejara de lado cada vez que su ejercicio pudiera tener alguna consecuencia nociva para terceros (como sería en el caso, ya que se supone que el servicio militar es impuesto por el legislador bajo la creencia de que acarrea algún beneficio social). Eso hace que, como se dijo antes, sea necesario hacer un balance entre la centralidad de la acción con la que el Estado pretende interferir para el plan de vida libremente elegido por el individuo y la magnitud de los presuntos perjuicios para terceros. Esto es lo que propone precisamente la Corte, sugiriendo — con extraordinaria lucidez — que ese balance debe hacerse desde un punto de vista imparcial, sin tomar en cuenta la validez o invalidez del plan de vida involucrado"⁽⁹⁵⁾.

Al reconocer el derecho a la objeción de conciencia, la Corte siguió los criterios del Consejo de Europa⁽⁹⁶⁾, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América⁽⁹⁷⁾ y la Comisión (hoy Consejo) de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁽⁹⁸⁾ (los dos primeros citados en el fallo, no así el último)⁽⁹⁹⁾.

El sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas también ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia. En 1987 la Comisión de Derechos Humanos hizo un llamamiento a todos los Estados parte de Naciones Unidas para que: 1) reconozcan la objeción de conciencia al servicio militar como un legítimo ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; 2) que establezcan procedimientos imparciales a fin de determinar la validez de la objeción en cada caso concreto; 3) que dispongan de una forma alternativa de cumplimiento al servicio militar compatibles con las razones del objetor; y 4) que los Estados se abstengan de encarcelar a esas personas⁽¹⁰⁰⁾.

Dos años después, en 1989, la Comisión de Derechos Humanos volvió sobre el asunto sosteniendo el derecho de toda persona a tener objeciones de conciencia respecto del servicio militar, en ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y de religión establecidos por los arts. 18 de la DUDH y 18 de PIDCP⁽¹⁰¹⁾.

En la misma línea se desarrolló la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos⁽¹⁰²⁾ quien en su comentario general 22 sobre el art. 18 del PIDCP entendió que "en el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia pero el Comité cree que ese derecho puede derivarse del art. 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias (...)"⁽¹⁰³⁾.

En cuanto a las razones que sustentan la objeción de conciencia, el Comité resolvió en el caso "Brinkhof v. Países Bajos" que el Estado no puede establecer diferencias entre unos objetores de conciencia y otros sobre la base de la naturaleza de sus creencias particulares debiendo dar el mismo trato a todas las personas que alberguen objeciones igualmente firmes al servicio militar sin poder discriminar respecto de la fundamentación de la objeción⁽¹⁰⁴⁾.

Con razón, Salvioli destaca que el Comité "señala que el art. 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, lo cual reviste importancia crucial al no restringir el derecho exclusivamente a creencias de tipo religioso y considerando que muchas objeciones de conciencia se fundan en motivos éticos o filosóficos no basados en creencia religiosa alguna"⁽¹⁰⁵⁾.

Hasta el caso "Jeong y otros"⁽¹⁰⁶⁾, el Comité utilizó el test de razonabilidad para evaluar la conducta de los Estados respecto de la relación existente entre la objeción de conciencia y la obligación de cumplir con el servicio militar obligatorio. Así en el caso "Yoon y Choi v. República de Corea" analizó la razonabilidad, aplicando el escrutinio de medio menos intrusivo (necesidad), de las causas expuestas por el Estado para limitar el derecho a la objeción de conciencia, de la siguiente forma: "(...) que en la legislación del Estado parte no se prevén procedimientos para reconocer las objeciones de conciencia al servicio militar. (...) El Comité observa también, en relación a la práctica pertinente del Estado parte, que un número cada vez mayor de los Estados parte en el Pacto que han conservado el servicio militar obligatorio han introducido alternativas y considera que el Estado parte no ha demostrado qué desventaja específica tendría para él que se respetaran plenamente los derechos de los autores en virtud del párr. 18. En cuanto a la cuestión de la cohesión social y la equidad, el Comité considera que el respeto

por parte del Estado de las creencias genuinas y sus manifestaciones es en sí un factor importante para el logro de un pluralismo estable y cohesivo en la sociedad. Observa también, que es en principio posible y, en la práctica, común de ideas alternativas al servicio militar obligatorio que no vayan en desmedro del principio básico del reclutamiento universal, sino que ofrezcan un beneficio social equivalente e impongan exigencias equivalentes a las personas, eliminando así las desigualdades entre quienes cumplen el servicio militar obligatorio y quienes optan por un servicio alternativo. Por lo tanto, el Comité considera que el Estado parte no ha demostrado que en el presente caso sea necesaria la limitación de que se trata, en el sentido de párr. 3º, art. 18 del Pacto (...)"⁽¹⁰⁷⁾.

A partir del caso "Jeong y otros", el Comité abandonó la aplicación del test de razonabilidad para considerar que *el derecho a la objeción de conciencia es parte del "núcleo duro" de derechos humanos*, en los términos del art. 4º del PIDCP, por ser inherente al derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión reconocido por el art. 18 del PIDCP⁽¹⁰⁸⁾. El Comité fundó su nuevo criterio sosteniendo que "El derecho a la objeción de conciencia al servicio militar es inherente al derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Otorga a cualquier persona el derecho a una exención del servicio militar obligatorio si no se puede conciliar ese servicio con la religión o las creencias de la persona. El derecho no debe verse menoscabado por la coerción (...)"⁽¹⁰⁹⁾.

Un tema central es la dilucidación de cuando existe una objeción de conciencia. La Corte en "Portillo"⁽¹¹⁰⁾ se refiere a su *sinceridad* dejando abierta la puerta a la existencia de algún procedimiento que permita al Estado controlar dicha *sinceridad* de la objeción. Esto no implicó que haya dejado abierta la puerta al control respecto del contenido de la objeción ya que el principio de autonomía personal del art. 19 de la CN impide al Estado valorar el contenido de la objeción (si es válida, moral o no).

Respecto de este tema, en 2012, el Comité de Derechos Humanos, en el caso "Kim v. República de Corea", estableció que *la exigencia legal sobre el objetor a declarar o no declarar las creencias que tiene en conciencia afectan su derecho a la intimidad*⁽¹¹¹⁾. Este criterio implica que el Estado debe ofrecer un servicio civil (no militar) en forma opcional a todos los llamados a servir al país, y en caso de no ofrecerlo eximir al objetor del servicio, *con solo denunciar la existencia de una objeción de conciencia, sin poder exigir que declare el fundamento de la misma*⁽¹¹²⁾.

Así, el Comité estableció que el servicio civil opcional, sin exigir que declare el fundamento de la misma, es la única forma de respetar

el derecho a la intimidad y a la objeción de conciencia de las personas.

Este criterio resulta obligatorio en nuestro país debido a que las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos son pauta obligatoria de interpretación y aplicación en atención a la jerarquía constitucional que ostentan la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75, inc. 22 de la CN) en las condiciones de su vigencia tal y como ha sido reconocido pacíficamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽¹¹³⁾.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Castillo"⁽¹¹⁴⁾, sin referirse expresamente a la doctrina sentada en "Portillo", entiendo que *modificó su criterio respecto del control de la "sinceridad" de la objeción de conciencia*, en consonancia con la doctrina sentada por el Comité de Derechos Humanos en el caso "Kim vs. República de Corea".

Lo hizo al resolver respecto de la inconstitucionalidad de la disposición 45/2009 sancionada por la provincia de Salta entendiendo que la norma exigía a proporcionar datos sensibles, en violación a la ley 25.326, y "Que la obligación de completar y entregar el cuestionario formulario —el que queda agregado al legajo escolar del alumno— resulta claramente violatorio del derecho que tiene toda persona de no revelar un aspecto de su esfera personal —tales como los pensamientos o la adhesión o no a una religión o creencia— en tanto obliga a divulgar una faceta de la personalidad espiritual destinada a la dimensión propia de cada individuo.

"Que cabe destacar que el derecho al silencio implica la posibilidad de hacer valer la facultad de reservarse ideas, sentimientos, conocimientos y acciones que no se desea voluntariamente dar a publicidad o revelar a terceros, o cumplir. (...)

"En este contexto, aceptar como principio que alguien pueda ser obligado a revelar sus creencias religiosas, por más insignificante que pudiera parecer en algunos supuestos, es abrir una grieta en el sistema de derechos fundamentales. La tolerancia de lo que parece irrelevante es lo que ha desencadenado, en otros países, un descenso progresivo hacia lo intolerable"⁽¹¹⁵⁾.

Y cierra, para no dejar lugar a dudas respecto de la aplicación de la regla de derecho a otros casos (como, por ejemplo, el del objetor de conciencia), que "Los principios que sirven para resolver un caso deben ser aplicables a toda una categoría de situaciones análogas. La creencia religiosa es algo privado y la coerción para revelarla genera graves afectaciones de derechos humanos. Este tipo de

situaciones es lo que está causando graves problemas en otras regiones del mundo y es visible en el derecho comparado"⁽¹¹⁶⁾.

Llegados a este punto corresponde introducirnos en los efectos concretos del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia.

Al respecto, la jurisprudencia nacional e internacional es conteste en que el Estado debe ofrecer un servicio nacional de carácter no militar, o eximir al objetor del cumplimiento de la obligación (en caso de no tener previsto un servicio nacional no militar).

La Corte Suprema de la Nación en "Portillo" resolvió "Que, por ende, esta Corte concluye en que cabe reconocer, como principio, el derecho de los ciudadanos a que el servicio de conscripción —art. 21— pueda ser cumplido sin el empleo de armas, con fundamento en la libertad de cultos y conciencias —art. 14— derecho cuya extensión deberá ser determinada según las circunstancias de cada caso. Asimismo, también es conclusión de este Tribunal que, a la sola luz de la Ley Fundamental, no asiste derecho, sobre la base indicada, para eximirse de dicho servicio de conscripción"⁽¹¹⁷⁾.

El Comité de Derechos Humanos exige, en caso de que el Estado no acepte eximir de todo servicio, la existencia de un servicio civil de carácter no punitivo ni discriminatorio. Así ha sostenido que "(...) Un Estado podrá, si lo desea, obligar al objetor a prestar un servicio civil como alternativa al servicio militar, fuera de la esfera militar y sin sujeción a mando militar. El servicio alternativo no debe tener carácter punitivo, sino que debe ser un verdadero servicio a la comunidad, compatible con el respecto de los derechos humanos (...)"⁽¹¹⁸⁾.

En cuanto al carácter no punitivo del servicio civil resulta de interés la resolución del Comité de Derechos Humanos en el fallo "Foin v. Francia"⁽¹¹⁹⁾ cuando descalificó por discriminatorio el servicio nacional civil por un período de dos años, mientras el servicio militar era de un año.

En línea con lo prescripto por el bloque federal de constitucionalidad la Ley de Servicio Militar Voluntario prevé para el hipotético y excepcional caso de no llegar a cubrir con soldados voluntarios los cupos fijados por el presidente de la Nación (art. 19 de la ley 24.429)⁽¹²⁰⁾, la existencia de un servicio social sustitutorio, que pasamos a analizar.

IX. SERVICIO SOCIAL SUSTITUTORIO

La ley 24.429, en su art. 20⁽¹²¹⁾ establece un servicio social sustitutorio que consistirá en la realización de actividades de utilidad pública no militares⁽¹²²⁾ para aquellos ciudadanos que "se consideren

impedidos para cumplir con la capacitación militar, en razón de profesar profundas convicciones religiosas, filosóficas o morales, opuestas en toda circunstancia al uso personal de armas o a la integración de cuerpos militares".

El legislador reconoce por primera vez la existencia del derecho a la objeción de conciencia con la fuerza suficiente de enervar la obligación de armarse en defensa de la patria, estableciendo un servicio alternativo que pretende permitir al ciudadano cumplir con el contenido esencial de la obligación establecida en el art. 21 de la CN y ser respetado en sus profundas convicciones como individuo autónomo.

La ley no prevé ningún procedimiento de control a la *sinceridad* de las profundas convicciones, debiendo interpretarse que es suficiente que el ciudadano invoque que "se considere impedido", en línea con el criterio del Comité de Derechos Humanos en el fallo "Kim v. Corea" y con lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Castillo".

Donde la ley no es conteste con la regla de derecho establecida por la Corte en "Portillo", "Castillo", ni en los precedentes internacionales, es cuando exige al objetor que su convicción tenga un contenido específico "opuesta en toda circunstancia al uso personal de armas o a la integración de cuerpos militares". Se exige que el objetor sea un pacifista pretendiendo descalificar a quienes tengan otras convicciones, como por ejemplo, aquel objetor de una guerra determinada.

El exigir un contenido determinado para el reconocimiento de la objeción vulnera el principio de autonomía del objetor, ya que el legislador toma posición respecto de "la validez o invalidez del plan de vida involucrado".

A la violación al principio de autonomía se suma la irrazonabilidad de la disposición. Singer sostenía que "no hay razón para pensar que la objeción más específica sea menos concienzuda, y me parece que es la posición más racional"⁽¹²³⁾. Exigiendo la ley que las convicciones filosóficas o morales sean profundas no resulta un medio idóneo privilegiar una toma de posición menos concienzuda⁽¹²⁴⁾.

El hecho de que la disposición fija el mismo plazo para ambos servicios (no podrá ser superior a un año), prevé que el servicio se cumpla en una zona cercana al domicilio (art. 23) y el reconocimiento de derechos básicos (art. 25) demuestran que el instituto no tiene un fin punitivo.

El servicio social no está totalmente "fuera de la esfera militar y sin sujeción a mando militar", tal como lo exige el Comité de Derechos Humanos⁽¹²⁵⁾. La comisión que coordina la realización del servicio

social sustitutorio está integrada por representantes del Ministerio de Defensa (art. 22) y quienes lo cumplan durante tiempo de conflicto armado de carácter internacional están sujetos a jurisdicción militar (art. 29).

En un examen global e histórico respecto del servicio social sustitutorio entendemos que implicó un importante avance en el reconocimiento de los derechos fundamentales que protegen la autonomía personal, la libertad de conciencia, y la libertad de religión. Al presente no existen precedentes judiciales respecto de la aplicación del instituto.

X. CONCLUSIONES

1. El art. 21 forma parte del primer capítulo "Declaraciones, derechos y garantías" de la primera parte de nuestra CN porque contiene una garantía que limita el poder militar del Estado.

2. La obligación de armarse en defensa de la patria y de esta Constitución tiene carácter relativo.

3. Están alcanzados por la obligación de armarse todos los ciudadanos argentinos nativos sin distinción alguna por su sola condición de ciudadanos.

4. Los ciudadanos argentinos naturalizados gozan del derecho a optar por cumplir con la obligación durante los 10 años posteriores a la obtención de su ciudadanía.

5. Para que la obligación sea exigible los ciudadanos deben ser llamados a "en defensa de la patria y de esta Constitución".

6. El art. 21 establece los fines de las fuerzas armadas: la defensa exterior de la Nación frente a ataque exterior.

7. La Constitución no establece la forma en que dicha obligación debe cumplirse, siendo resorte de los poderes constituidos la elección de la misma, por ejemplo: servicio militar obligatorio o voluntario.

8. El derecho a la objeción de conciencia que pertenece al núcleo duro de derechos humanos fundamentales en los términos del art. 4º del PIDCP.

9. El derecho de quien plantea la objeción a no declarar el contenido de su creencia, siendo suficiente que exteriorice su preferencia por el servicio civil.

10. La obligación del Estado de dar preeminencia al derecho a la objeción de conciencia frente a la obligación de cumplir el servicio militar obligatorio en todos los casos.

11. La potestad del Estado de organizar un servicio civil que excluya todo contenido u organización militar, que no tenga carácter punitivo y que no sea discriminatorio.

12. La obligación del objetor de conciencia de cumplir con el servicio civil organizado de tal forma y el derecho a abstenerse de hacerlo si no cumple todas las condiciones indicadas.

* * *

Art. 22.—

El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de este, comete delito de sedición.

Comentario por Roberto Gargarella

I. LA CONCEPCIÓN ALBERDIANA DEL ORDEN

Un antecedente fundamental del actual art. 22 de la Constitución se encuentra en el trabajo de Juan Bautista Alberdi, "Proyecto de Constitución de 1852". El escrito consiste en un proyecto constitucional que incluye unas breves notas y comentarios de parte del jurista argentino. En el capítulo 4º del proyecto, aparece el título "Garantías públicas de orden y de progreso", que incluye los arts. 25 y 26 que —sintetizados de un modo particular— se convertirían en el actual art. 22 (el art. 23 se reservaría mientras tanto para la figura del estado de sitio, también relevante para esta discusión). Los artículos en cuestión decían:

"Art. 25: La fuerza armada no puede deliberar, su rol es completamente pasivo".

"Art. 26: Toda persona o reunión de personas, que asuma el título de representación del pueblo, se arrogue sus derechos o peticione a su nombre, comete sedición".

En una breve pero relevante nota al pie, Alberdi deja que en claro que "al lado de las garantías de *libertad*, nuestras Constituciones deben traer las garantías de *orden*; al lado de las *garantías individuales*, que eran todo el fin constitucional en la primera época

de la revolución, las *garantías públicas*, que son el gran fin de nuestra época, porque sin ellas no pueden existir las otras"⁽¹²⁶⁾.

El corto párrafo resulta revelador de algunas claves del pensamiento alberdiano y, asimismo, de aspectos centrales de su entendimiento sobre los artículos señalados. En primer lugar, Alberdi no veía al constitucionalismo como propio de un momento único, destinado a perdurar para el resto de los tiempos, sino como una empresa que evolucionaba —o, mejor, que debía evolucionar— por etapas, conforme a las necesidades más apremiantes del país. En segundo lugar, Alberdi subrayaba la imperiosa urgencia de asegurar el orden, como precondition del logro pleno de las libertades prometidas. Señala entonces dos etapas claramente diferenciadas, como distintivas del constitucionalismo regional: una primera (que comenzara alrededor de 1810), posterior a la ruptura con la corona española, en la que hubiera una especial preocupación por el valor de las libertades individuales; y una segunda, más propia de su tiempo, orientada a la consolidación del orden —un orden capaz de dar sentido a las libertades afirmadas en la primera etapa.

La cosmovisión de Alberdi sobre el tema se completa perfectamente, por lo demás, con las cuatro referencias a las que remite el publicista argentino, antes de cerrar su párrafo. Advierte entonces que sus observaciones deben complementarse con lo dicho por él en los capítulos X, XII, XVIII y XXV de su libro (conocido como las *Bases*). Alberdi es muy preciso en su selección, ya que los cuatro capítulos terminan de contornear bien sus ideas sobre el tema, permitiéndonos entender el contexto político-institucional que da cuenta de los artículos citados (25 y 26 de su proyecto). Veamos las cuatro referencias complementarias, entonces, con algún detalle.

i) *En el capítulo X, Alberdi insiste con su entendimiento de un constitucionalismo por etapas, y reflexiona sobre el tipo de Constituciones —transicionales antes que definitivas— necesarias en su tiempo. Estas Constituciones —así lo aclara— son muy diferentes del tipo de Constituciones que fueran necesarias apenas luego de la independencia.* Alberdi señala entonces que "el fin de las Constituciones de hoy día", es el de "propender a organizar y constituir los grandes medios prácticos de sacar a la América emancipada del estado obscuro y subalterno en que se encuentra"⁽¹²⁷⁾, y considera a la Constitución ahora necesaria como propia de "tiempos excepcionales", es decir, "de transición y creación", antes que "definitivas y de conservación".

ii) *En el capítulo XVIII, Alberdi expande y clarifica los puntos anteriores, aludiendo a los "fines" del gobierno que son necesarios "hoy" (es decir, fines diferentes de los que eran propios del "primer*

período de la revolución"). Se trata de fines de tipo "material" —que incluyen, notablemente, al "orden" y a la "paz", entendidos como precondiciones del engrandecimiento económico. Sostiene entonces Alberdi: "hoy deben preocuparnos especialmente los fines económicos", y no los "políticos", como en aquella época. Lo que se requiere es la creación de "una Constitución que tenga el poder de las hadas, que construyan palacios en la noche", y para ello deben pensarse en "medios" particulares, consistentes en las "garantías públicas de progreso y engrandecimiento", favorables a la población del "desierto" que todavía parecía caracterizar el país. Ello, facilitando entre otras actividades el comercio, el trabajo, la industria, o cuidando de la propiedad. Aparece entonces su referencia a otra búsqueda prioritaria: la de "la paz y el orden interior". La paz —aclara— "es tan esencial al progreso de estos países (...) que la Constitución que no diese más beneficio que ella sería admirable y fecunda en sus resultados". Esto requeriría, según veremos, limitar temporalmente los derechos políticos que deberían quedar entonces relegados para una posterior —tercera, futura— etapa del constitucionalismo.

iii) En el capítulo XII, Alberdi advierte que el modo político de alcanzar las finalidades descritas no refiere a un tipo de democracia puro o a una República "verdadera", sino a una fórmula provisional, al estilo chileno: "monárquica en el fondo y republicana en la forma". Sostiene entonces: "no estamos bastante sazonados para el ejercicio del Gobierno representativo, sea monárquico o republicano"⁽¹²⁸⁾. Más específicamente, afirma que el "Gobierno conveniente y adecuado para andar este período de preparación y transición" puede encajar dentro del sistema republicano, pero solo en una versión o especie particular ("la república posible"), acomodada "a nuestra edad"⁽¹²⁹⁾. El modelo que ofrece en tal sentido es uno que incluye rasgos fuertemente autoritarios, como el explorado por Chile, desde la independencia, y que se consolidara a partir de la Constitución de 1833. El gobierno chileno —afirma entonces— "ha encontrado en la energía del poder del presidente las garantías públicas que la Monarquía ofrece al orden y a la paz, sin faltar a la naturaleza del Gobierno republicano"⁽¹³⁰⁾. Cita entonces a Bolívar para describir al peculiar aparato institucional al que se estaba refiriendo: la posibilidad de contar con "reyes con el nombre de presidentes".

iv) En el capítulo XXV, finalmente, Alberdi da cuenta de algunos de los rasgos particulares que caracterizarían a este Poder Ejecutivo, capacitado para mantener "el orden y la paz": un Ejecutivo con injerencia decisiva en la legislación, y con los poderes necesarios

para restablecer la tranquilidad —sobre todo, a través de la figura del estado de sitio— en caso de ataques exteriores o conmoción interior. Se trataba, entonces —aclara Alberdi— de conseguir un presidente que "tenga la estabilidad que el Poder ejecutivo realista" tenía⁽¹³¹⁾. Se refiere enseguida a los medios necesarios para asegurar que el Poder Ejecutivo tenga "todas las facultades que hacen necesarias los antecedentes y las condiciones del país y la grandeza del país para que es instituido. De otro modo habrá Gobierno en el nombre, pero no en la realidad" —aclara. Allí entonces vuelve al ejemplo chileno: "la solución de Chile" —sostiene— "es la única racional en Repúblicas que antes fueron Monarquías", y ella consistía en dotar al Poder Ejecutivo de los medios necesarios para hacer "respetar" la Constitución "con la eficacia de que es capaz la dictadura misma"⁽¹³²⁾. Se trata de un "presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano"⁽¹³³⁾. Y agrega también: "Yo no veo por qué en ciertos casos no pueden darse facultades omnímodas para vencer el atraso y la pobreza, cuando se dan para vencer el desorden, que no es más que el hijo de aquéllos"⁽¹³⁴⁾. De la conformación del Poder Ejecutivo — de su capacidad para "defender y conservar el orden y la paz, es decir, la observancia de la Constitución y de las leyes"— "depende la suerte de los Estados de la América del Sur"⁽¹³⁵⁾. Las "garantías individuales" tantas veces proclamadas pasan en su opinión a representar "palabras vanas", "mentiras asombrosas", si es que no se hacen efectivas por medio de las "garantías públicas", siendo la primera de estas "el Gobierno, el Poder ejecutivo revestido de la fuerza capaz de hacer efectivos el orden constitucional y la paz, sin los cuales son imposibles la libertad, las instituciones, la riqueza, el progreso"⁽¹³⁶⁾. Cita entonces al "padre" del constitucionalismo conservador chileno, Juan Egaña, y atribuye a su sabiduría la creación de una Constitución tan original como la de los Estados Unidos. Las palabras de Egaña que retoma al respecto son elocuentes: "Es ilusión un equilibrio de poderes. El equilibrio en lo moral y en lo físico reduce a nulidad toda potencia".

Alberdi elogia entonces, en particular, los arts. 82, inc. 1º y 20, y el 161 de la Constitución chilena del 1833, que garantizaron, en su opinión "por veinte años la paz"⁽¹³⁷⁾. El art. 82, inc. 1º, vale aclararlo, se refiere a la intervención del presidente en la "formación de leyes". El art. 82, inc. 20 alude a la posibilidad de declarar el estado de sitio frente a ataques exteriores. Y el art. 161 alude a los efectos del estado de sitio en torno a las libertades de las personas⁽¹³⁸⁾. Allí residían entonces, para Alberdi, las claves fundamentales del presidente garante de la tranquilidad.

En definitiva, lo que tenemos aquí es un entendimiento muy preciso sobre los contornos que dan sentido a los arts. 25 y 26 de su proyecto constitucional, directos antecedentes del art. 22 aquí bajo estudio. Se trata de piezas fundamentales, dentro de un armazón institucional más amplio, orientado a asegurar la "paz" y el "orden". Y a la vez, se trata de un esquema que responde directamente a un entramado teórico complejo y compacto. No se trata —nos dice Alberdi— de un modelo constitucional establecido, definitivo y para siempre, sino de otro provisional, de transición, que necesitará ser revisado en un futuro próximo.

Lo dicho se refiere a la vez de un esquema que asume que la ciudadanía aún no está capacitada para su autogobierno, y una Nación que todavía no se encuentra en condiciones de afirmar un gobierno republicano. Lo que se procura entonces es dar contenido a una especie de república —una república "posible" y, como tal, en la "forma"— de rasgos autoritarios en el "fondo".

II. ¿CÓMO INTERPRETAR EL LEGADO ALBERDIANO?

Resulta más interesante pensar ahora el contenido del art. 22, teniendo mayor claridad sobre el contexto en el que tuvo lugar su escritura, y el marco teórico dentro del cual estuvo inserto. Tomando como dato decisivo, en este sentido, al pensamiento de Alberdi, contamos con un punto de partida interesante para llevar adelante la tarea de interpretación requerida.

Al respecto y, en primer lugar, convendría pensar en los límites que ofrece una lectura interpretativa muy extendida, pero que no es la que aquí auspiciamos: una teoría originalista, preocupada por la historia y, en este sentido, por la "fidelidad" con el sentido originario de la Constitución. Para quienes propician una concepción interpretativa de este tipo, el pensamiento de Alberdi resulta más bien ríspido o incómodo. Ocurre que el propio Alberdi se resistía —muy centralmente— a que se mirase a las Constituciones como fijas en el tiempo, cuando todo el objetivo de las mismas debía ser el de servir a circunstancias particulares, propias de y diferentes en cada etapa histórica.

Por lo dicho, resultaría impropio para una interpretación originalista centrada, razonablemente, en el pensamiento de Alberdi, el seguir insistiendo con una concepción restrictiva sobre la democracia, y limitativa sobre la República que, en todo caso, podía ajustarse a lo que Alberdi pensaba para una situación coyuntural y de transición, hacia la consolidación del orden. El país se encontraba entonces en un momento de reorganización institucional, luego de décadas del más férreo autoritarismo y de una grave brecha de división social,

entre facciones enfrentadas. Era el tiempo de asegurar la paz tendiendo puentes entre sectores diferentes y, a la vez, evitando nuevas rupturas provenientes de grupos disconformes u hostiles hacia el nuevo orden.

A mediados del siglo XIX, el aparato teórico alberdiano daba pistas firmes de por qué y para qué se habían ideado institutos que hablaban de "sedición" y de un pueblo que debía mantenerse alejado de todo protagonismo en la decisión y control de los asuntos públicos. Por el contrario, a comienzos del siglo XXI, una visión interpretativa que insistiera con aquello que pensara Alberdi, explícitamente, para una coyuntura muy particular, implicaría deshonorar más que ser fiel al pensamiento alberdiano. Mucho más todavía cuando él fue explícito en el carácter provisional y de transición del tipo de soluciones que entonces auspiciaba. Claramente, implicaría deshonorar a Alberdi mantener una mirada limitadamente democrática y semirepublicana, que era la que él quería afirmar exclusivamente por un tiempo breve. Por lo dicho, resulta llamativa la jurisprudencia que —conforme veremos— pretende insistir en la actualidad de aquel pensamiento de "transición"; como curiosas las lecturas que, tratando de buscar "fidelidad" con el texto original, insistan en un sentido restringido de ideas como la de que "el pueblo no delibera ni gobierna".

Ahora bien, si el mantener una lectura restringida de nociones como las de "democracia" o "república", resulta extraño desde el punto de vista de una lectura originalista de la Constitución; lo es todavía más si adoptamos una aproximación interpretativa diferente, más centrada en el sentido presente de la Constitución. Y es que — resulta obvio— la Constitución vigente no es la de 1853, sino otra que se ha modificado varias veces, tanto en su texto como en el sentido colectivo compartido en torno a su texto. Todas estas modificaciones, por lo demás, y sobre todo, han ido siempre en la misma dirección: la de ampliar una y otra vez el componente democrático de la Constitución, restringiendo así la posibilidad de alegar una versión estrecha de la idea de que "el pueblo no delibera ni gobierna", que fue apenas ajustada a la realidad constitucional —si es que alguna vez— en los años en que fuera formulada y defendida por Alberdi, a sabiendas del carácter necesariamente provisional del aserto (enseguida volveremos sobre este punto).

III. LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA EN TORNO AL ART. 22

Desde la puesta en marcha de la Constitución de 1853, el art. 22 fue activado escasas veces. En tal respecto, es interesante recordar de qué modo la doctrina y la jurisprudencia leyeron al artículo en

cuestión, tanto desde su costado "negativo", relacionado con los límites de lo que la ciudadanía puede hacer, como "positivo", referido a los alcances posibles de sus acciones⁽¹³⁹⁾. Asimismo, importa reconocer el modo en que se pensaron las bases democrático-republicanas en que está asentado el art. 22. Veamos algunos ejemplos de estas lecturas.

Petición y reunión. En relación con derechos como el de reunión y petición mencionados en el art. 22 dice Joaquín V. González, en su famoso "Manual" sobre la Constitución, que esta "no define" el derecho de reunión "pero lo reconoce implícitamente". Ello, dado que el art. 22 sostiene *a contrario sensu*, que "es permitida toda reunión que no se proponga tal usurpación de los derechos del pueblo", como ocurre típicamente en una "reunión pacífica dentro del orden social y con fines lícitos"⁽¹⁴⁰⁾. La jurisprudencia también tiende a afirmar este punto, por ejemplo, al reconocer "el derecho de los ciudadanos o habitantes a reunirse pacíficamente" que "fluye, no sólo del principio general según el cual las declaraciones, derechos y garantías que (la Constitución) enumera", que no pueden ser entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, sino también "del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33)", del más explícito "derecho de peticionar a las autoridades" del art. 14, y "especialmente de lo establecido por el art. 22 de la ley fundamental, en cuanto implícitamente admite las reuniones de personas siempre que no se atribuyan los derechos del pueblo ni peticionen en su nombre y, toda vez que ningún habitante de la Nación puede ser privado de lo que la ley no prohíbe (art. 19)" (Fallos 156:81).

Sedición. Por otra parte, y en su referencia al delito de sedición, la Corte vinculó a este último concepto con situaciones de tipo "excepcional", orientadas a "posibilitar la autodefensa de la comunidad en situaciones de máximo peligro" y así enfrentar "las condiciones de violencia y de amenaza o daño colectivo que hayan surgido como consecuencia de actividades subversivas o insurreccionales" (Fallos 246:237). La jurisprudencia reconoció entonces los poderes del legislativo para "dictar medidas prohibitivas en defensa del estado democrático" frente a "agrupaciones políticas subversivas que propugnen la rebelión, el golpe de Estado, la huelga revolucionaria o la disolución, por medios ilícitos, de las instituciones de gobierno" (Fallos 253:133). En una diversidad de fallos, el Máximo Tribunal precisó en qué casos estaba dispuesto a reconocer la existencia de una situación sediciosa. Así, por caso, la Corte mantuvo que "El hecho de sublevar y disolver un contingente del ejército nacional es un acto de sedición" (Fallos 7:457); o que "La prisión de

un comisionado nacional, ordenada por haber cumplido su comisión, es un acto de sedición" (Fallos 8:78).

Democracia y sistema republicano. En su momento, autores como Carlos Bidegain destacaron del art. 22 que el mismo era "categórico el rechazo de la democracia directa" que el mismo establecía⁽¹⁴¹⁾. Bidegain, en particular, vinculó al artículo con la "ideología democrático-liberal" de la Constitución, y a la certeza —que entendía cada vez más extendida en el tiempo— de que la democracia directa era y debía ser rechazada, más allá de sus "defectos y peligros", dadas las ventajas propias del sistema representativo⁽¹⁴²⁾. Sin embargo, contra dicha idea, debiera decirse, en primer lugar, que se trata de una ideología "liberal individualista", al decir de Sánchez Viamonte, no solo polémica en sí misma, sino además —y para seguir con el publicista citado— en tensión con "las exigencias morales y técnicas de nuestro tiempo"⁽¹⁴³⁾. De modo más relevante, debiera decirse que no solo hemos renovado nuestros entendimientos teóricos en materia de democracia —desde entonces a hoy— sino que además hemos modificado nuestra Constitución de modo conforme, de forma tal que en la actualidad resulta muy difícil seguir vinculando al art. 22 con una doctrina restrictiva en materia de democracia y en relación con las posibilidades y límites del accionar del pueblo.

La justicia argentina mantuvo una posición entre poco clara y muy inatractiva en esta materia. Por caso, en "Baeza c. Estado Nacional" (Fallos 306:1125), el Máximo Tribunal debió decidir en torno a un caso iniciado por un particular que consideró inconstitucional la convocatoria a consulta popular realizada por el presidente Alfonsín, en 1984, para terminar de resolver un diferendo limítrofe con Chile. La Constitución, cabe señalar, todavía no había sido modificada, pero sí —podría agregarse— habían quedado muy atrás los temores, prevenciones y cláusulas "transicionales" ideadas por Alberdi más de un siglo atrás. La Corte, sin embargo, eligió no pronunciarse sobre la cuestión de fondo, y se conformó con mencionar que el reclamante no había presentado un caso ni agravio concreto.

De modo más preocupante, la justicia argentina insistió una y otra vez, en tiempos recientes, en una mirada otra vez estrecha en torno al art. 22. Ello, muy en particular, frente al tipo de conflictos y protestas sociales propias de los últimos años en el país, tal como tomaron forma especialmente a partir de la grave crisis político-económica que afectara a la Argentina en el año 2001. Dada la notable centralidad adquirida por esta línea jurisprudencial, apoyada habitual aunque no exclusiva ni primariamente en el art. 22, en lo que sigue, examinaremos con algún detalle mayor sus contenidos.

IV. DERECHO Y PROTESTA, A LA LUZ DEL ART. 22

Seguramente, el caso más paradigmático en materia de protesta social, decidido bajo el apoyo del art. 22, fue el resuelto por la Cámara Nacional de Casación Penal en "Schifrin, Marina" (nro. 3905, 03/07/2002). En la parte central de su decisión, y como modo de justificar la condena que le imponía a la docente Marina Schifrin, que había protagonizado un bloqueo al tránsito en protesta por las condiciones salariales que afectaban a su gremio, la Cámara presentó una interpretación particularmente restrictiva (a la vez que implausible, podríamos agregar) del art. 22 y del delito de sedición. Citando al constitucionalista Miguel Ekmedjián, la Cámara sostuvo que, de acuerdo con la Constitución argentina, solo existía una "forma legítima" para la expresión de la soberanía del pueblo, que es el sufragio. "Por medio del sufragio —dijo el tribunal— el pueblo rechaza o acepta las alternativas que le propone la clase política. Otros tipos de presunta expresión de la voluntad popular, distintos del sufragio —tales como reuniones multitudinarias en plaza, reuniones en lugares públicos, encuestas, huelgas u otros medios de acción directa, vayan o no acompañados por las armas—, no reflejan la opinión mayoritaria del pueblo sino, a lo sumo, la de un grupo sedicioso".

Argumentaciones similares aparecieron en casos como "Alais"⁽¹⁴⁴⁾, en el que la Cámara de Casación Penal desconoció el valor de cualquier argumento basado en derechos, capaz de justificar el accionar de los protestantes (en este caso, se trataba de analizar la conducta de algunos trabajadores ferroviarios que habían interrumpido brevemente la circulación de trenes). La mayoría de la Cámara sostuvo entonces que era inexacto afirmar que en el caso analizado existiera un genuino conflicto entre derechos que forzara al intérprete a "optar entre valores jurídicos opuestos". Por el contrario, los jueces concluyeron que los manifestantes tenían otros medios de protesta a su disposición que eran mucho menos perjudiciales para los intereses de la comunidad. La acción en cuestión fue luego descrita como "un ejercicio de derechos [irregular e] ilegal", y los manifestantes fueron condenados.

El protagonismo del art. 22 en casos decisivos sobre la protesta social fue recurrente en todos estos años. Solo para citar algunos ejemplos al respecto puede mencionarse, por caso, la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, en diciembre de 2013, en el caso "Vázquez, Leonardo; Soto, Ricardo Daniel; Rivera, Ricardo s/entorpecimiento de Servicios Públicos (art. 194)", relativo a una protesta en reclamo de mejoras salariales. La Cámara sostuvo

entonces que ningún derecho es absoluto, y que "el derecho de peticionar comprende la presentación de solicitudes de todo tipo ante los poderes del Estado y demás destinatarios y por consiguiente el de obtener una respuesta, resulte o no la misma favorable". Por ello —concluyó— el ejercicio de la protesta puede realizarse, entonces, "de múltiples maneras —pedidos de audiencias, reuniones en lugares públicos, etc.— pero su límite se encuentra en las previsiones del art. 22 de la Carta Magna, pues de otra manera se tornarían abusivos y, como tal, ilegítimos".

De modo similar, puede citarse una decisión de la sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de La Plata, en el caso "s/infracción art. 191 del Cód. Penal", de abril 2012. En dicha situación, el tribunal sostuvo que "el art. 22 de la Constitución impone límites al derecho de peticionar" y que "el hecho de que se trate de reuniones públicas estimula interferencias de derechos fundamentales de los habitantes que no participan de ella e incluso ignoran y resultan sorprendidos por su realización".

La idea de que los protestantes se excedían de los límites constitucionales establecidos, en torno a derechos como el de petición, apareció en una diversidad de casos. En "Asaad, Ana Lorena y otros c. Pan American Energy SA s/d. y p. res. contractual particulares", del 23 de septiembre de 2008, por ejemplo, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén se pronunció por el levantamiento de un "piquete" establecido por manifestantes, alegando que los mismos incurrían en un "abuso del derecho a peticionar que consagra la CN, con total desprecio de los derechos de los demás".

De la misma manera, la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia en el caso "Pedrozo, Daniel, Gimenez, Daniel Eduardo y Maldonado Alberto Rubén s/infracción art. 194 Cód. Penal", del 23 de mayo de 2013, volvió a la idea de que el derecho de peticionar a las autoridades "no justifica a que en su nombre se realicen conductas que encuentran tipificación en el Cód. Penal", y esto, "ante la existencia de otras formas de manifestación posible —presentaciones escritas, audiencias públicas o reuniones de diversa índole en lugares que lograrían llamar la atención en medida análoga— que evitarían la producción de ingentes perjuicios a los ciudadanos que se encuentran fuera de la protesta y que pretenden circular libremente, con distintas finalidades, sin ser objeto de privaciones irracionales"⁽¹⁴⁵⁾.

V. ¿POR QUÉ INTERPRETAR EL ART. 22 DE OTRO MODO?

Las razones para leer al art. 22 de una forma muy diferente a la que —desde distintos lados y en sus diversos aspectos— lo han venido haciendo la jurisprudencia y doctrina dominantes (sobre todo, pero no exclusivamente, en materia de protesta social) son diversas. Las más importantes se vinculan con la implausibilidad teórica del enfoque predominante, pero la más fácil de reconocer es otra: simplemente, nuestra Constitución ha cambiado significativamente desde que Alberdi pensara en las bases y motivos del actual art. 22, y hasta hoy.

En efecto, tanto la reforma constitucional de 1957, como —todavía más— la de 1994, implicaron una renovación profunda del texto original de 1853, en lo relativo a cómo entender su mensaje ideológico más importante —en particular, aquí, en torno al papel del "pueblo" dentro de un sistema representativo. Hoy —y a la simple luz del texto constitucional— de ningún modo puede afirmarse, con la ligereza o seguridad de entonces, que "el pueblo no delibera ni gobierna", atando el sentido de dichos términos a la "república posible" o la democracia limitada en la que pensaba Alberdi, para una breve coyuntura. Los cambios en la materia son contundentes, ya que la propia Constitución da cuenta en su renovado texto, de los diversos modos en que la ciudadanía sí delibera y gobierna, en ámbitos diversos, pero siempre de primera importancia: desde el trabajo hasta la política.

Piénsese, en primer lugar, en la reforma de 1957 que incorpora en el art. 14 bis los compromisos sociales que había querido establecer la invalidada reforma de 1949. Ahora, y de acuerdo con el texto reformado, se afirma que el pueblo trabajador debe "participar" en las ganancias de las empresas, en donde también debe alcanzar el "control de la producción y colaboración en la dirección" (art. 14 bis). A la vez, se habilita a los ciudadanos para formar gremios, "concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje", etc. Es decir, la propia Constitución reformada en 1957, ya trasciende con amplitud la idea restringida sobre el papel del ciudadano que fuera propia del enfoque provisional y limitativo de 1853.

Los cambios resultan más significativos todavía —y más decisivos para dejar atrás la lectura alberdiana— en la reforma de 1994. La nueva reforma, en efecto, reconoció e incorporó una cantidad de institutos que muestran los límites estrechos a los que queda reducida la antigua fórmula del pueblo que no delibera ni gobierna, ya erosionados en 1957. Ahora se habla de partidos políticos organizados a la luz del principio de la soberanía popular y de una igualdad real de oportunidades entre mujeres y varones para el

acceso a cargos electivos y partidarios (arts. 37 y 38); se hace mención, entre otras iniciativas, al derecho a la "iniciativa popular" (art. 39) y se incorpora también una referencia explícita a la "consulta popular" (art. 40). Es decir, la Constitución se compromete abierta y fuertemente con instituciones propias de una democracia directa, que implican dar una vuelta de página definitiva en relación con el ordenamiento constitucional anterior. En dicho marco, la antigua interpretación dominante, en torno al pueblo que "no delibera ni gobierna" resulta simplemente inentendible, insostenible. De acuerdo con aquella interpretación prevaleciente —y, conforme sostuvieran doctrinarios como Ekmedjián, o la justicia en el caso "Schiffrin"— debía verse, en principio, como "sediciosa" cualquier manifestación de activismo cívico capaz de trascender significativamente el voto periódico.

Claramente, si lo expresado por la Constitución en 1853, leído a la luz del pensamiento de Alberdi en 1852, nos sugería limitar la democracia conforme a las exigencias momentáneas de "paz" y "orden"; ahora, a partir de lo expresado por la Constitución reformada en 1957 y 1994, nos vemos forzados a la necesidad inversa, esto es, la de expandir el alcance del principio democrático, reduciendo consecuentemente las viejas restricciones relacionadas con los requerimientos de la "paz" y el "orden".

Algunas de las contradictorias decisiones de la justicia argentina, en materia de protesta, dan indicios sobre el mayor espacio que ha ido ganando dentro de la jurisprudencia este tipo de lecturas más ajustadas a la realidad del propio texto explícito de la Constitución. Por ejemplo, en "Santillán, Agustín y otros s/interrupción a los medios de comunicación y transporte por tierra - art. 194 CPA" de agosto de 2012, y referido a un corte de ruta impulsado por integrantes de la comunidad wichi, la Cámara Federal de Resistencia incluyó, entre sus argumentos exculpatórios de los imputados, el hecho de que "los imputados obraron en la creencia de que se encontraban amparados por los derechos de reunión y petición". En otro caso decidido por la misma Cámara, en noviembre de ese año, y en relación con una protesta promovida por miembros de la comunidad indígena qom ("Autores varios s/infracción art. 194 Cód. Penal"), el tribunal sostuvo que "la trascendencia de los derechos constitucionales de petición y de reunión, sumada a la jurisprudencia contradictoria producida acerca de si los cortes de ruta como mecanismos de protesta constituyen o no delito, puede dar lugar a que los manifestantes actúen incursos en un error, ya que la conducta de los mismos se inicia a través del ejercicio legítimo de un derecho". El mismo tribunal reiteró esta línea argumentativa en diciembre de 2012, en la causa

"Astorga", relacionada con una protesta llevada a cabo por de miembros de la comunidad pilagá. Así también, en "Movimiento Nacional Ferroviario y otros s/interrupción de las comunicaciones", de junio de 2012, y frente a un "corte" que afectó el movimiento de trenes y vehículos, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal nro. 4 amparó el accionar de los manifestantes en "el ejercicio legítimo del derecho de reunión"⁽¹⁴⁶⁾.

Aunque debe pensarse, todavía, sobre las implicaciones concretas y razonables de esta lectura actualizada del texto constitucional y sus compromisos democrático-republicanos, decisiones como las citadas dan unos primeros indicios de esos caminos posibles. La próxima sección será destinada, entonces, a un intento por precisar los alcances y límites de la interpretación sugerida.

VI. ART. 22 Y TEORÍA DEMOCRÁTICA

El valor y el alcance del art. 22 resaltan porque en él quedó anidada una cierta forma de leer el sistema republicano-democrático argentino. A mediados del siglo XIX, cuando Alberdi reflexionó en torno a estos aspectos, su propuesta resultó clara: el país se encontraba en un momento transicional, y la Constitución debía ponerse al servicio de dicho momento crítico. Por tanto —era su opinión y su propuesta, plasmada luego en el texto constitucional adoptado— debía pensarse en una "república posible" antes que en una "república verdadera"; en una democracia limitada, antes que en una plena; y en la restricción de las libertades políticas, antes que en el ofrecimiento de libertades "a manos llenas". Y es interesante subrayar —como lo hemos hecho desde un comienzo— que el propio Alberdi presentó estas ideas y propuestas como provisionales, hasta tanto se dejara atrás el período de división social y resquebrajamiento (militar) de la unidad nacional, que él entendía como un tiempo relativamente breve. Esperaba, por tanto, la llegada futura del tiempo de las "libertades políticas" y —consiguientemente, podríamos agregar— la reforma de artículos como el actual 22. El artículo, finalmente, no se reformó, pero la Constitución sí, y por tanto —y a la luz de dichas reformas— es que debe renovarse el entendimiento de artículos como el 22, que nacieron dependientes de una concepción (disputablemente) estrecha sobre la democracia y la república, pero que hoy ya no encaja siquiera con el texto manifiesto, más explícito, de la Constitución.

Queda entonces por resolver o precisar cuál es la concepción de la democracia republicana inserta hoy en la Constitución, y a partir de allí cuáles los modos en que leer su articulado, incluyendo

obviamente el texto del art. 22. Al respecto, podría polemizarse largamente. Aquí mantenemos una lectura clara al respecto, relacionada con una *concepción deliberativa de la democracia*. Sin embargo, antes de decir algo más al respecto convendrá hacer esta aclaración: podemos disentir largamente sobre cuál es, efectivamente, la concepción democrática en juego y cuáles sus implicaciones precisas, pero sin embargo algo debe estar claro, y esto es que el tipo de visión defendido provisoriamente por Alberdi, en su momento, y enquistada —todavía hoy— en buena parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, es simplemente inaceptable, a la luz del texto explícito y reformado de nuestra Constitución. Claramente, hoy ya no se puede seguir pensando en democracia y república como quiso hacérselo, momentáneamente, y sobre todo antes de las fundamentales reformas recibidas por el texto constitucional.

Dicho esto, luego, podemos disentir en los detalles, pero habiendo quedado claro algunos aspectos centrales de la sustancia: la idea democrática hoy presente en la Constitución nos habla, indudablemente, y de forma contundente, de una ciudadanía activa y comprometida a —y con el derecho de— tomar un papel protagónico tanto en su lugar de trabajo (reforma del '57) como en su comunidad política (reforma del '94). Bajo esta renovada lectura, afirmaciones como las que realizaran doctrinarios como Ekmedjián o reafirman fallos como "Schifrin" resultan errores enormes, difíciles de comprender. Contra lo entonces expresado, debemos entender entonces a la democracia como un acto que va mucho más allá del voto (en el voto solo comienza la democracia que luego se pone en práctica y disputa cada día después del voto); y a la protesta como un modo posible, democráticamente plausible, de hacer visibles, audibles y por tanto atendibles, las propias quejas.

Decir lo anterior no significa avalar, justificar o dar la razón a cualquier protesta, hecha por cualquier razón y llevada a cabo de cualquier modo. Más bien, lo que se sostiene es que la protesta es un componente, más que inseparable de la democracia, propio de ella: dado que queremos que se tomen las decisiones públicas teniendo en cuenta los derechos, necesidades, demandas y urgencias de todos, necesitamos prioritariamente conocer los puntos de vista de todos, y especialmente las críticas de aquellos que están disconformes con lo que el poder público está haciendo.

Ello así, siempre, pero muy en particular si partimos —como aquí lo hacemos— de una lectura epistémica/deliberativa de la democracia, es decir, una basada en dos pilares — la inclusión y el diálogo— que son los que se derivan de la conocida afirmación

habermasiana en torno a la "discusión entre todos los potencialmente afectados"⁽¹⁴⁷⁾. La democracia, sostenemos aquí, requiere del diálogo entre todos, y necesita, de modo muy especial, del punto de vista de los disidentes. Ello así, con algunas precisiones adicionales, que podríamos derivar de esta particular lectura de la democracia (pero que podrían considerarse consistentes con una mayoría de lecturas alternativas):

1) En primer lugar, y por lo dicho más arriba, los puntos de vista de los que están disconformes —de los que critican al sistema de toma de decisiones— merecen, en principio, una protección especial por parte del poder público, y en particular de los funcionarios judiciales, especialmente obligados a dar contención y reparo a las demandas de minorías y grupos desaventajados.

2) En segundo lugar, el supuesto protectivo anterior debe consolidarse en la medida en que las protestas del caso impliquen disidencias políticas, especialmente las relacionadas con derechos fundamentales que el propio orden jurídico se ha comprometido a asegurar. Recordemos, en este respecto, que tanto nuestra Constitución, como la de la Ciudad de Buenos Aires y muchas de las Constituciones y normas fundamentales de una mayoría de provincias son enormemente generosas en relación con los derechos que se comprometen a asegurar. Tales derechos no son ni deben ser tomados como meras declaraciones retóricas, sino como compromisos cuyo incumplimiento deja en falta a los poderes públicos. Mucho más, cuando esas demandas sobre derechos fundamentales toman el carácter de urgente o inminente (i.e., puesta en riesgo de la vida, la salud, etc.).

3) En tercer lugar, y en relación con las formas de la protesta, las mismas deberán evaluarse en relación con las posibilidades efectivas que tengan quienes protestan para canalizar, de modo efectivo, sus quejas por medio de las vías institucionales existentes; o su capacidad para hacer públicas sus demandas por otros medios igualmente efectivos. De allí que, en principio, merezcan una protección especial (antes que cualquier forma de hostilidad institucional) las protestas disruptivas hechas por aquellos que, por razones ajenas a su responsabilidad, cuentan con dificultades especiales para encontrar satisfacción a sus derechos y expresión a sus quejas por los medios constitucionalmente previstos. Más aún cuando a tales dificultades se agregan otras relacionadas con su dificultad de acceso a medios de expresión y queja alternativos (típicamente por falta de recursos económicos o vínculos con el poder que les permitan acceder a medios de comunicación diferentes, y organizados de modo habitual en torno al dinero y las

influencias). Tales carencias no justifican, de por sí, las violaciones del derecho o la afectación de los derechos de terceros, pero sí ofrecen excusas jurídicas adicionales, como brindar razones que pueden dar cuenta de ciertos comportamientos disruptivos: es el Estado, finalmente, el que no solo violenta sus derechos fundamentales, sino el que luego dificulta la expresión de sus quejas y la satisfacción de sus legítimas demandas.

Excepcionalmente, la jurisprudencia nacional ha registrado algunas respuestas que se muestran consistentes con la dirección señalada. Por caso, hay alguna consideración del punto 2 mencionado (protesta en torno a derechos fundamentales) en "Sandoval, Rodolfo Rubén y otros s/delito de intimidación pública (art. 211, CP)", de octubre de 2005, en el que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal entendió que los reclamos presentes en una situación de protesta bajo su análisis, resultaban "atendibles y hasta perfectamente legítimos viniendo de personas excluidas que pretenden ser incluidos en el sistema laboral". Así también, en al menos uno de los votos de la Cámara de Apelaciones de La Plata en el caso "N.N. y otros (imp.) s/denuncia (Dte. Juan Pablo Schiavi)", de mayo de 2012, se lee una reflexión relativa al citado punto 3, esto es, la dificultad de ciertos grupos para acceder a los medios de queja institucionales u ordinarios. Se reconoció entonces que "las vías ordinarias de petición habían sido efectivamente articuladas, pero fueron ineficaces para cubrir necesidades que no admiten demora".

De modo más interesante todavía, se ve una recuperación más plena de argumentos como los señalados más arriba en torno a la democracia, en fallos como "Álvarez, Pablo Federico y otro sobre atentado contra la autoridad calificado, etc." (A/3/10, SAC nro. 204194), dictado por la Cámara de Acusación de Córdoba, en junio del 2011. La decisión —en implícito diálogo con doctrinas como las que aquí defendemos, y en polémica con fallos como "Schifrin"— se interna apropiadamente en el tipo de discusión democrática que aquí auspiciamos. Allí se señala abiertamente que el valor de la democracia "no reside únicamente en la posibilidad de elegir periódicamente a gobernantes y legisladores, sino también y fundamentalmente en ser un medio —y un método— a partir del cual garantizar el más encendido debate público, o un debate público 'robusto'". Apropiadamente, entonces, considera que "para determinados sectores sociales, la única forma de ingresar al debate público suele ser la protesta social, porque no tienen otros medios para hacer oír sus pretensiones o su disenso frente a una decisión legislativa o de gobierno que afecta sus intereses (para otros

sectores —con mayor poder económico o político—, en cambio, la protesta social y el quebranto de ciertos derechos que suelen acompañarla no les es necesario, pues pueden recurrir a métodos más sutiles —y muchas veces más eficaces—, como el conocido cabildeo o 'lobby', que en países como EE.UU.)". Y por ello afirma que "inhibir la protesta social de aquellos sectores con menos poder económico-político a través de su castigo penal implica socavar el debate público, pues lleva consigo excluir de él a esa parte de la población, e importa en consecuencia atentar contra la más importante función del sistema democrático, que es justamente no sólo garantizar sino incluso promover el debate público más amplio posible"⁽¹⁴⁸⁾.

En definitiva, la Constitución ha renovado, desde 1853 a hoy, las bases democráticas y republicanas sobre las que se encuentra asentada. Por tanto, ella no puede ser interpretada en ninguna de sus partes —y menos, en el art. 22, comprometido con una reflexión al respecto— como si la concepción democrática dominante fuera la que tenía en mente Alberdi, para un momento acotado, en 1850. Podemos disentir, entonces, sobre los alcances precisos de la renovada idea de democracia que hoy abraza nuestra Constitución, pero lo que debe estar fuera de dudas es lo que queda atrás, y en particular el tipo de lecturas constitucionales que ya no son más aceptables, a la luz del propio texto constitucional. Teniendo en cuenta esta renovación en términos democráticos, y la fortaleza de los compromisos constitucionalmente afirmados en términos de protección de derechos, nuestro acercamiento al art. 22 debe adquirir otro tono: la protesta, en dicho contexto teórico y normativo, no debe verse nunca como una afrenta —o, mucho menos, como un acto sedicioso— sino, en principio, y ante todo, como un modo de honrar básicos principios democráticos, en la disputa por asegurar la realización plena de los derechos fundamentales que el Estado se ha comprometido a satisfacer.

* * *

Art. 23.—

En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio

la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

Comentario por Nicolás Gabriel Tauber Sanz(149)

Concordancias: Preámbulo; arts. 1º, 6º, 14, 18, 19, 28, 29, 31, 36, 37, 38, 61, 75, inc. 29, 76, 99, incs. 3º y 16, 109, 116, 126 y 127 de la CN. Art. 4º, PIDCP. Art. 27, CADH. Ley 23.098.

Origen: Convención Constituyente de 1853, art. 23: "En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Confederación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino".

Modificado por la reforma constitucional de 1949, art. 34: "En caso de conmoción interior o de ataque exterior, que ponga en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarara en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la Republica condenar por si ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso, respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino. Podrá declararse asimismo el estado de prevención y alarma en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o las actividades primordiales de la población. Una ley determinara los efectos jurídicos de tal medida, pero esta no suspenderá, sino que limitara transitoriamente las garantías constitucionales en la medida que sea indispensable. Con referencia a las personas, los poderes del presidente se reducirán a detenerlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio, por un término no mayor de treinta días".

I. ORIGEN DEL ESTADO DE SITIO

La expresión "estado de sitio" tiene su origen en el derecho francés (1791) y alude a una ciudad, plaza o lugar que se halla sitiado o asediado por el enemigo, siendo en sus orígenes una medida de emergencia militar⁽¹⁵⁰⁾.

Es una de las especies que pertenecen al género de los poderes de "excepción". Fue creado a fin de dotar de poderes extraordinarios a las autoridades, en general el rey o el Poder Ejecutivo, para afrontar situaciones que se declaran imposibles de resolver a través del uso de las atribuciones ordinarias.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fiel a su programa "Libertad, igualdad y fraternidad", no previó ningún instituto que limitara el ejercicio de los derechos constitucionales, entendiendo que configuraba un peligro de restauración del antiguo régimen⁽¹⁵¹⁾.

Fue recién dos años después cuando se dio nacimiento al estado de sitio, por ley del 8 de julio de 1791, el cual estaba referido a tiempos de guerra⁽¹⁵²⁾.

La Constitución de 1791⁽¹⁵³⁾ le dio carta constitucional al establecer en su art. 11 del título 4º que "en caso de conmoción que agite todo un departamento, el rey expedirá, bajo responsabilidad de sus ministros, las órdenes necesarias para la ejecución de las leyes y el restablecimiento del orden, pero con cargo de informar sobre ello al cuerpo legislativo, si este se encuentra en funciones, y de convocarlo si está en receso".

La Constitución francesa de 1793, más conocida como la "Constitución jacobina", no previó en su texto el estado de sitio, ni tampoco ninguna posibilidad de suspensión de derechos o garantías⁽¹⁵⁴⁾. Algunos autores, como Ziulu y Rébora, ven en el art. 55 de la Constitución de 1793⁽¹⁵⁵⁾ la posibilidad del establecimiento de un estado de excepción, ya que autorizaba al cuerpo legislativo a dictar decretos sobre medidas de seguridad y tranquilidad, así como para acusar a los detenidos por complot contra la seguridad general de la República⁽¹⁵⁶⁾.

La constitución de 1795⁽¹⁵⁷⁾ amplió los contornos del instituto hasta que la sancionada en 1799 estableció, en su art. 92, que "En caso de una rebelión a mano armada, o desordenes que amenacen la seguridad del Estado, la ley puede suspender, en los lugares, y por el tiempo que determine, el imperio de la Constitución. Dicha suspensión puede ser provisionalmente declarada, en los mismos casos, por una decisión del gobierno, mientras el Cuerpo legislativo esté de vacaciones, con la condición de que dicho cuerpo sea convocado en el tiempo más breve posible por un artículo de esa misma decisión"⁽¹⁵⁸⁾.

La institución, que empezó siendo de naturaleza estrictamente militar (según la ley de 1791), luego fue utilizada en situaciones "de conmoción" (según la Constitución francesa de 1791) o contra "conspiraciones" (Constituciones de 1795 y 1799). Así el estado de sitio se transformó en una institución del gobierno civil, que se traduce en un aumento de facultades ejecutivas.

Esta transformación generó que el instituto fuera desnaturalizado y objeto de abusos por parte del poder. Primero Napoleón Bonaparte la utilizó, en 1811, contra la población de ciudades en donde había simples revueltas ciudadanas. Luego, en 1832, Luis Felipe declaró en estado de sitio la ciudad de París y creó tribunales militares que dictaron condenas a muerte. Frente a esta situación, la Corte de Casación, sin desconocer la legalidad del estado de sitio, declaró estas condenas inconstitucionales y ordenó la libertad de los detenidos, ejerciendo control de constitucionalidad sobre la validez de los actos ejecutados bajo el estado de sitio⁽¹⁵⁹⁾.

II. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

En el derecho anglosajón no existe el estado de sitio, sino que ante situaciones de emergencia, la medida de excepción consiste en la suspensión del hábeas corpus.

"Inglaterra es el punto de arranque de una corriente institucional distinta a la de Francia, y que corresponde a la singularidad del caso inglés, caracterizado por la existencia del hábeas corpus"⁽¹⁶⁰⁾.

Esto responde a la particularidad del derecho inglés de no tener un texto constitucional de las mismas características que el de Estados Unidos o Francia, y poseer leyes de naturaleza constitucional, entre las cuales se encuentra la "Habeas Corpus Act" de 1679.

Dadas estas características del derecho inglés, no les era necesario crear una institución de derecho público como el estado de sitio, bastándoles declarar en suspenso la garantía del hábeas corpus cuya práctica era anterior a la ley de 1679, que la reglamentó.

En Inglaterra, la suspensión del hábeas corpus se declaró muy excepcionalmente y los tribunales han juzgado respecto de la validez de la medida. En 1794, cuando el Parlamento declaró la suspensión del hábeas corpus y sustituyó la jurisdicción civil por la militar, los tribunales anularon la medida y el Gobierno acató la decisión. Posteriormente, solo en dos oportunidades — entre 1798 y 1800 y luego en 1817— se suspendió el hábeas corpus por disposición del Parlamento⁽¹⁶¹⁾.

La concepción inglesa sobre la restricción al hábeas corpus se trasladó a los países del Common Law. La Constitución de los

Estados Unidos de América estableció en su art. 1º, sección 9ª, cláusula 2ª, la posibilidad del Congreso de suspender el auto de hábeas corpus, en los "casos de rebelión o invasión en la que la seguridad pública lo requiera"⁽¹⁶²⁾.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, presidida por el Chief Justice Taney, en el fallo "Merryman" de 1861, declaró la inconstitucionalidad de la suspensión del hábeas corpus dispuesto por el presidente Lincoln durante la Guerra de Secesión, por entender que tal atribución correspondía al Congreso⁽¹⁶³⁾.

La suspensión del hábeas corpus del derecho anglosajón y el estado de sitio, de origen francés, dan cuenta de dos sistemas diferentes que tienen en común que plantean situaciones institucionales de excepción, afectan derechos y garantías constitucionales, y se encuentran sujetas al control judicial.

III. RECEPCIÓN DEL ESTADO DE SITIO EN EL DERECHO PATRIO

El antecedente nacional más antiguo se encuentra en el decreto sobre Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811, cuyo art. 9º preveía: "Sólo en el remoto y extraordinario caso de comprometerse la tranquilidad pública o la seguridad de la patria, podrá el gobierno suspender este decreto, mientras dura la necesidad, dando cuenta inmediatamente a la Asamblea General con justificación de los motivos, y quedando responsable en todo tiempo de esta medida".

Los distintos proyectos constitucionales para la Asamblea de 1813, aunque no se tradujeron en un texto que tuviera imperio, son de sumo interés. El proyecto elaborado por la Comisión Oficial nombrada en 1812 establecía en su art. 20 que "No podrá el Congreso suspender la ley de seguridad individual sino cuando la salud pública lo exija, en los casos precisos de rebelión o de invasión de enemigos extraños".

Por su parte, el proyecto de la Sociedad Patriótica establecía en su art. 206, que "la observación de los artículos que comprende la seguridad individual nunca puede suspenderse, sino en el caso de traición, pero esta suspensión sólo tendrá lugar en cuanto a la aprehensión de la persona"⁽¹⁶⁴⁾.

El Estatuto Provisorio de 1815 estableció en su cap. I, secc. 7ª, art. 21: "Todas las anteriores disposiciones relativas a la seguridad individual, jamás podrán suspenderse; y cuando por un muy remoto y extraordinario acontecimiento, que comprometa la tranquilidad pública, o la seguridad de la Patria, no pueda observarse cuanto en él se previene, las autoridades que se viesan en esta fatal necesidad, darán razón de su conducta a la Junta de Observación y

Excelentísimo Cabildo, que deberán examinar los motivos de la medida, y el tiempo de su duración".

Con ligeros cambios de redacción, este texto se mantuvo en el Reglamento Provisorio de 1817⁽¹⁶⁵⁾ y en la Constitución de 1819⁽¹⁶⁶⁾.

El constituyente se apartó de estos precedentes en 1826, cuando en el art. 174 estatuyó: "Las anteriores disposiciones, relativas a la seguridad individual, no podrán suspenderse, sino en el caso de inminente peligro, de que se comprometa la tranquilidad pública, o la seguridad de la Patria, a juicio y por disposición especial del Congreso".

Alberdi, en su Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina, previó la adopción del estado de sitio con efectos más amplios que los precedentes nacionales, siguiendo para este instituto la Constitución de Chile de 1833. En este proyecto el estado de sitio suspendía no solo las garantías individuales, sino la propia vigencia de la Constitución. En el art. 28 disponía "Declarado en estado de sitio un lugar de la Confederación queda suspenso el imperio de la Constitución dentro de su recinto. La autoridad en tales casos ni juzga, ni condena, ni aplica castigos por sí misma, y la suspensión de la seguridad personal no le da más poder que el de arrestar o trasladar las personas a otro punto dentro de la Confederación, cuando ellas no prefieran salir fuera"⁽¹⁶⁷⁾.

Así se llegó a la Convención Constituyente de 1853, la que estableció en el art. 23: "En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Confederación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino".

Las diferencias existentes entre el texto propuesto por Alberdi y el finalmente sancionado en 1853 demuestran que los constituyentes rechazaron la suspensión del imperio constitucional y procuraron reemplazarla por la suspensión de la seguridad personal en línea con la Constitución de los Estados Unidos.

El constituyente estableció que correspondía al presidente, con acuerdo del Senado, declarar el estado de sitio en caso de ataque exterior (art. 83, inc. 19) y que para los casos de conmoción interna la declaración correspondía al Congreso (art. 64, inc. 16), salvo que estuviera en receso. En este último supuesto incorporó una novedad:

en los casos urgentes en que peligraba la tranquilidad pública, el presidente podía por sí solo utilizar las facultades de arresto y traslado aunque estuviese el Congreso en sesiones, pero si el Congreso no autorizaba lo actuado en el término de 10 días, los arrestos y traslados quedaban sin efecto (art. 83, inc. 20)⁽¹⁶⁸⁾.

Esta última incorporación motivó durísimas críticas por parte de los integrantes de la Convención que revisó la Constitución en 1860. Sarmiento dijo que, ante aquella facultad concedida al presidente, "mejor sería borrar de punta a cabo el capítulo de las garantías individuales, pues así no hay persona segura en su cama"⁽¹⁶⁹⁾.

La Comisión Examinadora emitió dictamen sosteniendo, que "Por último, por el inc. 20 del art. 83 de la CN, se echa por tierra esta complicada máquina, y se anula de hecho todo lo dicho, autorizando al presidente de la República para suspender las garantías individuales, aun sin declaración previa del estado de sitio, aun hallándose reunido el Congreso, y esto en casos urgentes en que peligre la tranquilidad pública dejando la apreciación de la urgencia y del peligro al mismo presidente; lo que importa tanto como dar a este mayores facultades que al Congreso, poniendo a su disposición la libertad de todos los ciudadanos en todo tiempo, lo que vale tanto como abolir las garantías individuales. La limitación impuesta de dar cuenta al Congreso en el término de diez días, es una garantía ilusoria, porque en ese término puede consumarse una arbitrariedad, sin que sea posible remediarla en muchos meses, puesto que el presidente tiene la facultad de usar ese poder discrecional, o más bien arbitrario, en todo el territorio de la República. Por tanto la comisión aconseja la supresión total de este artículo".

La supresión fue aprobada por la Convención, manteniéndose en lo restante el sistema creado en 1853.

Así, la Constitución de 1860 estableció que el estado de sitio podía declararse en solo dos situaciones: conmoción interior o ataque exterior. En caso de conmoción interior, la facultad de declararlo es privativa del Congreso y solo podrá ejercerla el Poder Ejecutivo durante el receso de este. En caso de ataque exterior, el declararlo es facultad del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

La Constitución de 1949 mantuvo el estado de sitio e incorporó el "Estado de Prevención y Alarma", el que podía ser decretado por el Poder Ejecutivo, en el art. 23 (entonces art. 34) que disponía: "Podrá declararse asimismo el estado de prevención y alarma en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o de las actividades primordiales de la población. Una ley determinará los efectos jurídicos de tal medida, pero esta no suspenderá, sino que limitará transitoriamente las

garantías constitucionales en la medida que sea indispensable. Con referencia a las personas, los poderes del presidente se reducirán a detenerlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio, por un término no mayor de treinta días". Nunca se decretó el "Estado de Prevención y Alarma" desde la sanción de la Constitución, hasta la Proclama del 27 de abril de 1956 que declaró vigente la Constitución "sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898 y exclusión de la de 1949"⁽¹⁷⁰⁾ dictada por la dictadura militar que derrocó al Gobierno constitucional el 16 de septiembre de 1955.

La Convención Reformadora de 1957 produjo un despacho modificando el art. 23, el cual no llegó a votarse por el plenario⁽¹⁷¹⁾, del siguiente tenor: "En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden. En tales casos el presidente de la Nación no podrá condenar por sí ni aplicar penas. La declaración de estado de sitio tiene el único efecto de atribuir al presidente de la Nación la facultad de detener o trasladar a personas de un lugar a otro del país si ellas no prefieren salir fuera del territorio argentino, hacia cualquier otro de su elección. Las detenciones se cumplirán en el propio domicilio o en establecimientos apropiados distintos a los destinados a los presos comunes. Los traslados no podrán imponerse a distancia mayor de trescientos kilómetros del domicilio del afectado ni a lugares inhóspitos o que no ofrezcan garantía de vida higiénica. La preferencia para salir del país se haría saber por cualquier medio al presidente de la Nación, quien dentro de las cuarenta y ocho horas deberá acceder a ella. El sólo transcurso de este término, o la decisión negativa, coloca al detenido a disposición del juez, en cuya jurisdicción se encuentra, quien dentro de las cuarenta y ocho horas subsiguientes le garantizará la salida del país. Si la persona detenida es sometida a la acción de los jueces y se le prosigue causa que se relacione únicamente con los que motivaron el estado de sitio, y en la que el ministerio público intervenga, el presidente de la Nación no podrá apoyarse en el régimen excepcional para enervar la sentencia de la justicia. La declaración será por tiempo expresamente limitado en uno o varios puntos de la Nación; nunca en todo el territorio de la República, ni tendrá efecto con respecto a los legisladores. Las facultades conferidas al presidente de la Nación no podrán delegarse en autoridad alguna. La acción de hábeas corpus no se suspenderá en ningún caso. No podrá dictar la ley marcial"⁽¹⁷²⁾.

La sanción del texto propuesto por la Comisión Redactora habría generado una regulación constitucional más comprometida con una

mayor protección de los derechos y garantías frente al estado de sitio, a saber:

1) El único efecto del estado de sitio era atribuir al presidente la facultad de detener o trasladar a personas de un lugar a otro del país, si estas no preferían salir del país hacia cualquier otro sitio a su elección.

2) Las detenciones se cumplirían en el propio domicilio o en establecimientos apropiados distintos a los destinados a presos comunes.

3) Los traslados no podían imponerse a una distancia mayor a 300 km del domicilio del afectado ni a lugares inhóspitos o que no ofrezcan garantía de vida higiénica.

4) El presidente tenía la obligación de hacer efectiva la opción de salida del país en 48 horas, estableciendo en caso de incumplimiento que el detenido quedaba a disposición del juez quien debía garantizar su salida del país en 48 horas.

5) La declaración era por tiempo expresamente limitado.

6) Podía imponerse en uno o varios puntos, pero nunca en todo el territorio nacional.

7) No podía tener efectos respecto a legisladores.

8) No admitía delegación de facultades en otra autoridad que no fuera el presidente.

9) La acción de hábeas corpus no se suspendería en ningún caso.

10) Prohibía específicamente el dictado de ley marcial.

Resulta de interés el Proyecto de Constitución Nacional de Carlos Santiago Nino⁽¹⁷³⁾, surgido en el marco del Centro de Estudios Institucionales (CEI)⁽¹⁷⁴⁾, el que en su Parte cuarta, titulada "Primacía y reforma de la Constitución", Título I, "El estado de excepción", propone una reformulación total del instituto del estado de sitio, en los siguientes términos:

"Art. 150. La Constitución nunca podrá suspenderse.

Art. 151. En caso de un extraordinariamente grave peligro para las instituciones democráticas o para la supervivencia de la Nación por causa de conmoción interior o de guerra internacional el presidente del gobierno, en consejo de ministros, podrá aconsejar, en forma no vinculante, al jefe de Estado, el dictado de un estado de excepción con acuerdo previo o dentro de las cuarenta y ocho horas, del Congreso de la Nación o de la Comisión del Congreso, si este estuviera en receso, y previa convocatoria del Consejo de la República. Si la Comisión diera su aprobación, esta será sólo provisoria y se deberá convocar de inmediato al Congreso para que este dé la aprobación definitiva. El Congreso quedará reunido

todo el tiempo en que dure el estado de excepción y recibirá un informe diario del gobierno sobre las medidas que tome bajo aquel. Mientras dure el estado de excepción no se podrá disolver la Cámara de Diputados.

Art. 152. El estado de excepción no podrá durar más de treinta días en caso de conmoción interior y de noventa en caso de guerra internacional. En caso de que el presidente del gobierno creyera necesario prorrogarlo, deberá citar de nuevo al Congreso de la Nación, no pudiendo en este caso ser sustituido por la Comisión.

Art. 153. En el decreto declaratorio de estado de excepción se deberán expresar en forma circunstanciada las razones para dictarlo, y si él se aplica en todo o en parte del territorio de la Argentina.

Art. 154. El estado de excepción sólo permite al presidente del gobierno adoptar, taxativamente, estas medidas restrictivas de las libertades públicas:

1. Arrestar a una persona sin orden judicial por medio de un decreto fundado en que se muestre la vinculación con la causa del estado de excepción. La persona arrestada estará alojada en condiciones dignas y no intimidatorias, comunicada con sus familiares y abogados, separada de procesados y condenados, y será puesta a disposición de un juez en el término de diez horas con documentos demostrativos de las razones de detención. Si el arrestado optara por salir del país se le facilitará la salida de inmediato, salvo que fuera procesado por la justicia.

2. Confinar a una persona en cierta ciudad del país por medio de un decreto fundado. Se le proveerá a la persona confinada de condiciones dignas de vida y de alojamiento, se la comunicará con sus familiares y abogados, y a las diez horas se la pondrá a disposición del juez del lugar con la documentación que demuestre los motivos del confinamiento. Si el confinado optara por salir del país se le facilitará la salida de inmediato, salvo que fuera procesado por la justicia.

3. Podrá prohibir reuniones en sitios públicos que no cuenten con autorización previa. Asimismo, se podrá limitar el funcionamiento de locales públicos. Cada negativa a autorizar una reunión por la autoridad competente será debidamente fundada.

4. Podrá prohibir las huelgas sin autorización previa, debiéndose fundar debidamente el rechazo de la autorización.

5. Podrá ordenar allanamientos de domicilio, fundando debidamente las razones para hacerlo.

6. Podrá violar el secreto de las comunicaciones, fundando debidamente las razones para hacerlo.

Art. 155. La Corte Constitucional podrá revisar la legalidad del Estado de excepción y de cada una de las medidas adoptadas bajo él, aun cuando no se agoten las instancias judiciales previas, y a pedido de la parte interesada, de sus familiares o abogados, del Colegio de Abogados, del defensor del pueblo, del fiscal general o de cinco diputados o un senador.

Art. 156. La inviolabilidad personal y las inmunidades establecidas por esta Constitución no se suspenden durante el estado de excepción para los representantes nacionales.

Art. 157. El Estado será civilmente responsable de todo abuso cometido bajo el estado de excepción y los funcionarios actuantes lo serán civil y criminalmente"⁽¹⁷⁵⁾.

La reforma constitucional de 1994 modificó el instituto del estado de sitio sin alterar el texto del art. 23, a través del art. 43, al constitucionalizar el hábeas corpus declarándolo procedente durante la vigencia del estado de sitio y dando amplias facultades al juez para lograr la efectividad de la acción, y del art. 75, inc. 22, al otorgarle jerarquía constitucional a distintos tratados internacionales de derechos humanos que contienen disposiciones que modifican los contornos, las atribuciones y fijan límites precisos a los efectos del estado de sitio.

IV. EL ESTADO DE SITIO EN LA ACTUALIDAD

El estado de sitio está regulado en nuestra Constitución por los arts. 23, 43, 75, inc. 22 (art. 4º, PIDCP; art. 27, Pacto de San José de Costa Rica; art. 10, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, entre otros), 29 y 99, inc. 16.

El art. 23 incorpora a nuestro sistema el estado de sitio en los siguientes términos: "En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino".

La ubicación del estado de sitio dentro de la Primera Parte, Capítulo Primero, Declaraciones, derechos y garantías, no fue casual e implica que

1) Su finalidad es garantizar el ejercicio de la Constitución frente a situaciones que pongan su ejercicio o vigencia en peligro.

2) Es una garantía en favor de la vigencia de la Constitución y en particular de las declaraciones, derechos y garantías.

3) Al tiempo que prevé la posibilidad de "suspender" garantías constitucionales, lo limita de forma tal que el instituto funcione como una garantía en sí misma.

4) El estado de sitio se debe aplicar e interpretar restrictivamente sin perder nunca de vista que estamos en presencia de una garantía y que a la Constitución se la defiende respetándola, y no suspendiendo su vigencia.

La función del estado de sitio es tuitiva y no represiva. "El estado de sitio no es para castigar o reprimir delitos ni delincuentes perturbadores del orden. Es para anular el desorden e impedir su propagación y consecuencias. En una palabra: para restablecer el orden perturbado. Es terapéutico o curativo; no represivo. Su finalidad es institucional; no penal. Contempla y resuelve situaciones de carácter general, para la sociedad, dentro de una cierta cantidad de territorio; no casos particulares que, dentro del orden, tienen su remedio en la ley y en el ejercicio de las autoridades constitucionales. El estado de sitio llena su cometido al conseguir que la ley se cumpla normalmente. No puede ir más allá, según la letra y el espíritu de la Constitución"⁽¹⁷⁶⁾.

Su finalidad es defender el Estado de Derecho y el sistema democrático. No es una potestad discrecional del poder político para funcionar por fuera del derecho en épocas de crisis.

4.1. Causales

Desde 1853 se ha declarado el estado de sitio en 54 oportunidades. Las causas que autorizan la declaración del estado de sitio son dos: la conmoción interior y el ataque exterior.

4.1.1. Ataque exterior

Solo una vez se declaró por ataque exterior. Fue en 1865, con motivo de la guerra con Paraguay⁽¹⁷⁷⁾.

Esta causal requiere la materialización o la inminencia cierta de una invasión o ataque por parte de una fuerza extranjera.

4.1.2. Conmoción interior

Joaquín V. González sostenía que la Constitución había utilizado "la voz genérica, comprensiva, conmoción que no solamente expresa en su sentido literal un levantamiento, una sublevación, un tumulto contra el Estado, sino toda perturbación o inquietud violenta que, haga temer un peligro inminente de la paz y el orden público o constitucional"⁽¹⁷⁸⁾.

Sánchez Viamonte entiende que el hecho de que nuestros constituyentes hayan equiparado la conmoción interior al ataque exterior significa que aquella debe tener una gravedad extrema, semejante a la que reviste la invasión del territorio nacional por fuerzas armadas enemigas. En esta línea fundaba que "Los actos subversivos, los desórdenes de carácter social, los atentados delictuosos y aún las insurrecciones armadas que no pongan en peligro la estabilidad del gobierno, no justifican pues, la declaración del estado de sitio que, en todos esos casos sería abusiva e ilegítima; simple pretexto para el logro de fines inconfesables. Esta es la doctrina general incorporada al derecho positivo de todos los países civilizados que adoptaron la institución"⁽¹⁷⁹⁾.

Entiendo que esta última es la interpretación correcta, alineada con el carácter de garantía que el constituyente dio al instituto al ubicarlo en la primera parte de la constitución y robustecida por la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, que constitucionalizó el principio *pro homine*. Estos factores imponen una interpretación estricta del concepto de conmoción interior e inhabilitan realizar una interpretación expansiva que implique tenerlo por configurado ante situaciones que no encuadren rigurosamente en el texto constitucional leído en su conjunto.

Los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) prevén causales distintas a las establecidas por nuestra CN. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, art. 4º), habla de "situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación". La Convención Americana de Derechos Humanos, en el art. 27, se refiere al "(...) caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte".

La diferencia existente entre los términos utilizados se debe a que los Tratados deben ser más generales, para contener a las distintas causales previstas por las diferentes constitucionales de los estados parte.

Estas diferencias no implican la existencia de nuevas causales por fuera de las establecidas por el art. 23.

El imperio del principio *pro homine* impone que se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se

trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria⁽¹⁸⁰⁾.

La vigencia simultánea en un Estado de diversas normas internacionales o internas con distinto nivel de exigencias al Estado impone sumar acumulativamente todas ellas en pos de garantizar efectivamente el imperio de los derechos fundamentales⁽¹⁸¹⁾.

Debe extenderse la lista de derechos que no pueden ser suspendidos, ni afectados, por ninguna razón de modo de incluir a la totalidad de los mencionados en ese carácter por los distintos instrumentos y, al mismo tiempo, estarse al texto más restringido en cuanto a las posibilidades de declaración de tal estado de emergencia⁽¹⁸²⁾.

Lo dicho no es otra cosa que la aplicación de los principios de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas de derecho internacional y nacional aplicables, establecidos por el art. 5º, inc. 2º del PIDCP; art. 5º, inc. 2º del PIDESC; art. 29 de la CADH; art. 1º.2. de la Convención contra las Torturas y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que imponen la preeminencia de las normas favorables a la protección de los derechos humanos, las que no se excluyen sino que se complementan y refuerzan recíprocamente⁽¹⁸³⁾.

Esta es la manera en la que, progresivamente, han entendido y aplicado el principio *pro homine* la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽¹⁸⁴⁾ y la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽¹⁸⁵⁾.

No puede perderse de vista que finalidad de todo el sistema constitucional e internacional de derechos humanos es la vigencia efectiva de todos los derechos y garantías por ellos reconocidos a fin de lograr "el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos"⁽¹⁸⁶⁾.

El estado de sitio es una *herramienta de utilización excepcional al servicio de la defensa de la constitución y de las autoridades creadas por ella*, teniendo como finalizada garantizar los principios que sustentan a ambos: soberanía popular, gobierno representativo y libertad individual⁽¹⁸⁷⁾. Es excepcional por porque implica la suspensión de determinadas garantías constitucionales afectando concretamente, aquí y ahora, la plena vigencia de la Constitución cuyo imperio está llamado a reestablecer, razón por la cual se

imponer su interpretación y aplicación en forma restrictiva y bajo un escrutinio estricto.

Los hechos que configuren las causales que hacen procedente el establecimiento del estado de sitio —ataque exterior o conmoción interior— tienen que ser capaces de poner en peligro el imperio de la Constitución y las autoridades creadas por ella. El constituyente utilizó la conjunción "y" de manera tal que el peligro tiene que recaer sobre ambas (el ejercicio y las autoridades).

No obstante la literalidad de la disposición, la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal federal ha leído la "y" como si hubiera una "o" y sostuvo, en el fallo "Granada"⁽¹⁸⁸⁾, que "los acontecimientos que justifiquen la adopción del estado de sitio" deben poner "en riesgo inminente a las autoridades constituidas o a la Constitución".

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a través de su Observación General N° 4, estableció que "No todo disturbio o catástrofe constituye una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación, como se exige en el párr. 1 del art. 4°. Durante un conflicto armado, ya sea internacional o no internacional, son aplicables las normas del derecho internacional humanitario, que contribuyen, junto con las disposiciones del art. 4° y del párr. 1 del art. 5° del Pacto, a impedir el abuso de las facultades excepcionales del Estado. En virtud del Pacto, aun en un conflicto armado las disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto se permitirán sólo en la medida en que la situación constituya un peligro para la vida de la nación. Cuando los Estados Partes consideren la posibilidad de invocar el art. 4° en situaciones distintas de un conflicto armado, deberán ponderar cuidadosamente el motivo por el cual esa medida es necesaria y legítima en las circunstancias del caso. En varias ocasiones, el Comité ha expresado su preocupación en relación con algunos Estados Partes que parecen haber suspendido la vigencia de los derechos protegidos por el Pacto, o cuyo derecho interno parece permitir esa suspensión en situaciones no contempladas por el art. 4°"⁽¹⁸⁹⁾.

Asimismo, se discute en la doctrina constitucional si el estado de sitio puede tener carácter preventivo y ser declarado ante la posibilidad de la alteración del orden.

Joaquín V. González sostiene que el carácter preventivo es propio del estado de sitio afirmando "Así pues, la facultad de declarar el estado de sitio puede usarse no sólo en el momento del ataque o conmoción, sino con más eficacia y quizá con más propiedad, para prevenir esa conmoción o ataque y fuera del lugar en que la situación violenta se ha producido. La cualidad preventiva, es pues, esencial a esta facultad y se da para evitar los grandes peligros; que los

conspiradores puedan reunirse y realizar sus planes de desorden"⁽¹⁹⁰⁾.

Sánchez Viamonte precisa la cuestión al sostener que "Es necesario que el ataque exterior o la conmoción interior se hayan producido, y también que la perturbación del orden sea un hecho indudable y comprobado, para que se justifique la declaración del estado de sitio. Esto significa que en ningún caso sería preventivo con respecto a la conmoción o ataque. Sería preventivo con relación al peligro que para el imperio constitucional o para la estabilidad del gobierno derivasen de tal conmoción o tal ataque"⁽¹⁹¹⁾.

Entiendo que esta última interpretación respeta más fielmente el texto del art. 23 cuando establece que "(...) se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden (...)".

La perturbación del orden provocado por el ataque exterior o la conmoción interior debe existir al momento de la declaración del estado de sitio, no pudiéndose declarar en forma previa a su existencia.

En épocas pasadas la jurisprudencia fue muy permisiva respecto de la declaración del estado de sitio con fines preventivos. En atención al abuso que han hecho las autoridades del "fin preventivo", bajo el cual normalmente encubren el hecho de la inexistencia de una situación que justifique la medida, la jurisprudencia ha aumentado la exigencia frente a la declaración del estado de sitio con fines preventivos.

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido la posibilidad de decretar el estado de sitio preventivamente, en el caso "Granada, Jorge Horacio", de 1985, que "los acontecimientos que justifiquen la adopción del estado de sitio deben ser de una gravedad que racionalmente obliguen al uso de las medidas defensivas, en sus aspectos preventivos o represivos, y pongan en riesgo inminente a las autoridades constituidas o a la Constitución. Su fundamento responde a la necesidad de poner en manos del poder político los recursos indispensables para reprimir o prevenir la grave alteración del orden o la seguridad pública —la situación excepcional o anómala—, frente a la cual los recursos ordinarios para garantizar el orden y la paz pública sean, a criterio del Congreso, o en su caso del Poder Ejecutivo, insuficientes o impotentes"⁽¹⁹²⁾.

A este respecto, precedentes de distintos tribunales internacionales son de interés. La Comisión Europea de Derechos Humanos⁽¹⁹³⁾ en el caso "Grecia"⁽¹⁹⁴⁾, al interpretar el art. 15 del Convenio para la Protección de los Derechos y Libertades

Fundamentales (más conocida como Convención Europea de Derechos Humanos)⁽¹⁹⁵⁾, estimó que el peligro debía ser actual o inminente, lo que invalida toda restricción adoptada con fines meramente oportunistas, especulativos o abstractos.

La Comisión sostuvo que para que exista "amenaza sobre la nación" debe reunir, al menos, cuatro requisitos en forma simultánea: 1) ser actual o inminente; 2) sus efectos deben involucrar a toda la nación; 3) debe ser de tal gravedad que ponga en peligro la continuidad de la vida organizada de la comunidad; y 4) la crisis o el peligro debe ser "excepcional", en el sentido de que las restricciones ordinarias permitidas por la Convención resulten manifiestamente insuficientes⁽¹⁹⁶⁾.

Cabe señalar que la Comisión Europea (caso "Grecia") sostiene que la carga de la prueba respecto de la existencia de las causas que motivaban el estado de excepción recae sobre el gobierno⁽¹⁹⁷⁾.

En esta línea, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sostuvo al analizar el informe presentado por Chile que argumentos tales como "subversión latente" o "seguridad nacional" no justificaban la suspensión de las obligaciones previstas en el Pacto⁽¹⁹⁸⁾.

4.2. Ámbito espacial

El art. 23 autoriza a declarar el estado de sitio en "la provincia o territorio donde exista la perturbación del orden". El constituyente fue muy preciso en este punto, a fin de que el instituto se aplique solo y únicamente donde sea imprescindible. La redacción de la disposición demuestra el carácter restrictivo que debe guiar tanto la aplicación como el juzgamiento respecto del ámbito territorial sobre el que se proyectan los efectos del estado de sitio.

La Constitución insiste con este criterio de restricción territorial en los arts. 75, inc. 29 y 99, inc. 16, cuando atribuye al Congreso y al presidente (respectivamente) la facultad de declarar en estado de sitio "uno o varios puntos de la Nación". También el art. 61 contiene idéntica referencia cuando establece que le corresponde al Senado autorizar al Poder Ejecutivo a declarar el estado de sitio en "uno o varios puntos de la República".

Esta insistente repetición acerca del límite territorial no debe pasar inadvertida⁽¹⁹⁹⁾.

Sánchez Viamonte entiende que esta insistencia imposibilita declarar el estado de sitio con carácter general en todo el territorio de la República⁽²⁰⁰⁾.

En este punto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado dos temperamentos: 1) Resaltar el carácter

eminentemente político de la decisión de establecer el ámbito territorial de la medida, sosteniendo que "la extensión (...) territorial del estado de sitio es facultad exclusiva del Congreso o en su caso, del Poder Ejecutivo, no susceptible de revisión judicial"⁽²⁰¹⁾. 2) Considerar que la determinación del territorio es un requisito indispensable de la declaración de estado de sitio, y que es susceptible de ser analizado por los tribunales al analizar la legitimidad del estado de sitio⁽²⁰²⁾.

El primer criterio sostenido por la Corte hasta el advenimiento del período democrático en 1983 estuvo al servicio de sustentar la falta de revisión judicial de la extensión territorial del estado de sitio. El segundo, sostenido por la Corte en el precedente "Granada" (1985), sostiene que "debe aplicarse en forma limitada en el ámbito territorial donde exista la perturbación del orden y las medidas deben tener alcance y validez solamente en dicho ámbito"⁽²⁰³⁾.

Entiendo que, luego de la reforma de 1994, no puede sostenerse el primer criterio sostenido por la CS, y que el único criterio actualmente válido es el adoptado por la CS en el fallo "Granada" en virtud del imperio de los arts. 61, 75, inc. 29 y 99, inc. 16 de la CN, del art. 27 de la CADH, que limita la suspensión de garantías "(...) en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación (...)" y del art. 4º del PIDCP que lo hace "(...) en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación (...)".

4.3. La duración

El art. 23 de la CN guarda silencio en cuanto a la duración del estado de sitio. También guarda silencio el art. 75, inc. 29, al atribuir al Congreso la facultad de declararlo en caso de conmoción interior. Distinto es el caso del art. 99, inc. 16, en el que se establece que el presidente "declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un tiempo limitado, con acuerdo del Senado".

Una interpretación literal nos podría llevar a sostener que en caso de ataque exterior la duración debe ser fijada y en caso de conmoción interior no sería un requisito constitucional. Esta interpretación fue utilizada por CS, integrada por miembros designados por la última dictadura militar en el caso "Bricchi, Adhemar Heriberto" para confirmar la denegatoria del hábeas corpus presentado en su favor, cuando sostuvo que "(...) la exigencia de limitación en el tiempo establecida por el art. 86, inc. 19 de la Constitución nacional, se refiere al estado de sitio declarado por el Poder Ejecutivo y no alcanza al establecido por ley (art. 86, inc. 26). Asumida esta facultad

por la Junta Militar — según el art. 2º del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional (...)”⁽²⁰⁴⁾.

Sánchez Viamonte considera que la duración del estado de sitio debe ser siempre determinada en el momento de su declaración. Para fundar su criterio sostiene que el ataque exterior reviste siempre mayor gravedad que la conmoción interior. Si en el primer caso el presidente está obligado a fijar el término, con mucho mayor motivo lo está en el segundo, en donde está ejerciendo una facultad supletoria, por encontrarse el Congreso en receso⁽²⁰⁵⁾.

Joaquín V. González interpretaba que "si se ha fijado un plazo preciso, la cesación del estado de sitio es fatal a la expiración del mismo. Si hasta entonces no hubiesen cesado la causa o los hechos que lo motivaron y fuese necesario continuar en su ejercicio, una nueva ley, decreto o acuerdo serán indispensables, prorrogando el plazo o señalándole uno más indeterminado”⁽²⁰⁶⁾.

En 1981, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas emite su Observación General N° 5, en donde establece la interpretación que el organismo hace del principio de temporalidad, que rige en la materia, diciendo que "(...) El Estado Parte tiene la obligación de informar inmediatamente, por conducto del Secretario General, a los demás Estados Partes de los derechos que haya suspendido, inclusive las razones de ello y la fecha en que terminará la suspensión. (...) El Comité opina que las medidas adoptadas de conformidad con el art. 4º son de carácter excepcional y temporal y sólo pueden durar mientras corra peligro la vida de la nación interesada, y que, en situaciones excepcionales, es sumamente importante la protección de los derechos humanos, particularmente aquellos que no pueden ser objeto de suspensión”⁽²⁰⁷⁾.

Hasta el año 1984, la CS sostuvo el criterio de destacar el carácter político de la decisión relativa al tiempo de duración del estado de sitio⁽²⁰⁸⁾.

Este criterio, que legitimó la duración durante años del estado de sitio, fue modificado por la CS luego de la incorporación al derecho interno del Pacto de San José de Costa Rica que establece el principio de temporalidad (art. 27) al señalar que las medidas que se adopten deben serlo "por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación”⁽²⁰⁹⁾.

En el caso "Granada, Jorge H.", del 3/9/1985⁽²¹⁰⁾, la CS sostuvo, por primera vez, que "la declaración del estado de sitio debe contener la fijación de plazo como condición de validez del acto suspensivo de las garantías y dicho plazo debe ser breve, porque la extensión indefinida del estado de sitio demostraría, en realidad, que ha caducado el imperio de la Constitución que con él se quería

defender". Este criterio fue reproducido en el caso "Rodríguez, Horacio Daniel", de 1985⁽²¹¹⁾.

4.4. Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se encuentra contenido expresamente en el art. 27, inc. 1º de la CADH que establece que el Estado "(...) podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación" y en el art. 4º, párr. 1 del PIDCP cuando proclama que "(...) podrán adoptar disposiciones que en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación (...)".

Este principio impone que exista una necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y la gravedad de la situación que motivó el estado de sitio, a fin de que las restricciones sean estrictamente limitadas a lo imprescindible para cumplir con el objetivo constitucionalmente establecido: la defensa del sistema democrático.

De esta forma el Estado debe acreditar la imposibilidad de proteger el sistema democrático por un medio alternativo menos gravoso que el estado de sitio. Una vez acreditada la "necesidad", las atribuciones del art. 23 deben ser ejercidas de manera limitada, tanto en su extensión, intensidad, duración y ámbito espacial.

En cuanto a las facultades del presidente "toda dificultad de interpretación queda resuelta por el texto del art. 23, "Su poder se limitará" dice y pone término así, a toda discusión posible"⁽²¹²⁾.

El Comité de Derechos Humanos, a través de la observación general nro. 29 fijó la interpretación obligatoria del párr. 1º del art. 4º, en los siguientes términos: "4. Un requisito fundamental de cualesquiera disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto, conforme a lo establecido en el párr. 1º del art. 4º, es que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Este requisito guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepciones y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicada en razón de la emergencia. La suspensión de algunas obligaciones contraídas en virtud del Pacto en situaciones de excepción es claramente distinta de las restricciones o limitaciones permitidas aun en circunstancias normales conforme a diversas disposiciones del Pacto. Sin embargo, la obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación. Es más, el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la

situación no elimina el requisito que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son necesarias en razón de las exigencias de la situación. En la práctica, esto asegurará que ningún artículo del Pacto, por válida que sea la suspensión, sea completamente inaplicable al comportamiento de un Estado Parte. (...)

"5. La cuestión de cuándo pueden suspenderse los derechos, y en qué medida, no puede separarse del texto del párr. 1º del art. 4º del Pacto, según el cual las disposiciones que suspendan obligaciones contraídas por los Estados Parte en virtud del Pacto deben adoptarse únicamente "en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación". Esta condición significa que los Estados Partes deben justificar escrupulosamente no sólo su decisión de proclamar el estado de excepción sino también las medidas concretas que adopten sobre la base de esa declaración. (...) deben poder justificar no solamente que la situación constituye un peligro para la vida de la nación, sino también que todas las disposiciones que suspenden la aplicación de disposiciones del Pacto son estrictamente necesarias según las exigencias de la situación. (...)"⁽²¹³⁾.

Por tanto, el control de proporcionalidad debe hacerse tanto respecto de la existencia de las condiciones que habilitan la declaración del estado de sitio, como de cada medida concreta adoptada, debe ser realizado en concreto, no en abstracto, ni tampoco globalmente, sino suspensión por suspensión, medida por medida.

El efectivo control de proporcionalidad presupone una revisión periódica por parte de los órganos nacionales competentes, en particular el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

Al desarrollar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación volveré sobre este tema.

4.5. Notificación

El PIDCP, en su art. 4º inc. 2º y el Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 27, establecen que si un Estado parte declara la suspensión de derechos o garantías debe obligatoriamente comunicar en forma inmediata al Secretario General de Naciones Unidas y al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (respectivamente) las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y los motivos que hayan suscitado la suspensión, y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión (en este último caso se tratará de una nueva comunicación al finalizar dicha suspensión).

Por su parte el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, autoridad creada por el art. 28 del PIDCP para asegurar el cumplimiento del Pacto, en su observación general nro. 29⁽²¹⁴⁾, en su punto 17, estableció que "la notificación de los Estados Partes debe incluir información detallada sobre las medidas adoptadas, una clara explicación de los motivos por los que se haya adoptado y documentación completa sobre las disposiciones jurídicas pertinentes", debiendo realizar notificaciones adicionales si un Estado Parte adopta nuevas medidas, como por ejemplo, prologar la duración de un estado de excepción. También debe notificar el cese de la suspensión.

Estas normas, con jerarquía constitucional, incorporan otro requisito a los establecidos en el art. 23 de la CN. El incumplimiento de la obligación de notificar y comunicar las razones de la declaración del estado de sitio es causal de inconstitucionalidad del acto de declaración.

Hasta el momento no existen precedentes jurisprudenciales nacionales respecto del cumplimiento de este requisito.

4.6. Autoridad *de iure* y declaración formal del estado de sitio

El estado de sitio puede ser declarado exclusivamente por un gobierno *de iure*, que ejerza el poder en forma legítima dentro del contexto de una sociedad democrática, y respetando todos los límites impuestos por la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos y la ley⁽²¹⁵⁾.

La Corte IDH, en la opinión consultiva 08/87, estableció que "la suspensión de garantías no puede desvincularse del 'ejercicio efectivo de la democracia representativa' a que alude el art. 3º de la Carta de la OEA".

El art. 23 de la Constitución y el art. 4º del PIDCP exigen que el estado de sitio sea declarado formalmente. Se trata de un requisito ineludible para su vigencia, y tiene como finalidad dar publicidad a la declaración a fin de evitar la existencia de estados de excepción *de facto*.

La proclamación debe indicar expresamente las causas que motivan la declaración, así como de la amplitud material, territorial y temporal de la misma.

La Comisión Europea estimó en el caso "Chipre contra Turquía" que para poder invocar el derecho de derogación reglamentado por el art. 15 de la Convención Europea, el Estado derogante debía justificar la existencia de un acto de proclamación oficial⁽²¹⁶⁾.

En el caso "Antinori" (1998), la CS juzgó la constitucionalidad del dec. 2049/1985 por el cual el Poder Ejecutivo Nacional dispuso el

arresto de 12 personas a disposición del PEN, por el término de 60 días, sin declarar el estado de sitio. La Corte entendió "que, en tales condiciones, no cabe duda de que el Poder Ejecutivo dispuso el arresto sin que ninguna norma constitucional lo autorizara; por el contrario asumió funciones que escapan a la esfera de su competencia y que resultan ser resortes propios del Poder Judicial. (...). Que, en efecto, este Tribunal ha resuelto que las únicas figuras previstas en la CN para privar de la libertad a una persona son el debido proceso legal establecido por el art. 18 y, en supuestos excepcionales, el arresto durante el estado de sitio, autorizado por el art. 23 (Fallos 301:771, entre otros)"⁽²¹⁷⁾.

4.6.1. ¿Atribución federal o concurrente con las provincias?

El estado de sitio es un instituto federal y su declaración es competencia exclusiva de las autoridades del Estado nacional⁽²¹⁸⁾.

Las autoridades provinciales no tienen atribuciones para privar a los habitantes de los derechos, declaraciones y garantías que la CN les reconoce a todos los habitantes.

En los primeros años de vigencia de la CN fue objeto de intensas discusiones si el estado de sitio era una atribución federal o también las provincias tenían potestades para su dictado.

Vigente la Constitución de 1853, algunas provincias (Mendoza, San Luis, Corrientes y La Rioja) incorporaron en sus Constituciones la autoridad del Gobierno provincial de decretar el estado de sitio. Pero, en ejercicio del control de constitucionalidad asignado por el art. 5º de la Constitución de 1853, el Congreso Federal (al revisar estas constituciones) suprimió estas facultades.

Sancionada la Constitución de 1860, en 1863 el gobernador de la provincia de San Juan (Sarmiento) declaró el estado de sitio en el ámbito de la provincia. Ante esto, el presidente de la Nación (Mitre) le ordenó al ministro del Interior (Rawson) que enviara una circular a los gobernadores sosteniendo que la declaración en estado de sitio era una atribución exclusivamente federal y que en ningún caso podía un gobierno de provincia ejercer dicha atribución.

El gobernador de San Juan (Sarmiento) fue quien sostuvo que el estado de sitio era una facultad que correspondía tanto al gobierno federal como a los gobiernos de provincia, no como una facultad concurrente, sino en el ámbito de sus respectivas competencias⁽²¹⁹⁾.

No le asiste razón a Sarmiento.

La facultad de declarar el estado de sitio es exclusiva y privativa de las autoridades federales por afectar derechos fundamentales reconocidos por la CN a la cual deben conformarse las autoridades de cada provincia (art. 5º, CN).

Además, las provincias expresamente delegaron la facultad para declarar en estado de sitio a las autoridades del Gobierno nacional, a través de los arts. 23, 61, 75, inc. 29 y 99, inc. 16 de la CN, no existiendo ninguna reserva por pactos especiales al tiempo de su incorporación tal como lo exige el art. 121 de la Carta Magna.

El estado de sitio importa, por su misma naturaleza, consecuencias que serían incompatibles con la supremacía federal, como el decaimiento de las garantías constitucionales y la posibilidad del arresto o traslado de personas, que afectarían los derechos garantizados en la Constitución federal⁽²²⁰⁾.

En la doctrina Joaquín V. González, Sánchez Viamonte, González Calderón, Linares Quintana, Bielsa, Ziulu, Vítolo y Ramella sostienen que es atribución federal exclusiva.

4.6.2. Autoridad federal autorizada a declarar el estado de sitio

La Constitución establece a qué autoridad (el Congreso o el Poder Ejecutivo) le corresponde declarar el estado de sitio. Lo hace de acuerdo a qué causa le dé origen y al hecho de si el Congreso se encuentra en sesiones.

En caso de ataque exterior es el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, quien tiene la atribución de declararlo (art. 99, inc. 16, CN).

En caso de conmoción interior le corresponde al Congreso (art. 75, inc. 29, CN), salvo que esté en receso, en cuyo caso lo puede decretar el Poder Ejecutivo.

Este tema será tratado, en profundidad, al comentar los arts. 61, 75, inc. 29 y 99, inc. 16, CN.

V. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN EN ESTADO DE SITIO

Los efectos de la declaración en estado de sitio están establecidos en el propio art. 23, el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, su Protocolo Facultativo y la ley 23.098.

5.1. Prohibición absoluta de suspender derechos y garantías fundamentales

La Declaración Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen expresamente qué derechos y garantías no pueden ser suspendidas bajo ningún concepto, aun bajo un estado de excepción.

El art. 27, inc. 2º de la Convención Americana establece que los estados partes no pueden suspender "los derechos determinados en

los siguientes artículos: 3º (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, 4º (derecho a la vida), 5º (derecho a la integridad personal), 6º (prohibición de esclavitud y servidumbre), 9º (principio de legalidad y de retroactividad), 12 (libertad de conciencia y religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos del niño), 20 (derecho a la nacionalidad) y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos".

El art. 4º, inc. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que los estados parte no pueden suspender los artículos: 6º (derecho a la vida), 7º (prohibición de las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, o de los experimentos médicos o científicos de no mediar libre consentimiento), 8º, párrs. 1º y 2º (prohibición de la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre), 11 (prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual), 15 (principio de legalidad en materia penal, esto es, el requisito de que la responsabilidad penal y la pena vengan determinadas exclusivamente por disposiciones claras y concretas de la ley en vigor y aplicables en el momento de cometerse el acto o la omisión, salvo que por ley posterior se imponga una pena más leve), 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano) y 18 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión).

También mantienen plenamente su vigencia la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* y la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*.

Tanto el art. 27 de la Convención Americana como el art. 4º del PIDCP exigen que las restricciones impuestas no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

El Comité de los Derechos Humanos ha establecido que aunque "el art. 26 y las demás disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación (arts. 2º y 3º, párr. 1º del art. 14, párr. 4º del art. 23, párr. 1º del art. 24 y art. 25) no figuran entre las disposiciones que según el párr. 2º del art. 4º no pueden ser suspendidas, existen elementos o dimensiones del derecho a la no discriminación que no admiten excepción en circunstancia alguna"⁽²²¹⁾.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó el principio de no discriminación, aunque no fundó su decisión en norma alguna del PIDCP, en el caso "Conti, Juan c./ Ford Motors Argentina SA"⁽²²²⁾ al declarar la inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 21.400 que permitía al empleador de un trabajador puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional de conformidad con lo establecido por el

art. 23 de la CN a "decidir el cese de la relación laboral", sin derecho a indemnización para este una vez transcurrido el plazo de tres meses en el cual debía conservarle el empleo. La CS haciendo suyo el dictamen del Procurador General de la Nación entendió que en el caso se violaba la protección contra el despido arbitrario consagrado en el art. 14 bis de la C.N. Al mismo tiempo, sostuvo que se establecía un trato sustancialmente distinto y más gravoso al que se encontraba detenido a disposición del PEN que aquel al que se halla sujeto el dependiente detenido por otros motivos, lo cual demostraba un propósito persecutorio en perjuicio de un determinado grupo (los obreros detenidos por la dictadura a disposición del PEN).

El acceso a las garantías judiciales necesarias para garantizar los derechos tampoco puede ser suspendido ni limitado. El hábeas corpus, el amparo y cualquier otro procedimiento judicial tendiente a lograr que un juez (natural e imparcial) intervenga para garantizar los derechos de los habitantes se encuentran expresamente protegidos de cualquier efecto del estado de sitio. Así lo prevé expresamente el art. 43 de nuestra Constitución, el art. 27, inc. 2º de la Convención Americana, art. 3º, inc. 2º del PIDCP⁽²²³⁾ y el art. 4º de la ley 23.098.

5.2. El poder de arresto y traslado

El constituyente de 1853 previó una garantía específica a fin de garantizar el derecho a un debido proceso en el propio art. 23 cuando estableció "durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por si ni aplicar penas".

La atribución otorgada al presidente de la República para arrestar o trasladar personas "de un punto a otro de la Nación" durante el estado de sitio, es el efecto propio del instituto⁽²²⁴⁾.

La Corte ha establecido una jurisprudencia uniforme en el sentido de que "la facultad de arrestar prevista en el art. 23 de la CN corresponde específica y privativamente al presidente de la Nación, quien no puede delegarla"⁽²²⁵⁾.

La orden de arresto o traslado debe formularse por escrito, deberá contener la firma del presidente y el respectivo referendo ministerial y determinará claramente la identidad de las personas afectadas.

No pueden ser arrestadas ni trasladadas las autoridades de la Nación, porque ello contraría los propósitos expuestos del art. 23, en cuanto el estado de sitio tiene como finalidad la defensa de la Constitución y de las autoridades creadas por ella. De no ser así, se estaría autorizando al presidente para destruir a los restantes poderes de la República por medio del arresto o traslación de sus miembros durante el estado de sitio⁽²²⁶⁾. Al respecto, la Constitución no deja lugar a dudas respecto de la imposibilidad de arrestar a

diputados o senadores (art. 69), jueces (art. 110) e integrantes del ministerio público (art. 120).

En cuanto a la duración del arresto, la jurisprudencia de la Corte ha sido deferente a lo establecido por el Poder Ejecutivo sosteniendo que la detención puede prolongarse durante el lapso de vigencia del estado de sitio, en la medida en que subsistan los motivos que la determinaron⁽²²⁷⁾.

En el caso "Spadoni" (1983), la CS estableció que el tiempo de arresto no podía ser "excesivo" entendiendo que "la prolongación del arresto por más de siete años y demás circunstancias del mismo hacen que la rigurosa restricción impuesta se haya convertido en un injustificado menoscabo de la garantía individual"⁽²²⁸⁾.

La jurisprudencia ha reconocido que la persona arrestada como consecuencia de la declaración del estado de sitio debe ser privada de su libertad en lugares necesariamente distintos a las personas procesadas o condenadas por delitos. En el caso "Pujadas, Mariano y otros", de 1973, la CS sostuvo que "aunque los poderes políticos pueden determinar las medidas de orden y disciplina que deben observar los detenidos a disposición del Poder Ejecutivo en virtud del estado de sitio, se excede la facultad de simple arresto a que se refiere el art. 23 de la CN cuando se los somete al régimen establecido para los procesados y condenados de máxima peligrosidad"⁽²²⁹⁾.

A lo largo de la historia del estado de sitio, el Poder Ejecutivo impuso condiciones de arresto que, en los hechos, eran verdaderas penas. Las personas detenidas fueron alojadas en prisiones donde se encontraban alojadas personas procesadas y/o condenadas, sujetas al mismo reglamento de conducta y a las mismas condiciones de detención: hacinados por la cantidad de personas detenidas en lugares de capacidad reducida, muchas veces con un solo baño para más de 50 personas, mala ventilación, camastros precarios, mala alimentación, sin posibilidad de recibir libros u otros elementos que requieran, sufriendo requisas, traslados a prisiones distantes de sus domicilio, así como diversos maltratos. Todo esto con un agravante para el caso de los detenidos a disposición del Poder Ejecutivo por sobre los procesados o condenados: los primeros no sabían cuando serían liberados⁽²³⁰⁾.

La detención de personas en prisiones desnaturaliza la naturaleza jurídica y la finalidad del arresto decretado en virtud del estado de sitio.

La Corte ha establecido que el arresto "carece de todo sentido punitivo y sólo representa medidas de seguridad política"⁽²³¹⁾, razón por la cual las personas detenidas a disposición del Poder Ejecutivo

no pueden ser alojadas en comisarías, ni prisiones, tal como lo establece expresamente el art. 4º, inc. 3º de la ley 23.098⁽²³²⁾.

Respecto del lugar en donde debe cumplirse el arresto, es de interés la doctrina expuesta por Agustín de Vedia y los precedentes de la Constitución chilena⁽²³³⁾ que dicen que "en caso de que no se considere suficiente el arresto domiciliario" corresponderá se aloje al detenido en dependencia estatal al margen de las cárceles, porque resulta imperioso evitar sufrimientos superfluos a los detenidos en virtud del estado de sitio, ya que cualquier exceso en esta materia debe reputarse abusivo.

En atención a la prohibición absoluta de la detención en prisiones o establecimiento donde se ejecuten penas, así como cualquier agravamiento innecesario o ilegítimo en la forma o condiciones de detención, surge claramente que la forma menos gravosa de cumplimentar la finalidad del estado de sitio es que la detención se ejecute en el domicilio del afectado.

De esta forma, el arresto debe cumplirse en el domicilio del afectado. En caso de que el Poder Ejecutivo disponga que el arresto se efectivice en otro lugar está obligado a fundamentar, en concreto, la necesidad de que la persona permanezca detenida en un lugar distinto al domicilio, siendo el hábeas corpus la herramienta para ejercer el derecho de la persona arrestada (arts. 4º de la ley 23.098 y 43 de la CN).

5.3. Derecho a salir del país de la persona privada de su libertad

Toda persona arrestada o trasladada por disposición del Poder Ejecutivo Nacional, en uso de las atribuciones que le confiere la declaración en estado de sitio, tiene el derecho de salir del territorio del país. Este derecho expresamente reconocido por el art. 23 de la CN no admite limitación de ningún tipo. ¿La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que "el derecho de opción consagrado por el art. 23 de la Constitución nacional constituye una garantía acordada al ciudadano en resguardo de su libertad, durante la vigencia del estado de sitio"⁽²³⁴⁾.

En el caso "Alvear", la CS estableció que el derecho a salir del país corresponde tanto a las personas arrestadas como a las trasladadas, y que "las facultades de detención o arresto del Poder Ejecutivo durante el estado de sitio cesan *ipso facto* cuando el detenido manifiesta su opción para salir del país. Si dicha opción estuviera sometida al juicio del presidente, en cuanto a su oportunidad, conveniencia o punto elegido por el individuo arrestado, ejercería aquel magistrado una facultad ajena a cualquier autoridad

republicana, pues entonces el arresto continuado se convertiría en pena, aplicada sin forma de proceso, en vez de ser lo único que ha querido la Constitución, una medida de seguridad"⁽²³⁵⁾.

La decisión de salir del país es una garantía especial que se debe peticionar directamente ante el Poder Ejecutivo Nacional, en forma simple y directa y sin exigencia de formalismos especiales. El otorgamiento de la opción no es una potestad discrecional, sino reglada, porque el Ejecutivo no puede dejar de concederlo⁽²³⁶⁾. El hábeas corpus será procedente ante la negativa del Poder Ejecutivo a concederla, o ante su silencio o su demora en pronunciarse⁽²³⁷⁾.

Resulta importante aclarar que el Poder Ejecutivo no tiene ninguna potestad para desterrar o sacar del país a un nacional (arts. 14 de la CN y 22.5 del Pacto de San José de Costa Rica). La misma solución se impone para el caso de extranjeros en virtud del imperio del art. 20 de la CN, así como del art. 13 del PIDCP.

El Ejecutivo no puede fijarle, a quien ejerce el derecho de opción, el lugar del extranjero donde debe dirigirse, pues ello no surge del texto constitucional, amén de que las autoridades argentinas no tienen jurisdicción fuera del país.

No obstante ello, en el precedente "Alvear"⁽²³⁸⁾, la Corte declaró que el derecho de opción no es absoluto, de tal modo que le concedió bajo el compromiso de que Alvear no residiese en país limítrofe, bajo advertencia de suspender la autorización de salida. Posteriormente (1944), el Máximo Tribunal modificó su jurisprudencia y consideró irrazonable e inconstitucional este tipo de condicionamientos entendiendo que de otro modo bastaría con que se le fijase un lugar lejano e inaccesible para volver ilusorio el ejercicio del derecho⁽²³⁹⁾.

La Junta Militar que encabezó el "Proceso de Reorganización Nacional" dispuso el mismo día del golpe militar: "Suspéndase la vigencia de la parte del último párrafo del art. 23 de la CN que dice '...si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino'". Esta norma fue convalidada por la Corte en el fallo "Ercoli, María C."⁽²⁴⁰⁾, entre otros.

En el caso "Paz", de 1989, la CS entendió que la denegación de la opción para salir del país provoca la continuación del arresto *sine die*, pudiendo "(...) importar la imposición de una verdadera pena por parte del presidente de la Nación, acto que expresamente le está vedado por imperio del art. 95 de la CN"⁽²⁴¹⁾. El voto concurrente del Dr. Belluscio declaró la inconstitucionalidad de la "ley" 21.650 que limitaba el ejercicio del derecho de opción, sosteniendo que "(...) el art. 23 de la Constitución faculta al P.E., durante la vigencia del estado de sitio, a arrestar a las personas o trasladarlas de un punto a otro del país, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino. La

claridad de tal precepto es meridiana: al presidente de la República le está vedado ejercer funciones judiciales (art. 95 de la CN), y ni aun durante la vigencia del estado de sitio tiene facultad para condenar por sí ni aplicar penas (art. 23, segunda parte). Por tanto, la excepcional atribución que le confiere la última parte del art. 23 sólo se concilia con aquellas prohibiciones si los afectados pueden recuperar su libertad mediante su salida del territorio nacional; resulta indudable, pues, que la ley no puede limitar el ejercicio de esta facultad sin chocar abiertamente con los preceptos constitucionales, ya que el arresto sin la alternativa de la expatriación voluntaria del arrestado se convierte en la prisión que sólo puede aplicar el Poder Judicial, y no el presidente".

En cuanto al derecho a regresar al país, la Constitución guarda silencio. La doctrina entiende que la persona que ejerció su derecho a salir del país, recupera el derecho a entrar al país y permanecer en él una vez que ese estado de sitio ha sido levantado, sea por acto formal o por haberse agotado el plazo de su vigencia⁽²⁴²⁾.

Actualmente se encuentra derogada la norma *de facto* 21.338 que reprimía con una pena de 1 a 4 años de prisión a la persona que regresara al país luego de ejercer el derecho de opción de salir de este.

De darse la situación de que una persona regrese al país luego de haber ejercido su derecho a salir del mismo y vuelva a ser detenido en virtud del estado de sitio, entendemos al igual que Ziulu y Romero que la persona puede volver a ejercer el derecho de opción, ya que el "derecho no se agota con su ejercicio"⁽²⁴³⁾, no existe norma que lo impida, y se trata de una norma protectoria de la libertad que corresponde interpretar de acuerdo al principio *pro homine*.

VI. CONTROL JUDICIAL SOBRE EL ESTADO DE SITIO

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se desarrolló partiendo de un criterio según el cual no correspondía ejercer ningún tipo de control judicial sobre la declaración de estado de sitio y las medidas adoptadas en dicho marco, hasta adoptar un criterio que admitiera el control judicial, siendo una constante la deferencia hacia el Poder Ejecutivo y excepcionales los casos en donde el control judicial implicó un freno a los atropellos cometidos bajo el amparo del estado de sitio.

Para analizar el control judicial sobre el estado de sitio comenzaremos haciendo un recorrido por la jurisprudencia de la Corte Suprema, para luego analizar la situación de la sanción de la ley de hábeas corpus y la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

6.1. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Hasta el año 1959, la Corte sostuvo, con la única excepción del caso "Alvear" de 1933, que la declaración en estado de sitio era una cuestión política no justiciable, entendiendo que los actos del Poder Ejecutivo estaban amparados por la esfera de reserva de los poderes políticos y que al Poder Judicial no le compete su conocimiento⁽²⁴⁴⁾.

Este criterio se aplicaba juntamente con el que entendía que "[e]l estado de sitio importa la suspensión de todas las garantías constitucionales"⁽²⁴⁵⁾.

Esta postura fue sostenida en doctrina por Joaquín V. González, Montes de Oca, Ramella y González Calderón, quien en su voto (en disidencia) como integrante de la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal en el caso "Marcelo T. de Alvear" sostuvo que "Todas las garantías de la libertad civil quedan suspendidas en virtud del estado de sitio: la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, de la propiedad, el hábeas corpus, los derechos de petición, reunión y asociación, la libertad de imprenta, la de locomoción, etc.; porque nada ha dicho el art. 23 que pueda tomarse como fundamento para excluir de un alcance tan vasto, como el que fluye de sus propios términos, algunas de las garantías individuales. El art. 23 limita expresamente los poderes del presidente de la Nación durante el estado de sitio, pero no restringe la amplitud de las palabras "suspensión de las garantías constitucionales"⁽²⁴⁶⁾.

Este criterio fue modificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al entender en el recurso extraordinario interpuesto por el ex presidente Marcelo T. de Alvear contra la sentencia de Cámara recién transcrita, sosteniendo que "[c]onstituye pues, el estado de sitio un régimen de excepción y por consiguiente la interpretación de los poderes que por él se acuerdan debe hacerse restrictivamente y en sentido favorable a la seguridad personal, especialmente, cuando, como en el caso la extensión y medida de aquéllos en uno de sus aspectos se presta a la discusión y a la duda"⁽²⁴⁷⁾. Así falló que correspondía al Poder Judicial controlar que el Poder Ejecutivo ejerza los poderes conferidos por la Constitución dentro de los límites impuestos por ella, y que violaba tales límites no hacer lugar a la salida del país.

Este severo control del ejercicio de las potestades otorgadas al Poder Ejecutivo por la declaración en estado de sitio no fue mantenido por la Corte Suprema en su jurisprudencia posterior, volviendo al criterio sostenido en "Bertotto", como lo demuestra la sentencia dictada en 1956 en el fallo "Juan Antonio Grosso"⁽²⁴⁸⁾, en

la que se volvió a sostener que el estado de sitio suspende todas las garantías constitucionales.

A partir del caso "Sofía, Antonio y otro"⁽²⁴⁹⁾ de 1959 se abre lo que alguna doctrina entiende como una segunda etapa en la jurisprudencia de la CS aplica una doctrina "finalista", según la cual solo son pasibles de ser suspendidos los derechos y las garantías que tienen vinculación con el motivo que originó la declaración del estado de sitio, volviendo a ejercer control de constitucionalidad. Esto sin romper con el criterio que venía sustentando, sino más bien creando excepciones a tal criterio y por sobre todo manteniendo su condescendencia con el accionar del Poder Ejecutivo durante el estado de sitio.

En el mencionado caso "Sofía" el Máximo Tribunal dijo que "El control de los actos en virtud de los cuales el Poder Ejecutivo hace efectivo el estado de sitio declarado por el Congreso —p. ej., la prohibición de una reunión pública— es ajeno a la competencia judicial, salvo casos estrictamente excepcionales. Así aquel procedería si mediara trasgresión franca y ostensible de los límites trazados por la Ley Fundamental en cuanto a la facultad de arrestar o trasladar personas de un punto a otro de la Nación; y respecto de la generalidad de las medidas de ejecución del estado de sitio, cuando ellas sean clara y manifiestamente irrazonables, es decir, cuando impliquen medios que no guarden relación alguna con los fines del art. 23 de la CN". El juez Orgaz votó en disidencia entendiendo que la prohibición de la reunión no tenía vinculación con la finalidad que motivó la declaración del estado de sitio, diciendo que "Determinar en cada caso si el derecho restringido durante la vigencia del estado de sitio está dentro o fuera de la órbita excepcional de este, no importa querer sustituir el juicio de la autoridad encargada de la preservación de la paz pública, en materia que le concierne, con el juicio de los tribunales, sino establecer simplemente, de una manera objetiva, si aquella autoridad ha excedido o no los límites de la propia ley que invoca y aplica"⁽²⁵⁰⁾.

La importancia del fallo está dada por dos motivos. En primer lugar, la Corte introduce la posibilidad (excepcional) de ejercer el control judicial sobre las medidas adoptadas durante el estado de sitio. En segundo término, el voto en disidencia introduce el criterio de realizar un control judicial estricto en atención a que el estado de sitio constituye un régimen excepcional y que como tal es de aplicación estricta.

En el caso "Rodríguez, Juan C. y otros" de 1962 expresó que el estado de sitio no implica la suspensión de la Constitución ni de las garantías. Por su parte la disidencia parcial de Boffi Boggero entendió

"(...) que la "separación de los poderes" no es incompatible, sino que, por lo contrario, se robustece cuando la Justicia decide revisar lo que se vincula con las llamadas facultades privativas de un poder, desde lo que atañe a la real existencia de la facultad respectiva hasta la manera de ejercerla cuando esta ha lesionado un interés legítimo (voto del suscripto en la causa S. 27 antes recordada). La Justicia, en ese orden de ideas, no podría quedar insensible ante una declaración del estado de sitio fundada en una conmoción, verbigracia, a todas luces inexistente, porque ello entrañaría legitimar el ejercicio discrecional de una facultad, dando por probado "a priori" nada menos que el hecho que jurídicamente le debe conferir fundamento constitucional"⁽²⁵¹⁾.

En "Primera Plana"⁽²⁵²⁾ de 1970, estableció que el control judicial abarca un doble aspecto: a) la relación entre la garantía afectada y el estado de conmoción interna, y, b) la verificación de que el acto de la autoridad guarda adecuada proporción con los fines perseguidos por la ley que declara el estado de sitio.

Este fue el criterio aplicado por la Corte en los casos "Zamorano"⁽²⁵³⁾ y "Timerman"⁽²⁵⁴⁾ durante la última dictadura militar⁽²⁵⁵⁾. En el primer caso, la Corte sostuvo que "en la emergencia del estado de sitio, el control de constitucionalidad del Poder Judicial sobre el ejercicio de los poderes de excepción no se retrae sino que, al contrario, debe desarrollarse hasta donde convergen sus competencias con los valores de la sociedad argentina. En "Timerman", la Corte fue todavía un poco más lejos y cuestionó la forma genérica en que se había justificado la relación entre la detención y las causa que motivaron el estado de sitio, ordenando la libertad del detenido"⁽²⁵⁶⁾.

En el caso "Spadoni"⁽²⁵⁷⁾, la CS, entendió que "(...) está sujeta al control jurisdiccional la aplicación concreta de los poderes de excepción del presidente sobre las libertades constitucionales, control que lejos de retraerse en la emergencia, debe desarrollarse hasta donde convergen sus competencias y los valores de la sociedad argentina confiados a su custodia. En diversos precedentes, esta Corte ha fundado ese control de razonabilidad en la adecuación de causa y grado entre las restricciones impuestas y los motivos de la excepción".

Luego del retorno de la democracia, nuestro Tribunal Címero falla en el caso "Granada"⁽²⁵⁸⁾, dictado luego de la entrada en vigencia de la ley 23.098, que establece que se podrá juzgar la "legitimidad" del estado de sitio. En este fallo se mantiene la doctrina emanada de los fallos anteriores y se le da una interpretación restrictiva al concepto de "legitimidad", sosteniendo que el legislador no quiso otorgar al juez

la facultad de decidir respecto de la existencia de las causales de hecho que permiten la declaración del estado de sitio. No obstante esta interpretación restringida del inc. 1º de la ley 23.098, la Corte robusteció el control judicial en lo concerniente a la competencia y a los requisitos formales y sustanciales de la declaración, como por ejemplo la determinación espacial y de la duración temporal.

El criterio expuesto en "Granada" fue mantenido en los fallos "Rodríguez"⁽²⁵⁹⁾, donde el voto en disidencia incorpora un nuevo elemento en el control judicial sobre la razonabilidad de los actos dictados con base en el estado de sitio. El voto en disidencia sostuvo que el control judicial "(...) debe ser tanto más severo cuando se trata de la privación de la libertad ambulatoria de quien se desempeña pública y notoriamente como periodista, ya que un exceso en las facultades presidenciales en tal situación podría implicar un menoscabo, no sólo de la mentada libertad, sino también de la prensa, que con especial énfasis ordena preservar el art. 32 de la Constitución al reforzar las garantías del derecho ya establecido en el art. 14".

Sin decirlo expresamente, la disidencia considera a los periodistas como *personas de preferente tutela*, con base en el [art. 32](#) de la CN, y en razón de ello aplica un criterio estricto para juzgar la constitucionalidad de la privación de la libertad.

Resulta de interés el voto en disidencia en la causa "Derman"⁽²⁶⁰⁾, en el que se analizó la fundamentación específica que sustentara la detención del Sr. Derman. Al respecto se sostuvo que "En el caso, el dec. 975/1978 carece de toda fundamentación específica que permita evaluar la seriedad de la imputación de peligrosidad formulada contra el actor, y la misma insuficiencia presentan todos los informes brindados por el Poder Ejecutivo Nacional, en esta causa (v. fs. 114) y en la que tuvo por objeto la tramitación de la acción de hábeas corpus (fs. 25 y 88 de la causa nro. 4043), que sólo contienen referencias genéricas a la conducta del recurrente, emanadas de fuentes calificadas como de carácter secreto y confidencial. Esas manifiestas deficiencias fueron consideradas por esta Corte en el pronunciamiento por el que hizo lugar a la acción de hábeas corpus, en la que destacó que la conducta asignada al causante no había sido en ninguna oportunidad enjuiciada ante los órganos jurisdiccionales pertinentes. (...) Que la detención del actor, por la que no aparece inicialmente responsabilizada una autoridad competente, que luego fue ordenada en un decreto carente de fundamentación específica que la justificase —aspecto que tampoco fue satisfactoriamente integrado por los informes suministrados por el Poder Ejecutivo Nacional— y que se prolongó por cinco años sin

que se dedujera proceso judicial alguno, en condiciones violatorias de los más elementales derechos individuales (v. declaración de fs. 95/110), traduce un irregular e ilegítimo ejercicio de las facultades constitucionales invocadas. El arresto reviste así, en el caso, el carácter de una pena cuya imposición está vedada al presidente de la Nación (arts. 23 y 95 de la CN), pues constituye un menoscabo a las garantías individuales que el resguardo de la seguridad colectiva no alcanza a justificar (Fallos 305:204)".

Por último, en el caso "Antinori"⁽²⁶¹⁾, en el que el Poder Ejecutivo había ordenado la detención de 12 personas sin haberse declarado el estado de sitio, la CS resolvió que la actuación del presidente por fuera de las condiciones sustanciales y formales establecidas por el art. 23 de la CN conlleva la nulidad absoluta de todos los actos, los cuales no pueden ser convalidados *ex post* por otra decisión del propio Poder Ejecutivo. La Corte sostuvo "Que, por otro lado, no resulta acertado el argumento del apelante referente a que el vicio del dec. 2049 fue saneado, con carácter retroactivo, por el dictado de los decs. 2069 y 2070, pues el defecto de incompetencia del órgano que ordenó los arrestos, al extralimitarse del ejercicio de sus funciones que le son propias, no puede ser objeto de convalidación, en razón que ello importa un supuesto de nulidad absoluta que según la [ley 19.549](#) no puede ser objeto de subsanación. El caso de autos no puede tipificarse en las circunstancias fácticas y jurídicas de la causa publicada en Fallos 23:257, toda vez que en ese precedente se convalidó por ley del Congreso la declaración de estado de sitio que había realizado el Poder Ejecutivo".

6.2. El control de constitucionalidad a la luz de la normativa vigente

6.2.1. Durante el estado de sitio rigen plenamente las garantías judiciales que protegen derechos fundamentales

La Constitución nacional (art. 43) y la ley 23.098 (art. 4º) establecen que el hábeas corpus es el remedio judicial durante el estado de sitio para que el juez compruebe la legitimidad de la limitación del derecho a la libertad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 27) va más allá y establece que no pueden suspenderse "las garantías judiciales indispensables para la protección" de los derechos cuya suspensión prohíbe.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió dos opiniones consultivas (8/87 y 9/87) en las que fijó el alcance de la garantía estableciendo que el art. 27.1 de la CADH garantiza la

vigencia efectiva tanto del hábeas corpus como del amparo, en cuanto recurso judicial sencillo y rápido para proteger derechos fundamentales, aun y por sobre todo, durante la implantación del estado de sitio, el cual no puede importar la supresión o pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer. La CIDH considera que "es violatoria de la Convención toda disposición adoptada en virtud del estado de emergencia, que redunde en la supresión de esas garantías".

Para que las garantías del hábeas corpus, el amparo y cualquier otro medio judicial que prevea la normativa interna de cada Estado cumpla con el estándar de la CADH debe respetarse el "debido proceso legal". Los principios del debido proceso legal no pueden ser suspendidos en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, en tanto y cuanto que "constituyen una condición necesaria para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención puedan considerarse como garantías judiciales"⁽²⁶²⁾.

De esta forma, toda persona durante el estado de sitio tiene derecho a interponer hábeas corpus y/o acción de amparo, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución del país, la ley o la propia CADH y que la inexistencia o ineficacia de tales recursos implican una trasgresión por parte del Estado Parte del CADH que lo hace incurrir en responsabilidad internacional.

6.2.2. El control judicial debe ser eficaz

La CIDH en el punto 24 de la opinión consultiva nro. 9 establece las condiciones que debe tener el recurso judicial en los siguientes términos: "Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como

sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial".

La eficacia es requisito esencial de los procesos judiciales destinados a proteger y garantizar derechos fundamentales y no admite ninguna limitación, ni siquiera durante el estado de sitio. La idoneidad del control judicial está dada por su eficacia.

6.3. Alcances del control judicial

Es por esta razón que el art. 4º de la ley 23.098 establece que "el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar, en el caso concreto: 1) la legitimidad de la declaración del estado de sitio".

Resulta imprescindible a fin de garantizar la efectividad del amparo o del hábeas corpus que el juez pueda controlar si el estado de sitio fue declarado "legítimamente", esto es, conforme lo habilita la CN y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

Así lo entiende la Corte IDH cuando establece que "Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada"⁽²⁶³⁾.

La Corte Interamericana entiende que el respeto de "las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada" es consustancial a la existencia de una sociedad democrática donde los derechos y las libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, donde cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.

La CS, que en el caso "Granada" (1985) se negó a controlar si se habían respetado "las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada", luego de la reforma constitucional de 1994 ha ejercido un control pleno, material o de "legitimidad"⁽²⁶⁴⁾ para juzgar la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia en los fallos "Verrochi" y "Consumidores Argentinos"⁽²⁶⁵⁾. En el primero de ellos, estableció que "corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de este Tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia (...) y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a

circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto"⁽²⁶⁶⁾.

Dentro de los lineamientos establecidos por la Corte IDH se encuentra la Corte Constitucional de Colombia, quien llama "material"⁽²⁶⁷⁾ a este control de constitucionalidad. Así, desde su primera sentencia (1992), la Corte Constitucional de Colombia entendió que debía ejercer un control "material" sobre la declaración de estado de excepción, esto es, que tenía que verificar si la situación justificaba o no la adopción de un estado de excepción. El control "material" se refiere a la constatación de la existencia de una situación de guerra, de los hechos que generen una grave perturbación del orden social económico y ecológico, o amenacen con provocarla, sin que esta pueda ser enfrentada a través de los mecanismos ordinarios del Estado.

El control "material" exige que la Corte verifique, primero, si los hechos sobrevinientes invocados por el gobierno representan o no una calamidad pública o una crisis económica, social o ecológica grave; y segundo, la Corte debe analizar si el gobierno ha mostrado que carece de los instrumentos legales para enfrentar la crisis, que es lo que se llama técnicamente el "juicio de suficiencia".

Este control "material", de "legitimidad" en los términos de la ley 23.098, que controla si "las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada" es consustancial con la vigencia efectiva de un Estado Social de Derecho. Es imposible que existan actos emanados por los órganos del Estado sin que existan controles sobre ellos, ya que no pueden existir actos arbitrarios o desprovistos de control por parte de los órganos que detentan el poder.

La Corte Constitucional de Colombia tiene establecido que "(...) el ejercicio de un control integral sobre los actos de los poderes constituidos asegura la primacía de la Constitución como Norma de Normas que manda la regla 4a. del Estatuto Máximo y la misión confiada a su guardiana de preservar su 'supremacía e integridad' por el constituyente en el art. 215 superior. Si el Gobierno decreta la emergencia sin que existan hechos sobrevinientes, graves o inminentes que perturben el orden económico, social o ecológico o amenacen perturbarlo, ¿no está acaso violando la integridad de la constitución? Un decreto con esas características sería abiertamente inconstitucional y no tendría razón de ser que ello no pudiera establecerse por el órgano creado para tal fin, esto es, la Corte Constitucional. Si así no se hiciere, se estaría violando la integridad

de la Constitución por la misma entidad a la cual le fue confiada su guarda.

"Dicho de otro modo, si la Corte elude el control material de los decretos que declaran un estado de excepción, ello significaría que las facultades del presidente de la República en esta materia serían supraconstitucionales. Y más aún: que esta Corte podría tolerar la actividad inconstitucional del Ejecutivo renunciando así a su deber de restablecer el imperio del Estatuto Supremo"⁽²⁶⁸⁾.

Todo control sobre la declaración del estado de sitio y de las medidas adoptadas en su consecuencia, tanto judiciales como legislativas, debe realizarse bajo el criterio más estricto y exigente.

No debe perderse nunca de vista que los estados de excepción o de emergencia tienen como única justificación válida la defensa del sistema democrático, el cual se define por un conjunto de valores que se apoyan en el autogobierno colectivo, la autonomía individual y la vigencia irrestricta de los derechos humanos.

Estos valores conforman los pilares básicos del Estado de Derecho, que deben ser custodiados en forma prioritaria tanto por las instituciones como por todas las personas.

VII. ESTADO DE SITIO Y LEY MARCIAL

La ley marcial es la ley de la guerra⁽²⁶⁹⁾ o, mejor dicho, es un "estado marcial" o "estado de guerra"⁽²⁷⁰⁾. La característica principal de esta figura es la sustitución de la autoridad y jurisdicción civil por la autoridad y jurisdicción militar.

La Constitución excluye expresamente la ley marcial y sus consecuencias extrajurídicas, previendo para el caso de guerra el estado de sitio.

La ley marcial resulta repugnante a su sistema, pues en ningún caso cesa el imperio de las normas fundamentales, ni la competencia de los poderes, ni las garantías jurisdiccionales⁽²⁷¹⁾.

Para fundar el carácter inconstitucional de la ley marcial resulta revelador conocer la historia de su aplicación en nuestro país.

Desde la sanción de la Constitución en 1860 hasta el golpe militar de 1930 nunca se declaró la ley marcial en la Argentina.

Los precedentes de ese período, que parte de la doctrina señala como de aplicación de la ley marcial, son en realidad antecedentes relativos a hechos represivos protagonizados por el Ejército.

El primero de ellos ocurrió en la provincia de Salta, en 1868, cuando fueron detenidas varias personas pertenecientes al grupo del caudillo Felipe Varela y quedaron a disposición del juez federal. El general Rivas, jefe del Ejército del Norte, reclamó al juez, Dr. Ormaechea, que entregue a los detenidos para someterlos a un

consejo de guerra, este se negó fundado su decisión en que era la justicia ordinaria la que debía juzgar a rebeldes y bandidos. Ante la insistencia del militar, el juez elevó los autos a la Corte Suprema, la que resolvió "Corresponde a la justicia federal, y no a los consejos de guerra, el conocimiento de las causas sobre crímenes que ofendan la soberanía y seguridad de la nación (art. 3º, inc. 3º, ley jurisd.). Lo es, el rebelarse entra el gobierno general"⁽²⁷²⁾.

El segundo caso ocurrió en la 1869, cuando el Ejército, al mando del general Arredondo, detuvo al caudillo Zacarías Segura, lo sometió a un consejo de guerra que lo sentenció a muerte, y lo fusiló⁽²⁷³⁾.

Este asesinato generó un pedido de interpelación por parte del senador Zavalía, al ministro de guerra, Martín de Gainza, quien compareció acompañado del ministro del Interior, Dalmacio Vélez Sarsfield, y del ministro de Relaciones Exteriores, Mariano Varela. Martín de Gainza manifestó que el fusilamiento de Segura se había ejecutado en virtud de órdenes del Poder Ejecutivo de someter a los salteadores de caminos, según las leyes vigentes, a un consejo de guerra. Vélez Sarsfield sostuvo que la prohibición de aplicar la pena de muerte era aplicable únicamente a delitos políticos y que Segura era autor solamente de crímenes comunes, asaltando y saqueando propiedades⁽²⁷⁴⁾.

No conforme con las respuestas, el senador Zavalía preguntó "cuál es la ley vigente que establece que los ladrones, los bandoleros, los homicidas, vayan a ser juzgados por un consejo de guerra"⁽²⁷⁵⁾, a lo que Mariano Varela respondió que "la ley existente que ordena que los bandoleros y salteadores de caminos sean juzgados por consejo de guerra, es la siguiente: Ley 8a. Los salteadores de caminos y sus cómplices aprehendidos por la tropa en las poblaciones, quedan sujetos al juicio militar. Por orden de 30 de marzo de 1801, y 10 de abril de 1802, insertas en circular del Consejo de 28 de abril (...) los demás reos, que no sean de esta especie, pertenecerán a la jurisdicción ordinaria, a menos que hagan resistencia a la tropa, en cuyo caso se procederá con arreglo a la real instrucción (ley 5) de 29 de junio de 1784 (15 y 16) (...)"⁽²⁷⁶⁾.

Al tomar la palabra, el senador Bartolomé Mitre⁽²⁷⁷⁾, sostuvo que "la ley marcial, proclamada contra la letra y el espíritu de la Constitución, es la jurisdicción y competencia militar aplicada a delitos políticos y a delitos comunes, contra el texto expreso de la ley de justicia federal (...) Declaro que la ejecución de Zacarías Segura en San Luis, es un verdadero asesinato! (...) Nuestra Constitución, al asimilar a una plaza sitiada el punto donde se declarase el estado de sitio, ha determinado las facultades de que únicamente puede usarse sin alterar las leyes ni las jurisdicciones en cuanto a las personas. El

estado de sitio es la negación expresa de la ley marcial. Los que quieren aclimatar entre nosotros la ley marcial, olvidan la Constitución, desconocen la naturaleza de esa ley y no recuerdan los antecedentes del pueblo en que se pretende introducir".

Es importante remarcar que en ninguno de estos casos se había sancionado una ley marcial, sino que se trataron de violaciones flagrantes a la Constitución a través de vías de hecho que consumaron asesinatos de opositores políticos.

El 6 de septiembre de 1930, día en que se perpetró el primer golpe militar de nuestra historia, el dictador José F. Uriburu, a cargo del gobierno *de facto*, dictó un bando ordenando a las fuerzas armadas "pasar por las armas" (asesinar) a "todo individuo que sea sorprendido en infraganti delito"⁽²⁷⁸⁾.

El término "ley marcial" aparece, por primera vez, a nivel federal, en el bando militar del 8 de septiembre de 1930⁽²⁷⁹⁾. Es importante señalar que la norma no impuso ni declaró la ley marcial sino que refirió que los civiles serían sometidos al rigor de la ley marcial, "ley marcial" que no existía, ni existe en nuestro país.

Durante este primer período de gobiernos *de facto*, la Corte Suprema, en el voto de la mayoría del caso "Alvear", hace una referencia *obiter dictum* respecto de la "ley marcial" sosteniendo que "(...) Debe observarse, sin embargo, que el ataque exterior es la guerra internacional o la civil creadora del estado de necesidad y por consiguiente de la ley marcial incluida en los reglamentos y ordenanzas que el Congreso tiene facultad de dictar para el Gobierno del ejército en tiempo de paz y guerra (art. 67 inc. 23, CN) (...)"⁽²⁸⁰⁾.

Fue en 1943 cuando, por primera vez, se declaró "vigente en el Territorio de la Nación la ley marcial"⁽²⁸¹⁾.

La ley marcial volvió a ser impuesta en 1956⁽²⁸²⁾, por el gobierno *de facto* que derrocó al gobierno constitucional de Perón, y fue utilizada para asesinar a los protagonistas del llamado "levantamiento de Valle"⁽²⁸³⁾ que intentó derribar a la dictadura de la autoproclamada "Revolución Libertadora".

En 1958, el presidente Frondizi declaró la vigencia del "Plan de Conmoción Interna del Estado", llamado "Plan CONINTES", por el que se subordinó a las policías provinciales a las fuerzas armadas y se sujetó a civiles a la jurisdicción militar⁽²⁸⁴⁾.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Rodríguez Juan Carlos, Ruggero Conrado Andrés y otro"⁽²⁸⁵⁾, dictado en 1962 durante el período *de facto* posterior al derrocamiento de Frondizi, se pronunció por la constitucionalidad de los decretos que establecieron y pusieron en vigencia el "Plan Conintes".

El caso trataba sobre el recurso interpuesto contra la sentencia del Consejo de Guerra Especial nro. 1 que condenó a penas de prisión a tres civiles (12 años respecto de dos de ellos y de 5 años al restante). Para fundar la constitucionalidad del juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares consideró que el estado de sitio no impide recurrir al auxilio militar y "(...) que puede concebirse también como la ejecución militar de funciones civiles, a requerimiento y en auxilio de las autoridades ordinarias y sin eliminarlas. Se trata de una función auxiliar, compatible incluso con la inexistencia en la Constitución de expresas cláusulas de emergencia (...) y "(...) Que es consecuencia de lo dicho que si bien la actuación de los tribunales militares en el proceso, anterior toda a la fecha del dec. 6495/1961, es válida como ejercicio de un poder implícito que es corolario de la facultad de las autoridades civiles de reprimir por la fuerza militar la violencia de la rebelión interna, y en consecuencia, utilizables sus constancias, el recurso extraordinario debe, sin embargo, admitirse (...) "⁽²⁸⁶⁾. De esta forma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fundó su decisión en un "poder implícito" en atención a "la inexistencia en la Constitución de expresas cláusulas de emergencia" que avalen el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares. Asimismo, el fallo limita la "(...) subsistencia de las condenas militares, impugnadas legalmente (...) una vez cesada la causa que motivó el régimen de "excepción" sosteniendo que "La exclusión de los jueces de la Constitución en el juzgamiento y decisión final de las causas criminales no tiene justificativo jurídico, luego de superado definitivamente el episodio subversivo, aun cuando subsista el estado de sitio, porque los eventos excepcionales que justifican la implantación del auxilio militar limitan también su duración" y ordenando que la persona vuelva a ser juzgada por jueces integrantes del Poder Judicial de la Nación, en violación de la garantía que impide el doble juzgamiento.

Obiter dictum refirió "(...) que incluso la ley marcial está "incluida en los reglamentos y ordenanzas que el Congreso tiene facultad de dictar para el gobierno del ejército en tiempo de paz y de guerra (arts. 67, inc. 23, CN (...) "⁽²⁸⁷⁾.

También la dictadura militar del general Onganía estableció consejos de guerra, a los cuales habilitó para el juzgamiento de civiles⁽²⁸⁸⁾.

La dictadura militar genocida, impuesta a partir del 24 de marzo de 1976 impuso la ley marcial a través del "dec.-ley" 21.264 habilitando a los miembros de las fuerzas armadas y se seguridad a disparar contra civiles⁽²⁸⁹⁾ y creando consejos de guerra especiales, a cuyo

cargo estaba el juzgamiento de civiles acusados de estar vinculados con la "actividad subversiva"⁽²⁹⁰⁾.

Surge claramente que los distintos gobiernos *de facto* han utilizado la "ley marcial" a fin de darle un barniz de legalidad a sus políticas represivas. No es casual que los fallos citados hayan sido dictados por la Corte Suprema durante períodos *de facto* (1933 y 1962). Las mismas integraciones del Máximo Tribunal que legitimaron a los distintos gobiernos militares avalaron sus políticas represivas, siempre al margen de la CN.

Tanto en los fallos "Alvear" como "Rodríguez", la Corte Suprema de Justicia de la Nación fundó la constitucionalidad de la "ley marcial" en el ex art. 67, inc. 23 (actual 75, inc. 27) de la CN, una norma referida a la atribución del Congreso para dictar normas para la organización y gobierno de las fuerzas armadas. Del propio "fundamento" dado en dichos precedentes surge la inexistencia del mismo, y deja al desnudo que la Corte no pudo encontrar norma alguna que le permita sostener su decisión.

Sánchez Viamonte expresó que "el estado de sitio excluye a la ley marcial, que existe sólo en los países donde no hay estado de sitio sino, simplemente, suspensión de hábeas corpus, como Inglaterra y los Estados Unidos". Y agregó: "Así resuelve el problema la Constitución argentina. Ni ley marcial, ni estado de asamblea, ni ninguna otra denominación. Todos los casos de peligro, por graves que sean, están previstos en el art. 23: "Ataque exterior o conmoción interior que pongan en peligro el ejercicio de la constitución y las autoridades creadas por ella"⁽²⁹¹⁾.

Bidart Campos sostuvo que "entendemos que en cuanto irroga extensión lisa y llana de jurisdicción militar a los civiles, la ley marcial es inconstitucional, ya que la constitución no la ha previsto ni para caso de guerra ni para caso de conmoción interna"⁽²⁹²⁾.

No existe ninguna disposición en nuestra Constitución que permita el sostener la existencia de la ley marcial en nuestro sistema. Por el contrario, la misma establece en el art. 29 una prohibición expresa la concesión de "facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna". En estos términos el acto de proclamación de la ley marcial, o su aplicación, "llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria".

El art. 109 (ex 95) de la CN, en cuanto establece que "en ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales,

arrogarse el conocimiento de las pendientes o restablecer las fenecidas" prohíbe la sujeta a civiles a Tribunales Militares, ya que de esta forma se pone en manos del presidente la función de juzgar e impone penas, en tanto "es comandante en Jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación" (art. 99, inc. 12, CN).

Esta prohibición fue expuesta por el Dr. Boffi Boggero en su voto en disidencia parcial en el caso "Rodríguez", al sostener que "El art. 95 en examen se vincula, precisamente, y entre otras normas, con los arts. 18, que confiere derecho a exigir un proceso legal con jueces naturales; 23, que limitando las facultades del Poder Ejecutivo durante el estado de sitio, le prohíbe concreta y claramente el ejercicio de funciones judiciales; 29, que veda con energía las 'facultades extraordinarias', la 'suma del poder público', las 'sumisiones' o 'supremacías'. Y ha de relacionarse, también, con los arts. 94 y otros del Capítulo I, Sección Tercera: Del Poder Judicial, y con el capítulo referente a las atribuciones de este Poder, como, asimismo, con el art. 67, inc. 11, y con el 100, que reservan para las provincias la aplicación del derecho común por los jueces que componen sus respectivos poderes judiciales, sustentados estos en los arts. 104 y 105 de la CN. (...) Los 'poderes de guerra' —lo ha sostenido de manera clara e intergiversable esta Corte— surgen de la CN y no pueden regir, en consecuencia, por encima de las normas fundamentales que esa Carta instituye (Fallos 245:146 y muchos otros). Esta doctrina guarda estrecha analogía con la sentada en Fallos 7:205 y muchos otros; y reconoce clara afinidad con el enérgico concepto del entonces Senador MITRE al expresar el principio, en casos como el presente, de que las leyes militares no pueden aplicarse 'al castigo de delitos comunes o de individuos que no corresponden a su jurisdicción'" (Diario de Sesiones, 1869, p. 163/4)"⁽²⁹³⁾.

Los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) en cuanto garantizan el debido proceso legal y el principio de legalidad penal son coincidentes y refuerzan la prohibición de la "ley marcial" y del juzgamiento de civiles por tribunales militares.

El art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece expresamente que bajo ninguna circunstancia puede suspenderse el derecho a la vida, a la integridad personal, libertad de conciencia, el principio de legalidad y de retroactividad, ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Dada la clara y evidente repugnancia existente entre "ley marcial" y la CADH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte

IDH) en el caso "Castillo Petruzzi" resolvió que el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares viola el art. 8º.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en tanto y en cuanto priva a las personas de ser juzgadas por tribunales de justicia ordinarios conforme a procedimientos legales ordinarios e integrados por "jueces" cuya imparcialidad no está garantizada por encontrarse dentro de la órbita castrense, la que a su vez están inmersas en el combate contra los grupos insurgentes y son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos⁽²⁹⁴⁾.

La Corte IDH admite la existencia de la justicia militar pero ha establecido que la jurisdicción penal militar debe tener un alcance restrictivo y excepcional, debiendo solo alcanzar al juzgamiento de militares en servicio activo⁽²⁹⁵⁾, en ocasión del cumplimiento de funciones de defensa y seguridad exterior del Estado⁽²⁹⁶⁾, por la comisión de delitos o faltas que atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar⁽²⁹⁷⁾, respetando siempre el principio de legalidad así como el cumplimiento de todos los extremos requeridos por el tipo penal⁽²⁹⁸⁾.

Con posterioridad el Estado argentino, en el caso "Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina", se comprometió a impulsar una reforma integral del sistema de justicia disciplinario y penal militar⁽²⁹⁹⁾.

Al año siguiente, la CS emite sentencia en el caso "López"⁽³⁰⁰⁾ declarando que el Código de Justicia Militar violaba el derecho a ser juzgado por un juez imparcial e independiente⁽³⁰¹⁾, así como el derecho a la defensa en juicio, dado que no se garantizaba el derecho a ser defendido por un abogado de confianza⁽³⁰²⁾.

La ley 26.394 derogó el Código de Justicia Militar, eliminando la jurisdicción militar respecto de civiles en todos los casos, la cual únicamente subsiste respecto del personal con estado militar en tiempo de guerra y con carácter excepcional, incorporó algunos de los delitos militares del CJM al Cód. Penal y derogó otros, diferenció el derecho penal militar del derecho disciplinario militar, y eliminó la pena de muerte⁽³⁰³⁾.

El principio rector de todo el sistema jurídico argentino parte del valor de la libertad contenido en el Preámbulo y en el art. 19 de la CN.

No existen facultades implícitas en contra de la libertad, solo hay derechos y garantías implícitas que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33, CN).

Los poderes constituidos tienen prohibido hacer todo lo que la CN no les faculta expresamente y los habitantes son libres de hacer todo

aquello que no esté prohibido por ley, la que debe respetar los límites constitucionalmente impuestos.

De esta forma, toda medida de gobierno que modifique la jurisdicción sobre los habitantes coloque a civiles bajo jurisdicción militar u altere el orden constitucional preestablecido es nula, de nulidad absoluta y todos los que ordenen, autoricen, ejecuten o consientan tales actos deberán responder penalmente bajo el cargo de infames traidores a la patria de conformidad con los arts. 29 y 36 de la CN.

VIII. CONCLUSIÓN

En la Argentina, desde el 1 de mayo de 1853⁽³⁰⁴⁾ hasta el 31 de diciembre de 2001, hemos vivido casi un 25 % del tiempo bajo el estado de sitio, porcentaje que se eleva al 45 % si solo se computa el período transcurrido entre 1930 y 1983⁽³⁰⁵⁾.

La historia nacional y latinoamericana enseña que el estado de sitio lejos de haber sido utilizado como una herramienta extraordinaria, lo fue con una habitualidad y prolongación en el tiempo que desnaturalizó su fin originario, siendo sinónimo de la arbitrariedad, la violación a los derechos humanos y al estado de derecho.

El desconocimiento de los derechos y garantías "casi nunca se presenta como una negativa lisa y llana a su validez, sino a través de planteos sobre su carácter 'relativo'; el hecho de que deben ceder ante consideraciones de 'bien común'; la necesidad de 'reglamentar su ejercicio'; la de dar lugar al 'poder de policía' que tiene el gobierno; la de impedir los 'abusos' de tales derechos, o la de atender a situaciones de 'emergencia' en que el 'ser nacional' está en peligro"⁽³⁰⁶⁾.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha evolucionado (muy lentamente) en dirección a ejercer un control judicial de constitucionalidad cada vez más intenso sobre las decisiones tomadas por el Poder Ejecutivo durante el estado de sitio.

El control de constitucionalidad y la declaración de invalidez de la declaración del estado de emergencia⁽³⁰⁷⁾ y de las decisiones adoptadas en virtud de los poderes que dicha declaración otorga han sido ejercidos en la jurisprudencia comparada desde hace siglos.

Existen precedentes de control de constitucionalidad pleno en Inglaterra (1794)⁽³⁰⁸⁾, Francia (1832)⁽³⁰⁹⁾, Estados Unidos (1861)⁽³¹⁰⁾, Colombia (1992)⁽³¹¹⁾.

En nuestro derecho, el ejercicio de un control pleno, material o de "legitimidad"⁽³¹²⁾ ha sido admitido por la Corte para juzgar la

constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, en los fallos "Verrochi"⁽³¹³⁾ y "Consumidores Argentinos"⁽³¹⁴⁾.

José Manuel Estrada se preguntaba "¿Qué me importa a mí que una Constitución declare que yo tengo el derecho a defenderme ante los tribunales, mientras no tenga nada que defender? ¿Qué me importa tener leyes, Constituciones y garantías para tiempos pacíficos y normales, si esas garantías se han de suspender cuando los casos de más peligro, es decir, en los tiempos críticos? Esto me recuerda aquel cuento, un poco grotesco, pero gráfico, de aquel barbero que tenía un paraguas roto y que, interrogado por un conocido por qué usaba un paraguas tan roto como el que llevaba, le contestó: Este lo tengo para los días que llueve. Estas garantías, suspendidas en los días críticos, son como el paraguas del barbero, son para los días que llueve"⁽³¹⁵⁾.

En la eterna lucha por la vigencia de los derechos fundamentales para garantizar la dignidad humana de todos resulta imprescindible que el Poder Legislativo y el Poder Judicial cumplan su función y ejerzan un control político (el legislativo) y de constitucionalidad (el judicial) pleno que garantice eficazmente:

1) Que la declaración en estado de sitio sea el resultado de una deliberación, con el máximo grado de participación y reflexión posible dentro de un procedimiento democrático de discusión y decisión⁽³¹⁶⁾.

2) La existencia concreta "de conmoción interior o de ataque exterior, que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella".

3) La total erradicación de la "ley marcial" de la realidad argentina, en tanto que el único instituto que prevé la CN es el estado de sitio.

4) Que el Estado acredite la imposibilidad de proteger el sistema democrático por un medio alternativo menos gravoso que el estado de sitio, aplicándose siempre un escrutinio estricto sobre el comportamiento estatal.

5) Que no se suspendan aquellos derechos y garantías protegidos por la Declaración Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6) Que se cumplan con las disposiciones, interpretaciones, reglas y recomendaciones emitidas por los organismos internacionales, de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, encargados de velar por el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos.

7) Que exista una necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y la gravedad de la situación que motivó el estado de sitio, a fin de que las restricciones sean estrictamente limitadas a lo

imprescindible (tanto en su extensión, intensidad, duración y ámbito espacial) para cumplir con el objetivo constitucionalmente establecido: la defensa del sistema democrático.

8) Que los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data, así como las garantías derivadas del debido proceso, sean efectivos, no sean limitados en forma alguna durante el estado de sitio y que por el contrario se refuerce la vigencia efectiva de todas las herramientas institucionales de control sobre la declaración y ejercicio de las atribuciones de las autoridades durante el estado de sitio.

9) Que se garantice, en forma efectiva, la seguridad de los abogados y otros intervinientes en dichos procesos en tanto actúan como *Defensores de Derechos Humanos* amparados y en los términos de la "Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos" dictada por Naciones Unidas⁽³¹⁷⁾.

Aun el control legislativo y el judicial pleno no será garantía suficiente para que el estado de sitio no vuelva a ser "el cementerio de nuestras libertades"⁽³¹⁸⁾, pero sin él perderemos una herramienta para evitar que sea "una receta más para erigir dictaduras, que se hallan aderezadas con el conocido, aunque disimulado, ingrediente de la razón de Estado, que es la razón de la sinrazón, la razón de la fuerza"⁽³¹⁹⁾.

* * *

Art. 24.—

El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.

EL JUICIO POR JURADOS

Comentario por Silvina Ramírez

I. FUNDAMENTACIÓN

El juicio por jurados adquiere una relevancia indiscutible para los modelos de democracia deliberativa⁽³²⁰⁾. Permite profundizar la participación ciudadana, precisamente en temas tan sensibles —tal como lo señala la CN— como los juicios criminales (aunque no los restringe a estos). Por otra parte, en términos de legitimidad, permite que sean directamente los ciudadanos los que pueden llegar a decisiones que son centrales en la gestión de la conflictividad, y, en consecuencia, centrales también para la vida democrática.

La democracia no se agota —idea ya muy trabajada— en la emisión de un voto, sino que debe completarse necesariamente con un conjunto de otras instituciones que privilegien la participación ciudadana, promoviendo también la gestación de virtudes cívicas en ellos. Tocqueville afirmaba: "...El juicio por jurados no sólo es el medio más enérgico de hacer reinar al pueblo, sino también el medio más eficaz de enseñarle a reinar". Esta visión republicana del autor francés enfatiza el beneficio que acarrearía para la responsabilidad cívica de los ciudadanos la posibilidad de juzgar a sus pares. En su obra más conocida, *Democracia en América*, señala: "El jurado enseña a los hombres la práctica de la equidad. Cada uno, al juzgar a su vecino, piensa que al mismo tiempo puede ser juzgado... Invierte a cada ciudadano de una suerte de magistratura; hace sentir a todos que tienen deberes que cumplir hacia la sociedad y que, de ese modo, forman parte de su gobierno... El jurado ayuda notablemente a formar el juicio y a aumentar el entendimiento natural de la gente. Esta es, en mi opinión, su ventaja mayor".

Una defensa irrestricta del juicio de jurados la lleva adelante Carlos Nino, quien valora enormemente la participación de la ciudadanía en la administración de justicia, destacando su función de poner límites al poder estatal. Dice Nino: "...Al jurado no se lo puede defender o atacar basándose en la mayor o peor calidad de sus decisiones, comparadas con las de los jueces letrados, ya que los estudios empíricos muestran pocas diferencias significativas. Sin embargo, el jurado tiene un enorme valor como expresión de la participación directa de la población en el acto de gobierno fundamental que es la disposición inmediata de la coacción estatal. Ello disminuye la distancia entre la sociedad y el aparato estatal, y atenúa el sentimiento de alienación del poder... Consolida el sentido de responsabilidad en la ciudadanía... impide que el derecho se convierta en un instrumento esotérico... (y) cumple un papel importantísimo de valla frente a los abusos de poder, ya que implica

la mayor descentralización posible en la tarea de dar la luz verde antes de poner en movimiento el aparato coactivo del Estado".

Sin embargo, existe un sinnúmero de disputas sobre la aceptabilidad del jurado. No es casual que los constitucionalistas, en su mayoría, hayan ignorado esta institución o, hayan sido refractarias a ella. Sólo para ejemplificar, dice Sabsay: "nunca cumplió el Congreso con el mandato establecido del juicio por jurados, institución típica del ordenamiento judicial anglosajón y extraña a las raíces de nuestras instituciones. Esta facultad se encuentra reiterada en el art. 75, inc. 12, que regula la atribución del Congreso para dictar los Códigos de fondo y requiere el establecimiento del juicio por jurados".

Tampoco es por azar que nuestra Constitución en tres oportunidades, expresamente, se refiera claramente al establecimiento del juicio por jurados (es importante señalar que estas normas fueron votadas unánimemente en la formulación de la Constitución histórica); y haya transcurrido más de un siglo y medio sin que exista hasta la fecha legislación nacional que lo regule. Los debates juradistas/antijuradistas atraviesan muchos de los temas centrales que se plantean en la teoría política, en la teoría democrática y en la teoría judicial, abordando aspectos tales como participación, legitimidad de las decisiones, control de sus decisiones, y más recientemente, tienen como eje común lo que ha sido dado en llamar la "democratización de la justicia".

Al decir de Harfuch (2013): "...Gran parte del constitucionalismo argentino de los años '60, '70 y '80 pergeñó uno de los más grandes disparates del que se tenga memoria: la derogación del jurado por desuetudo. Es decir, que la triple exigencia constitucional del jurado había perdido vigencia por la falta de interés del Congreso en su reglamentación. Ni qué hablar del resto de los argumentos esparcidos durante décadas contra él en los claustros, como que el pueblo argentino carecía de educación y de preparación para juzgar, que era fácilmente manipulable por abogados elocuentes o medios de comunicación y que, en definitiva, sólo la justicia profesional era la única que podía administrar el derecho con racionalidad, corrección, cordura y sentido común".

El juicio por jurados permite abordar adecuadamente dos cuestiones centrales para el debate constitucional. Por una parte, las tensiones que existen entre un gobierno limitado por el respeto a los derechos fundamentales y el ideal de autogobierno plasmado en los principios democráticos encuentran precisamente en los jurados populares una forma de equilibrio. Los jurados son una expresión directa de la ciudadanía, y en ese sentido transmiten las voces de

aquellos que con sensatez y racionalidad pueden decidir sobre un asunto sometido a su consideración. Asimismo, al estar contemplados en la Constitución, forman parte de determinados controles que la propia ciudadanía exige para que sus pares cuenten con una administración de justicia que respete ciertos derechos fundamentales.

Por otra parte, la objeción contramayoritaria que tan frecuentemente se le presenta al Poder Judicial, en el sentido de que sus miembros no son elegidos directamente por la ciudadanía, y por lo tanto carecen de la legitimidad de los otros dos poderes, disminuye considerablemente en aquellos juicios en donde los jurados populares son aquellos que finalmente toman la decisión sobre el modo de resolver un conflicto.

Doctrinariamente, dos son los problemas que se discuten alrededor de los jurados. La fundamentación y el recurso. Brevemente, se prohíbe el recurso del acusador contra la sentencia absolutoria derivada de un veredicto de no culpabilidad del jurado, y dispone que el único que puede recurrir la sentencia condenatoria tras un veredicto de culpabilidad del jurado, es el imputado y su defensor. El argumento principal, entonces, es que el recurso es una garantía individual del condenado, y no puede ser concedido al acusador, ya que significaría violar la garantía del *non bis in idem* y la garantía de única instancia. Así, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, incorporados en 1994 a nuestra Constitución (CN, 75, inc. 22), establecen expresamente que el recurso contra la sentencia de condena es una garantía en cabeza *exclusiva* del imputado declarado culpable [CADH Pacto de San José de Costa Rica, 8º, inc. 2º.h) y PIDCyP, 14, inc. 5º].

Desde ya adelantamos que veredicto inmotivado no significa en absoluto falta de fundamentación. Esta se encuentra íntimamente vinculada al control de la decisión. Si se lo compara con el juicio ordinario, aquel llevado adelante por el juez profesional, podemos decir que el juicio por jurados garantiza un control mucho mayor y de enorme amplitud. Dicho control es imposible de ser equiparado por el juicio profesional. Por varias razones, en primer lugar porque el jurado está necesariamente ligado a las vicisitudes de un verdadero litigio. En ese sentido, son las partes las que brindan el material sobre el que el jurado decidirá, garantizando la imparcialidad.

Las instrucciones que el juez profesional le brinda al jurado — fuertemente litigadas antes entre las partes— son también una forma muy importante de llevar adelante este control, generando una interacción entre el juez profesional y los jueces ciudadanos. El juez que las imparte es un juez que no decide el veredicto. De tal suerte,

el juez profesional director del debate se convierte en un real juez de garantías del desarrollo del juicio (Binder). Al no estar comprometido con la decisión, aumenta su imparcialidad a la hora de decidir el rechazo, o admisión de pruebas, y a conducir el juicio en términos de *fair trial*.

La realidad efectiva del jurado clásico en la Provincia de Buenos Aires y el Neuquén, tras casi cuatro años de continuos juicios ciudadanos, ha hecho caer por completo estos cuestionamientos sobre el recurso y la ausencia de fundamentación. Se han hecho ya casi 300 juicios por jurados, y ningún abogado defensor ha visto obstaculizado o cercenado su derecho de defensa en el marco del recurso. Los defensores han planteado todo tipo de agravios, que abarcan desde el derecho, la prueba o los hechos. Nada les impidió tampoco a los jueces recursivos resolver este tipo de planteos sobre un veredicto del jurado que debe permanecer inmotivado por su propia esencia y funcionamiento.

El Tribunal de Impugnación y el Superior Tribunal de Justicia de Neuquén y el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires han desarrollado una notable jurisprudencia en materia de jurados. Todas sus resoluciones han afirmado la constitucionalidad convencional del sistema de jurados y señalaron lo obvio: que el juicio profesional y el juicio por jurados son juicios distintos y que, por lo tanto, varían en sus métodos y soportes para interponer recursos⁽³²¹⁾.

El juicio profesional se apoya casi íntegramente en las actas del expediente escrito y en la sentencia escrita del juez técnico. El juicio por jurados se apoya en la grabación audiovisual íntegra del debate, en la requisitoria del acusador, en las instrucciones del juez, y en el litigio recursivo oral y público en sede impugnativa⁽³²²⁾. Existe, entonces, una destacable jurisprudencia argentina sobre el juicio por jurados, vinculada a la Constitución nacional y a los pactos internacionales de derechos humanos⁽³²³⁾.

Pero el control crucial que implica el jurado para el sistema democrático es el rescate de la garantía de la deliberación. No existe sistema judicial alguno en el que la deliberación sobre la prueba y la ley sea tan intensa como en el juicio por jurados, que debe alcanzar en algunos casos la unanimidad de doce personas⁽³²⁴⁾. La deliberación del jurado es lo que le otorga al veredicto del jurado su estabilización como acto racional. El jurado, tal como está pensado, refleja la deliberación que se destaca en un modelo de democracia dialógica. La posibilidad de llegar a una decisión tan relevante para un individuo como la condena, o la absolución se logra a través del intercambio de argumentos, que en definitiva fortalece el sistema de garantías.

Los adversarios de los jurados —algunos de ellos podrían ser denominados "elitistas epistemológicos"— sostienen que sólo los jueces ciudadanos están capacitados para juzgar; como contrapartida afirman que el ciudadano común carece de sentido común, y está impedido de usarlo para acercar buenas razones que les permitan fundamentar una decisión. Lo que en definitiva está por detrás de todo esto es —de acuerdo con Binder— una lucha de incumbencias más que una lucha ideológica. En otras palabras, la imposibilidad de ejercer con exclusividad el monopolio del ejercicio del poder jurisdiccional para los abogados —y mucho más aún para los jueces— es una alternativa costosa de admitir.

En este punto, y analizando los artículos constitucionales, es pertinente preguntarse qué se entiende por juez natural. El art. 118 establece: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados...". El jurado, entonces, de acuerdo con la Constitución es el juez natural de los hechos. Se produjo, entonces, lo que se ha dado en llamar "la usurpación" por parte de la justicia profesional de una función que el Constituyente había colocado en manos de la ciudadanía.

Es preciso destacar, de acuerdo a la interpretación constitucional de los artículos de mención, que debemos distinguir la justicia profesional de la justicia ciudadana. Y que los ciudadanos son los que deben llegar a un veredicto —precisamente por la relevancia de una decisión de este tipo que puede privar de la libertad a un ser humano— mientras que la tarea central de los jueces profesionales es la formulación de las sentencias. Veredicto y sentencia son dos categorías diferentes que vale la pena remarcar. A la luz del juicio por jurados, entonces, el juez natural es una garantía constitucional fundamental que debe ser repensada.

El art. 118 agrega: "La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito...". Ello debe interpretarse en el sentido de que los jurados deben ser de la vecindad. En ese sentido la garantía del juez natural está vinculada también a la cuestión espacial.

Estudios empíricos, por su parte, han demostrado que contrariamente a lo que se ha argüido, los jurados no son tendencialmente punitivistas. Una investigación desarrollada en Córdoba (vale la pena remarcar que en esta provincia el jurado es escabino, un tribunal mixto, que no responde estrictamente al ideal de participación ciudadana reflejado en un jurado conformado por doce ciudadanos), analizando una muestra de 51 sentencias entre

2004 y 2007, constató la menor severidad de los jurados en sus decisiones, si se lo compara con los jueces profesionales⁽³²⁵⁾.

Aquellos, entonces, que han esgrimido razones de profundización en los castigos por parte de los jurados, o lo que es peor aún, una suerte de linchamiento popular, encuentran en esta primera experiencia en el país, razones para revisar sus puntos de vista frente a la madurez con que han reaccionado los jurados frente a una exigencia ciudadana de endurecimiento de las penas.

II. HISTORIA DE SU GÉNESIS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Autores como Shiffrin ubican la génesis de los artículos constitucionales del juicio por jurados en la Constitución de Filadelfia de 1787. El art. 118 (ex 102) tuvo su inspiración en la historia y discusiones que se suscitaron en el origen de la Constitución Norteamericana. Los colonos norteamericanos, en sus luchas por la independencia, realizaron actos de resistencia que ocasionaron su encarcelamiento. Dado que fueron sometidos a juicio por jurados (conformado por doce vecinos del lugar), fueron absueltos por sus pares, lo que originó una larga disputa con la metrópoli alrededor de quiénes debían juzgar, y adónde se debía llevar adelante el procesamiento.

Esta disputa fue signada por decisiones tales como, disponer que en casos de traición cometidos en el extranjero los acusados debían ser trasladados a Inglaterra para ser juzgados por el "Tribunal del Rey", que desataron notables protestas sobre que "los privaba de los beneficios del derecho al juicio por jurados del lugar"⁽³²⁶⁾.

Dice Harfuch: "...Fueron los juristas de las Colonias los encargados de demostrar jurídicamente que la Metrópoli estaba borrando con el codo todas las garantías del juicio por jurados que el mismo pueblo inglés había perfeccionado durante seis siglos y que fueran la admiración de la Europa entera tras la Revolución Francesa. Esos juristas norteamericanos fueron luego los constituyentes de Filadelfia y los que incorporaron en la cláusula constitucional la garantía del jurado del lugar como juez natural; de allí el diseño de nuestro actual art. 118, CN,...".

El juicio por jurados tiene su origen en el *common law*. Así, los jurados fueron en primer lugar testigos del hecho y luego se convirtieron en jueces de esos mismos hechos. El relato de su origen, allá por el siglo XVI⁽³²⁷⁾, destaca que el Rey enviaba a jueces-visitadores, quienes convocaban a vecinos respetables que bajo juramento (de allí la denominación de jurados) declararan, entre otras cosas, qué delitos se habían perpetrado.

Pasó el tiempo y sólo se requirió el pronunciamiento de un grupo de doce vecinos que atestiguaban sobre la culpabilidad del acusado. Esos jurados-testigos debían ser del lugar del hecho. Así, esta historia se fue traduciendo en actas y leyes que generaron precedentes que fueron utilizados posteriormente en las colonias para señalar la relevancia del juicio por jurados como garantía para el acusado.

Estos antecedentes históricos se trasladan al viejo art. 102 (actual 118) de la CN. En 1871, la ley 483 estableció que "El Poder Ejecutivo nombrará una comisión de dos personas idóneas que proyecten la ley de organización del jurado y la de enjuiciamiento en las causas criminales ordinarias de jurisdicción federal, debiendo someterla a la consideración del Congreso, en las primeras sesiones del próximo período legislativo". En cumplimiento de ella, el entonces presidente Domingo Faustino Sarmiento designó a Florentino González y Victorino de la Plaza, quienes redactaron el primer proyecto de ley de juicio por jurados en nuestro país, presentado el 23/4/1873, pero no tratado por el Congreso.

III. JURISPRUDENCIA⁽³²⁸⁾

En la historia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se menciona el primer lugar el caso "Loveira, Vicente contra Mullhall, Eduardo T." (Fallos 115:92). La defensa del imputado, acusado de calumnias e injurias, había interpuesto excepción de falta de jurisdicción dado que la CN indicaba que el imputado sólo podía ser juzgado por un jurado. En una sentencia del 7/12/1911 confirmaron la sentencia recurrida. Su argumento central en aquel momento fue: "...los arts. 24, 67 y 102 de la Constitución no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados, al igual que el primero no le impuso términos perentorios para la reforma de la legislación en todos sus ramos".

En el caso "Valentín Santa María y Ezequiel Ramón Mejía contra Eduardo Mulhall por injurias y calumnias", la Corte Suprema dictó la misma resolución que en el caso "Loveira". Por otra parte, también es posible mencionar el caso "Ministerio Fiscal contra Director del diario La Fronda s/desacato" (Fallos 165:258). Prácticamente se da la misma situación que en los casos anteriores. El acusado planteó la falta de jurisdicción de la justicia local para conocer el caso, en razón de que el juzgamiento debía llevarse ante un jurado, y nuevamente la Corte utilizando los argumentos vertidos en los casos mencionados la rechaza el 25/7/1932.

En los casos "Tribuna Demócrata" (Fallos 208:21) y "Tiffermberg, David" (Fallos 208: 225), ambos en 1947, la Corte Suprema de Justicia vuelve a ocuparse del tema sosteniendo el argumento que ya había vertido en casos anteriores, en el sentido de que las disposiciones constitucionales eran sólo recomendaciones al Congreso de la Nación para que promueva la reforma de la legislación y establezca el juicio por jurados.

Queda claro entonces que, a pesar de lo dispuesto constitucionalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no consideró que se planteara inconstitucionalidad alguna si se seguía privilegiando la justicia profesional.

En los sistemas legales del *common law* existe una nutrida jurisprudencia. Basta mencionar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, in re "Blakely v. Washington" (542 U.S. 296). Blakely había llegado a un acuerdo de culpabilidad para no ir a juicio, y el juez le impuso una pena mayor. El caso llegó a la Corte Suprema que recurrió a la regla aplicada en "Apprendi v. New Jersey", (530 U.S. 466 [2000]). Allí se estableció que "...Esta norma promueve los intereses históricos de la exigencia del juicio por jurados —el de someter a todas las acusaciones en contra de un acusado al 'sufragio unánime de doce de sus iguales y vecinos'— y para que sean ellos quienes confirmen la existencia de esos hechos que son esenciales para que el castigo sea legal".

El voto mayoritario en Blakely estuvo a cargo del juez Scalia, el cual vale la pena transcribir por su claridad:

"El compromiso de esta Corte en 'Apprendi', en este contexto, refleja no sólo el respeto a los precedentes de larga data, sino la necesidad de dar un contenido inteligible para el derecho al juicio por jurados. Este derecho no es ninguna mera formalidad procesal, sino una reserva fundamental de poder en nuestra estructura constitucional".

Al igual que los ciudadanos participan en el proceso legislativo eligiendo a sus representantes en la legislatura, también participan en el proceso judicial al servir como jurados. La regla de "Apprendi" asegura que "la autoridad del juez para sentenciar deriva íntegramente del veredicto del jurado". Sin esa restricción, el jurado no podría ejercitar el control que los Constituyentes pretendieron".

Quienes rechacen esta regla, expresada en "Apprendi", están resignados a una de estas dos alternativas.

Primero, un jurado sólo estaría habilitado para pronunciarse sobre una muy pequeña parte de la acción criminal y, entonces, habilitaría al juez para determinar la pena por todo el rango de la conducta que la fiscalía busca imponer, como lo sería que se permitiera a un jurado

determinar si un homicida acusado poseía ilegalmente una arma de fuego, y luego se le permitiera al juez imponerle prisión perpetua porque el acusado usó el arma para matar a otro.

Segundo, la legislatura podría establecer límites judiciales que no fueran tan excesivos, un estándar necesariamente subjetivo que sería difícil de monitorear y ajustar, según sea necesario, por una Corte. Pero esta afirmación no era plausible, desde que el entero propósito del juicio por jurados es limitar la autoridad judicial".

IV. HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

Existen tres normas constitucionales claramente identificadas como aquellas que contemplan el juicio por jurados, a las que puede sumársele una cuarta norma constitucional (art. 126) que en virtud de una interpretación "a contrario" establece que las provincias tienen facultades concurrentes con la Nación para legislar en materia de jurados.

En el art. 24 se dispone que el Congreso establezca el juicio por jurados, el art. 75 —que regula las atribuciones del Congreso— en su inc. 12 dispone que este deberá dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados, el art. 118 ya mencionado determina que todos los juicios criminales ordinarios se terminarán por jurados.

Merece la pena destacar el art. 24 de nuestra Constitución, dado que no ha sido lo suficientemente analizado por los constitucionalistas. En primer lugar, de este artículo surge que el jurado es una garantía constitucional, y que a su vez es el eje de otro conjunto de garantías constitucionales, tales como imparcialidad, *ne bis in idem*, juez natural, garantía de inocencia. Asimismo, el art. 24 no se limita a establecer el juicio por jurados sólo en los casos penales, sino que habla de modo general. En ese sentido, el constituyente adoptó el juicio por jurados para todo tipo de litigios, incluidos los juicios civiles.

Gelli, al referirse al art. 24 de la CN recuerda que esta fue ratificada por la Convención Constituyente del 94, y que antes de ella la Corte sostuvo que los artículos de la Constitución no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados, al igual que el art. 24 no impuso términos perentorios para la reforma de la legislación en todas sus ramas.

El art. 126 no es mencionado por los constitucionalistas, pero completa este triple mandato constitucional. Así, al distinguir las competencias provinciales de las federales, establece la regla de que las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. Menciona descriptivamente la lista de aquellas competencias delegadas, y se

omite la ley que regula el juicio por jurados. Una interpretación cada vez más extendida (Binder, Harfuch) entiende que el constituyente omitió deliberadamente el juicio por jurados para establecer facultades concurrentes entre las provincias y la Nación en materia de legislación de jurados.

Gelli sostiene que la no implementación del jurado es inconstitucional, aunque considera que es competencia del Congreso nacional legislar en la materia dejando su aplicación a los Estados provinciales. Así sostiene: "la ley del Congreso debe organizar las reglas de composición y número de los jurados; el funcionamiento de estos, los requisitos necesarios para integrarlos; las mayorías exigidas para obtener la decisión. Pero la aplicación de la ley, la instalación de los jurados, el examen de los requisitos que deben tener los ciudadanos que integren el jurado, son de competencia local".

Por su parte, Sagüés presenta una postura más abierta, considerando que es posible que las provincias legislen sobre el juicio por jurados hasta que el Congreso cumpla con el mandato constitucional. Este debate no es menor, ya es una realidad que en diferentes Estados provinciales (Buenos Aires, Neuquén, Chubut) se legisló sobre el juicio por jurados, sin que exista hasta el presente un proyecto legislativo a nivel nacional.

Esto se vincula a la imposibilidad —una vez establecido el juicio por jurados en las provincias— de dar marcha atrás y, eventualmente, en un futuro derogar esta disposición. Con la legislación provincial "se activó" una cláusula constitucional, un mandato de los constituyentes de establecer una institución. Con esta activación ya se generó el cumplimiento de la obligación. Sólo resta esperar que el juicio por jurados se extienda en las legislaciones provinciales y se plasme en una legislación nacional.

Dalla Vía aborda el tema del juicio por jurados de una manera descriptiva, limitándose a relatar que el Congreso en su momento no consideró conveniente adoptar el juicio por jurados, dado que se alejaba de nuestras prácticas y costumbres. Y agrega que los jueces ciudadanos tienen adeptos y detractores, ya que si bien es posible hablar de mayor participación popular y legitimidad democrática del Poder Judicial, involucra también cuestiones de seguridad y justicia al constatar que los ciudadanos son muy influenciados (ya sea por los medios masivos de comunicación, como por prácticas corruptas), socavando la credibilidad de sus decisiones.

Como puede apreciarse del articulado constitucional, y más allá de todo el debate doctrinario que genera como institución el juicio por jurados, es claro que nuestros constituyentes en la Constitución

histórica de 1853/1860 incorporaron con convicción la justicia ciudadana como una instancia valiosa en la administración de justicia. En la reforma de 1994 esa decisión se reafirmó, dejando intacta aquella normativa que había formado parte de la carta magna original. No existe otra interpretación posible, es imperativo que el Congreso de la Nación cumpla con el mandato, tanto tiempo postergado, para superar una situación de inconstitucionalidad crónica que ya lleva más de 160 años.

* * *

Art. 25.—

El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

Comentario por Delfina Beguerie y Sergio Giuliano

La presencia de este artículo en nuestro texto constitucional no sorprende ya que el fomento de la inmigración era la base del pensamiento de Juan Baustista Alberdi para el desarrollo del Estado. Sin embargo, los constituyentes de 1853 constitucionalizaron una visión doctrinaria alberdiana (el fomento específico de la inmigración europea) que ni el propio Alberdi decidió constitucionalizar.

Dicha visión partía de la premisa según la cual "en América, gobernar es poblar"⁽³²⁹⁾ dado que "la Constitución que mejor conviene al desierto [es] [l]a que sirve para hacerlo desaparecer"⁽³³⁰⁾. Pero no cualquier poblador era el que permitiría gobernar. Alberdi entendía necesario que el agente civilizador de ese desierto sea el inmigrante europeo, ya que, en sus palabras, "ellos traen a nuestras poblaciones, con las costumbres cultas e inteligentes de los países de que vienen, la lección de su ejemplo práctico, que es el más persuasivo catecismo"⁽³³¹⁾.

Más aún, Alberdi no pensaba en cualquier europeo, pues "el Español puro es incapaz de [realizar la República], allá o acá"⁽³³²⁾, sino en "la población anglosajona... identificada con el vapor, el

comercio y la libertad, [pues] nos será imposible radicar estas cosas entre nosotros, sin la cooperación activa de esa raza de progreso y civilización"⁽³³³⁾. De hecho, a la luz de la creciente inmigración mediterránea, opinaba en 1871 que

"Sud América debe hacerse poblar de preferencia por la Europa del Norte, si aspira a ser libre y rica. Debe buscar su educación y desarrollo liberal en el trato saludable y fecundo de la Europa del frío. La Europa del Sud no necesita ser llamada; vendrá sin que la busquen mediante la corriente ya formada por la acción de los siglos; y si no debe jamás excluirla por sistema, tampoco debe buscarla por alicientes sistemados"⁽³³⁴⁾.

Sin embargo, aunque el texto del art. 25 encuentra fundamento ideológico en los escritos de Alberdi⁽³³⁵⁾, lo cierto es que el propio proyecto constitucional del prócer carecía de referencia alguna a la inmigración europea. En su art. 21 declaraba que "ningún extranjero es más privilegiado que otro"⁽³³⁶⁾, y en el art. 33 que "[l]a inmigración no podrá ser restringida, ni limitada de ningún modo, en ninguna circunstancia, ni por pretexto alguno". Finalmente, en su art 84 establecía el juramento que debía prestar el presidente al tomar posesión de su cargo, que incluía "...y fomentaré su progreso material estimulando la inmigración...". En este contexto, el constituyente argentino introdujo un texto que ni el propio Alberdi proyectó⁽³³⁷⁾.

Esta redacción, *más alberdista que Alberdi*, enraíza en la dicotomía entre civilización/barbarie y expresa dos concepciones inaceptables en la actualidad. Por un lado, la referida idea de un desierto lleva implícita la negación absoluta de las comunidades indígenas presentes antes, durante y después de la creación del Estado argentino. Por el otro, la idea del inmigrante europeo como agente civilizador manifiesta una sociología esencialista y jerarquizada de las diferencias culturales.

Finalmente, esta norma invita a pensar los problemas que, de forma general, pueden generar los hiatos entre la práctica y el texto constitucional. Algunos ejemplos de dichas fisuras en nuestro texto se vinculan a:

"la facultad del Congreso de fijar el valor de la moneda y el de las extranjeras (art. 75, inc. 11); el requisito de 'disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente' para que las personas puedan ser elegidas como Senadoras, Presidenta, Vicepresidenta, o Ministras de la Corte Suprema (arts. 55, 89 y 111); el ejercicio de la presidencia por la vicepresidenta cuando el presidente se ausente de la Capital (art. 88); el deber del Congreso Federal de promover el establecimiento del juicio por

jurados y de dictar las leyes que ello requiera (arts. 24 y 75, inc. 12); la disposición transitoria sexta que fijó la finalización del año 1996 como el plazo para establecer un régimen de coparticipación conforme al art. 75, inc. 2º; el nombramiento de jueces por parte del Poder Ejecutivo en comisión (art. 99, inc. 19); entre otras".

Pensando en estos ejemplos, se podría imaginar un esquema en el que dichas fisuras se distingan entre sí teniendo en cuenta el tipo de norma (p. ej., normas que generan una atribución o aquellas que generan un mandato), y el tipo de desuso (p. ej., desusos que se erijan en repudios explícitos, en anacronismos, o en meros no ejercicios). El juego entre dichas variables podría dar lugar a diferentes consecuencias jurídicas, como exigir judicialmente su cumplimiento en los casos de omisiones inconstitucionales⁽³³⁸⁾, entenderla derogada como en los casos de desuetudo u obsolescencia⁽³³⁹⁾, o no tener efecto alguno como en los casos de cláusulas latentes⁽³⁴⁰⁾.

Más allá de la discusión sobre la vigencia del mandato de promoción de la migración europea, lo cierto es que el texto del artículo no establece derechos subjetivos⁽³⁴¹⁾, y así lo ha expresado su magra y llamativamente escasa praxis constitucional: una única experiencia normativa explícita, dispersas referencias en la jurisprudencia, y marginales reflexiones en la doctrina jurídica.

En efecto, el mandato selectivo de fomento a la inmigración europea nunca ha sido operativizado jurídicamente⁽³⁴²⁾. En términos de legislación, la ley 817, reglamentaria del art. 25, hizo referencia a Europa únicamente en su art. 4º al habilitar al Poder Ejecutivo a "nombrar Agentes especiales en todos aquellos puntos de Europa o de América que considerase conveniente, con el encargo de fomentar la inmigración para la República Argentina" (es decir, incluso la ley fue más amplia que la norma constitucional). En términos de jurisprudencia, la Corte Suprema nunca se expidió sobre este punto del artículo. Del mismo modo, aunque sorprendentemente todavía existen en la actualidad intentos ante los estrados judiciales para operativizar la norma en favor de derechos individuales todos ellos han sido fallidos. Así, p. ej., ante distintas salas de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal los apelantes buscaron conseguir la ciudadanía argentina sin haber residido en el país por un plazo de dos años o acreditar una de las excepciones contenidas en la [ley 346](#) (art. 2º, inc. 2º) y el dec. 3213/1984 (art. 3º). Los jueces fueron contundentes en su rechazo al afirmar que "no es razonable interpretar el mandato del constituyente [del art. 25 de la CN] al gobierno federal de fomentar la inmigración europea —el cual fue establecido en el siglo XIX—, como una excepción al

[requisito de dos años de residencia]"⁽³⁴³⁾. Finalmente, en términos de doctrina, constitucionalistas argentinos resistieron el valor de esta norma⁽³⁴⁴⁾.

Pero nada de ello implica que este mandato haya carecido de efecto simbólico. Así, su carácter selectivo sirvió como fuente legitimadora para identificar al inmigrante no deseado (proveniente de la 'Europa del Sud' a fines del siglo XIX y luego de países limítrofes), cuya presencia ostenta una fuerte correlación con el acercamiento de nuestro derecho migratorio al derecho penal. Como mencionamos anteriormente, la ley Cané 4144 de 1902, norma que marcó el inicio del camino hacia el punitivismo migratorio, tuvo sustento ideológico en la supuesta selectividad de nuestra Constitución hacia la migración⁽³⁴⁵⁾. Igualmente, pudo servir de base para una visión institucional racista, como la expresada en el censo de 1912, según el cual "[l]a raza latina forma, pues, la inmensa mayoría de la población, con el 930 por mil sobre su total; pero las germánica, eslava, anglo sajona y otras que figuran con el 70 restante contribuyen al mejoramiento de élla, dando origen á una nueva, por la fusión de sus diversos elementos"⁽³⁴⁶⁾.

En cuanto a la segunda parte del artículo, "y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes", Ekmekdjian opina que se refiere a lo que hoy entenderíamos como 'mano de obra calificada'⁽³⁴⁷⁾, lo que permitiría restringir la inmigración de personas no incluidas en esa categoría. Entendemos que, al menos en este punto, la interpretación tiene poco asidero en el texto del artículo que enfatiza en los propósitos del inmigrante y no en sus calificaciones, más allá de los problemas que pueda generar dar con indicadores de dichos propósitos. De hecho, la Corte recientemente resaltó la importancia de los propósitos del inmigrante explicando que

"la expresa referencia respecto de la inmigración de origen europeo 'no excluye toda otra inmigración, que se halla protegida por la prohibición terminante de restringirla, limitarla o gravarla con impuesto alguno, siempre que el extranjero venga al país con propósitos de trabajo útil'"⁽³⁴⁸⁾.

Entonces, ¿cómo leer este artículo hoy? Entendemos que la primera parte del art. 25, además de establecer una visión esencialista y jerarquizada de las diferencias culturales⁽³⁴⁹⁾, traiciona incluso el ideario constitucional liberal-clásico de 1853. Ello así, por cuanto alguien podría alegar que seleccionar el fomento de la inmigración según la pertenencia de un individuo a determinado

grupo, tensiona con el respeto al individuo que sostiene el ideal liberal. Sea como fuere, nuestro actual texto constitucional, con los recientes sellos socialdemócratas y de derechos humanos, precluye una interpretación que permita que el Gobierno, sobre la base de esta norma, adopte una política pública que privilegie la inmigración europea como agente civilizador. Ello así, porque en primer lugar tal política selectiva violentaría los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional que prohíben distinciones con base en ciertas categorías, incluida el origen nacional⁽³⁵⁰⁾. De hecho, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, incluye en la definición de discriminación racial (art. 1º.1) a la discriminación por origen nacional⁽³⁵¹⁾. En segundo lugar, la reforma de 1994 pulverizó la dicotomía entre agente civilizador y barbarie al reconocer igual valor a las diferencias culturales, ya que, en su art. 75, inc. 17, reemplazó el mandato de evangelizar a los indios por "reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos", garantizando "el respeto a su identidad"⁽³⁵²⁾.

Ello no significa que cualquier política pública selectiva sea necesariamente inconstitucional. Es el esencialismo jerarquizado el que ofende la Constitución, es decir, promover la inmigración bajo el concepto de superioridad (racial, nacional, geográfica, cultural, etc.). Si el gobierno, p. ej., decidiera promover la inmigración latinoamericana sobre la base de algún tratado de libre comercio o la idea de integración regional, desprovista de cualquier idea de superioridad, ello no necesariamente ofendería nuestra Constitución.

Más allá de estas apreciaciones, lo cierto es que el Congreso Nacional en 2004 leyó el art. 25 (así como el resto de las normas constitucionales y de jerarquía constitucional que versan sobre derecho de los migrantes), como estableciendo un "derecho a la migración [...] esencial e inalienable de la persona [que] la República Argentina [...] garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad" (art. 4º, ley 25.871).

DERECHO A MIGRAR Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES EN ARGENTINA

Comentario por Marta Monclús Masó

Argentina tiene una larga tradición histórica como país de recepción de migrantes, lo que se reflejó en la CN de 1853 que proclamó el derecho a la migración, abriendo sus puertas a "todos los hombres del mundo de buena voluntad que quieran habitar el suelo argentino" y reconoció la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros. Estas previsiones constitucionales mantienen plena vigencia, y se tradujeron en la ley 25.871 de Migraciones del año 2003. Todo ello encuentra un formidable apoyo en el conjunto de tratados, normas y resoluciones que conforman el derecho internacional de los derechos humanos, y en particular en la Convención Internacional sobre la protección de los trabajadores migratorios y sus familias, ratificada por nuestro país en el año 2007.

No obstante, una reforma a la Ley de Migraciones efectuada mediante decreto de necesidad y urgencia 70 en enero de 2017 (en adelante DNU) colisiona con este marco constitucional y convencional. Tras haber sido declarado inconstitucional por la Cámara Contencioso Administrativo Federal en marzo de 2018⁽³⁵³⁾, la Corte Suprema de Justicia de la Nación deberá resolver si el Poder Ejecutivo mediante un Decreto de Necesidad y Urgencia puede modificar en sentido restrictivo la política migratoria dictada por el Congreso.

En la actualidad los principales flujos migratorios que llegan a nuestro país proceden de los países limítrofes, con los que se comparte un proyecto de integración regional desde los Acuerdos del Mercosur de 1991. En este trabajo analizamos el marco constitucional y legal que garantiza el derecho a migrar y la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros, y sostenemos la importancia de que el mismo no sea desvirtuado por políticas migratorias regresivas, teniendo en cuenta en especial que los principales destinatarios de las políticas migratorias son ciudadanos del Mercosur.

I. ARGENTINA, TIERRA DE OPORTUNIDADES

La Argentina es un país construido por migrantes a partir de un proceso migratorio iniciado en el último tercio del siglo XIX, lo que conlleva que por momentos la historia de la inmigración se confunda con la del propio país, como ha señalado Devoto⁽³⁵⁴⁾.

El primer censo de población realizado en el año 1869 muestra un país despoblado, con solo 1.737.076 habitantes. De ellos, el 12% eran extranjeros y marcan el punto de partida del período que se conoce como de "inmigración de masas". El proceso migratorio fue deseado y abiertamente promovido por las clases dirigentes de la época, que expresaban la necesidad de poblar el extenso territorio

nacional, como bien lo resume el lema de Alberdi "gobernar es poblar". Ello se reflejó en la Ley de Inmigración y Colonización de 1876, que atribuía ciertos beneficios a los inmigrantes, entendiendo por tales a las personas que llegaban en buques desde Europa en segunda o tercera clase. Se ofrecía a los inmigrantes la posibilidad de acceder a los programas de colonización, de alojamiento gratuito en el Hotel de Inmigrantes por varios días y de transporte sin cargo hacia el interior del país hasta llegar al lugar de destino⁽³⁵⁵⁾.

La pretensión de las clases dirigentes de la época mediante las políticas de promoción de la migración apuntaba a poblar el desierto y fundar colonias agrícolas en el interior del país. No obstante, lo cierto es que en la práctica la migración fue un fenómeno ampliamente urbano, siendo los lugares de destino prioritarios las ciudades del litoral, en especial Buenos Aires, principal foco de atracción —donde en 1914 los migrantes constituían el 50% de la población— seguida de Rosario.

Este papel relevante de las migraciones en el desarrollo demográfico, social y económico del país explica que la Argentina haya desarrollado una narrativa inclusiva sobre los procesos migratorios, entendidos como elemento nuclear de construcción de las identidades colectivas.

No obstante, no puede ignorarse la preferencia por la migración europea manifestada explícitamente por el art. 25 de la Constitución de 1853, que se plasmó, asimismo, en la Ley Avellaneda de 1876⁽³⁵⁶⁾. La construcción de la identidad de la ciudadanía argentina privilegió los orígenes europeos, con un cariz racista que ignoró la cultura de la población indígena —y la exterminó materialmente— y dio la espalda a una noción de ciudadanía latinoamericana. Solo recientemente se observan intentos de recuperación cultural de los llamados pueblos originarios, a la vez que el proceso de integración regional viene acompañado de algún sentimiento latinoamericanista.

La positiva imagen de los migrantes como "agente civilizador" desarrollada en las últimas décadas del siglo XIX sufrió algunas modificaciones con la entrada del siglo XX, en parte debido a la prevalencia urbana del fenómeno, así como a la organización y movilización de la clase obrera. Es así como los migrantes pasaron a ser considerados también como clases potencialmente peligrosas. Ello se reflejó en la sanción de la Ley de Residencia de 1902, que permitía al Poder Ejecutivo expulsar a cualquier extranjero considerado peligroso⁽³⁵⁷⁾. Lo cual coincidió, asimismo, con el auge de los discursos biológico-raciales y de eugenesia social, que pretendían el mejoramiento de la "raza argentina", a la vez que los

criminólogos establecían vínculos entre inmigración, criminalidad, clases peligrosas y degeneración⁽³⁵⁸⁾.

Luego de la Semana Trágica en enero de 1919 se dictaron decretos estableciendo restricciones para ingresar a la Argentina, con el objetivo de "seleccionar" a los migrantes y frenar la amenaza revolucionaria. Dichas restricciones administrativas a la inmigración se vinculaban a la situación de la inmediata primera posguerra, tanto en relación con la desocupación como con la amenaza social, pero pasada la crisis las políticas restrictivas de la inmigración cedieron⁽³⁵⁹⁾. Y algo similar sucedió con la crisis económica mundial de la década de 1930, sin que se modificara la Ley de Inmigración de 1876, sino solo operando algunas restricciones por vía de decreto.

La realidad es que el principal incentivo para emigrar a la Argentina era la economía y las cadenas migratorias que se iban construyendo —vínculos con compatriotas que les precedieron—, y no tanto las políticas estatales de fomento, o restricción de la migración.

II. VIEJOS Y NUEVOS MIGRANTES

La Argentina es un país con un importante crecimiento demográfico que se ha mantenido constante hasta la actualidad, según los registros censales existentes desde hace un siglo y medio.

Población nacida en el extranjero según origen limítrofe o no limítrofe

Año del censo	Población total	Población extranjera	% extranjeros	Población limítrofe	% limítrofes
1869	1.737.076	210.189	12,1	41.360	19,7
1895	3.954.911	1.004.527	25,2	115.892	11,5
1914	7.885.237	2.357.952	29,9	206.701	8,8
1947	15.893.827	2.435.927	15,3	313.264	12,9
1960	20.010.539	2.604.447	13,0	467.260	17,9
1970	23.390.050	2.210.400	9,5	533.850	24,1
1980	27.947.447	1.912.217	6,8	753.428	39,4
1991	32.615.528	1.628.210	5,0	817.428	50,2
2001	36.260.130	1.531.940	4,2	923.215	60,3
2010	40.117.096	1.805.957	4,5	1.245.054	68,9

Fuente: Censos Nacionales de Población 1869-2010.

En dicho crecimiento poblacional tuvieron un papel muy relevante las migraciones, en particular en el período conocido como de

"inmigración de masas", que va desde las últimas décadas del siglo XIX hasta la Primera Guerra Mundial. En el año 1914 los migrantes constituían el 30% de la población total del país, siendo esa cifra el máximo histórico en términos porcentuales.

En efecto, en el período que va entre los años 1857 y 1914 llegaron a la Argentina 4.600.000 inmigrantes (de ellos, 1.760.000 sólo en la década de 1901 a 1910)⁽³⁶⁰⁾. El flujo disminuyó con el primer conflicto bélico mundial, pero en la década de 1921 a 1930 arribaron nuevamente 1.400.000 migrantes. De 1931 a 1940, coincidiendo con la "gran depresión", hay una pronunciada disminución de la migración europea a la Argentina: llegan solo 310.000 personas. Pero luego de la Segunda Guerra Mundial la inmigración se recupera, siendo entre los años 1946 a 1950 de 440.000 personas y en la década de 1950 a 1960 de 470.000⁽³⁶¹⁾.

El máximo histórico de migrantes en números absolutos lo encontramos en el censo del año 1960, con un total de 2.604.447 extranjeros, que representaban al 13% de la población del país. Pero a partir de la década de 1960 las migraciones van perdiendo importancia como factor de crecimiento demográfico del país, el cual se mantiene gracias al crecimiento natural de la población. Los censos de las últimas cuatro décadas del siglo XX muestran un sostenido descenso de los migrantes, tanto en valores absolutos como en términos porcentuales. Dicha tendencia se modifica levemente en el último censo de población realizado en el año 2010, donde los extranjeros son el 4,5% de la población, observándose cierto repunte con respecto al porcentaje de una década atrás, cuando se registró la cifra más reducida desde los inicios de la historia de las migraciones en la Argentina.

El examen de los datos censales del último medio siglo pone de manifiesto un fenómeno muy relevante de las migraciones actuales en la Argentina, y es el de su cambio de procedencia. Desde las últimas décadas del siglo XIX los migrantes procedían en su inmensa mayoría de países europeos. En cambio, los nuevos migrantes provienen de países limítrofes.

Todavía el censo de población de 1960 muestra que de los 2.604.447 migrantes registrados, solo el 18% eran limítrofes, sin alcanzar el medio millón de personas. Pero a partir de entonces las cifras de migrantes limítrofes inician un sostenido incremento, a la vez que descienden las de origen europeo⁽³⁶²⁾. En el censo de 1991 se equipara la cantidad de migrantes de países limítrofes y no limítrofes, para pasar a representar los limítrofes el 60% de los migrantes en el censo de 2001 y el 69% en el de 2010.

En la actualidad, según el Censo de población del año 2010, en la Argentina viven 1.805.957 extranjeros, lo que se traduce en un porcentaje del 4,5% de la población. De ellos, 1.245.054 son de origen limítrofe. Ello se observa con mayor detalle en la siguiente tabla sobre el origen de los extranjeros que viven actualmente en la Argentina.

Extranjeros que viven en la Argentina, por continente y país de origen. Año 2010

País / Continente de origen	Nros. absolutos	%
Total	1.805.957	100
AMÉRICA	1.471.399	81,5
Países limítrofes	1.245.054	69
Bolivia	345.272	19,1
Brasil	41.330	2,3
Chile	191.147	10,6
Paraguay	550.713	30,5
Uruguay	116.592	6,4
Perú	157.514	8,7
EUROPA	299.394	16,6
ASIA	31.001	1,7
ÁFRICA	2.738	0,2
OCEANÍA	1.425	0,0

Fuente: Censo de población de 2010. INDEC.

La tabla muestra que la comunidad paraguaya es la que aporta la mayor cantidad de migrantes, seguida de la boliviana y la chilena. En cuarto lugar, encontramos a los migrantes procedentes de Perú, y a continuación a los nacionales de Uruguay. Si a los migrantes limítrofes le sumamos a la comunidad peruana, se alcanza el porcentaje del 78% de los migrantes que viven en la Argentina.

Los migrantes procedentes de Europa constituyen cerca del 17% de los extranjeros que viven en Argentina, pero tengamos en cuenta que una porción significativa de los mismos aún puede estar representada por los "viejos migrantes", es decir, las abuelas italianas y españolas que nunca adquirieron la ciudadanía⁽³⁶³⁾.

Con ello queremos poner de manifiesto que en la actualidad las migraciones en la Argentina proceden en su inmensa mayoría de países limítrofes y Perú. Estos son los "nuevos migrantes" a quienes se aplican las políticas migratorias.

III. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A MIGRAR Y DE LA IGUALDAD JURÍDICA ENTRE NACIONALES Y EXTRANJEROS

El Preámbulo de la Constitución de 1853 reconoció los derechos y garantías constitucionales a "todos los hombres del mundo de buena voluntad que quieran habitar el suelo argentino", lo que se concreta en el reconocimiento de la igualdad de derechos de los extranjeros con los ciudadanos que establece el art. 20 de la CN⁽³⁶⁴⁾, así como con la garantía de todo el elenco de derechos del art. 14CN a "todos los habitantes de la Nación", sin distinción alguna en función de su nacionalidad⁽³⁶⁵⁾.

De esta forma, la Constitución de 1853 proclamó la voluntad del pueblo argentino de recibir a los migrantes que quieran habitar este país, reconociéndoles iguales derechos que a los nacionales. Además, el art. 25 de la misma Constitución impuso un mandato positivo al gobierno federal de fomentar la inmigración europea —lo que expresaba una preferencia del constituyente decimonónico—, y un mandato negativo que le impide restringir o limitar la inmigración⁽³⁶⁶⁾.

Estos preceptos constitucionales han conservado su redacción sin modificaciones luego de la reforma constitucional de 1994, la cual incorporó al bloque de constitucionalidad federal los tratados internacionales de derechos humanos. Ello implica que mantienen plena vigencia como marco constitucional las disposiciones de la CN, agregándose los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. Por consiguiente, podemos afirmar que la Constitución argentina reconoce el derecho a la migración, y garantiza la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros.

Ello se ve confirmado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de las últimas dos décadas. En efecto, la Corte ha señalado reiteradamente que el art. 20 de la CN garantiza la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, de lo que se deriva que toda distinción en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Carta Fundamental se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad. Esto conlleva que aquel que sostenga la legitimidad de una distinción de derechos entre nacionales y extranjeros debe acreditar la existencia de un "interés estatal urgente" que la justifique, no siendo suficiente que la medida adoptada sea "razonable"⁽³⁶⁷⁾. Por consiguiente, cualquier trato desigual entre nacionales y extranjeros, para ser aceptable, debe superar el test de constitucionalidad establecido por la CS, que no se limita al clásico control de razonabilidad y proporcionalidad, sino que

es más exigente puesto que debe revertir una "presunción de inconstitucionalidad"⁽³⁶⁸⁾.

Además, cualquier desigualdad de derechos también debe ser confrontada con los parámetros y estándares del derecho internacional de los derechos humanos, y en particular con la Convención Internacional sobre la protección de los trabajadores migratorios y sus familias de la ONU, ratificada por la Argentina en el año 2007⁽³⁶⁹⁾.

Esos estándares constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos fueron plasmados en la ley 25.871 de Migraciones aprobada en diciembre de 2003 y promulgada el 20/1/2004. La Ley de Migraciones argentina incluye el reconocimiento de la migración como derecho⁽³⁷⁰⁾, tiene el objetivo declarado de promover la integración de los inmigrantes y reconoce expresamente la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros⁽³⁷¹⁾⁻⁽³⁷²⁾. Esto se traduce en que los migrantes que ingresen y permanezcan en la Argentina regularmente tienen los mismos derechos que los nacionales. Pero también en el caso de irregularidad migratoria se reconocen expresamente el derecho a la educación y a la salud⁽³⁷³⁾.

La Ley de Migraciones incorpora previsiones relativas al proceso de integración regional en el que se inscribe la Argentina desde los Acuerdos del Mercosur de 1991⁽³⁷⁴⁾. En este sentido, el art. 23 atribuye la categoría de residencia temporal a los ciudadanos procedentes de los Estados Parte del Mercosur y Asociados. Por otro lado, en el año 2002 se firmó el "Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile", que entró en vigor en el año 2009⁽³⁷⁵⁾, el cual reconoce el derecho de los ciudadanos de esos Estados a residir en el territorio de los demás países que integran el Mercosur⁽³⁷⁶⁾.

Dichos avances en cuanto al reconocimiento de la libre residencia de los ciudadanos del Mercosur encontraron reflejo también en la política migratoria argentina mediante la implementación en el año 2005 del programa de regularización migratoria conocido como "Patria Grande", que facilitó la regularización documental de ciudadanos de países del Mercosur y Asociados que se encontraban viviendo en la Argentina en situación migratoria irregular como herencia de la aplicación de la llamada "Ley Videla" por más de 20 años⁽³⁷⁷⁾. Aunque los resultados de la regularización fueron más modestos de lo que se esperaba, pues inicialmente se pretendía que alcanzase a 750.000 personas y en los hechos no alcanzó ni a un tercio de estas previsiones⁽³⁷⁸⁾⁻⁽³⁷⁹⁾.

IV. LA REFORMA DE LA LEY DE MIGRACIONES MEDIANTE DNU

El 30/1/2017 se publicó en el Boletín Oficial el DNU 70, el cual modifica la Ley 25.871 de Migraciones que fuera promulgada el 20/1/2004. Esta Ley de Migraciones, que fue fruto del diálogo y el consenso con las organizaciones de la sociedad civil⁽³⁸⁰⁾, ha sido modificada de forma unilateral por el Poder Ejecutivo sin debate parlamentario alguno.

El dictado del DNU 70/2017 se justifica en su exposición de motivos en las dificultades para concretar órdenes de expulsión de personas extranjeras con antecedentes penales o involucradas en actividades delictivas, lo que se sostiene que "configura una situación crítica que amerita la adopción de medidas urgentes".

Resulta difícil valorar estas afirmaciones, pues en la actualidad la Dirección Nacional de Migraciones no difunde datos sobre expulsiones dictadas ni ejecutadas. Hasta mitad del año 2015 publicaba en su página web una "Estadística de expulsiones", diferenciando aquellas dictadas por irregularidad migratoria de las dictadas por causas penales. De los informes periódicos surge que en el año 2014 se dispusieron un total de 1.615 expulsiones. De ellas, 562 estuvieron motivadas en la condena penal de los migrantes y 1053 estuvieron motivadas en la irregularidad migratoria. En el informe periódico presentado por el Estado argentino en enero de 2016 ante el Comité contra la Tortura de la ONU se indica que en el período 2010-2014 las órdenes de expulsión dictadas y efectivamente ejecutadas en virtud de irregularidad migratoria fueron 55, mientras que las órdenes de expulsión efectivamente ejecutadas de extranjeros condenados por delitos cometidos en Argentina en el mismo período fueron 1.609 (párr. 98, Informe CAT/C/ARG/5-6). Estos datos revelarían que la justificación esgrimida en el DNU es falaz, pues precisamente las órdenes de expulsión de personas condenadas por delitos pareciera que tienen un índice de ejecución elevado. En todo caso, hay que insistir en la necesidad de que el Estado publique datos de gestión que puedan ser contrastados por la ciudadanía.

Es importante enfatizar que el 71% de las expulsiones dispuestas en el año 2014 tuvieron como destinatarios ciudadanos del Mercosur o países Asociados, lo que resulta muy contradictorio con el proceso de integración regional y el reconocimiento de la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Región.

El DNU en su exposición de motivos también refiere un incremento de los presos extranjeros en cárceles federales y la incidencia de estos en los detenidos por delitos de drogas —usando el término de

"narcocriminalidad"—, lo que no hace más de transmitir una identificación entre migración y criminalidad. Discursos xenófobos y estigmatizantes de los migrantes, que además no encuentran correspondencia en datos empíricos contrastables, pues no existen estadísticas oficiales confiables que sostengan tales discursos⁽³⁸¹⁾.

En efecto, la Argentina no publica datos sobre detenciones policiales y condenas penales que permitan sostener un incremento de la criminalidad atribuible a los migrantes⁽³⁸²⁾. Si observamos la evolución de los datos de extranjeros detenidos en el conjunto de las cárceles de nuestro país podemos concluir que no ha habido incremento alguno del porcentaje de migrantes presos, pues se mantiene en el 6% desde el año 2005. Lo mismo podemos sostener con respecto a los presos extranjeros en cárceles federales, que constituyen aproximadamente el 21% de los detenidos desde hace una década⁽³⁸³⁾.

En consecuencia, no hay datos empíricos que sostengan la afirmación plasmada en el DNU según la cual "ante la aparición de las nuevas modalidades de fraude a la ley migratoria precedentemente señaladas y la necesidad de llevar adelante nuevas estrategias contra el delito y la violencia, deviene imprescindible ajustar la legislación migratoria a la nueva realidad..." y menos aún resulta sostenible "que la naturaleza excepcional de la situación planteada hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la CN para la sanción de las leyes".

Entre las modificaciones más relevantes que introduce el DNU, podemos señalar que extiende el alcance del impedimento para ingresar y permanecer en el país en el caso de migrantes que resulten condenados, o tengan antecedentes penales, lo que implica que serán objeto de una resolución de expulsión por cualquier tipo de delito, incluyendo los más leves (art. 29). En caso de que tuviesen residencia en el país, ya fuese temporal o permanente, les será cancelada, sin tomar en consideración los años que la persona lleva viviendo en Argentina ni sus vínculos familiares (art. 62). Ello en tanto el DNU también restringe la anterior previsión de dispensa de la expulsión de los migrantes con arraigo y especialmente de aquellos que tengan hijos, padres o cónyuge argentinos⁽³⁸⁴⁾.

Esta restricción de la dispensa tiene un fuerte impacto sobre los derechos humanos de los migrantes y sus familias, pues comporta la expulsión de personas que pueden llevar muchos años residiendo en la Argentina, que tengan en el país familia—incluso hijos argentinos menores de edad—, trabajo, estudios o propiedades. Es decir, la persona migrante puede tener su proyecto vital plenamente arraigado en la Argentina.

Esta regulación vulnera las previsiones constitucionales y convencionales de reunificación familiar y protección de la familia, así como la prohibición constitucional de discriminación y el principio de interdicción de la doble punición conocido como *ne bis in idem*, puesto que se castiga al extranjero —por el solo hecho de serlo— dos veces por un delito, primero con la pena y luego con la cancelación de la residencia y la expulsión.

Por otro lado, con el objetivo de lograr dar eficacia a las expulsiones, el DNU ha introducido un procedimiento migratorio especial sumarísimo, que se caracteriza por la reducción de los plazos en su tramitación, tanto del procedimiento administrativo, como de los recursos judiciales. Ya ha sido advertido que este procedimiento sumarísimo con plazos tan breves impide el ejercicio del derecho de defensa y priva a la persona migrante del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, por lo que deberá ser discutida su constitucionalidad⁽³⁸⁵⁾.

Recordemos que la ley 25.871 de Migraciones introdujo el control judicial en los procedimientos administrativos que pueden resultar en una detención y expulsión de migrantes, pues hasta su entrada en vigor en 2004 la "Ley Videla" atribuía al Poder Ejecutivo la facultad de llevar a cabo la detención y expulsión de extranjeros sin ningún tipo de control judicial⁽³⁸⁶⁾. El control judicial ciertamente conlleva mayores dificultades y demoras para que la Dirección Nacional de Migraciones concrete las órdenes de expulsión, pero los derechos humanos y su tutela judicial precisamente existen para establecer límites al poder absoluto del Estado, y eso constituye la principal característica de los Estados de Derecho.

El DNU también prevé que al inicio del procedimiento migratorio especial sumarísimo la Dirección Nacional de Migraciones pueda solicitar al juez la retención preventiva del migrante conforme al art. 70 de la Ley de Migraciones⁽³⁸⁷⁾. La redacción original de ese precepto ya contemplaba la posibilidad de privar de libertad al migrante en el marco del procedimiento de expulsión. Las modificaciones introducidas por el DNU han ampliado el plazo temporal de detención migratoria, a la vez que pretenden disuadir a los migrantes de recurrir las órdenes de expulsión, vulnerando su derecho de defensa y tutela judicial efectiva. Ello en tanto el decreto habilita a someter al migrante a una extorsión: si ejerce su legítimo derecho a recurrir una orden de expulsión, la consecuencia será la prolongación de su detención sin límite alguno⁽³⁸⁸⁾.

La última modificación que queremos destacar efectuada por el DNU está referida a la previsión de asistencia jurídica gratuita de los migrantes que puedan ser objeto de expulsión (art. 86). El DNU

atribuye a la Dirección Nacional de Migraciones la potestad de decidir acerca de la carencia de medios económicos del migrante y, por consiguiente, de habilitar el acceso a la defensa jurídica gratuita. También es la DNM la encargada de recibir el requerimiento de asistencia jurídica gratuita que debe efectuar el migrante⁽³⁸⁹⁾. Esta intermediación en el acceso al derecho a la asistencia letrada no parece aceptable, pues atribuye a la DNM facultades que son propias del órgano de gobierno de la defensa pública.

Estos y otros argumentos motivaron que varias organizaciones de derechos humanos impugnen judicialmente el DNU. El 13/2/2017 las organizaciones CAREF, CELS y COPADI presentaron un amparo ante la Justicia para que declare la inconstitucionalidad del DNU 70/2017, entendiendo que representa una fuerte restricción a los derechos de las personas migrantes, y constituye un retroceso en la construcción de una sociedad más inclusiva.

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nro. 1 desestimó la acción de amparo colectivo, haciendo solo una salvedad para resguardar el derecho a la asistencia jurídica de los migrantes. La sentencia fue apelada por las organizaciones demandantes y en fecha 22/3/2018 la sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal hizo lugar al recurso de apelación, revocó la sentencia de instancia, admitió la acción de amparo colectivo, y declaró la inconstitucionalidad del DNU 70/2017 modificatorio de la Ley de Migraciones.

Para así decidir, la mayoría de la sala entendió que "El decreto cuestionado establece una serie de restricciones al derecho al debido proceso que no se compadecen con los fines que declara perseguir la norma. Además de los defectos en la fundamentación del estado de necesidad para su dictado (y que por sí solos determinan su invalidez), se advierte que las medidas que constituyen el objeto del acto no guardan proporcionalidad ni razonabilidad con los fines que se pretende alcanzar, pues, a partir de la vinculación que se arguye entre criminalidad y migrantes, se establece un mecanismo sumarísimo de expulsión aplicable a cualquier extranjero, sin consideración a sus circunstancias personales, tenga o no antecedentes penales" (del voto del Dr. Treacy —V.7.2—, al que adhiere el Dr. Gallegos Fedriani). Tales deficiencias —dice la Cámara— convierten al DNU 70/2017 en un acto nulo de nulidad absoluta e insanable, por lo que se declara su invalidez constitucional.

En fecha 11/4/2018 la Dirección Nacional de Migraciones interpuso recurso extraordinario federal, el cual fue concedido mediante resolución de la Cámara Contencioso Administrativa

Federal de 21/6/2018. Mientras tanto, el DNU 70/2017 se sigue aplicando, pues la interposición del recurso extraordinario federal suspende la ejecución del fallo de Cámara, de modo que habrá que esperar a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se aboque al caso y lo resuelva definitivamente.

V. EL FUTURO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA MIGRACIÓN

En este trabajo hemos sostenido que la CN reconoce el derecho a la migración y garantiza la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros. Lo cual fue recogido por la ley 25.871 de Migraciones. No obstante, la reforma efectuada mediante el DNU 70/2017 implica un retroceso en la política migratoria y en el respeto del marco constitucional y convencional de protección de los derechos humanos y de prohibición de discriminación.

Dicha reforma ha venido acompañada de discursos y prácticas discriminatorias en relación con los migrantes, la mayoría de ellos dirigidos contra los migrantes limítrofes y ciudadanos de países integrantes del Mercosur. Ello resulta bastante paradójico, pues se contradice con los avances en materia de libre residencia entre los ciudadanos de los Estados Parte del proceso de integración regional.

La experiencia comparada de la integración europea se ha sostenido en el reconocimiento de la libre circulación y residencia de los ciudadanos de los Estados Parte de la Unión, a la vez que se han fortificado las fronteras frente a la migración extracomunitaria. Ello ha generado la construcción de dos categorías de personas, los ciudadanos europeos dotados de derechos, y los migrantes extracomunitarios, destinatarios de las políticas migratorias represivas, a quienes se ha dotado de un estatuto legal precario, favoreciendo su explotación en el mercado laboral⁽³⁹⁰⁾.

En la Argentina, periódicamente y en forma recurrente encontramos declaraciones xenófobas de políticos, autoridades gubernamentales o responsables institucionales sosteniendo la necesidad de restringir los flujos migratorios, en ocasiones vinculándolos con la criminalidad, con frecuencia indicando que los migrantes son competidores de los nacionales respecto de los escasos recursos sociales y asistenciales que se distribuyen mediante políticas públicas⁽³⁹¹⁾. Se trata de viejos discursos de estigmatización del "otro", tan ensayados históricamente para la obtención de réditos electorales. Ello se reeditó durante el año 2016, y culminó con la reforma de la Ley de Migraciones mediante el DNU.

Por otra parte, el reconocimiento del derecho a la migración ha topado a menudo con sostenidas prácticas arbitrarias de la Dirección Nacional de Migraciones herederas del largo período en que estuvo

vigente la Ley Videla⁽³⁹²⁾, las cuales son conocidas en buena medida gracias a la actividad que realiza la "Clínica jurídica para la protección y promoción de los derechos de migrantes y refugiados" UBA-CELS-CAREF desde el año 2002⁽³⁹³⁾. Si bien se produjeron cambios relevantes en la Dirección Nacional de Migraciones en los años de vigencia de la ley 25.871 de Migraciones, los mismos no fueron suficientes para desterrar todas las prácticas arbitrarias de dicho Organismo ni de las fuerzas de seguridad que se desempeñan como policía migratoria.

Ello fue denunciado en el "Informe alternativo para el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares"⁽³⁹⁴⁾ presentado por el CELS, CAREF y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús con motivo del examen de la política migratoria argentina en el año 2011 en cumplimiento de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, así como en el Informe Anual 2012 del CELS⁽³⁹⁵⁾. Ahí se denunciaba la persistencia de prácticas excesivamente formalistas de la Dirección Nacional de Migraciones y de requerimientos de documentación inconducente a las personas migrantes, lo que en muchos casos conllevó la imposibilidad de cumplir exitosamente con el trámite de radicación en la Argentina y terminó con la emisión de una orden administrativa de expulsión. A ello podemos agregar que la Dirección Nacional de Migraciones en el transcurso de la primer década de vigencia de la ley 25.871 de Migraciones demostró en varios casos un total desapego a los principios constitucionales y convencionales de protección de la familia, reunificación familiar y protección del interés superior del menor, disponiendo expulsiones de personas que han entrado en conflicto con la ley penal aunque ello comporte la disolución de familias y la separación de los hijos, o la emigración forzosa de los niños (pese a que sean argentinos).

La Procuración Penitenciaria de la Nación en su Informe Anual 2016 da cuenta de detenciones llevadas a cabo sin notificación a la autoridad judicial que en su día las autorizó, lo que las convierte en detenciones a disposición del Poder Ejecutivo. También denuncia las situaciones de indefensión y las vulneraciones al derecho de defensa y asistencia letrada que sufren los migrantes detenidos⁽³⁹⁶⁾. Téngase en cuenta la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes, en particular aquellos que no hablan castellano, carecen de información acerca del sistema jurídico argentino y de los derechos que los amparan, y no tienen vínculos sólidos en el país. Estas personas pueden ser víctimas de redes de migración irregular y de trata de personas, siendo la respuesta del

Estado su detención en el marco de un procedimiento migratorio sumario, sin brindarles siquiera la posibilidad de contar con defensa jurídica. Si además tenemos presente, que los jueces autorizan la detención migratoria sin siquiera una audiencia con el migrante, nos encontramos con personas que son detenidas y expulsadas del país sin que nunca hayan tenido ocasión de ser oídas por un juez, ni entrevistadas por un defensor⁽³⁹⁷⁾.

Esta situación vulnera palmariamente los estándares que la Corte Interamericana de Derechos Humanos fijó en el caso "Vélez Loor vs. Panamá". El referido fallo establece como estándar que "en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso"⁽³⁹⁸⁾.

El panorama resulta muy preocupante, puesto que dibuja un cuadro de situación de gravísimas vulneraciones de derechos humanos de los migrantes que son objeto de procedimientos de expulsión, en particular cuando se recurre a la detención migratoria. Y entra palmariamente en contradicción con los derechos constitucionales que deben amparar a todos los habitantes de la Nación (arts. 14 y 20, CN).

El incompleto proceso de depuración de las prácticas arbitrarias de la DNM iniciado con la promulgación de la Ley de Migraciones en 2004 se ha visto interrumpido con su modificación mediante el DNU, pues atribuye una aparente cobertura legal a las vulneraciones de los estándares constitucionales y convencionales de los derechos humanos de los migrantes que se venían produciendo en las prácticas concretas de las agencias de aplicación de la ley. Por ello, es muy relevante la declaración de inconstitucionalidad emitida por la Cámara Contencioso Administrativa Federal, y resulta fundamental un pronto pronunciamiento de la CS que —esperemos— ponga fin a la vigencia del DNU.

Como alertábamos antes de la aprobación del DNU⁽³⁹⁹⁾, constituye un grave error emprender una política migratoria regresiva en términos de derechos humanos. La historia de la Argentina como país de inmigración, con todos los claroscuros que la han conformado, constituye una tradición que debe ser mantenida, sobre todo, en la actualidad que los flujos migratorios proceden en su inmensa mayoría de países latinoamericanos con los que se comparte un proceso de integración regional.

También resulta absurdo fortificar las fronteras de la Argentina contra la inmigración irregular, pues dichas fronteras limitan con cinco

países, con los cuales se comparte un proyecto económico y sociopolítico de integración, cuya lógica derivación es la necesidad de facilitar la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Región Mercosur.

Además, el objetivo de control de los flujos migratorios es difícilmente materializable en la práctica. Tengamos en cuenta que nuestro país tiene 9.300 kilómetros de fronteras terrestres, la mayoría de las cuales son absolutamente porosas y franqueables — algunas delimitadas únicamente por un pequeño arroyo—. Por consiguiente, resulta absurdo pensar en un control real de dichas fronteras, pues sería necesario levantar muros y alambrados perimetrales a lo largo de miles de kilómetros y destacar allí millares de gendarmes, con un enorme dispendio para las arcas públicas probablemente imposible de asumir, y en todo caso con certeza irracional, tomando en cuenta que dicha erogación resulta mucho más necesaria efectuarla en políticas sociales.

Agreguemos a todo ello que las políticas migratorias restrictivas de los países centrales han resultado un fracaso en términos de eficacia de sus objetivos declarados. Tomemos en consideración que una potencia como EE.UU. tiene una cifra estimada de 11 millones de migrantes irregulares, y algo similar ocurre con la "Europa fortaleza", pese a contar con muros, alambrados perimetrales, radares y sensores, fuerzas policiales especializadas en el control migratorio, bases de datos coordinadas, campos de internamiento para solicitantes de asilo y migrantes irregulares, etc.⁽⁴⁰⁰⁾.

Pero no hay que descartar el interés de determinados sectores empresariales domésticos en la persecución de otros objetivos latentes, como los obtenidos por las políticas migratorias europeas y estadounidenses, consistentes en generar una fuerza de trabajo desprovista de derechos y pronta a trabajar en condiciones de informalidad y sobreexplotación —lo que a su vez permite la negociación a la baja de los salarios en el mercado laboral formal—.

Frente a un escenario de endurecimiento de las políticas de control migratorio, debemos enfatizar el reconocimiento constitucional del derecho a la migración y la garantía de la igualdad de derechos, que en la actualidad debe aplicarse en favor de los migrantes procedentes del Mercosur, con quienes compartimos un proceso de integración regional.

* * *

Art. 26.—

La navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional.

Comentario por Juan Ignacio Sáenz

Este artículo contiene dos disposiciones de distinto alcance: por la primera, se declara libre la navegación por los ríos para todos los buques, incluidos los extranjeros, lo cual implicó suprimir definitivamente antiguos impedimentos y restricciones propias de la etapa anterior a 1853 (prohibiciones, autorizaciones especiales, obligación de anclar en determinados puertos, y exigencia de tributos provinciales por el tránsito)⁽⁴⁰¹⁾.

La otra prescripción que contiene el artículo, al referir que la navegación es libre "con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional", importa una de las varias delegaciones que las provincias realizaron al gobierno federal con carácter total y exclusivo.

La libertad de navegación y la delegación de la competencia en la materia a la potestad única del gobierno federal traen a colación el sistema de "libertades económicas" y estímulos a la iniciativa y a la inversión concebido por los constituyentes de 1853 y expuesto por Alberdi en su obra *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina* (ver comentario al art. 14)⁽⁴⁰²⁾. La liberación y la regulación uniforme de la navegación, para promoverla y atraer la inversión en los canales, puertos y empresas de transporte fluvial, eran arquitectónicos en el proyecto alberdiano, como medio para transportar la producción agrícola y ganadera, facilitar la colonización, las comunicaciones y el poblamiento del interior, e incluso asegurar la paz interior mediante un traslado más eficaz de las fuerzas del gobierno federal⁽⁴⁰³⁾.

Tal es el sentido explícito con que la Constitución establece la liberación de la circulación en todas sus formas: el derecho "de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino" —art. 14—, el fomento a la inmigración irrestricta —art. 25—, la supresión de aduanas provinciales —art. 9º—, la prohibición de impuestos al tránsito de productos por tierra y por agua —arts. 10 y 11, y

finalmente, la específica libertad de navegación, establecida en el art. 12, por el cual "los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito", en el 14, en cuanto menciona el "derecho de navegar" entre los derechos fundamentales, y nuevamente en el art. 26.

Al decir de la Corte, dichas cláusulas de la CN, "buscan asegurar un espacio económico único, libre de trabas fundadas en el hecho de que la circulación de bienes y personas atraviese los límites provinciales" (CS, Fallos 337:234 y 333:2367).

A su vez, la delegación total al gobierno federal del poder regulatorio referido a navegación persigue el propósito de evitar "atomizar" la materia en tantas partes como jurisdicciones locales existen, y que tal diversidad y dispersión normativa no haga más que desalentar las inversiones, la producción y el comercio. De igual forma se explica la unicidad en legislaciones como la aduanera —75.1—, la relativa a moneda y sistemas de pesos y medidas —75.6 y 11—, la civil y comercial —75.12—⁽⁴⁰⁴⁾ y la que regla las actividades de carácter interjurisdiccional —75.13—, entre muchas otras).

La potestad exclusiva de la "autoridad nacional" (gobierno federal) para "dictar" los "reglamentos"⁽⁴⁰⁵⁾ en materia de navegación, es ejercida a través de leyes del Congreso de la Nación (esta disposición del art. 26 tiene correlato en el art. 75.10, que otorga competencia al Congreso para "reglamentar la libre navegación de los ríos interiores"), y por reglamentaciones de las autoridades administrativas creadas para aplicar la legislación (Prefectura Naval Argentina⁽⁴⁰⁶⁾, Tribunal Administrativo de la Navegación⁽⁴⁰⁷⁾, Subsecretaría de Puertos, Vías Navegables y Marina Mercante, etc.).

Cabe precisar que la *jurisdicción* federal en materia de navegación, que se estatuye en este artículo, no implica de ningún modo, asignar a la Nación el *dominio* sobre los ríos y sus cauces, que pertenecen al dominio público⁽⁴⁰⁸⁾ de las Provincias (también al de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁽⁴⁰⁹⁾), pues forman parte de sus territorios, conforme se desprende del art. 125, CN⁽⁴¹⁰⁾ y lo tiene dicho invariablemente la Corte Suprema⁽⁴¹¹⁾. En suma, corresponde al dominio de las provincias y de la Ciudad, aquello que el art. 235 del Cód. Civ. y Com. define como "río": el agua, las playas y el lecho por donde corre (también, el subsuelo, las islas y las obras públicas realizadas por los estados locales en dichos lugares y espacios, así como los recursos naturales, esto último conforme lo dispone expresamente el art. 124CN⁽⁴¹²⁾).

Por lo tanto, la jurisdicción o competencia en favor de la Nación señalada en este artículo se circunscribe a la navegación, y no implica negación de cualquier potestad local vinculada con el uso, o

aprovechamiento de los ríos y espacios mencionados, siempre que no se afecten los fines de la libre navegación o de otra actividad cuya regulación se hubiera delegado al ámbito federal (v.gr.: pesca, explotación de hidrocarburos, generación de energía eléctrica, etc.⁽⁴¹³⁾). Otro tanto cabe decir de la franja de mar adyacente reconocido como parte de los territorios provinciales conforme con las leyes federales que delimitaron dichos territorios (siendo que es competencia del Congreso de la Nación fijar los límites del territorio nacional y el de las provincias, conf. art. 75.15)⁽⁴¹⁴⁾.

Como derivación de este artículo, el gobierno federal ha regulado y controla profusamente la navegación. La ley federal vigente —nro. 20.094 de 1973— rige todas las relaciones jurídicas vinculadas con la navegación en aguas de jurisdicción nacional (ríos y mar territorial argentino⁽⁴¹⁵⁾), esto es: la actividad realizada por buques y artefactos navales privados y públicos (con excepción de los militares y de policía), su registro y condiciones de habilitación, lo relativo a los sitios destinados a la navegación, como los puertos, muelles, dársenas, almacenes y otras instalaciones, la documentación obligatoria para la navegación, las autoridades, el personal y los tripulantes, los agentes marítimos, las normas de seguridad, los contratos de construcción de buque, coparticipación naval, remolques, utilización de buques, transporte de cargas y personas, regímenes de responsabilidad por daños y asistencia y salvamento, seguros, embargos e hipotecas navales, y la delegación a la autoridad administrativa para dictar las reglas de gobierno, maniobra, luces, señales y modalidades de navegación⁽⁴¹⁶⁾.

También, el Cód. Civ. y Com. contiene restricciones al dominio particular fundadas en la libertad de navegación, como la obligación del dueño de un inmueble colindante con la orilla de un cauce, de dejar libre una franja de terreno de quince metros de ancho en toda la extensión del curso, sin poder perturbar de ninguna manera la circulación por dicho camino (denominado comúnmente, "camino de sirga": ver art. 1974 del Cód. Civ. y Com.)⁽⁴¹⁷⁾.

Por su parte, la nro. 24.922 (Régimen Federal de la Pesca) reglamenta cuestiones sobre navegación, tales como la reserva de permisos de explotación para buques de bandera argentina, las restricciones a ciertas modalidades de navegación y captura, y lo atinente a la tripulación de las embarcaciones pesqueras.

Por último, la aplicación de la presente disposición se extiende —por evidente analogía— a la aeronavegación, la cual se encuentra regulada por una ley federal especial (el Cód. Aeronáutico), y otras normas surgidas de convenciones internacionales⁽⁴¹⁸⁾.

Art. 27.—

El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

Comentario por Julián Rotenberg

El [art. 27](#) de la CN, que conserva su redacción desde 1853, establece una obligación que refleja la concepción ideológica prevaleciente en la generación de los primeros constituyentes. Esta cláusula debe ser leída en el contexto de una Constitución que invitaba a los extranjeros a habitar en el suelo argentino (Preámbulo), promovía la inmigración (arts. 25 y 67, inc. 16 —hoy 75, inc. 18), reconocía derechos para todos los habitantes (art. 14) y garantizaba la igualdad en su goce para los extranjeros (art. 20).

El artículo es relevante por introducir dos grandes cuestiones: por un lado, la distribución de competencias entre los órganos del Estado federal para la conducción de las relaciones exteriores, y en particular para la celebración de tratados internacionales; y por otro lado, la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, que abarca a su vez, las discusiones acerca del modo de incorporación del derecho internacional al ordenamiento interno y la relación jerárquica entre ambos.

I. EL GOBIERNO FEDERAL Y LAS RELACIONES EXTERIORES

De acuerdo con el art. 27, la responsabilidad de conducir las relaciones exteriores del Estado se encuentra en cabeza del gobierno federal. La Constitución no establece un principio general de distribución de facultades, sino que atribuye facultades específicas al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, y contiene disposiciones sobre la competencia del Poder Judicial para determinadas cuestiones puntuales.

1.1. Poder Legislativo

El art. 75 contiene las facultades del Congreso de la Nación en materia de relaciones exteriores. En primer lugar, el Congreso tiene importantes atribuciones en lo que compete al comercio exterior ya que la "cláusula del comercio" le otorga la atribución de "reglar el comercio con las naciones extranjeras" (inc. 13). Esta potestad tiene una doble implicancia: por un lado, le corresponde dictar las normas nacionales que regulen el comercio internacional —"legislar en materia aduanera" y "establecer los derechos de importación y exportación" (inc. 1º)⁽⁴¹⁹⁾. Por otro lado, el Congreso tiene una responsabilidad primordial en materia de política comercial internacional —p. ej., con respecto a las negociaciones en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio—⁽⁴²⁰⁾.

Por otra parte, la Constitución establece en cabeza del Congreso importantes tareas relacionadas con el territorio del país y su defensa. Le corresponde "arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación" (inc. 15) y "proveer a la seguridad de las fronteras" (inc. 16)⁽⁴²¹⁾. Con respecto a las cuestiones militares, son atribuciones del Congreso "autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz" (inc. 25); "facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias, y establecer reglamentos para las presas" (inc. 26); "fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno" (inc. 27); "permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él" (inc. 28)⁽⁴²²⁾. El Senado también debe prestar acuerdo para "la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas" (art. 99, inc. 13).

La Constitución también otorga al Congreso un rol primordial en el relacionamiento externo del gobierno federal en materia financiera, a pesar de que ha ocurrido un claro desplazamiento de estas atribuciones hacia el Poder Ejecutivo⁽⁴²³⁾. De acuerdo con el texto constitucional, corresponde al Congreso "contraer empréstitos sobre el Crédito de la Nación" (inc. 4º), "arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación" (inc. 7º), y "proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias [...] y promoviendo [...] la importación de capitales extranjeros" (inc. 18)⁽⁴²⁴⁾.

En cuanto a la conducción de las relaciones diplomáticas del país, el art. 99 dispone que el Senado debe prestar acuerdo para el nombramiento y remoción de "los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios" por parte del Poder Ejecutivo (inc. 7º)⁽⁴²⁵⁾.

Finalmente, el Congreso cumple un rol central en el procedimiento de aprobación de tratados internacionales y en los procesos de integración (art. 75, incs. 22 y 24), cuestión que se desarrolla más abajo.

Por último, además de las atribuciones enumeradas explícitamente, el texto establece poderes implícitos en cabeza del Congreso, a quien corresponde "hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina" (inc. 32)⁽⁴²⁶⁾. Se ha señalado que los poderes implícitos del Congreso abarcan, p. ej., la facultad de supervisar las actividades de política exterior del Poder Ejecutivo, y la posibilidad de intervenir en procesos de creación de derecho internacional aplicable al Estado argentino distintos de la celebración de tratados⁽⁴²⁷⁾.

1.2. Poder Ejecutivo

El art. 99 especifica las atribuciones en materia de relaciones exteriores que corresponden al presidente de la Nación. El Poder Ejecutivo —a través de la figura del presidente, en tanto jefe de Estado (inc. 1º)— cumple un rol central en la conducción de las relaciones diplomáticas del país: el presidente " nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado" (inc. 7º), y "recibe [los] ministros y admite [los] cónsules" de las naciones extranjeras (inc. 11). En cuanto a los "empleos" que requieren el acuerdo del Senado, el artículo autoriza al presidente a "llenar las vacantes [...] que ocurran durante su receso" por nombramientos "en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura" (inc. 19), cláusula que estuvo en el eje de la discusión recientemente con motivo de la designación de nuevos integrantes de la Corte Suprema⁽⁴²⁸⁾.

En cuanto a las cuestiones militares, el presidente es comandante en jefe de las fuerzas armadas (inc. 12), y en tal carácter "provee los empleos militares de la Nación" (inc. 13) con acuerdo del Senado —excepto en el campo de batalla—; "dispone de las fuerzas armadas, y corre con su organización y distribución" (inc. 14); "declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso" (inc. 15); y, con acuerdo del Senado, declara el estado de sitio "en caso de ataque exterior y por un tiempo limitado" (inc. 16)⁽⁴²⁹⁾.

El Poder Ejecutivo también desempeña un rol central en las negociaciones internacionales del gobierno, en particular en el procedimiento de celebración de tratados internacionales. Principalmente, el presidente "concluye y firma tratados, concordatos

y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras" (inc. 11), y —tras su aprobación por el Congreso— los ratifica. La mención de "otras negociaciones" en el inciso puede ser interpretada como una atribución al Poder Ejecutivo de las facultades que la Constitución no asigna específicamente al Congreso: puede incluir un amplio conjunto de tareas y responsabilidades correspondientes a las diversas instancias de relacionamiento internacional de los Estados y, a la proliferación de foros y organismos internacionales⁽⁴³⁰⁾.

Respecto de la terminación de las obligaciones internacionales del Estado, el art. 75 establece que el Poder Ejecutivo puede denunciar los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional con la aprobación previa de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara (inc. 22), y los tratados de integración con la aprobación previa de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara (inc. 24).

1.3. Poder Judicial

El capítulo de la Constitución referido a las atribuciones del Poder Judicial contiene cláusulas que especifican su competencia para cuestiones relativas a las relaciones exteriores. En primer lugar, se establece la competencia federal para aquellas causas que involucren tratados internacionales, representantes de Estados extranjeros y aquellas que tengan como parte a un Estado o ciudadano extranjero. El art. 116 establece que corresponde a la Corte Suprema y tribunales inferiores —federales— "el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos [...] por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; [...] de las causas que se susciten [...] entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero".

En segundo lugar, la Constitución establece en la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema en "todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros" (art. 117). Esta disposición presenta cierta complejidad a la hora de delimitar el espectro de asuntos que corresponderían a la Corte, p. ej., si abarcan las actividades privadas de dichos funcionarios —es decir, no relacionadas a su función como representante de un Estado extranjero—, lo cual se relaciona con la cuestión de la inmunidad de jurisdicción⁽⁴³¹⁾.

Por otro lado, el Poder Judicial ha reconocido que cumple un rol en conducción de las relaciones exteriores del país por ser un órgano

susceptible de comprometer la responsabilidad internacional por la conducta del Estado⁽⁴³²⁾ en consonancia con la costumbre internacional⁽⁴³³⁾.

II. EL GOBIERNO FEDERAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En el diseño constitucional argentino, el procedimiento de celebración de tratados internacionales es caracterizado como "acto complejo federal". Por un lado, ya que implica la intervención de dos poderes, el Ejecutivo y el Legislativo; por otro lado, porque es competencia exclusiva del gobierno federal: las facultades de las provincias en materia de tratados son acotadas y están fuertemente subordinadas al poder del gobierno federal⁽⁴³⁴⁾.

El procedimiento consta de tres etapas: en primera instancia, el Poder Ejecutivo negocia y firma el tratado con los Estados u organizaciones internacionales que corresponda. Luego, el Congreso aprueba o rechaza el tratado íntegramente; finalmente, el Poder Ejecutivo tiene la potestad de manifestar el consentimiento para obligarse por el acuerdo según lo disponga el propio tratado, generalmente a través del depósito del instrumento de ratificación.

2.1. Firma

La primera etapa del procedimiento es la negociación y firma del tratado. Es el Poder Ejecutivo Nacional —a través de la figura del presidente de la Nación, jefe de Estado— el que "concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras" (art. 99, inc. 11).

Como consecuencia de la expansión en la variedad de materias reguladas por el derecho internacional y de la proliferación de instancias en que los Estados y las organizaciones internacionales se relacionan, en la actualidad la práctica en la celebración de tratados puede adoptar distintas formas. Además de la forma más conocida del tratado bilateral entre Estados, existen tratados con organizaciones internacionales; tratados multilaterales negociados en conferencias internacionales o en el marco de organizaciones internacionales (creadas, a su vez, por tratados celebrados en conferencias —como la Carta de las Naciones Unidas, concluida en la Conferencia de San Francisco de 1945); tratados de integración regional; tratados celebrados en el marco de procesos de integración regional; tratados redactados por las delegaciones de Estados o propuestos por organismos como la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas; entre otros.

La negociación de un tratado culmina con la adopción del texto, que queda establecido como auténtico y definitivo a través de la firma⁽⁴³⁵⁾. En esta etapa, el tratado no crea derechos ni obligaciones para el país ya que no ha entrado en vigor, lo que requiere la aprobación del Congreso y la posterior ratificación por el Ejecutivo (o el cumplimiento de la formalidad que corresponda)⁽⁴³⁶⁾.

Por otra parte, un país puede convertirse en Estado Parte de un tratado internacional en cuya negociación no haya participado, o que incluso se encuentre en vigor para otras partes, a través de la adhesión: en este caso, si bien el Poder Ejecutivo no habrá intervenido en la adopción del texto, igualmente será necesaria la aprobación legislativa y la posterior ratificación por el Ejecutivo para que el tratado entre en vigor respecto de la Argentina.

2.2. Aprobación

Una vez que el tratado se encuentra firmado, es decir acordado y autenticado su texto definitivo, debe ser aprobado por el Poder Legislativo. De acuerdo con el art. 75, corresponde al Congreso de la Nación "aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede" (inc. 22) y "aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales" (inc. 24).

La aprobación del Congreso se manifiesta a través de una ley formal que debe ser sancionada de acuerdo con el trámite previsto en la Constitución. Cabe aclarar que la sanción de la ley aprobatoria por parte del Congreso no implica la incorporación del tratado al orden jurídico interno, sino que integra la voluntad del Estado en obligarse internacionalmente. El tratado comenzará a regir para la República Argentina una vez que el Poder Ejecutivo cumpla con su ratificación y el tratado entre en vigor de acuerdo con lo que su texto disponga. Aunque autores como Gelli sostienen que la ley aprobatoria no es "estrictamente legislativa" y, por lo tanto, no podría ser vetada por el presidente⁽⁴³⁷⁾, de cualquier manera, esta no obliga al Poder Ejecutivo a efectuar la ratificación, como se verá más abajo.

Si bien el texto constitucional sólo autoriza al Poder Legislativo a "aprobar o desechar" los tratados, un criterio de interpretación que ponga el énfasis en la legitimidad democrática y la posibilidad de participación de los potenciales afectados en la formación de las normas jurídicas, reconocería al Congreso la facultad de aprobar el tratado a condición de que se introduzcan modificaciones, lo que exigiría que el Poder Ejecutivo renegociara con sus contrapartes⁽⁴³⁸⁾. En igual sentido, el Poder Legislativo sería el único con la facultad de

aprobar la formulación de reservas o declaraciones interpretativas que excluyan, o modifiquen el alcance de disposiciones del tratado, ya sea a propuesta del Poder Ejecutivo, o por iniciativa propia. La necesidad establecida en la Constitución de que el tratado sea aprobado por el Congreso implica considerar que le corresponde aprobar el tratado tal como regirá efectivamente para la Argentina, lo que hace necesaria su participación en la formulación de reservas y declaraciones interpretativas, e impide que el Poder Ejecutivo decida introducir otras que no hayan sido previstas en la ley aprobatoria, o no introducir las que el Congreso haya establecido como condición de su aprobación⁽⁴³⁹⁾.

El art. 75 establece requisitos procedimentales especiales en relación con determinados tratados de acuerdo con el efecto jurídico que se desee otorgarles y la materia que regulen. El inc. 22 establece la jerarquía constitucional de un conjunto de tratados y declaraciones sobre derechos humanos, y dispone que sólo podrán ser denunciados por el Poder Ejecutivo con la aprobación previa de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. También se prevé la modalidad para otorgar jerarquía constitucional a otros tratados sobre derechos humanos posteriormente, que "luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara" (inc. 22). Este procedimiento es independiente de la aprobación legislativa de dichos tratados, y se efectúa a través de una nueva ley que cumpla con las mayorías requeridas, como ocurrió con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁽⁴⁴⁰⁾, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad⁽⁴⁴¹⁾ y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁽⁴⁴²⁾.

Respecto de los tratados de integración "que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales", el texto establece que aquellos celebrados con Estados de Latinoamérica deben ser aprobados con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara (inc. 24). En cuanto a aquellos celebrados con otros Estados, se establecen dos pasos: primero, el Congreso debe declarar la conveniencia de su aprobación con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, y luego, dentro de los ciento veinte días siguientes, debe aprobarlos con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Por otra parte, para la denuncia de los tratados de integración "se exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara" (inc. 24). El artículo no explicita requisitos para la denuncia de otros tratados.

2.3. Ratificación

El último paso necesario para que el Estado argentino se obligue por un tratado internacional es la ratificación por parte del Poder Ejecutivo. En su calidad de jefe del Estado, a cargo de las relaciones exteriores, el Poder Ejecutivo es el responsable de manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por el tratado, completando la expresión previa del Congreso. La forma de la ratificación, así como la manera y fecha de su entrada en vigor están previstas en el texto del tratado —generalmente sujetas a que se alcance un número mínimo de ratificaciones⁽⁴⁴³⁾— y varían según el tipo de tratado: en caso de tratados bilaterales suele realizarse el canje de instrumentos, y en caso de tratados multilaterales suele efectuarse el depósito del instrumento de ratificación, ya sea en una organización internacional administradora del tratado o en un Estado depositario. Una vez cumplimentada la ratificación, el tratado entrará en vigor para la Argentina de acuerdo con las condiciones dispuestas en el texto⁽⁴⁴⁴⁾.

La cuestión acerca de si la aprobación legislativa impone al Poder Ejecutivo la obligación de ratificar el tratado merece cierta atención. Gelli, p. ej., sostiene que la ley aprobatoria no es "estrictamente legislativa" y por lo tanto no podría ser vetada por el presidente, obligándolo a ratificar el tratado⁽⁴⁴⁵⁾. La Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema en el caso "Frites"⁽⁴⁴⁶⁾, que llegó a aquella instancia por un recurso de hecho tras la denegación del recurso extraordinario: los actores habían interpuesto un amparo solicitando se fijara un plazo al Poder Ejecutivo para el envío de los documentos de depósito de ratificación del Convenio 169 de la OIT, lo que caracterizaban como un "simple trámite de comunicación" para que entrara en vigor, afirmando que la publicación de la [ley 24.071](#) aprobatoria del tratado constituía su ratificación. En primera instancia se había hecho lugar a la acción, fijando un plazo para que el Poder Ejecutivo se pronunciara sobre el reclamo; luego, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal había revocado la sentencia y declarado improcedente la acción, entendiendo que el acto exigido por los actores excedía el marco de la medida intentada en los términos del art. 28 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

La mayoría de la Corte declaró inadmisibile el recurso extraordinario y desestimó la queja. Sin embargo, Boggiano votó en disidencia, afirmando que el recurso era formalmente admisible ya que se discutía el alcance de las cláusulas de la CN que regulan las facultades del Poder Ejecutivo en lo atinente al trámite para la aprobación y ratificación de los tratados internacionales⁽⁴⁴⁷⁾.

Boggiano sostuvo que la participación del Congreso en el acto complejo federal, "aunque es necesaria, no es definitiva"⁽⁴⁴⁸⁾, y que la ley aprobatoria simplemente autoriza al Poder Ejecutivo a ratificar el tratado en sede internacional⁽⁴⁴⁹⁾, pero que "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 internacionales"⁽⁴⁵⁰⁾. Por ello, Boggiano votó por confirmar la sentencia apelada.

2.4. Los acuerdos ejecutivos

Los llamados acuerdos "ejecutivos" o "simplificados" son tratados concluidos por el Poder Ejecutivo que entran en vigor tras la firma. A pesar de ser tratados según la definición del derecho internacional⁽⁴⁵¹⁾, no son enviados al Congreso por considerarse que el requisito de la aprobación legislativa no es aplicable por tratarse de materias de competencia originaria del Poder Ejecutivo.

Un criterio de interpretación que enfatice la legitimidad democrática de las normas y la participación de los potenciales afectados en el proceso de su elaboración, llevaría a sostener que el Congreso debería intervenir a través de la aprobación en la celebración de los acuerdos ejecutivos⁽⁴⁵²⁾. Pero, al mismo tiempo, el Poder Ejecutivo podría, en ejercicio de sus potestades reglamentarias (art. 99, inc. 2º), celebrar acuerdos que precisen disposiciones contenidas en un tratado o en una ley aprobados por el Congreso, sin necesidad de una nueva aprobación.

En el fallo "Dotti"⁽⁴⁵³⁾, la Corte Suprema analizó el Acuerdo de Recife, un acuerdo de alcance parcial suscripto en el marco de la ALADI⁽⁴⁵⁴⁾. Destacando que se trataba de un tratado internacional donde "el consentimiento del estado argentino se ha manifestado en forma simplificada, es decir, sin la intervención del Congreso en el acto complejo federal"⁽⁴⁵⁵⁾, la mayoría de la Corte sostuvo que la imperatividad del Acuerdo de Recife "dimana de la autorización conferida por el Tratado de Montevideo de 1980"⁽⁴⁵⁶⁾, que sí había cumplido con el procedimiento constitucional. En otras palabras, la Corte reconoció que el valor jurídico de un acuerdo ejecutivo o simplificado puede ser derivado de un tratado anterior aprobado mediante el procedimiento constitucional —con la intervención del Congreso—. Petracchi, en su voto concurrente, se diferenció de la mayoría al caracterizar al acuerdo ejecutivo como "un convenio internacional (Acuerdo de Recife) que no fue aprobado por el Congreso de la Nación, y que, por lo tanto, carece de la aptitud necesaria para excluir la vigencia de un tratado propiamente dicho"⁽⁴⁵⁷⁾.

III. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

El art. 27 especifica que el gobierno federal debe celebrar tratados "que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución". Este enunciado introduce la cuestión de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, que tiene dos grandes problemas: por un lado, el modo de incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico nacional, y, por el otro, la relación jerárquica entre ambos tipos de normas.

El primer problema se refiere a cómo ingresan las normas internacionales al sistema jurídico del país. Existen dos tipos de soluciones a nivel internacional: los países llamados "monistas", consideran que el derecho internacional y el derecho interno son parte de un único sistema, y que las normas internacionales no requieren de ningún acto para ingresar al derecho nacional; mientras que los países "dualistas", conciben a ambos órdenes como dos esferas separadas, por lo cual es necesario un acto formal de incorporación o internalización para transformar a las normas internacionales en aplicables en el derecho nacional.

La Constitución es clara en su adopción de un modelo monista al incluir a los tratados en la cláusula que consagra el principio de supremacía constitucional, sin exigir acto alguno de incorporación o adopción: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación" (art. 31). La ley que sanciona el Congreso Nacional aprobando un tratado, solamente integra la voluntad del Estado en obligarse y, constituye un paso intermedio en el procedimiento, previo a la ratificación. En otras palabras, la aprobación legislativa no implica la incorporación del tratado —que aún no ha sido ratificado y, por ende, no obliga al Estado internacionalmente— al derecho interno. El tratado se vuelve obligatorio para el país una vez que el Poder Ejecutivo cumpla con la ratificación y el tratado entre en vigor. En ese momento, el tratado se incorpora automáticamente al ordenamiento jurídico argentino, sin necesidad de acto alguno que lo recepte o internalice.

Sin embargo, la Constitución de 1853/60 no proporcionaba una respuesta clara al segundo problema, el de la relación jerárquica entre las normas internacionales y las normas de derecho interno. El art. 31 parecía colocar en un mismo nivel ("ley suprema") a la Constitución, las leyes y los tratados. Si bien era indiscutido que las leyes tenían una jerarquía inferior a la Constitución, ¿dónde se

ubicaban los tratados? El art. 27 no proporcionaba una respuesta clara al disponer que los tratados debían estar "en conformidad con los principios de derecho público" establecidos en la Constitución. Según Gelli, la Constitución prevalecía sobre todo el orden jurídico interno y los tratados estaban sujetos al control de constitucionalidad⁽⁴⁵⁸⁾, pero la práctica de los tribunales no era uniforme.

La reforma de 1994, profundizando el camino iniciado por la Corte Suprema poco antes con "Ekmekdjian c. Sofovich", resolvió la discusión al establecer en el art. 75, inc. 22, que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes y que ciertos tratados sobre derechos humanos —así como otros que en adelante cumplieran con un procedimiento especial— "tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos"⁽⁴⁵⁹⁾.

Una vez solucionada la cuestión de la jerarquía de los tratados internacionales, surgió otro problema referido al valor y efecto jurídico de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de interpretar y aplicar dichos tratados, particularmente en el sistema interamericano de derechos humanos. Es así como, paralelamente a la expansión de la actividad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema desarrolló una vasta jurisprudencia reconociendo la obligatoriedad de las decisiones de los órganos regionales⁽⁴⁶⁰⁾.

Sin embargo, en una decisión de febrero de 2017 la Corte se basó en el art. 27 para sustentar su negativa a cumplir una sentencia de la Corte Interamericana contra el Estado argentino⁽⁴⁶¹⁾. Reconociendo que las sentencias de la Corte Interamericana son "en principio, de cumplimiento obligatorio", afirmó que su obligatoriedad "alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales"⁽⁴⁶²⁾. Con este criterio, sostuvo que la sentencia que ordenaba al Estado argentino "dejar sin efecto" —lo que la Corte equiparó a "revocar"— una condena civil firme excedía la "competencia remedial" otorgada por la Convención Americana a la Corte Interamericana, ya que esta no constituye una "cuarta instancia" revisora de decisiones de la Corte Suprema⁽⁴⁶³⁾.

En lo que concierne al art. 27, la mayoría entendió que consagra "una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la CN, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad"⁽⁴⁶⁴⁾; y que la reforma de 1994, al otorgar jerarquía

constitucional a los tratados sobre derechos humanos estableciendo que "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución", reafirmó la "plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental como valladar infranqueable para los tratados internacionales"⁽⁴⁶⁵⁾. Aplicando este criterio, la mayoría decidió que la restitución ordenada por la Corte Interamericana —"dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada"— resultaba jurídicamente imposible porque significaría privar a la Corte de su "carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino, y sustituirlo por un tribunal internacional"⁽⁴⁶⁶⁾, contrariando principios de derecho público consagrados en el art. 108.

Por su parte, Maqueda votó en disidencia, destacando que a partir de la reforma constitucional de 1994 y la incorporación del art. 75, inc. 22, "las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte, deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación"⁽⁴⁶⁷⁾. Luego remarcó que "el deber de cumplir la decisión adoptada por la Corte Interamericana responde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*), y de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas, so pena de verse comprometida la referida responsabilidad"⁽⁴⁶⁸⁾.

Maqueda resaltó el hecho de que la negativa del tribunal a cumplir con la sentencia de la Corte Interamericana configura el incumplimiento de una obligación internacional por parte del Estado argentino, lo que acarrea su responsabilidad internacional⁽⁴⁶⁹⁾. De esta manera, puso de relieve una tensión fundamental entre el diseño de las relaciones exteriores en la Constitución de 1853/60 —que subordina los tratados a los principios del derecho público argentino— y el derecho internacional —que afirma su prevalencia sobre las normas internas⁽⁴⁷⁰⁾. Esta tensión parecía resuelta por de la reforma de 1994 y la jurisprudencia de la Corte reconociendo la obligatoriedad de las decisiones de los órganos del sistema interamericano, pero el reciente fallo ha reavivado el debate y generado expectativa respecto de cómo se resolverá una cuestión similar en el futuro.

Art. 28.—

Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Comentario por Juan Ignacio Sáenz

Este artículo debe su origen al art. 20 del proyecto de Alberdi, que establecía: "Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que, con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja, o adultere en su esencia". En la nota al artículo remite a sus "Bases", donde sostuvo "la Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella. Por ejemplo, la prensa es libre, dice la Constitución; pero puede venir la Ley Orgánica de la Prensa y crear tantas trabas y limitaciones al ejercicio de esa libertad, que la deje ilusoria y mentirosa. Es libre el sufragio, dice la Constitución; pero vendrá la ley orgánica electoral, y a fuerza de requisitos y limitaciones excepcionales, convertirá en mentira la libertad de votar" (ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Sopena, Buenos Aires, p. 85).

El art. 28 establece entonces un límite al poder reglamentador de los derechos que posee el Estado. Su texto, algo ambiguo, ha dado lugar a diversos métodos de interpretación de las reglamentaciones, a fin establecer en qué casos son válidas, y en cuáles, en cambio, comportan una *alteración* de los derechos que se proponen regular.

Los criterios para evaluar la validez o invalidez de una reglamentación provienen de precedentes judiciales resueltos por los tribunales europeos y por la Corte Suprema de los Estados Unidos, y de allí han sido adoptados por nuestra Corte y los demás tribunales nacionales.

La primera aproximación general a los límites al poder de policía en los Estados Unidos se encuentra en el caso resuelto por la Corte en el caso "Chicago Milwaukee & Saint Paul v. Minnesota" (1890),

en el que se declaró inconstitucional una ley que establecía una tarifa que no contemplaba una ganancia razonable en relación con la inversión realizada. Se estableció que la garantía de *debido proceso* (*due process of law*) prevista en la Enmienda 5ª de la Constitución norteamericana, no sólo, se refería a la correcta aplicación de los procedimientos, sino que además, contenía como exigencia que las regulaciones estatales tuvieran *razonabilidad, proporcionalidad, equidad y justicia*.

Más cerca en el tiempo, la Corte norteamericana ha establecido dos niveles de escrutinio de una reglamentación (*levels of judicial scrutiny*). Por uno de ellos, aplicable a las restricciones a los derechos económicos o patrimoniales (*economic rights*), los tribunales se limitan a indagar si el medio elegido por el Estado resulta racional y adecuado para lograr el fin que se propone (*rational basis review*). Se trata de un análisis poco riguroso, que invalida sólo a aquellas reglamentaciones que se advierten claramente irracionales. Por ejemplo, por aplicación del referido estándar, resultaría válida una reglamentación que prohibiera el expendio de bebidas alcohólicas en kioscos y supermercados en horarios nocturnos, con el fin de evitar desórdenes y proteger a la minoridad, pero la misma reglamentación se consideraría eventualmente irracional si la prohibición fuese absoluta, o incluyera también a los bares, impidiendo la actividad comercial normal de aquellos.

En cambio, para las limitaciones a los derechos no patrimoniales como la intimidad, la libertad de expresión, la participación política, la libertad religiosa y la igualdad (libertades preferidas, *preferred freedoms*) el escrutinio es más estricto (*strict scrutiny*), y la validez sólo es reconocida si se demuestra que la restricción resulta imprescindible y necesaria para asegurar fines especialmente relevantes del Estado, que no pueden satisfacerse por otros medios.

Esas pautas de revisión del poder reglamentario se trasladaron al lenguaje y a los estándares de decisión de la Corte argentina, dando lugar al denominado "control de *razonabilidad*" del poder de policía⁽⁴⁷¹⁾.

Como regla general, la Corte tiene dicho desde hace muchos años que la reglamentación de los derechos debe ser *razonable*, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que se procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público, y los derechos individuales con el de la sociedad (Fallos 136:161; 172:21 y 291; 199:483; 200:450; 201:71; 204:195; 243:449; 263:83; 269:416; 297:201 y 312:496).

Desde el fallo "Arenzón", de 1984, en adelante, el examen o *test* de razonabilidad se ha ido depurando hasta llegar a un esquema que en la actualidad podría resumirse de la siguiente manera: las normas reglamentarias de derechos son válidas constitucionalmente (razonables) si constituyen un "medio": a) idóneo y proporcionado en relación al "fin" que fundamenta su dictado; b) idóneo, proporcionado y estrictamente necesario (sin que existan otras alternativas menos restrictivas del derecho) para satisfacer un interés público prioritario. Lo primero es aplicado respecto de los derechos en general, y el segundo criterio —más riguroso— rige para los derechos más sensibles (como la igualdad, la intimidad o la libertad religiosa).

1) En el juicio de idoneidad⁽⁴⁷²⁾ se determina si la norma reglamentaria (el "medio") es eficaz o conduce técnicamente al resultado que se propone (el "fin"). En caso de no poder establecerse esa relación, la reglamentación deviene entonces en arbitraria y, por ende, inconstitucional por limitar infundadamente un derecho. Ejemplo de ello es el caso "Arenzón"⁽⁴⁷³⁾, ya mencionado, donde la Corte estableció que la norma que exigía una estatura mínima para ejercer la docencia, resultaba manifiestamente irrazonable, al no poder comprobarse que aquel requisito fuese idóneo o eficaz para asegurar el fin estatal de proveer docentes con aptitud para la enseñanza. Por igual motivo, y en relación con las condiciones para desempeñarse como funcionaria judicial, en el caso "Gottschau"⁽⁴⁷⁴⁾ se invalidó la norma que requería para ello, la nacionalidad argentina.

En definitiva, en tales casos se concluye que la reglamentación, por carecer de idoneidad o aptitud en orden a los fines que se propone, es irrazonable.

2) En otros supuestos, se alude al "juicio de proporcionalidad": se da cuando, si bien es posible advertir que la reglamentación es idónea para el logro de la legítima finalidad que se propone, resulta abusiva, exagerada o desproporcionada. En el caso "Iachemet"⁽⁴⁷⁵⁾, p. ej., se consideró inaplicable a una anciana de más de 90 años de edad, un régimen de pago de deudas del Estado en bonos y cuotas de capital durante 10 años, con fundamento en la crisis presupuestaria⁽⁴⁷⁶⁾. En definitiva, cualquier norma por la que se imponga una restricción a un derecho que se considere una carga excesiva, es susceptible de ser reputada irrazonable bajo el escrutinio de proporcionalidad.

3) Por último, existe el examen de "necesariedad", en el cual una reglamentación sólo resulta válida si se vislumbra como necesaria e imprescindible para concretar un interés prioritario del Estado. Tal es

la construcción que la Corte norteamericana aplica respecto de las mencionadas libertades preferidas —especialmente la igualdad— y cuyas restricciones quedan sometidas a un escrutinio estricto⁽⁴⁷⁷⁾.

En relación con la igualdad, toda reglamentación que establezca una distinción o trato diferente (en razón de la edad, la nacionalidad, la raza, el sexo o la religión) es considerada una "categoría sospechosa", sobre la que pesa una presunción de inconstitucionalidad, que sólo puede ser revertida si el Estado demuestra la necesidad de restringir el derecho, y que resulta imposible hacerlo por otro medio, en pos de un interés superlativo⁽⁴⁷⁸⁾.

En nuestro país, el criterio estricto para evaluar las restricciones a la igualdad en el ingreso a la función pública por razones de nacionalidad, tuvo aplicación en los casos "Repetto"⁽⁴⁷⁹⁾, "Hooft"⁽⁴⁸⁰⁾ y "Gottschau"⁽⁴⁸¹⁾, entre otros⁽⁴⁸²⁾.

En suma, el "control de razonabilidad" sobre las reglamentaciones que derivan del poder de policía importa la revisión de los siguientes elementos:

1. La finalidad perseguida por la norma sujeta a examen debe ser legítima, claramente identificable, y relativa a algún aspecto del interés general de la comunidad (salud, seguridad, moralidad, orden público, orden económico y social, etc.).

2. La norma debe constituir un medio eficaz e idóneo respecto de los fines que se proponen alcanzar.

3. Compete al legislador la selección del medio adecuado, sin que los jueces deban sustituir sus criterios de apreciación.

4. La naturaleza y extensión de la restricción no deben ser abusivas ni desproporcionadas.

5. Para el caso de los derechos de mayor jerarquía, las restricciones sólo son admisibles si son necesarias e imprescindibles para lograr un fin o interés, especialmente relevante.

- 1) Dentro de los objetos propios del poder de policía ha de estimarse comprendida —junto con la seguridad, la moralidad y la salubridad pública— la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad, como "prevenir, impedir, morigerar o contrarrestar, en forma permanente o transitoria, los graves daños económicos y sociales susceptibles de ser originados por la desocupación en mediana o gran escala", y del "patrimonio artístico nacional";

- 2) El análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, es ajeno a la competencia de la Corte, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir, que sólo debe examinar

si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir;

3) En relación con la mutación del núcleo, esencia o sustancia del derecho, sostuvo que la ley no afectaba la actividad cinematográfica del afectado, pues se había permitido trasladar al precio de las entradas los mayores costos incurridos por cumplimiento de la ley, y porque el "número vivo" tenía una duración limitada a los treinta a cuarenta minutos, en el intervalo que precede a la exhibición de la película, con lo cual no existía alteración del núcleo esencial de la propiedad, que quedaba suprimida para el libre uso hacia los fines voluntariamente elegidos por el empresario.

EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD COMO UN LÍMITE SUSTANTIVO A LAS ATRIBUCIONES DEL CONGRESO

Comentario por Gabriel Bouzat

I. El propósito de este trabajo es realizar una evaluación crítica de la manera en que se aplica el principio de razonabilidad de las leyes en el derecho argentino. En primer lugar, analizaré los fundamentos constitucionales del principio de razonabilidad. En segundo lugar, revisaré el derecho comparado haciendo hincapié en el principio de proporcionalidad del derecho europeo, y en el principio del debido proceso sustantivo del derecho norteamericano. Por último, analizaré la manera en que el Congreso de la Nación al legislar y la Corte Suprema de Justicia de la Nación al ejercer el control de constitucionalidad aplican el principio de razonabilidad.

La tesis que desarrollaré es que el principio de razonabilidad de las leyes constituye un límite sustantivo a las atribuciones del Congreso. La idea es demostrar que la CN limita la facultad del Congreso de reglamentar los derechos constitucionales, disponiendo que dicha reglamentación debe ejercerse utilizando medios adecuados y proporcionados para promover el interés público buscado. Ello significa defender la postura que las atribuciones que la Constitución le otorga al Congreso para reglamentar los derechos se encuentran limitadas, y deben afectar de la menor manera posible los derechos constitucionales en juego. La conclusión que defenderé es que el Congreso cuando legisla y la Corte Suprema cuando se expide sobre la constitucionalidad de las leyes, no le prestan debida

atención a los alcances de este principio en la protección de los derechos constitucionales.

II. El art. 14 de la Constitución establece que los derechos reconocidos a los habitantes serán ejercidos conforme a las leyes que los reglamenten. Una fórmula similar utiliza el art. 14 bis con relación a los derechos de los trabajadores. Por su parte, el art. 28 de la Constitución dispone que los principios, garantías y derechos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. La incorporación de este artículo, inspirado en las ideas de Alberdi, tuvo el propósito de evitar que las declaraciones y derechos de la Constitución terminen siendo limitados por las leyes que los reglamenten.

El juego de estas cláusulas constitucionales plantea la compleja tensión entre autoridad y derechos. Por un lado, cuál es el alcance de la autoridad del Congreso en la reglamentación de los derechos y, por el otro lado, cuál es el límite que la Constitución le impone a esa atribución legislativa con fundamento en los derechos constitucionales objeto de la reglamentación. Se trata de las dos caras de una misma moneda.

La cuestión a dilucidar es, cuál es el criterio o estándar al que debe recurrirse para determinar que un derecho constitucional ha sido alterado por su reglamentación y, en consecuencia, demostrar que el Congreso se ha excedido en sus atribuciones reglamentarias. El principio regulativo que debe orientar el tratamiento de esta cuestión es el de la prioridad de los derechos frente al arbitrio del legislador. La circunstancia de que art. 28 de la Constitución esté dirigido al Congreso determina que el mismo le impone un límite sustantivo al arbitrio legislativo. No estamos frente a una limitación de la autoridad democrática del Congreso, sino ante un principio regulativo que establece que esa autoridad debe tender a ampliar los derechos constitucionales y no, a restringirlos.

III. Una manera de abordar esta cuestión es mediante una teoría de la interpretación constitucional. Ello exige tomar posición en controvertidos problemas filosóficos, políticos y jurídicos. Para señalar solo uno, una teoría satisfactoria de la interpretación constitucional debe dar cuenta de cuál es el legítimo alcance de la actuación de los jueces en una democracia. Esto es así, porque el control de constitucionalidad implica mucho más que resolver un problema de correspondencia lógica entre las normas constitucionales, y las legales. Salvo en contadas excepciones, una contradicción clara entre la Constitución y la ley es difícil de identificar.

Diversas circunstancias explican esta afirmación. La Constitución se caracteriza por contar con cláusulas y declaraciones muy generales e imprecisas, y las cláusulas constitucionales contienen conceptos normativos —libertad, igualdad, moral pública— que se prestan a diferentes interpretaciones. Por último, pueden plantearse conflictos entre derechos constitucionales.

Ahora bien, para precisar el sentido y alcance de las normas constitucionales la Corte Suprema recurre —a veces conjunta y otras veces, exclusivamente— a diversos criterios de interpretación. En ciertos casos apela al significado "literal" del texto constitucional⁽⁴⁸³⁾. En otros, a la intención "histórica" del constituyente. También apela a la llamada intención "presunta" o "dinámica" del constituyente, es decir, a como hubiese legislado si hubiese previsto las nuevas circunstancias sociales⁽⁴⁸⁴⁾. En este sentido la Corte Suprema ha ofrecido estándares tan imprecisos como sostener que el valor de la Constitución no está en su texto escrito sino, en su obra práctica, realista, de conciliación de intereses que exige, para que se la siga cumpliendo, una interpretación flexible y elástica, a fin de adaptarla a las nuevas ideas y circunstancias⁽⁴⁸⁵⁾.

En muchos casos, apela a valores o principios "implícitos" en la Constitución, o a "valores sociales", o cierta idea de lo que se entiende por el "bien común". Recurre también a valores ideales o morales, o a la manera en que considera que las distintas alternativas interpretativas pueden influir en la vida social y económica del país⁽⁴⁸⁶⁾. En los últimos años, invoca a los tratados internacionales sobre derechos humanos y a la jurisprudencia de cortes internacionales para precisar el alcance de las normas constitucionales.

Adicionalmente, existen ciertos tecnicismos jurídicos —el *stare decisis*, la deferencia al legislador, la teoría de la arbitrariedad— que son también utilizados, generalmente en forma complementaria, como criterios de interpretación.

La apelación a tan diversos criterios de interpretación lleva inevitablemente a diferentes soluciones —sobre la constitucionalidad o no de las leyes— según sea el criterio que se utilice, o cómo se los pondere.

A pesar de la relevancia que para la solución de los casos constitucionales tienen los criterios de interpretación, la determinación del criterio correcto de interpretación constitucional no ha preocupado demasiado a los juristas, ni a los jueces argentinos. Da la impresión de que en la Argentina no se tiene conciencia clara de la importancia jurídica, ni de la relevancia institucional de la interpretación de la Constitución.

Sin embargo, esta es una cuestión fundamental que hace a la función institucional que deben cumplir los jueces en nuestro sistema de separación de poderes. Si se obvia el problema, o se llega a la conclusión que los jueces pueden apelar discrecionalmente al criterio interpretativo que consideren conveniente, la interpretación constitucional carecería de todo criterio objetivo. Tendrían entonces razón, aquellos "realistas" que consideran que el "razonamiento jurídico" es una mera racionalización que pretende justificar decisiones que los jueces adoptan por motivos personales⁽⁴⁸⁷⁾. Ello traería como consecuencia, la imprevisibilidad del alcance de los derechos constitucionales y la distorsión del sistema de separación de poderes, porque se admitiría que los jueces interpreten la constitución con tanta libertad como para imponer su voluntad sobre la voluntad del legislador.

Cuando los jueces o juristas no coinciden acerca de la interpretación de una norma constitucional, generalmente están en desacuerdo acerca del principio interpretativo al que debe recurrirse para precisar el sentido de la norma en cuestión. Son muchas menos las veces que no coinciden en cuál es la consecuencia de interpretar una norma en función de un determinado principio. Ello hace necesario construir principios de interpretación compatibles con los valores constitucionales.

IV. Las dificultades y complejidades que plantea la interpretación constitucional pueden ser en buena medida superadas mediante la apelación al principio de razonabilidad. Esto no quiere decir que el principio de razonabilidad resuelva el problema de la interpretación de la Constitución, sino que brinda un estándar más preciso a legisladores y jueces para determinar el límite a la reglamentación de los derechos constitucionales establecido en el art. 28.

El principio de razonabilidad constituye una garantía constitucional que exige que las leyes guarden una adecuada proporcionalidad entre el medio escogido, y el fin que se propone alcanzar. Este principio es una creación jurisprudencial y doctrinaria que, si bien está inspirada en el principio del debido proceso legal sustantivo del derecho constitucional norteamericano, se identifica más con el principio de proporcionalidad del derecho constitucional alemán y español.

La circunstancia de que la proporcionalidad sea la medida de la razonabilidad determina que la evaluación de la constitucionalidad de una ley incorpore consideraciones pragmáticas y el análisis de relaciones de causalidad, para establecer si el medio utilizado por el legislador es adecuado para obtener el fin buscado. La proyección práctica del principio de razonabilidad evita incurrir en razonamientos

circulares en el que las cuestiones constitucionales son resueltas apelando exclusivamente a conceptos jurídicos, sin mayor vinculación con la realidad social que se pretende regular. Mediante el análisis de proporcionalidad se le otorga a la interpretación constitucional una proyección funcional que permite superar las disquisiciones puramente dogmáticas y normativas, al incorporar la evaluación de las consecuencias prácticas en la determinación del alcance de los derechos constitucionales. La idea que subyace es que los derechos no deben ser concebidos como títulos o declamaciones puramente normativas, sino como bienes que deben efectivizarse en la realidad de los hechos.

Los estándares de proporcionalidad que utilizan los tribunales constitucionales europeos y que han sido aceptados en forma parcial por nuestra Corte Suprema brindan criterios relativamente claros a los que puede recurrir el Congreso a la hora de legislar, y los jueces al interpretar la constitucionalidad de las leyes.

Estos estándares consisten en ciertos test o pasos que deberían seguirse para determinar si la ley viola el principio de proporcionalidad.

El primer paso o test a evaluar, es el de si el interés público comprometido en la norma es genuino y constitucional. Mediante este test lo que se evalúa es la finalidad de la norma, y si esa finalidad se corresponde con un interés público relevante.

El segundo paso o test, es si la ley que cuya constitucionalidad está siendo cuestionada, constituye un medio adecuado para obtener el objetivo, o finalidad que se propone cumplir. Con relación a este test, los tribunales europeos suelen otorgarle cierta deferencia al legislador por entender que está en una mejor posición para evaluar si la ley es adecuada con el objetivo buscado. En general se considera que es adecuada, cuando hay una probabilidad cierta de que la ley cumpla con su objetivo. En este test, muchas veces deben analizarse cuestiones fácticas o técnicas para demostrar que la ley constituye un medio adecuado.

El tercer paso que debe evaluarse es, si la ley es necesaria y, de existir otras alternativas, debe elegirse la menos restrictiva, y la que menos afecte derechos constitucionales fundamentales. En virtud de este test, una ley puede ser considerada inconstitucional si existen alternativas menos restrictivas de los derechos para conseguir el fin propuesto por el legislador. Este test es fundamental porque obliga al Congreso a elegir los medios más eficientes disponibles para promover el interés público buscado y, en general, es utilizado cuando están en juego derechos fundamentales. Muchas veces, este

test exige realizar alguna comparación entre los medios disponibles para determinar cuál es la alternativa más eficiente.

El cuarto paso que debe analizarse es, si la ley es proporcional en sentido estricto. Es decir, si los beneficios que la ley ofrece compensan la disminución del derecho que afecta o limita. Es lo que se ha llamado la regla del equilibrio conveniente o de racionalidad, que exige que los beneficios que causa el interés público perseguido justifiquen las cargas que la ley impone. Dicho balance tiene un límite fundado en el principio de dignidad que prohíbe utilizar a las personas como medios para satisfacer los intereses de otras.

V. Si bien el principio de razonabilidad puede ser considerado como un tecnicismo jurídico, en verdad, se trata de un principio normativo que presupone una concepción constitucional, política y moral sobre la protección de los derechos fundamentales, y los límites reglamentarios del Congreso. Esta concepción se basa en la prioridad de los derechos fundamentales en virtud de que los mismos protegen la dignidad e inviolabilidad de las personas.

Siguiendo a Dworkin⁽⁴⁸⁸⁾ podría sostenerse que cuando el legislador reglamenta derechos constitucionales con el propósito de promover algún interés público, estaría desarrollando políticas. Las políticas para Dworkin son fundamentalmente agregativas, tienden a no distinguir entre personas, y encuentran un límite cuando afectan derechos constitucionales. Cuando ello ocurre, se violan principios que son distributivos y que prohíben que se afecten los derechos constitucionales de alguna persona en pos de un interés público. Esta postura parte de una posición metodológica que tiene por eje el respeto de cada persona y sus derechos, y se contrapone con las posiciones que tienden a disolver los derechos de las personas en la búsqueda de un supuesto "bienestar general".

El principio de razonabilidad está inspirado en el principio del debido proceso legal del derecho constitucional norteamericano, cuyo propósito es evitar que el estado sancione normas que limiten, o restrinjan derechos fundamentales. Este principio está reconocido en las enmiendas V y XIV de la Constitución norteamericana, y tiene dos concepciones: la procesal o adjetiva, y la sustantiva.

El debido proceso legal adjetivo consiste en las formas procesales de carácter legislativo, administrativo y judicial que deben cumplirse para que una ley, resolución o sentencia que limite derechos constitucionales, sea formalmente válida.

El debido proceso legal sustantivo presupone la existencia de una norma formalmente válida y lo que promueve es que no afecte indebidamente derechos constitucionales. Se trata de un principio normativo que exige, mediante la aplicación de ciertos estándares,

que exista una relación sustancial y razonable entre los intereses públicos perseguidos por el legislador y los derechos constitucionales. El propósito es que los derechos fundamentales sean especialmente protegidos de la intervención estatal. En los casos en los que el derecho fundamental en juego es el de la igualdad, cuando la ley establece clasificaciones o categorías mediante las cuales se regula de manera diferente los derechos de distintas personas, se aplica el principio de igualdad (*equal protection*).

La Corte Suprema de los Estados Unidos estableció diferentes tipos de escrutinio para evaluar la existencia o no, de una relación razonable entre los intereses públicos comprometidos y los derechos constitucionales afectados.

El primero de los escrutinios es el estricto que se aplica cuando está en juego un derecho fundamental o una libertad preferida, como puede ser la libertad de prensa, o la igualdad. El escrutinio estricto exige que el estado demuestre que la norma cuestionada se dictó con el propósito de promover un interés público imperioso o muy importante, que sea necesaria para promover dicho interés y que sea "confeccionada a medida". Esto último significa que la norma sancionada sea la menos restrictiva entre las alternativas posibles, para conseguir el fin que se propuso. Es decir, que sea eficiente y efectiva para alcanzar la finalidad buscada. Si el Estado no logra probar esos requisitos, la ley debería ser declarada inconstitucional por la Corte Suprema.

El segundo escrutinio es el intermedio. Este escrutinio se aplica cuando no están en juego libertades preferidas y el interés público comprometido no sea imperioso, sino importante. En este caso, el estado también tiene que probar que existe una relación razonable entre la finalidad buscada y el medio utilizado, y que este sea eficiente para obtener esa finalidad. La diferencia con el escrutinio estricto es solo de grado, y reside en que, en este caso, no es necesario demostrar que sea la menos restrictiva siempre y cuando, no sea discriminatoria.

El tercer escrutinio se limita al control de la existencia de una relación razonable entre el medio utilizado y el fin buscado. Se usa generalmente en casos de contenido patrimonial y, a diferencia de lo que sucede con los dos primeros escrutinios, se parte de la presunción de constitucionalidad de la ley en cuestión.

VI. Los derechos constitucionales protegen bienes fundamentales de las personas con fundamento en el principio de la dignidad humana. Se tratan de derechos morales que son constitucionalizados para que las autoridades los protejan mediante el aparato coactivo del

estado. La protección de los derechos es una tarea institucional, que no atañe solo a los jueces, sino también al legislador. La Constitución establece una serie de procedimientos e instituciones con el propósito de promover principios sustantivos y el bienestar general. Ello exige un complejo equilibrio entre fines y valores, por un lado, y medios y procedimientos, por el otro lado.

La relación entre derechos constitucionales y autoridad democrática es compleja. Los derechos imponen límites a la autoridad democrática, pero a su vez son reglamentados democráticamente. Esta relación debe llevarnos a reflexionar sobre los procesos institucionales mediante los cuales se protegen y promueven los derechos en condiciones de pluralismo y disensos. Como explica Michelman⁽⁴⁸⁹⁾, los derechos son proposiciones públicas que conllevan obligaciones recíprocas y constituyen una forma de cooperación social organizada.

En este sentido, el principio de razonabilidad puede ser visto como un principio de carácter procedimental. Lo que establece, es un método que debería orientar el debate legislativo a la hora de reglamentar los derechos constitucionales. Los test que incorpora el principio de razonabilidad pueden ser concebidos como pasos de una idea regulativa o proceso regulador, que apunta a favorecer la más amplia protección de los derechos por parte del Congreso.

Si uno analiza los distintos test y escrutinios que conforman el principio de razonabilidad, puede mostrar la manera en que los mismos contribuyen a una mejor protección de los derechos constitucionales. De ninguna manera, restringen el debate público, sino que lo ordenan en pos de la ampliación de los derechos.

El primer test es el de si el interés público comprometido en la norma es relevante y constitucional. Mediante este test se pretende asegurar que la legislación promueva un interés público genuino que debe ser debidamente identificado en función de los fines buscados, de los resultados que se esperan, y de los problemas que pretenden solucionarse. La identificación e importancia del interés público en juego debería constituir el primer paso del debate legislativo. La demostración de que la legislación en cuestión tiene el propósito de promover una finalidad significativa asegura que no se restrinjan los derechos constitucionales sin motivos sustanciales, por causas banales y sin razón que lo justifique.

El segundo test, es si la norma que se pretende sancionar constituye un medio adecuado para obtener el fin, o interés público buscado. Mediante este test se asegura que la norma a sancionar no constituya un medio inútil o ineficiente para promover la finalidad perseguida. Para ello es necesario demostrar que existe una

probabilidad cierta de que la ley cumpla con su objetivo. Ello puede exigir analizar relaciones de causalidad, cuestiones empíricas o técnicas, y evaluar las consecuencias prácticas esperables de la norma en cuestión. Mediante este paso pretende asegurarse que los derechos constitucionales no terminen siendo restringidos en vano mediante leyes inconducentes o inadecuadas, para promover el fin buscado. De esta manera se garantiza que los derechos no sean limitados por medidas carentes de toda eficacia, o incluso contrarias, a los fines que se pretende promover.

El tercer test, es si la ley es necesaria y constituye la alternativa menos restrictiva de los derechos constitucionales en juego. En virtud de este test el Congreso estaría obligado no solo a utilizar un medio adecuado, sino el más eficiente, para limitar de la menor manera posible los derechos involucrados. Este test resulta aplicable cuando la ley impacta sobre derechos fundamentales o libertades preferidas, como la libertad de expresión y la igualdad. Cuando no están en juego derechos fundamentales, la deferencia al legislador determina que sólo resulte exigible que el medio sea proporcionado, pero no el más eficiente. Este test favorece una sobreprotección de los derechos fundamentales, estableciendo requisitos más estrictos en la reglamentación de los mismos.

El cuarto test, consiste en determinar si los beneficios que la ley presumiblemente causará compensan la disminución del derecho que afecta o limita. Mediante este test, se busca que los beneficios que causa el interés público perseguido justifiquen las cargas que la ley impone. En cualquier caso, el Congreso nunca estará constitucionalmente autorizado para restringir los derechos constitucionales fundamentales de una persona, en aras de satisfacer los intereses de otras.

Concebir al principio de razonabilidad como un límite sustancial al arbitrio del legislador, no constituye ninguna limitación contra mayoritaria.

En primer lugar, el art. 28 de la Constitución está dirigido al Congreso al prohibirle que en la reglamentación de los derechos los altere.

En segundo lugar, la práctica democrática es una compleja combinación de voluntad y razón, de preferencias y principios, que se desarrolla en una atmósfera de libertad y pluralismo, donde se da por sentado que no es posible proveer una justificación suficiente de las decisiones políticas apelando solamente a la voluntad de alguien, aunque sea a la voluntad de la mayoría. La democracia se identifica con el gobierno a través de la discusión y las decisiones democráticas deben ser vistas como el resultado de esos debates públicos, en los

que se obtiene un consenso mayoritario a partir de la expresión y discusión de ideas y opiniones encontradas. En esta concepción, el principio de razonabilidad puede ser visto como un esquema de razonamiento, que puede perfectamente formar parte del debate democrático. En este sentido, puede considerarse que los test y escrutinios que lo definen constituyen un principio ordenador del debate legislativo cuando se discuten cuestiones constitucionales.

Por último, el principio de razonabilidad ofrece un método para abordar la reglamentación de los derechos constitucionales que deja un margen relativamente amplio a la deliberación legislativa. No estamos frente un razonamiento algorítmico que deduce una única solución a la cuestión planteada, sino ante un esquema abierto a la ponderación y el intercambio de ideas. Los conceptos de interés público, adecuación entre medios y fines, necesidad, eficiencia y proporcionalidad son abiertos y normativos y, por ende, interpretativos. Ello no implica vaciarlos de contenido, sino mostrar sus límites y complejidad. El derecho no es una ciencia exacta y los estándares que utiliza deben ser debidamente ponderados.

VII. Si bien el art. 28 se dirige al Congreso las discusiones parlamentarias no toman generalmente en cuenta los test que exige el principio de razonabilidad.

En la Argentina el principio de razonabilidad es una creación jurisprudencial utilizada por los jueces para expedirse sobre la constitucionalidad de las leyes. Un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la aplicación del principio de razonabilidad excede los límites de este trabajo. Existe una enorme casuística, y el principio, no ha sido precisado debidamente por la Corte.

A continuación, efectuaré un breve comentario de los fallos que toda investigación en la materia no puede soslayar a los efectos de evaluar los alcances de la aplicación del principio de razonabilidad.

En el fallo "Hileret"⁽⁴⁹⁰⁾ del año 1903 se demandó la inconstitucionalidad de un impuesto adicional a la producción de azúcar. Se había producido una situación de sobreproducción de azúcar, y la finalidad buscada por la ley era indemnizar con el producido del impuesto a los productores de caña que no pudieron vender la cosecha, y que debían destruir los plantíos para recibir el beneficio legal. El propósito de la ley, a pesar de ser un impuesto, no era recaudatorio, sino de política económica, porque lo que se buscaba era distribuir los costos de la superproducción de azúcar. La Corte, si bien sostuvo que no le competía analizar los aspectos económicos de la ley, adujo que la provincia no probó los supuestos beneficios que causaría la ley y, por el contrario, que existían

elementos que demostraban que generaba efectos perjudiciales. En virtud de ello, y con fundamento en el art. 28, sostuvo que la ley violaba el art. 14 (derechos de trabajar, ejercer industria lícita y comerciar). Aunque la Corte no fue del todo expresa al respecto, la inconstitucionalidad estaba dada porque la ley restringía estos derechos sin que se probara que promovía algún fin útil.

En el caso "Canale"⁽⁴⁹¹⁾ del año 1913 se discutió la constitucionalidad de una ley de la ciudad de Mendoza que prohibió la instalación de hospitales en esa ciudad y obligó a los ya instalados a trasladarse en el plazo de 30 días. El fin buscado era la protección de la salud originado en el temor de que se propalen enfermedades contagiosas. En este fallo, la Corte sentó el principio, que ha repetido reiteradamente, que los tribunales no tienen atribuciones para expedirse sobre la oportunidad, o conveniencia de las medidas legislativas. No obstante ello, la Corte admitió que en circunstancias extraordinarias, cuando se da un manifiesto conflicto entre la ley y la Constitución, y el medio utilizado por el legislador no guarda una adecuada relación con los fines aparentes de la legislación, la misma puede ser declarada inconstitucional. En este caso, la Corte esboza el test de adecuación pero otorgándole una interpretación restrictiva.

En el fallo "Ercolano"⁽⁴⁹²⁾ del año 1922 la Corte Suprema se expidió sobre la constitucionalidad de una ley que congeló por dos años el precio de los alquileres de casas y piezas destinadas a habitación. El voto de la mayoría es una clara muestra de que la falta de evidencia empírica y un razonamiento jurídico confuso constituyen un obstáculo insalvable para la debida aplicación del principio de razonabilidad. La Corte, en lugar de razonar a partir de alguna prueba concreta sobre el comportamiento de la oferta y la demanda de alquileres para determinar si el medio utilizado por el legislador era adecuado, apeló a categorías imprecisas y a adjetivaciones que privan al argumento de toda sustancia. Las referencias a "opresiones o tiranías de orden económico", "exacciones bajo el nombre de precios", "monopolio virtual", "a merced de la avidez o del capricho de los que detentan los factores de un servicio de vital necesidad", resultan fórmulas imprecisas y dogmáticas porque no se apoyan en fundamentos fácticos demostrados. La sentencia asimila lo que es un servicio que se presta en condiciones monopólicas, como lo eran los elevadores de granos en la ciudad de Chicago, con la oferta de viviendas en la Argentina de los años veinte donde existían miles de oferentes diferentes. Asimismo, sin prueba alguna que lo demuestre, da por sentado la existencia de un abuso de derecho generalizado por parte de todos los locadores. A partir de estas consideraciones y supuestos, la sentencia concluye que el congelamiento del precio de

los alquileres constituye una medida adecuada para obtener el fin buscado. Finaliza el razonamiento sosteniendo que no es del resorte del poder judicial decidir del acierto de los otros poderes públicos en la elección del medio empleado para conjurar esa situación crítica, ni de las consecuencias de orden económico puedan derivar de la aplicación de la ley.

El razonamiento del fallo muestra que la correcta aplicación del principio de razonabilidad no solo exige una adecuada evaluación del interés público comprometido, sino también, una correcta evaluación de los presupuestos fácticos y de la relación de causalidad entre el problema planteado, y el fin buscado. Si la sentencia omite toda evaluación empírica, caracteriza incorrectamente a los hechos haciendo referencia a un monopolio inexistente, razona mediante adjetivaciones dogmáticas, y se desentiende de las consecuencias económicas de la decisión, se incumplen todos los presupuestos exigidos para una correcta aplicación del principio de razonabilidad. Ello no quiere decir que si se da una situación de emergencia o estado de necesidad, un congelamiento de alquileres no pueda resultar constitucional. Lo que resulta cuestionable, son los argumentos utilizados por la Corte.

En el caso "Avico de la Pesa"⁽⁴⁹³⁾ del año 1934 la Corte Suprema se expidió a favor de la constitucionalidad de una ley que limitó los intereses de las hipotecas al 6% anual, y prorrogó sus vencimientos por tres años. El Congreso invocó una situación de emergencia económica que fue avalada por la Corte Suprema. El fallo está en buena medida inspirado en el caso "Home Building vs. Blaisdell"⁽⁴⁹⁴⁾ en el que la Corte Suprema norteamericana desarrolla los estándares utilizados para justificar la limitación de derechos constitucionales de naturaleza patrimonial en circunstancias de emergencia económica. Ellos son (i) que exista una situación de emergencia que exija el ejercicio de poderes a fin de proteger los intereses vitales de la comunidad; (ii) que la ley sea dirigida a un fin legítimo, y que no otorgue meras ventajas particular a los individuos, sino que tenga por finalidad la protección de un interés fundamental de la sociedad; y (iii) que la limitación de los derechos sea razonable y temporaria.

En los casos de emergencia el interés público comprometido que ha identificado la Corte Suprema para justificar la limitación de derechos constitucionales es la estructura económica ("Avico") e, incluso, en el caso "Peralta"⁽⁴⁹⁵⁾ la supervivencia de la unión nacional y del mismo estado. Frente a la invocación de este tipo de intereses la Corte ha actuado con una gran deferencia hacia el legislador, y ha evaluado muy livianamente la adecuación de las medidas dispuestas

para obtener el fin perseguido sin la necesidad de contar con ninguna evidencia empírica de la eficacia del medio utilizado.

En el caso "Cine Callao"⁽⁴⁹⁶⁾ del año 1960 la Corte Suprema se expidió a favor de la constitucionalidad de una ley que declaró obligatoria la inclusión de espectáculos de variedades en todas las salas de cine del país. Este caso, muestra cómo los principios constitucionales comienzan desconociéndose mediante desviaciones menores que terminan normalizándose, y justificando mayores desconocimientos ulteriores. Resulta indiscutible que la ley cuestionada afectaba el derecho de propiedad y de comerciar, en virtud de que les imponía a los cines una obligación de contratar que acarreaba gastos e inversiones que no generaban renta, ni podían ser amortizadas. Lo criticable de este fallo es que la Corte Suprema considera un argumento válido para restringir derechos constitucionales la invocación de supuestos intereses públicos totalmente genéricos e imprecisos, como la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad. Cuando el fin buscado es tan general, resulta prácticamente imposible determinar la adecuación y proporcionalidad del medio utilizado por el legislador. La generalidad e imprecisión de los fines impiden la evaluación correcta de la proporcionalidad del medio. La Corte desconoció esta imposibilidad, y sin prueba alguna y, esgrimiendo argumentos retóricos, tuvo por acreditada la razonabilidad de la ley.

Si bien la Corte reconoció que a ella sólo le está permitido analizar la razonabilidad de los medios previstos por el legislador, o sea el grado de adecuación existente entre las obligaciones que la ley impone y los fines cuya realización procura, dicha referencia no fue más que un artificio retórico, porque en ningún momento se tomó el trabajo de evaluar, y menos, demostrar dicha adecuación. En este punto, la sentencia termina siendo contradictoria, porque reconoce que el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos es ajeno a la competencia de la Corte. La contradicción reside en la circunstancia de que, si no se evalúa la eficacia del medio utilizado, resulta imposible determinar la razonabilidad del mismo.

En el caso "Massa"⁽⁴⁹⁷⁾ en el que se juzgó la constitucionalidad de la pesificación de los plazos fijos dispuestos en el marco de la emergencia económica causada por la traumática salida del régimen de convertibilidad, la Corte se abstuvo de evaluar la razonabilidad de las medidas utilizadas, y las convalidó en función del resultado que las mismas determinaron al momento de dictar la sentencia. Dichas medidas habían sido dispuestas mediante un decreto de necesidad y urgencia que la propia Constitución presume inconstitucional. No

obstante ello, la Corte no presumió ninguna inconstitucionalidad, y entendió que las medidas no afectaban el derecho de propiedad porque la aplicación de las mismas no generaba una disminución sustancial del valor adquisitivo de los depósitos bancarios.

En materia de igualdad, la Corte ha sido más estricta al aplicar el principio de razonabilidad. En el caso "Repetto"⁽⁴⁹⁸⁾ en el que se cuestionó la constitucionalidad de una norma que prohibía a los extranjeros ejercer la docencia, mediante el voto de los Dres. Petracchi y Bacqué, sostuvo que aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un "interés estatal urgente" para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea "razonable". En el caso "Hooft"⁽⁴⁹⁹⁾ se cuestionó la constitucionalidad de un artículo de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que establecía que para ser juez se necesitaba ser argentino nativo, o ser hijo de argentino nativo si se nació en el extranjero. La Corte sostuvo que la distinción entre argentinos nativos y por opción que establece la norma cuestionada, debe presumirse inconstitucional. Agrega que dicha presunción solo podría ser remontada si se demostrase que existe un interés provincial sustancial que justifique el trato desigual, y se probara que el medio utilizado no solo es adecuado, sino que es efectivo, y que no existen otros medios alternativos menos restrictivos de los derechos.

En estos casos, la Corte aplicó un escrutinio estricto, presumió la inconstitucionalidad del trato diferente, y exigió superar el test de adecuación y necesidad de la medida restrictiva. También aplicó un escrutinio estricto en casos en los que están en juego derechos personalísimos, como la inviolabilidad de la correspondencia (Fallos 318:1894), o del domicilio (Fallos 306:1752).

En materia de libertad de expresión, la Corte no ha sido demasiado clara respecto de la aplicación del principio de razonabilidad. En el caso "Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas"⁽⁵⁰⁰⁾ defendió un escrutinio estricto cuando las restricciones a la libertad de expresión están basadas en el contenido del mensaje, lo que exige que quién dictó la restricción pruebe mucho más que la mera razonabilidad de la norma. En el caso "Río Negro" sobre discriminación en la publicidad oficial, sostuvo que la provincia de Neuquén debió probar la existencia de motivos razonables para justificar la suspensión de la publicidad en un diario, y que dicha suspensión implicaba un ejercicio irrazonable de facultades discrecionales. Aunque no se expidió expresamente sobre el principio de razonabilidad, el argumento de la sentencia se funda en la irrazonabilidad de la actuación estatal.

En el caso "Clarín" la Corte Suprema se expidió sobre la constitucionalidad del régimen de multiplicidad de licencias dispuesto por la ley 26.522 y su aplicación a las licencias vigentes. Los derechos constitucionales en juego eran la libertad de expresión, y el derecho de propiedad, que se veían afectados por la obligación de desprenderse forzadamente de numerosas licencias de radiodifusión y señales de programación.

El voto de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti hace hincapié en las distintas formas que el estado puede elegir para garantizar la libertad de expresión en su faz colectiva y evalúa si la normativa cuestionada afecta la libertad de expresión de Grupo Clarín siguiendo los criterios utilizados en el caso "Río Negro". Afirma que la faz colectiva de la libertad de expresión exige una protección activa por parte del Estado, y que este, puede optar por la forma que estime adecuada para promover las oportunidades reales de expresión y robustecer el debate público. Esta última afirmación demuestra que, aunque en el caso estaba en juego una libertad preferida como lo es la libertad de expresión, la Corte no aplicó el escrutinio estricto porque no evaluó si el medio utilizado por el legislador era el necesario y el menos restrictivo de los derechos en juego. La circunstancia de que a diferencia del caso "Río Negro" no se estaba frente a una discriminación, sino ante una norma general, fue el motivo esgrimido para no aplicar el escrutinio estricto, ello más allá de que estaba en juego la libertad de expresión.

El voto sostiene que, si bien se había probado que la ley causaba perjuicios económicos al Grupo Clarín, no se habría demostrado que estaba en juego su sustentabilidad, por lo que no se encontraría afectada su libertad de expresión. La circunstancia de que el régimen legal en cuestión obliga al Grupo Clarín a desprenderse de licencias y señales a través de los cuales ejerce su libertad de expresión, ni siquiera fue considerada como una limitación a esa libertad preferida. Cabe destacar que Grupo Clarín se encontraba obligado a desprenderse de Canal 13 o Cablevisión en la Ciudad de Buenos Aires, lo mismo sucede con otros canales de televisión abierta en el interior del país, y a transferir a terceros varias señales de programación. Fuera de la referencia a que no estaría en juego su sustentabilidad económica, el fallo no evaluó el impacto de la ley en la libertad de expresión en su faz individual del Grupo Clarín. Tampoco evaluó si la obligación de desprenderse de esos medios de comunicación era un medio razonable, proporcionado y necesario para conseguir el fin buscado por el legislador.

El único análisis de razonabilidad que hizo el voto es si el régimen de licencias resulta adecuado para obtener el fin buscado por el

legislador. Dicho análisis fue efectuado en abstracto sin analizar cómo el mismo impactaba en los medios del Grupo Clarín, y si ese impacto afectaba o no, la libertad de expresión.

Por último, con relación a los derechos de propiedad el voto se limitó a afirmar, sin ninguna evidencia que lo justifique, que las restricciones patrimoniales que causa la ley no son desproporcionadas frente al peso institucional de los objetivos de la ley. Respecto de los derechos adquiridos, sostuvo que los mismos son susceptibles de modificación, porque de lo contrario implicaría sobreponer el interés privado de un particular por encima del interés de la comunidad, a pesar de que considera que las licencias integran el concepto constitucional de propiedad. Para resolver esta inconsistencia sostuvo que el menoscabo económico podría ser indemnizado para restaurar la garantía constitucional vulnerada de la inviolabilidad de la propiedad. En otras palabras, considera que el derecho de propiedad puede ser vulnerado sin ninguna limitación, siempre y cuando, se indemnice el daño causado por la "responsabilidad del Estado por su actividad lícita". Adicionalmente el voto confunde el concepto de derecho adquirido con el derecho al mantenimiento de las leyes al reconocer que la ley se aplica retroactivamente. En este punto, el voto desconoce que no estamos frente a un problema de cambio de leyes, sino de aplicación retroactiva de la ley que vulnera derechos adquiridos.

El voto del Dr. Petracchi parte de la premisa que el mercado de servicios audiovisuales se encuentra altamente concentrado, y que ello afecta la diversidad y el pluralismo de voces. Esta premisa es aceptada sin evidencia empírica que la avale, tanto en lo que respecta a la concentración, como a la afectación del pluralismo. Sobre la base de esta premisa, considera que las limitaciones a la propiedad de los medios se encuentran adecuadamente justificadas. En lo que respecta al principio de razonabilidad, el voto expresa que el control de constitucionalidad no consiste en examinar el mérito de los medios utilizados por el legislador, ni si la ley se adecua a los avances tecnológicos, o si es obsoleta, o inconveniente. En este punto, el voto desconoce palmariamente el principio de razonabilidad que exige determinar si los medios utilizados por el legislador son útiles, proporcionados y necesarios para lograr el fin buscado.

La interpretación del principio de razonabilidad efectuada en el caso "Clarín" contrasta con la sostenida por la misma Corte en el caso "Diócesis de San Martín", en la que se discutió la constitucionalidad de la ley de farmacias de la provincia de Buenos Aires que prohíbe a personas que no sean farmacéuticos a ser propietaria de farmacias. En este caso la Corte, adhiriendo al

dictamen del procurador fiscal, dispuso la inconstitucionalidad de la norma sosteniendo que la restricción debía sustentarse en una cuidadosa prueba de los fines que habían intentado resguardarse, y sobre los medios utilizados al efecto. En este caso, el control de razonabilidad fue estricto, y la Corte sostuvo que los fines buscados deben ser sustanciales, y no meramente convenientes y, con relación a los medios, que es insuficiente una genérica adecuación a los fines, sino que debe juzgarse si los promueven efectivamente, y si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.

Por último, en el fallo "ADEBA", dictado en el marco del tratamiento de una medida cautelar con posterioridad al fallo "Clarín", la Corte sostuvo que las empresas periodísticas ejercen funciones de interés social, por lo que toda medida proveniente del Estado que no supere el examen de razonabilidad más estricto debe ser rechazada.

VIII. Tomarse los derechos en serio como postulaba Dworkin implica tomarse en serio la limitación dispuesta en el [art. 28](#) de la CN. La plena vigencia del principio que establece que los derechos constitucionales no pueden ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio, exige contar con un estándar o criterio, para establecer cuando son alterados. En nuestro derecho constitucional, el principio de razonabilidad constituye el estándar utilizado para determinar si las leyes alteran los derechos constitucionales.

Dado que la proporcionalidad entre medios y fines es la medida de la razonabilidad, la aplicación de este principio no puede efectuarse desvinculada de la realidad social y los presupuestos fácticos del caso. No debe confundirse la protección genuina de los derechos con declamaciones sobre estos. Los test o escrutinios del principio de razonabilidad permiten que la determinación del alcance de los derechos constitucionales no sea una cuestión puramente de análisis normativo, sino que se vincule directamente con lo que ocurre en la realidad de los hechos. La evaluación seria de la adecuación de los medios utilizados con los fines buscados, exige partir de lo que sucede en la realidad social, analizar las relaciones de causalidad en juego y ponderar la efectividad de los medios utilizados para conseguir el fin buscado. Asimismo, cuando estamos frente a derechos fundamentales, demostrar que el medio utilizado es el más eficiente y que no existan otros que logren el mismo resultado sin restringir derechos.

Tanto el legislador como la Corte Suprema han generalmente obviado este tipo de evaluaciones. Los análisis de las relaciones de causalidad involucradas, las cuestiones empíricas o técnicas, y las consecuencias prácticas esperables de la norma en cuestión,

resultan muchas veces ajenas al debate legislativo y al control de constitucionalidad. La falta de rigor en estas evaluaciones puede permitir que los derechos constitucionales terminen siendo restringidos mediante leyes inconducentes o inadecuadas, para promover el fin buscado. La excepción encomiable de la jurisprudencia de la Corte se ha dado los casos de discriminación en los que ha aplicado el escrutinio estricto. El problema no reside en lo que la Corte decida, sino en la estructura del razonamiento que utiliza para decidir. En la medida en que se obvie la evaluación seria de los test exigidos por el principio de razonabilidad, será difícil construir una tradición constitucional coherente y previsible.

* * *

Art. 29.—

El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

**FACULTADES EXTRAORDINARIAS, LA SUMA DEL PODER PÚBLICO Y LOS
INFAMES TRAIADORES A LA PATRIA. EL ART. 29 DE LA CONSTITUCIÓN
NACIONAL**

Comentario por Andrés Rossetti

I. INTRODUCCIÓN

El [art. 29](#) de la CN hoy vigente tiene su origen en la Convención Constituyente celebrada en el año 1853 en Santa Fe y que sancionó la "histórica" Constitución que, con sus modificaciones en 1860,

1866, 1898, 1957 y 1994 (con, entre medio, numerosas interrupciones por golpes de Estado a más de otras modificaciones), es la que nos llega a nuestros días y conforma nuestra Constitución actual, al menos en su sentido "formal". A diferencia de muchos otros artículos del texto constitucional, este no se inspira en la Constitución estadounidense o alguna de las otras fuentes utilizadas en aquella ocasión, sino que es fruto de la decisión de los constituyentes originarios. Se afirma que su texto responde a una preocupación histórica vinculada con el excesivo poder que se les había conferido a los gobernadores de provincia de parte de las respectivas legislaturas provinciales (los casos de Martín Rodríguez en 1820, de Juan José Viamonte en 1829 y, especialmente, de Juan Manuel Rosas tanto en 1835 como en 1851, entre otros, son los más citados⁽⁵⁰¹⁾) y con el mismo se intenta "frenar", desde la norma, situaciones como las que se habían vivido en el pasado reciente en las provincias, especialmente en la de Buenos Aires.

Esto se da, paradójicamente, en un contexto en el que Juan Bautista Alberdi, quien inspiró la Constitución fundamentalmente a través de su libro *Bases*⁽⁵⁰²⁾ publicado inicialmente en 1852, quería un presidente con mucho poder, casi un "rey". Finalmente se terminó consagrando un presidencialismo fuerte que llega a nuestros días, incluso convertido en lo que algunos denominan "hiperpresidencialismo"⁽⁵⁰³⁾. Es decir, se buscó un equilibrio entre el mucho poder que se confiere al presidente pero a su vez permitir que exista un sistema republicano con división y equilibrio de poderes.

El origen histórico del artículo no quita que el problema —con variaciones y graduaciones— no haya persistido en Argentina, precisamente por el fuerte poder del presidente en el sistema presidencial que nos rige. Por cierto, me refiero a los períodos en que la democracia —al menos formal— ha tenido vigencia en Argentina, ya que en los momentos de dictaduras y golpes de Estado no regía la Constitución y, menos aún, el artículo en cuestión. Hoy, entonces, es clave analizar el texto y su "vida" actual, vinculándolo con el resto de la Constitución.

II. CONTENIDO: SUPUESTOS REGULADOS, ACTORES Y "LO PROTEGIDO".

JURISPRUDENCIA

El artículo no tiene precedentes en las distintas fuentes que fueron usadas para la redacción de nuestro texto constitucional. En efecto, su origen puede ser considerado "histórico", pero aun cuando esa haya sido la razón de su sanción, ello no quita, por cierto, que el texto haya adquirido un sentido pleno y por ello, regule y prescriba una vez consagrado en la Constitución. Es una norma que refuerza al sistema

republicano, en particular uno de sus elementos indispensables: la división y el equilibrio de poderes.

El artículo en análisis regula supuestos cuyas conductas se encuentran prohibidas y que constituyen un delito grave: el de "infame traidor a la patria". El delito en cuestión no cuenta con una pena o sanción específica fijada en la Constitución misma, la que se deriva en el Congreso de la Nación para su determinación. González señala, en comentario para el actual art. 119, CN en conexión con el 29, CN, que la intención ha sido "En cuanto al delito en sí, la Constitución quiere que no esté jamás en el arbitrio del legislador ni de los jueces el definirlo"⁽⁵⁰⁴⁾. Ello sería así para evitar persecuciones y venganzas de tipo político o personal, por lo que se considera que es más seguro que sea el mismo texto constitucional, debido a su importancia, rigidez y supremacía, el que establezca la tipificación⁽⁵⁰⁵⁾.

Los supuestos son la concesión de *facultades extraordinarias*, la *suma del poder público* y el otorgamiento de *sumisiones o supremacías*, en todos los casos —no solo en el último— relacionado con que la vida, el honor o las fortunas de los "argentinos" queden a merced de gobierno o personas algunas.

En relación con el primer supuesto, cabe decir que por "facultades extraordinarias" se entiende cuando se conceden u otorgan —normalmente al Poder Ejecutivo, y así lo dice el texto, pero no es solo a este⁽⁵⁰⁶⁾— la realización de actos que son competencia de los otros poderes o de actos "complejos" que exigen la intervención de otros órganos, en especial del Poder Judicial. Por cierto, la asunción de algunas facultades especiales y excepcionales previstas en la misma Constitución (en relación con el presidente, los decretos de necesidad y urgencia, las atribuciones en el estado de sitio, decretos delegados, etc.) no comportan, al menos en principio y si son usados "correctamente", un encuadre dentro de este supuesto previsto en la CN⁽⁵⁰⁷⁾.

La "suma del poder público", a su vez, significa la asunción, de parte del Poder Ejecutivo principalmente, de todas las facultades y funciones consagradas en la Constitución.

El otorgamiento de *supremacías* y *sumisiones* se vincula con los dos supuestos anteriores y, muy especialmente, con el hecho de que la vida, el honor o las fortunas no queden a merced de algún gobierno o de otras personas. Por cierto, la determinación de que pueden considerarse estos otorgamientos es muy indeterminada y abre la posibilidad, tal como sucedió en nuestra historia en particular luego del derrocamiento de Perón, de considerar que algunos actos

"opinables" entran en esta categoría, ello con el interés o la intención de revancha, castigo o persecución política.

El artículo, en defectuosa redacción, dice que estos bienes o valores se relacionan aparentemente solo con la nacionalidad argentina ("de los argentinos") pero en cambio, resulta claro inducir que involucra también a los extranjeros por mandatos fijados en otros artículos del texto constitucional, como por ejemplo, el 21 y el 16. En este sentido se ha ya pronunciado nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS)⁽⁵⁰⁸⁾.

Determinar, a su vez, que se entiende por "vida", "honor" o "fortuna" es una tarea difícil en cada caso debido a la vaguedad e incluso ambigüedad de estos términos. De todos modos, lo que parece fundamental es que estos aspectos queden "a merced", es decir al arbitrio pleno —sin controles, sin límites, sin criterios—, que es lo que el texto busca evitar en forma contundente.

Asimismo, quienes pueden realizar este delito son "el Congreso" y "las legislaturas provinciales". En este sentido, la violación del campo penal es personal por lo que, más allá de la redacción literal, la responsabilidad recae en todos y cada uno de los integrantes de estos cuerpos que hayan avalado —con lo que quedan excluidos quienes no voten a favor o estén ausentes, por ejemplo— algunos de los supuestos mencionados en el artículo. Para evitar toda duda en relación con los sujetos responsables que no se limita a los legisladores, se agrega: "y todos quienes formulen, consientan o firmen los actos prohibidos", con lo que no solo los integrantes de las legislaturas (nacional y provinciales) responden, sino toda otra persona que —en forma amplia— avale, apoye o colabore expresamente con los actos prohibidos.

Cabe resaltar que nuestro actual Código Penal argentino ha fijado la pena para este delito en su art. 227, que en realidad remite al art. 215 que fija la pena de *reclusión o prisión perpetua*⁽⁵⁰⁹⁾.

Estos actos son insanablemente nulos. Esta nulidad, sin embargo, queda en buena medida a merced de la evolución de la realidad política y jurídica en la que los mismos estén insertos y que la sociedad toda acuerde en este sentido.

Al establecerse este artículo, el objetivo era el resguardo de diferentes derechos constitucionales, entre los que se destacan el derecho a la vida, al honor y a la propiedad (*fortunas*) que se encuentran protegidos, al igual que, ya en forma más genérica, se busca proteger la dignidad y el sistema republicano de gobierno.

El art. 29, CN ha sido invocado en numerosos fallos. Entre los más importantes⁽⁵¹⁰⁾ puede volver a mencionarse "Spagnol"⁽⁵¹¹⁾, en el que la CS consideró que no solo una ley basta para configurar el delito

previsto sino también si se cambia un régimen de libertad reglamentada por uno de dictadura o tiranía. Las decisiones de la CS, por cierto, no son ajenas a los vaivenes y las circunstancias políticas que se viven en los diferentes momentos institucionales. Precisamente, en el fallo "Perón" (1960, Fallos 247:387) se establece que sobre la base de la redacción del art. 29 y los antecedentes históricos, los delitos cometidos no son amnistiables. El tema vuelve en el más reciente e importante fallo "Simón"⁽⁵¹²⁾, en el que el [art. 29](#), CN ocupó una parte del análisis sobre la posibilidad de amnistiar los delitos de lesa humanidad. El fallo contó con 8 votos (sobre 8 jueces que fallaron). En su voto, Zaffaroni dice que el [art. 29](#), CN no debe ser interpretado analógicamente y que "las consecuencias de admitir su integración analógica serían muy peligrosas, pues una mayoría parlamentaria coyuntural podría imponer la responsabilidad y la pena correspondientes a los infames traidores a la Patria a cualquier opositor. Ante esta perspectiva, claramente no querida por la Constitución Nacional, conviene seguir sosteniendo la prohibición de analogía respecto de este texto (...) " y que "el art. 29 constitucional es un caso de delito constitucionalizado y, si bien no es un tipo penal, está íntimamente vinculado al tipo que el legislador ordinario construye en función del mandato constitucional y, por ende, su integración analógica siempre es violatoria del art. 18 de la misma Constitución y de las disposiciones concernientes a legalidad de los tratados internacionales incorporados a la Constitución" (consid. 24). Lorenzetti y Fayt (que fue el único que votó en disidencia) también descalifican el uso del [art. 29](#), CN en el caso.

III. CONCORDANCIAS

El artículo tiene numerosas concordancias, fundamentalmente por encontrarse en relación con el sistema republicano de gobierno consagrado en la Constitución, que estipula la división de poderes — entre otros caracteres— y con la defensa del orden constitucional y democrático, que fue reforzado normativamente en forma contundente con la introducción del [art. 36](#), CN, en 1994.

Sin pretender detenerme en todas ellas, ni tampoco realizar un análisis exhaustivo de los artículos concordantes porque se tratan en otras secciones de esta obra, vale mencionar que las principales se dan con los arts. 1º, 23, 39, 76, 99, inc. 3º, 109 y 119.

Con el art. 1º, CN, el vínculo es muy estrecho porque allí se consagra el sistema republicano. Este, a más de estar relacionado con la soberanía popular, la igualdad ante la ley, la publicidad de los actos de gobierno, la periodicidad de los mandatos y la responsabilidad de los funcionarios públicos, entre otros caracteres,

exige, como aspecto saliente, la división y el equilibrio de poderes u órganos estatales. A esto último, precisamente, es a lo que apunta principalmente el [art. 29](#), CN, y por tanto la conexión y complementación entre los dos textos es fuerte. También, en menor medida, está involucrado el sistema federal, que comporta una forma de división del poder—vertical en este caso—, ya que de no respetarse lo dicho en el artículo en la esfera provincial, en conexión con lo dispuesto en el art. 5º, CN, no hay garantía de "goce y ejercicio de sus instituciones". Lo representativo, a su vez, parece establecer, junto con lo dicho en el art. 22, CN, que las esferas entre representantes y representados debe respetarse y mantenerse "separada".

Con el art. 23, CN, el vínculo se da en razón de la situación de excepción que el mismo contempla, ya que se le otorga, en virtud de la declaración del estado de sitio en una provincia o en una parte —o todo— del territorio nacional, facultades especiales al presidente. Ellas son las de detener y trasladar personas en forma prácticamente discrecional. Estas facultades, por cierto, se dan en una situación limitada en el tiempo y con la posibilidad de que las personas involucradas puedan exigir ser liberadas saliendo del país.

La relación con el [art. 36](#), CN es muy fuerte y hasta podría decirse que este artículo —incorporado casi un siglo y medio después del que se analiza— comporta en algún sentido una continuidad con el mismo. Ambos textos coinciden —pese a la enorme distancia en años de sus respectivas sanciones— en sostener la necesidad de oponerse a dictaduras o totalitarismos, a más que están vinculados con la historia reciente en cada caso. Incluso hay una remisión directa, ya que se prevé para quienes realicen las conductas fijadas en el 36, CN las mismas sanciones que las establecidas en el 29, CN, agregando otras sanciones posibles. Desde el retorno a la democracia en 1983 hay una continuidad ininterrumpida y constante de elecciones competitivas con posibilidad de alternancia en el poder. Pese a ello, nuestro país cuenta con altos índices de pobreza y el nivel de desigualdad estructural es muy considerable, con todos los límites en materia de respeto de derechos y de una concepción robusta de democracia que esto comporta. Los actores externos —países, en particular los "centrales", multinacionales, grupos económicos, etc.— e internos —clase dirigente, medios de comunicación muchas veces concentrados en muy pocas manos, la Iglesia Católica que ejerce una gran influencia, etc.— juegan, con características variadas, algún rol tanto en lo que fueron los golpes de Estado como en que la situación descrita de hoy sea más difícil de revertir. Cabe preguntarse, al respecto: ¿puede hablarse

seriamente de democracia⁽⁵¹³⁾? La respuesta, pese a márgenes para matices, es afirmativa, ya que la confrontación con las dictaduras vividas, en particular la última cívico-militar de 1976/83 —la más perversa, criminal y que dejó, en todos los campos, incluido el jurídico, consecuencias devastadoras— no permite dudas. Por ello, la consagración de la defensa de la democracia, no solo en su aspecto "formal" que hace el art. 36⁽⁵¹⁴⁾ tiene características similares a las que tuvo el art. 29 en el momento de su dictado y hoy ambos textos deben interpretarse en forma coordinada y se complementan mutuamente: uno se preocupa principalmente por la concesión de poderes extraordinarios o dictatoriales y el otro, además, por el ejercicio de los mismos.

El art. 76, CN consagra la delegación de facultades legislativas de parte del Congreso al Ejecutivo. Este incremento de las facultades del Ejecutivo no entra en colisión con el artículo en análisis porque están fijados los límites para ello, ya que se establece que puede hacerse por tiempo determinado y nada impide que el mismo Congreso pueda retomar las facultades delegadas. Esto no obsta, por cierto, que no haya existido en la historia argentina —con base constitucional después del 1994— un exceso en el uso del mecanismo, que se supone excepcional y por razones de emergencia o administración pública, que ha permitido el aumento del poder presidencial.

Lo mismo vale en referencia con lo dispuesto en el art. 99, inc. 3º que regula la posibilidad, más allá de su lenguaje "contradictorio", de dictar los llamados "decretos de necesidad y urgencia" que le permiten al presidente ejercer la función legislativa en forma intensa, con limitación en cuatro temas especialmente prohibidos, materia penal, tributaria, electoral y de partidos políticos. Esta fuerte habilitación al Ejecutivo —ya autorizada en la realidad constitucional pero llevada al texto recién con la reforma de 1994— si bien confiere un fuerte poder al presidente no encuadra en los términos del artículo que se analiza, debido a que existen —si bien algo tenues— mecanismos de control, tanto por parte del Legislativo como del Judicial. Lo dicho también vale para la situación de promulgación parcial (art. 80, CN) como así también para otras atribuciones del Ejecutivo.

Una mención especial merece la expresa prohibición de facultades jurisdiccionales para el Poder Ejecutivo dispuesta en el art. 109 de la CN. El presidente no puede ejercer funciones judiciales, ni por propia iniciativa ni por delegación. Esto es claro, pese a que por cierto la CN permite que realice indultos o conmutación de penas en ciertas circunstancias, lo que no puede considerarse violatorio del texto.

Tampoco es violatoria del artículo (y del 29, CN) su participación en la designación de magistrados prevista en la CN o, lo que ha ocasionado mayores debates, que ejerza la jurisdicción administrativa porque se entiende que, al poder las causas ser recurridas y revisadas por el Poder Judicial, con ello queda salvaguardada esta atribución presidencial sin contradecir los artículos constitucionales⁽⁵¹⁵⁾.

Existe también conexión con el art. 119, CN en el que se regula la traición a la Nación, no a la patria. Si bien supone acciones distintas a las del [art. 29](#) de la CN ya que en aquel, para configurar el delito, se prevé "tomar las armas contra ella [la Nación], o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro", comparten, como ya se vio, la misma (indefinida) sanción que se deriva a la reglamentación infraconstitucional.

En el ámbito de los tratados y documentos del art. 75, inc. 22, CN también hay vinculaciones con lo regulado en este artículo. Desde antiguo, incluso como dato histórico, en la misma Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano establecida en la Francia revolucionaria de 1789 se regulaba que "Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución" (art. 16). En los documentos actuales y vigentes que tienen jerarquía constitucional, si bien no hay un artículo específico que pueda relacionarse directamente, encontramos diferentes normas vinculadas con el derecho a la igualdad y con el derecho de participación política; y otras que refuerzan lo regulado en este artículo.

IV. DEMOCRACIA, PRESIDENCIALISMO Y PODER "REAL"

El [art. 29](#), CN lleva a reflexionar sobre la "tensión" que puede darse entre la Constitución y la democracia. El tema ha sido trabajado ya por diferentes autores⁽⁵¹⁶⁾ y permite suponer planteos "problemáticos", como por ejemplo, preguntarse: ¿por qué no podría un "pueblo" darle o cederle todo el poder a su líder, en quien confía? El sistema republicano, el artículo en análisis y una concepción fuerte y robusta de democracia no permiten admitir una respuesta favorable. Sin embargo, hay muchas posiciones vinculadas con el interrogante que son posibles de imaginar, y que bien pueden verificarse en la práctica. Esto lleva a otras complejas preguntas tales como: ¿por qué hay que obedecer el derecho? ¿Quién lo determina? ¿En base a qué criterios y qué legitimidad? ¿Cuál es el órgano determinante para definir estas cuestiones? Las preguntas pueden continuar y las respuestas se relacionan con la dinámica de los procesos políticos en los que el derecho termina siendo un

instrumento de quien ejerce —con la legitimación que fuere y con las "bondades" o "maldades" que fueren— el poder. Así es que se puede usar este artículo para luchar contra las opresiones posibles en un determinado momento o, paradójicamente, para argumentar —posiblemente en un momento posterior— en relación con decisiones políticas consideradas "democráticas" en su momento pero que pasan a ser vistas —en razón de intereses políticos, ideológicos u otros— como poco democráticas o republicanas y, por tanto, violatorias del artículo 29, encubriendo objetivos políticos de persecución, proscripción o revancha.

En Argentina, el sistema de gobierno con un presidencialismo fuerte puede llevar a situaciones límites o difusas que permiten cuestionarse si se está de un lado o del otro de una supuesta línea divisoria en relación con la violación del [art. 29](#), CN. A su vez, el presidencialismo, lejos de ser atenuado, puede decirse que incluso en algunos aspectos se fortaleció con la reforma constitucional de 1994, lo que lleva a agudizar las formas para evitar la acumulación de poder institucional en manos de quien esté al frente del Poder Ejecutivo con el fin de impedir actos que encajen en lo regulado en el artículo.

V. REFLEXIONES FINALES

Un artículo de una Constitución —y las normas en general, al igual que lo que se da en llamar "derecho"— no puede detener, frenar o impedir avances, retrocesos y cambios que la realidad impone sobre la base del "poder". Por cierto, el poder no es único. Sin embargo, quienes lo tienen cuentan con interminables mecanismos para prevalecer, intentando sortear —con interpretación, cooptación o mediante otros instrumentos incluso más "fuertes"— las vallas que se supone que las normas y el derecho resguardan o deben resguardar. El art. 29 fue colocado en un contexto específico y por una razón puntual, que era la de evitar, fundamentalmente, la centralización y concentración excesiva del poder institucional. En este sentido parece claro que su fin era loable. Pero el derecho, en sus variados roles, puede ser instrumento para el progreso social, facilitar la convivencia y mejorar la vida de la gente, del pueblo, de los gobernados, pese a que, puede servir, en cambio, para paralizar, dominar, oprimir. En el medio, un sinnúmero de alternativas⁽⁵¹⁷⁾. El texto, la norma, "dice"; el poder —institucional y también el no institucional— "decide", repartiéndose difusamente las cargas en la determinación de la/s decisión/es. Este "poder", en sistemas democráticos como el nuestro, en la actualidad deriva, en su faz institucional, del pueblo (así lo dicen, a su vez, los arts. 1º, 22, 33, 36

y otros de la CN). El cumplimiento de lo regulado depende, en forma importante, de "lo fáctico". En efecto, existen preguntas como: ¿hay o no hay suma del poder público o concesión de facultades extraordinarias? ¿Es un golpista o un revolucionario liberador de la patria? Las respuestas dependen, en buena medida, de "quién gana" y "quién pierde", y es determinante quién cuenta la historia (normalmente, los vencedores).

El artículo solo dice lo que dice pero no puede "hacer" más, no puede detener, no puede impedir. Es el juego, la dinámica, la interacción del derecho con la realidad. Esta se compone de elementos mucho más determinantes y decisivos que un artículo. Sin embargo, un artículo sirve y ayuda para (al menos intentar) cambiar realidades. Las realidades cambian para bien o para mal, para liberar o para oprimir según lo que hagan los actores. El art. 29, escrito y sancionado después de haber vivido momentos álgidos en nuestros comienzos de la historia institucional, perseguía lo primero. Sin embargo, los tiempos que se viven en la región y en el mundo nos dicen que las normas, el derecho y la democracia están condicionados por los poderes "reales", con un sistema económico y de poder tal —capitalismo y globalización mediante— que no está claramente definido quiénes determinan a los infames traidores a la patria en un contexto como el nuestro. En efecto, la realidad permite dudar —estén o no en el poder institucional— si son aquellos que buscan defenderla, quienes luchan contra el "imperialismo" o la dominación extranjera, por ejemplo, o al contrario. La lectura del texto no da pie, se supone, para este tipo de sinsentidos, pero para ello hay que saber leer. ¿Lo saben hacer muchos de los políticos, jueces, profesores y demás integrantes del pueblo argentino? Es de esperar que sí y que lo hagan "adecuadamente", profundizando el sentido del artículo analizado que pasa no solo por el respeto de la división de poderes y el régimen republicano sino que, además, en forma más amplia, por el respeto pleno de todos los derechos.

* * *

Art. 30.—

La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos,

de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

Comentario por Juan Ignacio Sáenz

Esta disposición prevé el procedimiento para la reforma de la Constitución, que consta de dos etapas: una donde el Congreso declara la necesidad de la reforma (total o parcial), para lo cual se exige una mayoría especial de dos tercios de los votos en ambas cámaras, y la otra en la que una asamblea o convención especial trata y aprueba (o desecha) las modificaciones. La dificultad del mecanismo —de doble instancia y con mayorías especiales— se vincula con el carácter *supremo* y permite hablar de una Constitución de tipo *rígido*. Lo primero significa que es la norma de mayor jerarquía, de la que derivan y a la que se encuentran sujetas las leyes y todo el resto del orden jurídico. Al establecer las disposiciones básicas de organización del Estado, los límites al poder y los derechos y las garantías esenciales de las personas, todo ello con vocación de perdurabilidad, se procura que la reforma constitucional no sea un trámite accesible para las mayorías circunstanciales de un gobierno a través de los modos ordinarios para modificar la legislación común, sino que ello solo sea posible gracias a un consenso muy mayoritario y por medio de mecanismos reforzados. A su vez, al preverse que la reforma sea realizada por una convención especial (asamblea o congreso), convocada con ese único fin, se busca lograr que los cambios en la Constitución sean el producto de un examen meditado, y en el mejor de los casos, debatido y deliberado⁽⁵¹⁸⁾.

Los procedimientos complejos de reforma, como el previsto en la Constitución argentina y en la estadounidense, conducen a definirlos —en una de las clásicas clasificaciones que se realizan de las constituciones— como constituciones "rígidas", por los obstáculos legales que es necesario sortear para llevar a cabo una enmienda (ley previa, mayorías especiales, aprobación en una convención especial, limitaciones previas a dicha convención). Como consecuencia de todo ello, ese tipo de constituciones tienden a mantenerse inalteradamente en el tiempo, y por ello se habla de su "rigidez" ante los cambios políticos y sociales. En contraposición, existen las constituciones (o los procedimientos de reforma) "flexibles"⁽⁵¹⁹⁾.

La crítica fundamental que se sostiene respecto de la rigidez y la dificultad de los mecanismos de reforma constitucional es que favorecen el sostenimiento del *statu quo* e impiden remover dispositivos vetustos e institutos anacrónicos o muy cuestionados de la Constitución (piénsese, p. ej., en el requisito de "disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente", que establece el art. 55 para ser senador; el de "pertenecer a la comunión católica apostólica romana" para ser presidente de la Nación, que rigió desde 1853 y fue recién suprimido en 1994 o los escasos siete meses de sesiones ordinarias del Congreso que se preveían en la Constitución originaria). Por su parte, también se retrasa el reconocimiento de derechos (v.gr., los derechos sociales del art. 14 bis, los de tercera generación de los arts. 41 y 42 o los de las comunidades indígenas —art. 75.17—, todos ellos incorporados de manera demorada en la Constitución). Otros derechos "modernos" aún no gozan de su lugar constitucional (v.gr., el derecho de acceso a la información pública).

La disposición del art. 30 adoptó el procedimiento de la Constitución estadounidense de 1787 en cuanto a la iniciativa del Congreso (primera etapa) y a la intervención de una convención reformadora, pero sin imponer —como en aquella Constitución— el requisito de ratificación por las tres cuartas partes de las legislaturas locales (art. V de la Constitución de los Estados Unidos).

El texto constitucional omite precisar varias cuestiones relevantes. Algunas permanecen en la discusión teórico-académica y otras han suscitado controversias concretas que fue necesario resolver acudiendo a alguna pauta interpretativa. Esas cuestiones son:

1) ¿Se requiere la forma de ley para declarar la necesidad de la reforma?

El art. 30 no precisa qué forma debe revestir el acto declarativo del Congreso, lo cual permite interpretar que puede elegirla discrecionalmente, pues existen manifestaciones de voluntad del Congreso que no son exactamente una *ley* (p. ej., la resolución de la Asamblea Legislativa para designar al presidente en caso de acefalía —arts. 88, CN y 1º de la Ley de Acefalía 20.972—, o las resoluciones unilaterales de ambas cámaras cuando ejercen potestades exclusivas —la de Diputados, de acusar en el juicio político, [art. 53](#), CN; las del Senado, de juzgar en aquel procedimiento, [art. 59](#), CN; autorizar al presidente para que declare el estado de sitio por ataque exterior, [art. 61](#), CN y prestar el acuerdo para la designación de jueces, embajadores y oficiales superiores de las fuerzas armadas, art. 99, incs. 4º, 7º y 13, etc.).

La mayoría de la doctrina clásica sostiene que la forma más adecuada es una declaración en asamblea legislativa, o por resolución conjunta de ambas cámaras, por así corresponderse con la naturaleza del acto —de carácter *político* y *declarativo*—, y no estrictamente *legislativo* (esto es, regular conductas y situaciones jurídicas hacia el futuro, con carácter general y vocación de permanencia). En contrario, se sostiene que la necesidad de reforma de la Constitución nunca puede ser una *declaración*, pues esta constituye siempre una manifestación o un enunciado sin contenido coercitivo, mientras que el acto por el que el Congreso promueve la reforma constitucional conlleva obligaciones jurídicas cuya exigibilidad solo puede concebirse si están impuestas en una ley. En esta inteligencia, el pronunciamiento sobre la necesidad de reformar no se agota en sí mismo, sino que genera efectos jurídicos obligacionales como la convocatoria y la organización de elecciones bajo las modalidades que se establezcan (si la integración de la convención es por vía electoral), la reunión de la convención y la actuación de esta dentro de los límites temporales y temáticos que el Congreso disponga.

Cabe destacar que todos los procesos de reforma de la Constitución que ha habido desde 1853 (a excepción, claro está, de la reforma de 1957 llevada a cabo por un gobierno *de facto*⁽⁵²⁰⁾) fueron impulsados por medio de leyes formales (230 en 1860, 171 en 1866, 3507 en 1898, 13.233 en 1949 y 24.309 en 1994).

El punto cobró relevancia al cuestionarse la legitimidad de la [ley 24.309](#) que declaró, a fines de 1993, la necesidad de la reforma concretada un año después. Dicha ley fue sancionada con un vicio en relación con el procedimiento de sanción de las leyes regulado en la Constitución (arts. 77 a 84), pues aprobado el proyecto por la Cámara de Diputados pasó al Senado, que lo aprobó pero con una pequeña modificación, lo que determinaba el retorno del proyecto a la cámara de origen para su reexamen, cosa que no ocurrió: luego de la media sanción del Senado, los presidentes de ambas cámaras emitieron la resolución conjunta dando por aprobada la ley (24.309).

En el caso "Polino, Héctor" (1994)⁽⁵²¹⁾, si bien la mayoría del tribunal rechazó la acción de los impugnantes contra la validez de la [ley 24.309](#) por su falta de *legitimación*, tres de sus jueces consideraron adicionalmente que, al no exigir el [art. 30](#), CN específicamente una *ley* para que el Congreso habilite la reforma, no resultaban exigibles los requisitos constitucionales para su formación y sanción⁽⁵²²⁾.

2) ¿Cómo debe computarse la mayoría de dos terceras partes, sobre los miembros *totales* o los miembros *presentes* en ambas cámaras?

Sin dudas, esta es la cuestión que ha suscitado mayores controversias, pues la elección de una u otra opción es decisiva para las posibilidades de una reforma⁽⁵²³⁾.

Las reformas de 1860, 1866 y 1949 fueron precedidas por leyes sancionadas con las dos terceras partes de los miembros presentes en las cámaras, lo cual fue objeto de particular cuestionamiento en la reforma de 1949 respecto de la validez de la ley 13.233⁽⁵²⁴⁾. A su vez, las reformas de 1898 y 1994 fueron impulsadas por leyes sancionadas sobre la totalidad de los miembros⁽⁵²⁵⁾.

En favor de computar los dos tercios sobre los miembros presentes, se sostiene que: 1) la Constitución establece expresamente los casos en que el cómputo de las mayorías debe realizarse sobre *la totalidad de los miembros* (en los arts. 75, incs. 2º, 3º, 22 y 24; 85; 99, inc. 3º; 100 y 114), precisión que no figura en este caso; 2) la práctica seguida en los procesos de reforma en los Estados Unidos y su convalidación por la Corte estadounidense en los "*National Prohibition Cases*" (1920)⁽⁵²⁶⁾.

Frente al primer argumento se podría replicar, con idéntica lógica, que el texto constitucional también precisa los casos en que es suficiente determinada mayoría sobre los miembros presentes, como en los arts. 53 y 59 en relación a la acusación y juzgamiento en el juicio político, en el art. 81 sobre el procedimiento legislativo en general y en el art. 99, inc. 4º respecto del acuerdo del Senado para la designación de jueces, por lo que el silencio respecto de la mayoría exigida en el art. 30 llevaría a concluir que se ha optado por el cómputo sobre la totalidad.

Por su parte, y en la misma línea de buscar la armonía y la coherencia entre las disposiciones de la Constitución, el art. 75, inc. 22 parecería arrojar una pauta inequívoca sobre la mayoría requerida en el art. 30. Aquella disposición exige las dos terceras partes sobre la totalidad de miembros de las cámaras para otorgar el rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, que es acaso la situación más afín o análoga a la reforma constitucional⁽⁵²⁷⁾. Por cierto, muchos autores creen ver en este mecanismo una vía de reforma constitucional diferente a la del art. 30, ya que se habilita al Congreso para que con su sola voluntad — sin intervención de una convención constituyente— determine una ampliación de la Constitución- si bien no estrictamente de su texto, sí del bloque que tiene su mismo valor normativo y supremacía. De ello se deduce que la mayoría que se requiere para "constitucionalizar"

los mencionados tratados internacionales sea —con mayor razón aún— la misma que estipula el art. 30 para enmendar formalmente la Constitución.

Por último, cabe tener en cuenta también que la Constitución impone las mayorías especiales sobre *la totalidad de miembros de cada cámara* para muchas de las leyes reglamentarias de la Constitución, como por ejemplo: arts. 39 y 40, para las leyes reglamentarias de la iniciativa y de la consulta popular; art. 75, incs. 3º y 4º, para el régimen de coparticipación federal de impuestos; art. 77, en relación a las leyes sobre régimen electoral y partidos políticos; art. 99, inc. 3º, respecto de la reglamentación del trámite de intervención parlamentaria de control de los decretos de necesidad y urgencia; art. 100, para la moción de censura y remoción del Jefe de Gabinete; arts. 85 y 114, para las leyes de organización de la Auditoría General de la Nación y del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento de Jueces. De ello se deduce que en el caso de las decisiones institucionales y normas orgánicas más importantes —la Constitución lo es—, la regla es la de exigir mayorías especiales sobre el total de miembros en el Congreso.

En relación con los antecedentes estadounidenses cabe comentar dos cosas: en primer lugar, la práctica de "los miembros presentes" no es trasladable sin más a nuestro sistema, porque en los Estados Unidos la participación del Congreso se complementa luego con la ratificación de los estados, que debe darse en gran número para que la reforma entre en vigencia. Y, por otro lado, el pronunciamiento de la Corte en los *National Prohibition Cases* constituye una afirmación pocos menos que dogmática, pues carece de fundamento en alguna interpretación del art. V. De hecho, el fallo no ofrece ninguna explicación al respecto.

Con independencia de lo anterior y de cómo deba computarse la mayoría que fija el art. 30 de acuerdo con los criterios de interpretación normativa, cabe preguntarse acerca de las ventajas y desventajas de optar por una u otra solución. De acuerdo con una primera idea muy elemental, la mayoría agravada (dos tercios sobre la totalidad de los miembros) daría como resultado una reforma ampliamente apoyada por el arco político, y por ende más perdurable y resistente a los cambios de coyuntura y a los impulsos reformistas de mayorías circunstanciales en el gobierno. Desde otra mirada, la exigencia de tal mayoría otorga un poder de veto a minorías políticas o grupos minoritarios protegidos por la Constitución. Por el contrario, se sostiene como desventaja de la mayoría agravada una excesiva rigidez de la Constitución, poco permeable a los cambios sociales y

al propio perfeccionamiento de la Constitución: mejoras en el diseño del poder y avances en el reconocimiento de derechos.

3) ¿Corresponde que el Congreso se limite a declarar la necesidad de la reforma, fijando los puntos que deben ser tratados por la Convención, o puede determinar los contenidos a reformar reservando una función de mero *refrendo* para la Convención? ¿Es la Convención *soberana*?

La ley 13.233 que habilitó la reforma de 1949 declaró "necesaria la revisión y reforma de la Constitución nacional, a los efectos de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones, para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación", dejando enteramente librada a la Convención la iniciativa y decisión sobre las reformas.

Por el contrario, en 1994, la [ley 24.309](#) que declaró la necesidad de reformar la "segunda parte" de la Constitución, determinó buena parte de la labor de la Convención⁽⁵²⁸⁾, incorporando un capítulo denominado "Núcleo de Coincidencias Básicas", con contenidos que debían ser "votados conjuntamente, entendiéndose que la votación afirmativa importará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dicha normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes".

La modalidad dispuesta para definir la incorporación o no del "Núcleo de Coincidencias Básicas"—llamada "cláusula cerrojo"—implicó, por parte del Congreso, la determinación previa del contenido exacto de las reformas a aprobar y el cercenamiento de la competencia de la Convención, al confinarla a decidir positiva o negativamente aquel "bloque" de enmiendas, lo cual suscitó numerosas críticas (si bien, posteriormente, la propia Convención ratificó ese modo de tratamiento y votación del "Núcleo", al aprobar su reglamento interno en las primeras sesiones)⁽⁵²⁹⁾.

De manera casi unánime, se sostiene que el Congreso no puede condicionar completamente la tarea de la Convención, pues en tal caso la estaría sustituyendo, convirtiéndose en el verdadero órgano reformador.

Por su parte, se discute si la intervención del Congreso debe limitarse a señalar la necesidad de reformar, siendo la Convención soberana en la deliberación y decisión de las modificaciones que la Constitución amerita (al modo de la reforma de 1949), o si el Congreso puede indicar los artículos, instituciones o temas que son necesarios revisar y en los que la Convención queda "habilitada" a establecer los nuevos contenidos.

La Corte abordó el problema en dos precedentes, de resultado opuesto en relación con la misma cláusula constitucional, aunque con consideraciones no tan diferentes acerca del rol de la Convención Constituyente: son los casos "Fayt" (1999, Fallos 322:1609) y "Schiffrin" (2017, Fallos 340:257).

En el caso "Fayt" se declaró la nulidad del art. 99, inc. 4º, párr. 3º incorporado por la Convención en la reforma de 1994 que, en el caso de los jueces federales fija la necesidad de un nuevo nombramiento, por cinco años, al cumplir la edad de 75 años⁽⁵³⁰⁾. Para así decidirlo, la Corte consideró que la Convención había desbordado el marco que le delimitara el Congreso en el art. 2º de la ley 24.309 ("Núcleo de Coincidencias Básicas"), que contemplaba como materia de enmienda únicamente lo relativo a la "designación de los jueces federales", y no a la limitación de su mandato vitalicio consagrado en el art. 110, cuya modificación no había sido prevista en aquella ley.

Dieciocho años después, en el caso "Schiffrin" (2017), la Corte — con un cambio total de miembros— trató la misma cuestión, considerando, en primer lugar, que el Congreso de la Nación, al dictar la ley de necesidad de la reforma constitucional, no puede establecer su contenido de modo preciso, restringiendo la labor de la Convención a aceptarlo o no, pues si así fuera, "el Congreso de la Nación desplazaría las competencias privativas de la Convención, invirtiendo la relación entre poder constituido y poder constituyente reformador".

Por su parte, estableció que las facultades de la Convención debían interpretarse con la mayor amplitud posible, y, en caso de duda, juzgarse a favor de la plenitud de sus poderes, pues se trata de un órgano que representa la *voluntad soberana del pueblo*. Ello sin perjuicio de las facultades judiciales de invalidar su actuación en los casos en que —con marcada excepcionalidad— se verificara un apartamiento grave, ostensible y concluyente con respecto a los temas habilitados por el Congreso de la Nación⁽⁵³¹⁾, o adoptara decisiones contrarias al sistema republicano o los derechos fundamentales⁽⁵³²⁾.

Vale decir que los pronunciamientos de la Corte en los casos "Fayt" y "Schiffrin" no difieren en cuanto al rol que cabe al Congreso, y tienen por aceptable que este fije el listado de temas habilitados a los que tiene que ceñirse la Convención. Lo que se agrega en "Schiffrin" es que las habilitaciones conferidas a la Convención Constituyente deben examinarse con "la mayor amplitud posible", y solo podrá ser invalidado aquello en lo que se apartara manifiestamente del marco delimitado por el Congreso.

4) ¿Cómo debe convocarse e integrarse esa Convención?

Otro aspecto no previsto en la cláusula sobre la reforma constitucional es el vinculado a la integración de la Convención: la forma de convocatoria, el número de miembros y los criterios de representación. ¿Cómo debería combinarse la representación "federal" de los estados con la "democrática" de la población? ¿Cuál debiera ser el sistema electoral aplicable?

La ley 13.233 que habilitó la reforma de 1949 convocó a elecciones para los integrantes de la Convención, en número y forma iguales a la elección de diputados nacionales.

En 1994, la Convención estuvo integrada por un número de convencionales equivalente a los diputados y senadores que se elegían en cada distrito electoral del país, es decir, 305 miembros en total, y con elección directa y representación proporcional conforme con el sistema D'Hont.

* * *

Art. 31.—

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11/11/1859.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Comentario por Jonás Elfman([533](#))

I. Introducción: democracia y Constitución. Un matrimonio de tradiciones en tensión

La mayor parte de las comunidades políticas occidentales se han organizado bajo la forma de democracias constitucionales. Esta forma de gobierno plantea la fusión de dos tradiciones políticas; la

democrática y la constitucional. La primera persigue el ideal de "soberanía popular" o autogobierno colectivo. La segunda, el ideal del "gobierno de las leyes". A pesar de su aparente convergencia, ambos ideales tienden a entrar en tensión. Mientras que el autogobierno colectivo presupone el poder ilimitado del pueblo, el gobierno de leyes apunta a la limitación de las decisiones de gobierno, aún mayoritarias, a través de su sometimiento a normas, derechos o principios de superior jerarquía. El fortalecimiento de uno de los ideales tiende a debilitar la realización del otro⁽⁵³⁴⁾.

Con el fin de superar este dilema, se ha propuesto concebir los derechos constitucionales y las reglas organizativas de la vida política como precondiciones del sistema democrático, esto es, como reglas para su funcionamiento, antes que como límites o restricciones a su operación⁽⁵³⁵⁾. Cualquier sistema de gobierno requiere mínimas pautas regulativas para poder desarrollarse. La democracia no es la excepción. Si bien ciertos derechos y reglas constitucionales restringen el marco de acción inmediato de las decisiones colectivas, también promueven, paradójicamente, la libertad de la comunidad política para decidir cómo autogobernarse en el largo plazo⁽⁵³⁶⁾.

El valor instrumental de ciertas limitaciones al autogobierno es indiscutible. Sin embargo, también es evidente que no toda regulación constitucional representa una herramienta tendiente a potenciar el sistema democrático. ¿Cómo podemos discriminar entonces cuáles reglas fortalecen el funcionamiento de la democracia y cuáles lo limitan injustificadamente?

El principio de igualdad puede servirnos de guía. Toda democracia presupone la adopción de una noción fuerte de igualdad política ante las decisiones de gobierno; entendida como el derecho de cada uno a que sus intereses reciban igual consideración y respeto en la toma de decisiones políticas⁽⁵³⁷⁾. A diferencia de otros sistemas políticos, en una democracia, las decisiones de gobierno solo son válidas si, bajo condiciones de igual respeto y consideración, realizan la voluntad mayoritaria de los miembros de la comunidad, o sus representantes. Se reconoce entonces mismo derecho a cada individuo a participar del autogobierno comunitario o a elegir a los representantes que desempeñan esa función. Por lo tanto, solo las cláusulas constitucionales que apunten a reforzar este ideal de igualdad política se encuentran alineadas con los principios de una democracia.

No obstante, aun si receptamos el principio de igualdad como criterio para evaluar la consistencia democrática del derecho constitucional, el problema no queda resuelto. Como veremos más adelante, subsisten importantes discrepancias en torno a los derechos y las reglas que deben volcarse en el texto constitucional, en especial, a la forma en que deben ser interpretadas (problemática que origina la llamada objeción democrática al control judicial de

constitucionalidad de las leyes, analizada en el cap. II.b.). Por ello, aun cuando compartiéramos una concepción común acerca del valor de la democracia, disentimos sobre sus alcances y sobre qué instituciones contribuyen mejor a su funcionamiento. Estas concepciones en pugna tienden a condicionar nuestro marco conceptual desde donde juzgamos el alcance de nuestra Constitución⁽⁵³⁸⁾.

II. LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

El art. 31 de la CN consagra dos principios fundamentales sobre los cuales se asienta el ordenamiento jurídico argentino: el principio de supremacía constitucional y el principio de jerarquía de las fuentes del derecho. El primero coloca a la CN en la cima de la pirámide normativa, confiriendo validez a todo el sistema jurídico político. El segundo establece el orden de prelación de las restantes fuentes del ordenamiento, obligándolas a adecuarse y subordinarse a los lineamientos dogmáticos (carta de derechos) u orgánicos (reglas de organización de los poderes públicos) de la Constitución.

La supremacía constitucional se encuentra reforzada a través de un procedimiento rígido de reforma constitucional que dificulta su modificación (art. 30, CN), la expresa prohibición de que las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos alteren su esencia, así como los principios y las garantías reconocidas en la Constitución (art. 28, CN) y la subordinación de las Constituciones provinciales (art. 5º, CN) y tratados internacionales a sus directivas (art. 27, CN).

La relación entre el derecho internacional y el derecho interno — constitucional y legislativo— ha sido transformada con la última reforma constitucional. Allí se incorporó un nuevo esquema normativo que estableció: a) La jerarquía constitucional de un conjunto de tratados internacionales, que "deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos en esta Constitución" (párr. 2º, art. 75, inc. 22, CN); b) La supremacía legal infraconstitucional de los restantes tratados aprobados por nuestra República (1er. párr., art. 75, inc. 22, CN). De esta manera, se puso fin a un histórico debate constitucional en torno al orden de prelación entre los tratados internacionales y las leyes nacionales, que generaba dudas en la Constitución de 1853-60⁽⁵³⁹⁾. Nuestra pirámide normativa se estructura con un "bloque de constitucionalidad" compuesto por la CN y los tratados con jerarquía constitucional; los tratados comunes sin jerarquía constitucional se ubican por debajo, y las leyes de la Nación en un escalón inferior a estos últimos⁽⁵⁴⁰⁾.

El art. 31 de la CN tiene su antecedente más inmediato en el art. VI, párr. 2º de la Constitución de los Estados Unidos de América⁽⁵⁴¹⁾.

Por razones histórico-coyunturales, la versión original de la cláusula constitucional (CN 1853-60) privaba de validez a los tratados aprobados con posterioridad al Pacto del 11/11/1859 en relación con la provincia de Buenos Aires⁽⁵⁴²⁾. Distintos autores coinciden en señalar la falta de valor práctico de esta disposición⁽⁵⁴³⁾.

En un principio, la Corte Suprema defendió la vigencia del principio de supremacía constitucional tanto en tiempos de paz como de guerra⁽⁵⁴⁴⁾. Sin embargo, nuestro Máximo Tribunal no fue ajeno a los vaivenes institucionales que atravesó el país como consecuencia de las sucesivas interrupciones al orden democrático provocadas por los golpes de Estado. Si bien la Corte declaró que la CN mantendría vigencia y supremacía frente a los actos emanados de los gobiernos *de facto*⁽⁵⁴⁵⁾, en los hechos, la Carta Magna quedó subordinada al imperio de estos gobiernos inconstitucionales, cuyos límites solo excepcionalmente fueron marcados por el Poder Judicial. El Máximo Tribunal desarrolló una doctrina muy laxa tendiente a conferirle validez a los actos de estos poderes⁽⁵⁴⁶⁾.

III. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

3.1. Origen

Si el principio de supremacía constitucional es la piedra angular del sistema jurídico, el control de constitucionalidad es el procedimiento diseñado para hacerlo efectivo cuando una norma de inferior jerarquía resulte incompatible con las directivas constitucionales. Al igual que en el caso de los Estados Unidos, nuestra Carta Magna no contuvo, hasta su reforma de 1994, ninguna referencia textual al sistema de control de constitucionalidad de las normas inferiores, los órganos legitimados para realizarlo, ni sus alcances específicos⁽⁵⁴⁷⁾. Su origen institucional obedeció a las leyes 27 (1862) y 48 (1863) que reglamentaron la competencia de la Justicia Federal⁽⁵⁴⁸⁾, y se consolidó como práctica judicial a través de los casos "Sojo" (1887)⁽⁵⁴⁹⁾ y "Municipalidad de la Capital c. Elortondo" (1888)⁽⁵⁵⁰⁾.

Sobre la base de una lectura armónica de los arts. 31 y 100, CN (116, CN actual), tanto el Congreso de la Nación como la Corte Suprema entendieron que los constituyentes habían atribuido el ejercicio del control constitucional al Poder Judicial⁽⁵⁵¹⁾. Esta interpretación recoge el razonamiento silogístico del célebre caso "Marbury vs. Madison" (1803)⁽⁵⁵²⁾, a través del cual la Corte estadounidense justificó el control de constitucionalidad como una derivación lógica del principio de supremacía constitucional. Según ese razonamiento, si la CN es la ley suprema de la Nación, y si por

mandato constitucional la función del Poder Judicial consiste en aplicar las leyes, entonces, cuando una ley ordinaria sea contraria a la ley suprema corresponde a los jueces aplicar esta última y dejar sin efecto la primera.

En apariencia, este argumento clásico proporciona un sólido fundamento para defender la sujeción de las normas al control judicial de su constitucionalidad. Sin embargo, una mirada más aguda pone al descubierto sus deficiencias. El argumento presume que la contradicción entre las cláusulas constitucionales y las leyes ordinarias es siempre evidente, motivo por el cual, la labor de los jueces resultaría políticamente neutral y automática (detectan la contradicción normativa y anulan la norma de inferior jerarquía)⁽⁵⁵³⁾. No obstante, la práctica constitucional demuestra que esa posibilidad es remota. El contenido de las cláusulas constitucionales no es generalmente evidente, ni manifiesto, sino objeto de importantes desacuerdos que se reflejan en interpretaciones divergentes sobre su significado⁽⁵⁵⁴⁾. Lo mismo ocurre con las leyes. Por lo tanto, si los jueces deben interpretar el alcance de las cláusulas constitucionales y las leyes adoptando un juicio de valor frente al caso, la lógica "Marbury" pierde consistencia. Ya no resultaría evidente que el Poder Judicial sea la autoridad legitimada para llevar a cabo dicha tarea en el marco de una comunidad democrática⁽⁵⁵⁵⁾.

Más que defender la supremacía de la CN, el control judicial de constitucionalidad conferiría a este poder un imperceptible instrumento para moldear los principios más profundos de la comunidad política en función de sus propias preferencias. Los diferentes métodos de interpretación constitucional que la Corte Suprema ha empleado a lo largo del tiempo avalarían esta impresión⁽⁵⁵⁶⁾. Esta problemática ha dado lugar a la objeción que reseñamos seguidamente y resulta fundamental para comprender el diseño y la operación de esta institución.

3.2. La objeción democrática al control judicial de constitucionalidad y su impacto en el diseño y la operación de dicha institución

En una democracia, las leyes consagran las decisiones de los órganos que ejercen la representación política del pueblo, titular de la soberanía. Solo en la medida en que se verifique una contradicción insalvable con los principios de nuestra Carta Magna se admite que aquellas sean declaradas inválidas. Sin embargo, para arribar a esa conclusión debe delimitarse el alcance de la Constitución, tarea que no resulta sencilla en tanto conviven interpretaciones rivales sobre su sentido correcto.

Los jueces no son elegidos por el voto popular directo, tienen cargos vitalicios y mecanismos de rendición de cuentas también indirectos (arts. 99, inc. 4º, 110, 114, CN). Por lo tanto, sus credenciales democráticas son sustancialmente menores a los otros órganos de representación política (ejecutivos y legislativos). En esas condiciones, ¿es aceptable que el poder con la menor legitimidad democrática intervenga en este tipo de discusiones de trascendente impacto político? En caso afirmativo, ¿es aceptable que dicho poder sea la autoridad legitimada para definir las en última instancia? Se han brindado diversas respuestas a estos interrogantes.

Una primera posición, tiende a justificar la atribución constitucional de los jueces argumentando que estos se encontrarían mejor posicionados o capacitados que los restantes órganos políticos para identificar y proteger los derechos o principios constitucionales⁽⁵⁵⁷⁾. La posición de privilegio de los jueces derivaría de su formación, su cercanía con la ciudadanía, su capacidad para proteger los derechos de minorías frente a los intereses mayoritarios o la imparcialidad inherente a su rol institucional. Sin embargo, ninguna de estas cualidades provee fundamentos sólidos para la posición que se intenta defender, en tanto presuponen una confianza institucional en las capacidades de los jueces (en especial en su imparcialidad) que resulta dudosa⁽⁵⁵⁸⁾. Pero más importante aún, esta postura conlleva una visión sobre las facultades interpretativas de los jueces inevitablemente elitista que subestima la capacidad del resto de los miembros de la comunidad y resulta difícil conciliar con el ideal soberano de una democracia⁽⁵⁵⁹⁾.

Una segunda posición ha justificado el control judicial de constitucionalidad apelando a una concepción dualista de la democracia⁽⁵⁶⁰⁾. Tal cual se desprende del caso "Marbury", este enfoque traza una distinción en torno a la naturaleza de las decisiones políticas que adoptan las comunidades. Un primer tipo de decisiones —las "constitucionales"— serían de carácter excepcional, reflejarían la voluntad de los miembros de la comunidad y se encontrarían plasmadas en el texto constitucional o en momentos fundacionales de la vida política. Un segundo tipo —las de carácter "ordinario"— derivarían de la voluntad de los órganos representativos de gobierno en el ejercicio cotidiano de su representación. En la medida que solo las primeras surgirían de un verdadero acuerdo social de los titulares de la soberanía, resultaría justificado confiar a los jueces su protección frente a cualquier decisión ordinaria de los representantes que tienda a desconocerlas. En este caso, no habría ofensa a la soberanía popular plasmada en los acuerdos

constitucionales, sino, por el contrario, una protección fundamental frente a posibles lesiones por parte de los gobiernos⁽⁵⁶¹⁾.

Si bien es sumamente persuasiva en su formulación, esta postura no proporciona demasiadas herramientas para superar el problema interpretativo apuntado⁽⁵⁶²⁾. El Poder Judicial actuaría como guardián de los acuerdos políticos alcanzados por la comunidad en la medida que el contenido de dichos acuerdos no sea discutido. En cambio, si coexisten interpretaciones divergentes sobre su alcance, entonces ya no sería tan evidente que el Poder Judicial deba ser la institución legitimada para interpretarlos, menos aún, que sus interpretaciones deban ser consideradas "supremas".

En contraposición, una última postura parte de un enfoque monista y robusto de la democracia, intentando así orientar el control judicial de constitucionalidad de manera que resulte consistente con los principios democráticos. Para esta visión, la autoridad de los jueces para revisar la constitucionalidad de las leyes solo sería justificada si tiende a proteger los presupuestos del procedimiento democrático en la conformación de las decisiones colectivas⁽⁵⁶³⁾. De la misma forma que un árbitro deportivo custodia las reglas de la competencia sin beneficiar las posiciones o intereses de los contendientes, los jueces deberían velar por el cumplimiento de las reglas del procedimiento democrático, procurando evitar que los participantes desvirtúen su funcionamiento. Se encontrarían facultados entonces para invalidar normas incompatibles con los presupuestos sustantivos y procedimentales de la democracia establecidos en la Constitución⁽⁵⁶⁴⁾. En cambio, no estarían legitimados para intervenir en decisiones políticas reservadas al ámbito sustantivo de la deliberación pública, relativas tanto al alcance general de los derechos como a las concepciones de justicia.

Esta teoría tampoco es ajena a las críticas, pues resulta complejo identificar cuándo el juez está protegiendo los presupuestos de una democracia o cuándo excediendo dicho marco. En un sistema democrático, presupuestos y decisiones sustantivas se encuentran intrínsecamente vinculados. Según cuál sea modelo democrático adoptado, será diferente el tipo de derechos que se postulan como precondiciones de ese sistema⁽⁵⁶⁵⁾.

En los últimos años comenzó a delinearse una nueva concepción sobre el ejercicio del control judicial de constitucionalidad que ha intentado superar sus tradicionales objeciones, concentrándose en el proceso de construcción de la interpretación constitucional. Sobre los cimientos del enfoque deliberativo de la democracia⁽⁵⁶⁶⁾, esta visión plantea la necesidad de abordar los conflictos constitucionales a través de un proceso de interpretación continuo, dialógico e inclusivo,

que involucre no solo a las distintas ramas del poder, sino, fundamentalmente, a los potenciales afectados por la decisión en juego (la ciudadanía)⁽⁵⁶⁷⁾.

Sin desconocer las virtudes que derivan de la posición institucional de los jueces para revisar la constitucionalidad de las leyes, este enfoque cuestiona la figura de intérprete infalible que el Poder Judicial (en especial la Corte) proyecta como "último guardián constitucional"⁽⁵⁶⁸⁾. A la visión tradicional de la interpretación constitucional, concebida como un modelo verticalista con predominio del poder judicial sobre los poderes representativos y la ciudadanía en general, oponen una versión dialógica donde la interpretación se construye como proceso interactivo, horizontal, policéntrico y permanente que dificulta la identificación de un último intérprete.

Esta teoría ha mostrado un marcado impacto tanto en nuestro sistema judicial como en otros sistemas de la región⁽⁵⁶⁹⁾. En nuestro país, la Corte adoptó significativas reformas institucionales tendientes a fortalecer la apertura y publicidad de sus procesos y decisiones en los últimos años⁽⁵⁷⁰⁾. Asimismo, reguló e implementó un mecanismo de audiencias públicas y de participación de *amicus curiae* para casos de trascendencia institucional⁽⁵⁷¹⁾. A través de estas audiencias, se han discutido públicamente temas sensibles como la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, el acceso a la vivienda y a la información pública, la protección de los derechos de las comunidades originarias y se han abordado problemas estructurales medioambientales o carcelarios⁽⁵⁷²⁾. La impronta dialógica no solo se ha expresado en las innovaciones comunicacionales y procedimentales, sino que también se ha reflejado en formas originales de resolución de algunos complejos casos constitucionales. En efecto, lejos de apelar a su condición de "intérprete final" de la Constitución o de intentar imponer la "última palabra", en diversos casos, la Corte ha optado por conducir el proceso e incluso la ejecución de las sentencias con una impronta de mediación⁽⁵⁷³⁾ o dictar medidas exhortativas tendientes a iniciar un proceso de diálogo con otros poderes o supervisar planes de acción política⁽⁵⁷⁴⁾. Si bien la brecha que nos separa del ideal deliberativo aún es importante, las perspectivas de este nuevo modelo de revisión judicial son alentadoras⁽⁵⁷⁵⁾.

3.3. El funcionamiento del control de constitucionalidad: características y alcances

El control de constitucionalidad federal argentino se caracteriza por ser un control judicial, difuso, contradictorio, de revisión posterior

y, en principio, operado a petición de las partes en litigio y con efectos limitado a ellas (efectos *inter partes*). Todos los jueces de nuestro país cualquiera sea su jerarquía, fuero o jurisdicción disponen de la facultad de ejercer un control de constitucionalidad sobre las leyes o actos de los restantes poderes del Estado en el marco de su competencia⁽⁵⁷⁶⁾. La Corte Suprema actúa como instancia final de revisión en virtud de su competencia originaria (art. 117, CN), ordinaria o extraordinaria (art. 116, CN)⁽⁵⁷⁷⁾.

A diferencia de los sistemas concentrados, el control de constitucionalidad argentino no es preventivo o abstracto sino remedial y contencioso. El juez solo se encuentra autorizado para invalidar una norma en el marco de una causa o controversia judicial cuando, por vía de acción o excepción, alguna de las partes acredite un perjuicio concreto, específico y directo derivado de su aplicación⁽⁵⁷⁸⁾. La noción de caso judicial o interés legítimo no fue pacífica a lo largo de la historia. Nuestra Corte fue elaborando distintos criterios hermenéuticos para determinar cuándo estamos en presencia de un agravio con entidad suficiente para habilitar la instancia judicial⁽⁵⁷⁹⁾.

La introducción de las acciones colectivas modificó este esquema al ampliar la naturaleza de los agentes autorizados para accionar⁽⁵⁸⁰⁾. No obstante, la Corte ha señalado que aun en estos supuestos, la noción de "caso" mantiene vigencia como presupuesto del sistema de control de normas⁽⁵⁸¹⁾. En este sentido, descartó que la mera defensa de la legalidad permita fundar la revisión judicial de las decisiones de los restantes poderes públicos, cuando no se invoca una afectación concreta a un derecho individual o de incidencia colectiva⁽⁵⁸²⁾.

También se han planteado dudas respecto al alcance de las sentencias en los casos colectivos. Según el principio clásico, la declaración de inconstitucionalidad no afecta la validez de la norma cuestionada sino la torna inaplicable para las partes en litigio⁽⁵⁸³⁾. En las acciones colectivas los efectos directos de la sentencia se proyectan a los sujetos representados por esa acción. ¿Significa ello una modificación en la estructura del control de constitucionalidad? Si bien algunos autores atribuyen efectos *erga omnes* a las sentencias recaídas en este tipo de procesos, no coincidimos con esta postura⁽⁵⁸⁴⁾. A diferencia de lo que ocurre en los sistemas de control concentrado-abstracto, donde la declaración de inconstitucionalidad deroga la norma atacada, en las acciones introducidas a nuestro sistema de control difuso-concreto, los alcances de la sentencia se aplican exclusivamente a los integrantes

del grupo (más amplio o reducido) representados en la acción, sin que ello implique, en sentido estricto, la derogación de la norma⁽⁵⁸⁵⁾.

3.3.1. Control constitucional de oficio

Uno de los temas que históricamente ha generado más debate en torno a la función constitucional del Poder Judicial ha sido la posibilidad de que los jueces prescindan del requerimiento de las partes para declarar la inconstitucionalidad de las normas⁽⁵⁸⁶⁾. Las posturas en favor o en contra de esta facultad tienden a vincularse con el rol institucional que se asigna al Poder Judicial⁽⁵⁸⁷⁾.

La postura favorable al control judicial oficioso se ha fundado en la necesidad de defender el principio de supremacía constitucional. Según este enfoque, dado que la validez de nuestra norma fundamental es independiente de la posición que asuman las partes en litigio, corresponde al juez velar por la supremacía constitucional con prescindencia de la voluntad de aquellas⁽⁵⁸⁸⁾.

Las críticas a esta posición se han focalizado en el sistema de división de poderes, la presunción de validez de los actos estatales y la garantía de debido proceso⁽⁵⁸⁹⁾. Al exceder el marco de la controversia planteado por las partes, el juez rompería el equilibrio derivado del esquema de división de poderes, afectaría la presunción de legalidad y violaría el derecho de defensa de las partes, al introducir al proceso un tema no planteado por ellas o sobre el cual no se han expedido.

Como en otras materias, nuestra Corte Suprema ha mantenido un criterio pendular sobre esta facultad. En una primera etapa, admitió implícitamente el control judicial oficioso⁽⁵⁹⁰⁾. A partir de la década del '40 afirmó que la declaración de inconstitucionalidad solo podía efectuarse a petición de parte interesada. Se amparó, a esos efectos, en la necesidad de preservar el esquema de división de poderes⁽⁵⁹¹⁾. Posteriormente, también descalificó dicha facultad por violar la defensa en juicio de las partes⁽⁵⁹²⁾.

Esta doctrina se mantuvo incólume hasta la década del '80, con algunas excepciones (defensa de su propia competencia o independencia del Poder Judicial⁽⁵⁹³⁾). Con el retorno a la democracia, algunos ministros comenzaron a cuestionarla⁽⁵⁹⁴⁾. Finalmente, en la causa "Mill de Pereyra", la postura favorable al control oficioso de constitucionalidad se impuso en el voto mayoritario⁽⁵⁹⁵⁾. El fallo "Banco Comercial de Finanzas SA"⁽⁵⁹⁶⁾, confirmó la nueva doctrina que faculta al poder judicial a declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas. A través de las causas "Videla" y "Rodríguez Pereyra", la Corte ratificó la doctrina, esta vez bajo el amparo del "control de convencionalidad"⁽⁵⁹⁷⁾.

3.3.2. Cuestiones políticas no justiciables

El célebre caso "Marbury vs. Madison" planteó el debate sobre los límites al control de constitucionalidad en el derecho constitucional estadounidense⁽⁵⁹⁸⁾. Sin embargo, fueron los casos "Luther vs. Borden"⁽⁵⁹⁹⁾ y "Backer vs. Carr"⁽⁶⁰⁰⁾ los que delimitaron la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables⁽⁶⁰¹⁾.

En el derecho argentino, el primer fallo que adoptó la doctrina de autorrestricción jurisdiccional fue "Roque Pérez"⁽⁶⁰²⁾. No obstante, con el caso "Cullen vs. Llerena" la doctrina adquirió notoriedad. El Máximo Tribunal rechazó pronunciarse sobre el proceso sanción de una ley de intervención federal, entendiendo que se trataba una cuestión privativa de las Cámaras del Congreso⁽⁶⁰³⁾.

Desde su nacimiento, la distinción entre cuestiones revisables y no revisables judicialmente ha sido sumamente difusa. La Corte ha recurrido a una serie de enumeraciones casuísticas con el objeto de delimitarlas y demostrar así una voluntad respetuosa del sistema de división de poderes⁽⁶⁰⁴⁾. Sin embargo, más que reflejar deferencia por la legitimidad de los órganos representativos de gobierno, esta doctrina ha sido históricamente utilizada para permitirle al Poder Judicial desentenderse de su función constitucional⁽⁶⁰⁵⁾.

En los últimos años, se observa una marcada retracción de las materias que se consideran ajenas al control jurisdiccional⁽⁶⁰⁶⁾. Ello no necesariamente se ha reflejado en un mayor activismo judicial. Luego de los embates que recibió la doctrina de "las cuestiones políticas no revisables" durante la década de los ´90, la ausencia de legitimidad de los accionantes por "falta de agravio concreto" ha tendido a reemplazarla como herramienta para declinar la intervención del control judicial⁽⁶⁰⁷⁾.

3.3.3. Valor de los precedentes de la Corte Suprema en ejercicio del control de constitucionalidad

La doctrina *stare decisis et quieta non moveré* (estar a lo establecido y no perturbar lo ya establecido) que impera en los sistemas jurídicos del mundo anglosajón supone la obligación de los jueces de adecuar sus decisiones a aquellas previamente adoptadas por los tribunales en casos análogos. El precedente genera en el *common law* una regla de derecho. La doctrina se desarrolla en forma horizontal (deber de respetar los precedentes del mismo tribunal) y vertical (deber de respetar los precedentes de un tribunal superior)⁽⁶⁰⁸⁾.

La legislación argentina no ha reconocido fuerza vinculante general a la doctrina emanada de los fallos de la Corte Suprema,

salvo en períodos aislados⁽⁶⁰⁹⁾. Por su parte, nuestro Máximo Tribunal ha mantenido una postura errante en torno al valor de sus precedentes⁽⁶¹⁰⁾. A partir del caso "Cerámica San Lorenzo" (1985) sentó el principio según el cual "carecen de fundamento las sentencias que se apartan de la jurisprudencia de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal en su carácter de intérprete supremo de la constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia"⁽⁶¹¹⁾. Este criterio se ha mantenido hasta la actualidad. Sin embargo, ¿cuál es el estándar que se extrae de esta doctrina?

A pesar de que algunos autores han reconocido una suerte de regla de derecho atenuada derivada de esta doctrina⁽⁶¹²⁾, el criterio establecido por la Corte Suprema no satisface los presupuestos del *stare decisis*⁽⁶¹³⁾. En tanto ninguna sentencia puede agotar el conjunto de razones dirigidas a fundamentarla o cuestionarla, el estándar puede ser sorteado con facilidad, máxime cuando la propia Corte tiende a no sujetarse a sus propios precedentes, por lo menos, en relación con los fallos dictados por anteriores integraciones⁽⁶¹⁴⁾.

Tampoco se observa que los tribunales inferiores hayan reconocido valor autoritativo a los precedentes de la Corte. Un estudio de casos llevado a cabo por Julio C. Rivera (h) y Santiago Lagarre revela que los tribunales no comparten un criterio unificado sobre el valor de los fallos del Máximo Tribunal, sino que coexisten diversas posiciones al respecto⁽⁶¹⁵⁾. En definitiva, el margen de discrecionalidad que se confiere a los jueces para aplicar los precedentes del Máximo Tribunal coloca a la autoridad de sus decisiones más cerca de ser una obligación moral —derivada de su autoridad institucional— que una regla vinculante de derecho⁽⁶¹⁶⁾.

IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

4.1. Origen y alcances

En el marco de un proceso de expansión de la agenda de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana desarrolló la doctrina del "control de convencionalidad". Inicialmente, introducida en el voto concurrente de algunos de sus jueces⁽⁶¹⁷⁾, el control de convencionalidad se consolidó a partir de los casos "Almonacid Arellano y otros vs. Chile"⁽⁶¹⁸⁾ y "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú"⁽⁶¹⁹⁾. De la misma forma que nuestra Corte Suprema reprodujo el razonamiento silogístico del caso "Marbury" para fundar el control de constitucionalidad, la Corte Interamericana recorrió el mismo camino para justificar el control de convencionalidad⁽⁶²⁰⁾.

En los citados precedentes se fijaron los principales lineamientos de esta doctrina internacional:

En primer lugar, el control de convencionalidad reconoce supremacía al derecho internacional emergente de la Convención Americana y sus protocolos adicionales frente a las normas internas de los Estados parte del Sistema Interamericano, colocando a la Convención Americana en la cima de la pirámide normativa de los Estados. Como consecuencia, estos deben adecuar sus normas internas (incluyendo las de superior jerarquía) a las normas y principios del tratado internacional⁽⁶²¹⁾. Los fundamentos normativos de esta tesis se extraen del principio de buena fe (*bona fides*) en el cumplimiento de los compromisos internacionales (*pacta sunt servanda*), expresado en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, y el art. 2º de la Convención Americana⁽⁶²²⁾.

En segundo lugar, el control de convencionalidad proyecta a nivel doméstico un sistema de revisión de las normas internas de carácter difuso que cada Estado parte del Sistema Interamericano debe aplicar en forma complementaria a su propio sistema nacional de control de constitucionalidad. Si bien se trataría de una obligación en cabeza de los tres poderes del Estado, son los jueces locales de cada jurisdicción quienes, en el marco de su competencia, deben evaluar *ex officio* la compatibilidad entre las normas internas del Estado y la Convención Americana, a fin de verificar si se ajustan a las disposiciones, objeto y fin del tratado internacional, invalidando aquellas que resulten incompatibles⁽⁶²³⁾.

En tercer lugar, el control de convencionalidad dota de fuerza legal a la jurisprudencia del tribunal interamericano, creando una regla vinculante de derecho derivada de sus fallos. En virtud de ello, los jueces de los Estados parte del Sistema Interamericano no solo deben cumplir las sentencias de la Corte Interamericana en los procesos que sus Estados fueran parte (art. 68.1, CADH), sino también, adecuar sus interpretaciones constitucionales y convencionales a la hermenéutica de la Corte Interamericana sobre el tratado internacional⁽⁶²⁴⁾. Aun cuando se reconoce que esta función supone una "mutación por adición" del tratado internacional, ya que dicha facultad no se encuentra expresamente contemplada por la Convención, se la concibe como una función inherente al tribunal internacional derivada de su calidad de "intérprete final" de la Convención Americana⁽⁶²⁵⁾.

Tal como hemos señalado precedentemente, nuestra Constitución reconoce jerarquía constitucional a dicho tratado internacional (cap. I.b.), dispone de un sistema de revisión judicial de normas de carácter difuso (cap. II.c.) y la práctica judicial ha admitido la posibilidad de

que los jueces ejerzan esa facultad *ex officio* (cap. II.c.1.). En consecuencia, el debate en torno al control de convencionalidad se circunscribe, en nuestro país, a la discusión acerca del alcance de los precedentes e interpretaciones de la Corte Interamericana y recomendaciones de la Comisión Interamericana⁽⁶²⁶⁾. Seguidamente nos ocuparemos de este tema.

4.2. El valor de los precedentes interamericanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Se registran dos períodos en la jurisprudencia de la Corte. Un primer período en el cual nuestro Máximo Tribunal concibió a la jurisprudencia interamericana como una guía de interpretación del tratado internacional (desde el año 1995 hasta el año 2004). Un segundo período a partir del cual comenzó a concebirla como una pauta insoslayable de interpretación.

4.2.1. La jurisprudencia interamericana como guía hermenéutica

A partir de los casos "Giroldi"⁽⁶²⁷⁾ y "Bramajo"⁽⁶²⁸⁾, la Corte sostuvo que la jurisprudencia de los órganos interamericanos constituía una inevitable pauta de interpretación de los tratados con jerarquía constitucional. Sin embargo, los fallos no especificaban el grado de autoridad que la Corte reconocía a los precedentes interamericanos. La doctrina de la Corte parecía indicar que al interpretarse o aplicarse una cláusula del tratado interamericano, los jueces tenían el deber de valorar en sus decisiones las interpretaciones adoptadas por los órganos del Sistema Interamericano. De este modo, el estándar adoptado era similar al criterio que la Corte aplicaba en relación con sus propios precedentes⁽⁶²⁹⁾. Por otro lado, en los casos "Acosta Claudia"⁽⁶³⁰⁾ y "Felicetti"⁽⁶³¹⁾, la Corte estableció que los informes y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos carecían de fuerza jurídica vinculante⁽⁶³²⁾.

4.2.2. La jurisprudencia interamericana como pauta insoslayable de interpretación

A partir de la causa "Arancibia Clavel"⁽⁶³³⁾, la Corte dio un giro en su forma de valorar los precedentes de la Corte Interamericana. El fallo debía decidir sobre el problema de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. En concreto, debía decidir si la aplicación de la "Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", aprobada por nuestro país en 1995 (ley 24.584), y dotada de jerarquía

constitucional desde 2003 (ley 25.778), lesionaba el principio de irretroactividad de la ley penal (*nullum crimen sine poena legali*). Sobre la base de los estándares elaborados por la Corte Interamericana para estos delitos (fallos "Barrios Altos", "Velázquez Rodríguez", "Trujillo Oroza"), el Máximo Tribunal concluyó que la indicada Convención era plenamente operativa. A esos efectos, los ministros abandonaron el lenguaje tuitivo de los precedentes interamericanos invocado en los casos "Gioldi" y "Bramajo" (guía o pauta hermenéutica) sustituyéndolo por otro que revela un mayor grado de compromiso con los estándares del tribunal interamericano (pauta insoslayable)⁽⁶³⁴⁾.

Los fundamentos del fallo Arancibia Clavel se reproducirán un año más tarde en la causa "Simón", cuando la Corte deba juzgar la constitucionalidad de las leyes locales que limitaban o extinguían la persecución penal de los crímenes y delitos de lesa humanidad cometidos por agentes de la última dictadura militar (punto final —ley 23.492—, obediencia debida —ley 23.521—). Los argumentos centrales del fallo se estructuraron en torno al derecho internacional, en especial, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ahora recepcionada más claramente como doctrina de cumplimiento "imperativo"⁽⁶³⁵⁾.

Finalmente, a través de los casos "Mazzeo" y "Videla", la Corte terminó de definir los alcances del nuevo estándar para valorar la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En el primero, recogió en toda su extensión la doctrina del "control de convencionalidad" desarrollada por el tribunal interamericano en el caso "Almonacid Arellano" con el objeto de fundar la anulación de indultos concedidos a militares, pasados en autoridad de cosa juzgada⁽⁶³⁶⁾. En el segundo, incorporó la potestad de los tribunales de ejercer el control de convencionalidad *ex officio* aplicando la doctrina del caso "Trabajadores Cesados del Congreso"⁽⁶³⁷⁾. El estándar autoritativo aplicado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana fue extendido a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —órgano no jurisdiccional— a través del caso "Carranza Latrubesse"⁽⁶³⁸⁾.

* * *

El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

Comentario por Ramiro Álvarez Ugarte

El art. 32 de la Constitución es uno de los agregados solicitados por la provincia de Buenos Aires durante las reformas de 1860 que permitieron su incorporación a la Confederación Argentina. Es, a primera vista, un agregado extraño —trivial— en tanto ratifica la protección consagrada en el art. 14 a la libertad de prensa y contradictorio con disposiciones como el actual art. 75.12, que habilita al Congreso Nacional la sanción de los códigos "de fondo". Su fuente es doble: por un lado, la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos⁽⁶³⁹⁾; por el otro, la Constitución de Cádiz de 1812, que había impactado fuertemente en experiencias legales y constitucionales anteriores⁽⁶⁴⁰⁾.

El artículo cuenta con dos partes claras. Una, prohíbe al Congreso federal dictar leyes que "restrinjan la libertad de imprenta". Otra, prohíbe que se establezca sobre ella la "la jurisdicción federal". Las dos partes pueden ser analizadas de manera separada. Por un lado, resulta claro que la prohibición específica dirigida al Congreso se deriva, casi textualmente, de la Primera Enmienda de los Estados Unidos. Sin embargo, y más allá del lenguaje aparentemente *absoluto* del artículo, el mismo nunca fue entendido como prohibiendo todo tipo de regulación —la sección del mismo que *tuvo dientes* en los primeros años de vigencia de la Constitución fue la segunda parte, la que impide establecer sobre este derecho la jurisdicción federal—. ¿El motivo de ello surge con claridad de los antecedentes constitucionales. La principal preocupación de Buenos Aires fue resguardar ciertas prácticas de deliberación y crítica que había construido la provincia luego de la caída de Rosas⁽⁶⁴¹⁾. Esta preocupación no era meramente teórica: estaba inspirada en el rechazo explícito a un reclamo realizado por el presidente de la Confederación Justo José de Urquiza al gobernador de Salta, por la liviandad con la que este último trataba a un periódico crítico de la figura presidencial. Así surge del informe de la *Comisión examinadora de la Constitución Federal*. La intención de Buenos Aires fue mantener dentro de la jurisdicción de las "soberanías provinciales" las cuestiones vinculadas al abuso de la libertad de pensamiento o expresión, ya que corresponde a la "sociedad en que

el abuso se comete, y a la cual puede dañar inmediatamente" proveer al castigo de este tipo de abusos⁽⁶⁴²⁾. El informe reconoce expresamente la existencia de "precedentes (...) que hacen presumible una intervención indebida del gobierno federal, en materia tan privativa de la soberanía provincial"⁽⁶⁴³⁾ Por ello, "es prudente precaverse contra tales probabilidades, como lo hicieron los Estados de Norte América en las enmiendas que presentaron al Congreso"⁽⁶⁴⁴⁾.

El convencional Vélez Sarsfield, en la *Convención del Estado de Buenos Aires* en la que se discutió la incorporación de Buenos Aires a la Confederación también destacó este principio y sostuvo una mirada robusta —pero no *absoluta*— sobre la libertad de expresión.

"La reforma importa decir que la imprenta debe estar sujeta las leyes del pueblo en que se use de ella. Un abuso de la libertad de imprenta nunca puede ser un delito, diré así, nacional. El Congreso dando leyes de imprenta sujetaría el juicio a los Tribunales Federales, sacando el delito de su fuero natural. Si en una Provincia como Buenos Aires, no tuviera leyes de imprenta o los abusos de ellos fueran solo castigados por el juez correccional, como otra cualquiera injuria ¿porqué daríamos facultad al Congreso para restringir la libertad de imprenta, darle otra pena a los delitos de imprenta, o imponer a los diarios restricciones o gravámenes que hicieran dificultosa su existencia? La reforma dice aun más; que el Congreso no puede restringir la libertad. La libertad de imprenta, Sres., puede considerarse como una ampliación del sistema representativo o como su explicación de los derechos que quedan al pueblo, después que ha elegido sus representantes al Cuerpo Legislativo. Cuando un pueblo elige sus representantes no se esclaviza a ellos, no pierde el derecho de pensar o de hablar sobre sus actos; esto sería hacerlos irresponsables. El puede conservar y conviene que conserve, el derecho de examen y de crítica para hacer efectiva las medidas de sus representantes y de todos los que administran sus intereses. Dejemos pues, pensar y hablar al pueblo y no se le esclavice en sus medios de hacerlo... Sobre todo sin la absoluta libertad de imprenta, no se puede crear hoy el gran poder que gobierna a los pueblos y dirige a los gobernantes - la opinión pública... No basta que un gobierno de cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la más absoluta libertad de imprenta, puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o la responsabilidad de los poderes públicos. El pueblo entonces con pleno conocimiento de la administración, crea como

siempre sucede, un medio de adelantamiento o el medio de evitarse un mal"⁽⁶⁴⁵⁾.

El informe de la *Comisión examinadora* y las palabras de Vélez Sarsfield capturadas en el *Diario de Sesiones* sugieren al menos dos cosas. Por un lado, los propios constituyentes consideraron que la libertad garantizada en el art. 32 no era una libertad *absoluta* —podría regularse—. Pero, por el otro, también procuraron que esas regulaciones se mantengan en los ámbitos provinciales. Tiene sentido entonces leer al art. 32 como una excepción al principio contenido en el actual art. 75.12 de la CN, que faculta al Congreso la sanción de los "códigos de fondo". En este sentido, el *Redactor de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal* sostuvo esto mismo: "si se añadía que la prensa no había de caer bajo la jurisdicción federal, era porque la Constitución argentina encargaba al Congreso la codificación de las leyes y podía por tanto dictarlas sobre libertad de imprenta y después de citar como antecedentes de la reforma una carta del presidente de la Confederación conminando a un gobernador de provincia porque no reprimía el espíritu de crítica de un diario, agregaba 'que la historia contemporánea había justificado plenamente la previsión de los pueblos que impusieron a fines del siglo pasado al Congreso Federal esta limitación de facultades', lo que significaba que en la de dictar códigos no estaba comprendida la de reglamentar los delitos de imprenta (...) "⁽⁶⁴⁶⁾.

Los antecedentes constitucionales permitían sostener esta interpretación, que fue asumida por la propia Corte Suprema en sus primeros fallos. Así, en el caso "Fiscal General c. Manuel Argerich" el tribunal ratificó un fallo de un juez de sección en el que se seguía la interpretación postulada por la *Comisión examinadora*⁽⁶⁴⁷⁾. Meses después, sin embargo, sostuvo un criterio contrario en el caso "Benjamín Calvete", pero sobre la base de una aparente excepción al principio general sustentado en el caso "Argerich". En efecto, el caso trataba sobre una sanción impuesta por el Senado a un ciudadano que había publicado una carta criticando a un senador en el diario *El Pueblo* de Buenos Aires. Por ello, la Corte distinguió entre las infracciones comunes generadas por el abuso del derecho a la libertad de expresión y las que se originaban en el privilegio reconocido a los miembros del Congreso por el (actual) art. 68 de la Constitución⁽⁶⁴⁸⁾. La Corte ratificó el carácter *excepcional* de su precedente del caso "Calvete" en el caso "Salva"⁽⁶⁴⁹⁾. Por ello, el tribunal mantendría el criterio en diversos fallos durante esos años⁽⁶⁵⁰⁾. Hacia 1916, el tribunal se daba una explicación clara del art. 32: quitar a la libertad de prensa del alcance de la facultad del

Congreso de establecer los códigos de fondo prevista en el actual art. 75.12⁽⁶⁵¹⁾.

Sin embargo, en 1932 la Corte modificó su criterio definitivamente. En el caso "Procurador fiscal c. Director del Diario *La Provincia*", el tribunal revisó su doctrina y ofreció una interpretación "estructural" de la Constitución, según la cual la jurisdicción federal podría establecerse sobre los delitos de imprenta cuando estos importen algunos de los crímenes que ofendan la soberanía y seguridad de la Nación. El caso trataba sobre una causa seguida en Santa Fe contra el editor del diario *La Provincia*. Luego de recordar su jurisprudencia, el tribunal consideró que

"(...) no es, sin embargo, admisible que los redactores de la Constitución, tanto los del año 53 como los reformadores del 60, después de crear un Gobierno nacional munido de determinados poderes para ser ejercidos dentro del territorio de las provincias, lo hayan entregado inerme y sin defensa a los ataques delictuosos y disolventes de la prensa. No es posible que el delito de desacato cometido contra el presidente de la República o contra el juez de sección mediante la palabra hablada, pueda ser penado y reprimido por la jurisdicción federal y no se halle en igual caso cuando es cometido por medio de la prensa... Parece fuera de toda lógica que los redactores de la Constitución, después de crear el Gobierno nacional, con una concepción de grandeza y poder superior a todo otro, lo hayan dejado entregado al *desgaste derivado del libelo sedicioso sin más protección para evitar su destrucción*, que la que puede dispensarle la Legislatura local o la justicia provincial... Que los redactores de la reforma de 1860 sabían, sin embargo, que la creación de un Gobierno nacional con una esfera de acción limitada pero con suprema autoridad (dentro de ella) suponía como consecuencia lógica, el otorgamiento de los poderes implícitos indispensables para asegurar su existencia (...)" (el destacado me pertenece)⁽⁶⁵²⁾.

El cambio de jurisprudencia es interesante ya que revela un cambio más profundo ocurrido en el derecho constitucional argentino entre 1860 y 1930, un cambio vinculado al proceso de organización nacional y a un desacuerdo histórico respecto de la relación entre provincias y Estado nacional en el proceso de formación de la nación. Hay dos preguntas que resultan interesantes y reveladoras sobre esta cuestión, y que procuro responder a continuación. Primero: ¿qué visión sobre la *libertad de imprenta* inspiró a Buenos Aires a incorporar al art. 32 como garantía adicional a la prevista en el art.

14? Segundo: ¿por qué esta visión fue abandonada por la Corte Suprema en 1932? Las dos preguntas, sugiero, están relacionadas.

I. POR QUÉ SE INCORPORÓ EL ART. 32 EN 1860

La primera cuestión se relaciona con el desacuerdo original sobre la génesis de la nación argentina: ¿fueron las provincias soberanas las que se reunieron y por medio de pactos constituyeron la nación o, por el contrario, la nación existió desde mayo de 1810 y la desaparición del gobierno central en 1820 fue un accidente de la historia? El desacuerdo no estaba solo vinculado a una cuestión histórica, sino que tenía consecuencias prácticas de orden conceptual. Si la primera opción es la correcta, entonces las provincias podrían *reservarse* ciertas facultades propias de la soberanía al momento de hacer la Constitución —el art. 32 y el actual art. 121, por ejemplo, parecen sostenerse sobre esta interpretación—. Si, por el contrario, la Nación argentina ya estaba constituida antes de la organización del Estado federal, entonces las provincias gozan de facultades limitadas y siempre y cuando estas no afecten al Estado nacional. Esta también encuentra sustento en algunas características del texto constitucional, como por ejemplo, la facultad original de revisar las Constituciones provinciales que se reservaba al Congreso Nacional en el texto de 1853 o la ya mencionada de establecer los códigos de fondo prevista en el actual art. 75.12. Mientras la primera opción está basada en una visión robusta sobre las *soberanías provinciales*, la segunda revela una mirada fuerte sobre el poder central y relega a las provincias al ejercicio de facultades *autonómicas*.

La narrativa de las *soberanías provinciales* había sido adoptada por Buenos Aires luego de la caída de Rosas, y se vio reflejada en los debates constituyentes de esos años y en las decisiones de la Corte Suprema que hemos analizado. Según Alberto Lettieri, después de la batalla de Caseros se procuró generar una identidad provincial robusta para lo cual se "apeló a la construcción" de un discurso de la legitimidad organizado alrededor de la noción de opinión pública y la producción de nuevas representaciones colectivas"⁽⁶⁵³⁾. Este discurso de legitimidad coincide con la expansión —entre las décadas de 1850 y 1880— de lo que Lettieri llamó una *república de opinión* y que descansaba sobre la idea de que la legitimidad de cualquier gobierno siempre depende, en última instancia, del juicio de la opinión pública⁽⁶⁵⁴⁾. El art. 32 de la Constitución parece ser resultado directo de esta concepción preponderante en Buenos Aires al momento de su incorporación a la Confederación.

La relevancia del valor de la *opinión pública* en la legitimidad de los sistemas políticos se ve claramente en el pensamiento de Bartolomé Mitre, quien sostiene una mirada *política* sobre este concepto que Elías Palti contrasta de manera inteligente con una visión *jurídica* representada por Vicente Fidel López⁽⁶⁵⁵⁾. El punto es interesante porque —sugiero— nos permite explicar no solo la presencia de una visión fuerte sobre el art. 32 en la Convención de 1860 y en los primeros fallos de la Corte Suprema sino también, los motivos por los cuales la misma fue abandonada durante la tercera década del siglo XX. En efecto, Palti contrasta la visión *jurídica* que ve en la prensa a una suerte de tribunal neutral que "tras evaluar la evidencia disponible y contrastar los distintos argumentos, accede, idealmente, a la 'verdad del caso'"⁽⁶⁵⁶⁾; con la visión *política*, que ve en la prensa a la manifestación de la opinión pública que sostiene o derriba gobiernos. La tensión entre las dos visiones es evidente. Si —como explica Palti— basta un libelo para derribar un gobierno, ¿cómo es posible concebir un orden basado en la opinión? Si ello es así, ¿cómo se podría limitar a la prensa sin "minar los fundamentos de legitimidad" del orden liberal?⁽⁶⁵⁷⁾

De acuerdo con Palti, la visión *política* de Mitre terminará por imponerse, el desafío fue constituir una "opinión pública orgánica" que forme un espacio republicano libre de las intrigas de la política facciosa⁽⁶⁵⁸⁾. Desde este punto de vista, la prensa periódica —en la que Mitre participará activamente durante toda su carrera política— tendrá el objetivo no de *reflejar* a la opinión pública sino la misión de *constituirla* como tal⁽⁶⁵⁹⁾. Esta mirada, entonces, plantea una contradicción difícil de resolver. Si la *libertad de imprenta* viene a garantizar el derecho a crítica de manera amplia pero —a su vez— constituye la fuente de legitimidad de los gobiernos, ¿cómo distinguir a la crítica aceptable de aquella que constituye actos sediciosos?⁽⁶⁶⁰⁾ Como señala Wasserman, el propio Mitre en las páginas de *Los Debates* manifestaba una posición contradictoria, de defensa de la libertad de imprenta pero de necesidad de regulación, una duplicidad que "no pasó desapercibida y le valió ataques en dos frentes que ponían de manifiesto la dificultad que entrañaba encontrar un equilibrio entre la libertad y el orden tal como pretendía"⁽⁶⁶¹⁾.

Quizás esta peculiaridad conceptual y la tensión aporística y fundacional entre *orden* y *libertad* encerrada en la cuestión explique la inclusión del art. 32 en las reformas de 1860. En este sentido, las palabras sobre *absoluta libertad de imprenta* de Vélez Sarsfield antes reseñadas deben ser contrastadas con la práctica usual de regular y restringir la prensa en Buenos Aires durante todo el siglo XIX, desde

los escritos del padre Castañeda durante los gobiernos de Martín Rodríguez y Bernardino Rivadavia hasta la "persecución sistemática" de voces críticas después de la batalla de Caseros⁽⁶⁶²⁾. En este sentido, tiene sentido leer al art. 32 como la forma en que Buenos Aires buscó resguardar su opinión pública de posibles interferencias del Estado federal, no por una inclinación ilustrada tendiente al resguardo de la *libertad de expresión* sino porque la *imprensa* constituía una herramienta de construcción de legitimidades políticas.

II. POR QUÉ CAMBIÓ LA CORTE SUPREMA SU INTERPRETACIÓN EN 1932

Tenemos entonces una hipótesis sobre lo que llevó a Buenos Aires a incluir el art. 32 en la reforma de 1860. Podemos abordar la segunda pregunta planteada anteriormente: ¿por qué abandonó la Corte Suprema este criterio en 1932? La respuesta está relacionada, entiendo, con el desafío de la organización nacional asumido por la élite porteña después de la batalla de Pavón en 1861. Aquí, nuevamente, debemos recurrir a la historia para elaborar hipótesis plausibles. Según explica Lettieri, el proceso de consolidación del Estado federal con cabeza en Buenos Aires plantea una contradicción *vis à vis* la *república de opinión* constituida luego de 1852.

"En efecto, ya las primeras decisiones adoptadas tras la victoria militar permitieron advertir una tensión entre la necesidad de unificar el comando de las acciones vinculadas a la consolidación de su 'gran política' nacional, y aquellos valores y prácticas ampliadas de participación que habían permitido construir un nuevo consenso y una nueva legitimidad republicana en Buenos Aires a lo largo de los años 50. Más aún teniendo en cuenta la debilidad de los círculos liberales del interior, que sólo podían mantenerse en los gobiernos provinciales con el respaldo constante del naciente Ejército nacional, y el carácter provisorio de la victoria obtenida sobre las fuerzas de un menguante —pero aún vigoroso— Partido Federal. Resultaba posible advertir que esa tensión sólo podría pronunciarse en los próximos años"⁽⁶⁶³⁾.

En efecto, la consolidación del Estado nacional fue un proceso que "importó la expropiación" a las provincias de gran parte de los atributos y prerrogativas que habían ejercido desde su creación. La concentración del poder en manos del Estado nacional en detrimento de los provinciales se agudizó especialmente después de 1880"⁽⁶⁶⁴⁾. La hipótesis, entonces, es que el cambio jurisprudencial producido en 1932 estuvo al menos indirectamente relacionado con este proceso

de consolidación del Estado nacional bajo el liderazgo de Buenos Aires y con aquella dicotomía fundacional entre *orden* y *libertad*, que se expresó de una manera especialmente clara en la cuestión de la regulación de la *libertad de imprenta*. La tensión entre el impulso normalizador del actual art. 75.12 y la excepción a ese principio contenida en el art. 32 se resolvió a favor del creciente poder del Estado federal. Y aquello que motivó a Buenos Aires a incorporar el art. 32 en 1860 cuando se intuía en inferioridad de condiciones con las provincias —es decir, la concepción *política* de la opinión pública que pedía algún tipo de control o regulación sobre la libertad de imprenta— motivó, a las mismas élites ahora a cargo del Estado nacional, a procurarse para sí esas mismas herramientas.

Resulta interesante ver cómo este proceso parece estar, también, vinculado al progresivo reemplazo de la idea de *soberanías provinciales* presente en los debates constituyentes de 1853-1860 por el concepto, más amigable al poder central, de *autonomía*⁽⁶⁶⁵⁾. En efecto, este deslizamiento conceptual puede verse entre los primeros fallos de la Corte y la decisión de 1932 que modifica la interpretación original sobre el art. 32. Así, en 1916 la Corte Suprema destacaba el argumento del *Redactor de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal* sobre este punto⁽⁶⁶⁶⁾.

"La sociedad puede reglamentar y aun reprimir el abuso; pero esa reglamentación y esa represión, es privativa de la *soberanía provincial*; es decir, es privativa de la sociedad en que el abuso se comete, y a la cual puede dañar inmediatamente, ya sea á toda ella en su conjunto, ya a los individuos aisladamente. Aun considerando los abusos de la palabra escrita como verdaderos delitos (que en realidad no son sino actos dañosos a la sociedad), ellos no podrían caer bajo la jurisdicción nacional, como no caen los delitos comunes; y seria un contrasentido que fuese tribunal nacional un jurado de imprenta, y no lo fuese un juzgado civil o criminal" (el destacado me pertenece)⁽⁶⁶⁷⁾.

El problema es visto de una manera completamente distinta en 1932. En efecto, en el caso "Procurador", el tribunal da cuenta de su jurisprudencia hasta el momento y —también— de las razones para abandonarla. Para la Corte, el desafío es el siguiente: saber "si el Congreso de la Nación tiene el derecho de atribuir carácter delictuoso a ciertas actividades que conspiran contra la subsistencia de la Carta Fundamental, del gobierno federal o de sus funcionarios cuando tales actividades se desarrollan y ejercitan por medio de la prensa, dentro del territorio de las provincias"⁽⁶⁶⁸⁾. La pregunta, que hasta el momento había recibido respuesta negativa, recibe ahora una

contundente respuesta positiva en los términos anteriormente citados. La concepción *política* de la opinión pública que Palti descubre en Mitre se ve replicada en la Corte, especialmente una concepción *defensiva* de las regulaciones sobre la prensa, que reconoce al Gobierno federal poderes para defenderse de los "ataques delictuosos y disolventes de la prensa"⁽⁶⁶⁹⁾. Vale la pena destacar cómo el argumento de la Corte descansa sobre una interpretación forzada del art. 32, su fuente más directa —que se asume es la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos— y las supuestas intenciones de los constituyentes.

"El sentido más probable de la segunda parte del art. 32 es, en efecto, el de que los convencionales del 60 quisieron reproducir en la Constitución argentina la misma situación legal existente en la que les servía de modelo. Ahora bien; en los Estados Unidos, donde cada uno de los Estados conserva el derecho de dictar sus códigos comunes, no existía el peligro de que por medio del Cód. Penal, el Congreso legislara sobre la prensa; en cambio, ese peligro era real entre nosotros, desde que por expresa disposición constitucional se atribuía al Congreso la facultad de dictar los códigos comunes. Lo único que puede inferirse, entonces, de la misma cláusula del art. 32, es que ni aun en el caso de delitos ordinarios, o sea de aquello que las provincias hubieran tenido el derecho de reprimir si se hubiera reservado la facultad de dictar leyes sobre prensa, pero sin que esto importase desconocer el derecho de aquel mismo Congreso para legislar sobre ella, cuando fuese con el fin de *asegurar y proteger la existencia misma del Gobierno nacional o el ejercicio de sus poderes, reprimiendo la incitación a la rebelión o al ataque de los fueros, inmunidades o privilegios de los funcionarios por medio de los cuales se ejercitan aquellos*" (el destacado me pertenece)⁽⁶⁷⁰⁾.

El efecto de esta concepción *defensiva* sobre la regulación de la prensa es claro: una cláusula textual relativamente clara es interpretada restrictivamente en pos de una interpretación amplia sobre las prerrogativas de un Estado federal que —hacia esos años— concluía un proceso de consolidación iniciado cerca de cincuenta años antes. Resulta iluminador, en este sentido, cómo el tribunal recurre a la interpretación pro Estado federal de los propios constituyentes porteños cuando estos se habían hecho con el control del gobierno.

"Según Elizalde y Rawson, ministros de general Mitre, esa cláusula no altera en nada el art. 67. inc. 11 [75.12] de la Constitución, en cuanto establece la unidad de la legislatura penal

y la competencia de los tribunales federales o provinciales según que, por razón de la materia o las personas, caigan bajo una u otra jurisdicción. Terminantemente, en sus discursos pronunciados en el Senado Nacional en 1864, se deciden porque el Congreso puede legislar sobre delitos de imprenta (...) Mitre, en la Convención de Buenos Aires en 1871, emite ideas concordantes con las anteriores, y bajo su gobierno, en 1863, se ordenó al Fiscal que acusara ante la justicia federal un artículo ofensivo publicado contra un funcionario adscripto al servicio del Gobierno de la Nación. Sarmiento, uno de los autores de la reforma, en su mensaje de 1874 dice que 'los tribunales federales eran jueces naturales de todos los delitos contra la Nación cometidos por la prensa'"(671).

El tribunal captura, en su sentencia en el caso "Procurador", un movimiento interesante de esta etapa de la historia argentina. Buenos Aires quiso mantener dentro del ámbito de las *soberanías provinciales* el control de la regulación de la prensa, herramienta que veía como vital para la construcción de una opinión pública *orgánica* de la cual dependía la legitimidad del sistema político y que veía potencialmente amenazada por un Estado federal controlado por sus enemigos. Una vez que esa misma élite se hizo del control del Estado federal, buscó contar con las mismas herramientas en el marco de la consolidación del Estado federal y la transformación de las *soberanías provinciales* en simples *autonomías*, una noción "esencialmente vinculada al lenguaje de la descentralización, con todos sus presupuestos implícitos de estatalidad y centralización originaria"(672). Como señala Zimmerman, la operación constituyó una "construcción política e ideológica que tendía a fortalecer la preeminencia de la soberanía nacional sobre una concepción alternativa de 'soberanía dividida'"(673).

El argumento del caso "Procurador" va a ser retomado cuarenta años después por la Corte Suprema en el caso "Ramos c. Batalla"(674). El dictamen del procurador general en ese caso sostiene, por ejemplo, que la interpretación original de la Corte "comportaba consecuencias exageradas, toda vez que impedía a los tribunales federales conocer en cuanto a los abusos de imprenta susceptibles de afectar la seguridad y la soberanía de la Nación"(675). Vemos, aquí una vez más, la concepción *defensiva* de la libertad de imprenta y su regulación. El tribunal, por su parte, argumentó que el objetivo de lograr uniformidad en la legislación de fondo —implícito en el actual art. 75.12 de la Constitución— debe servir para interpretar que el art. 32 no fue incorporado en 1860 para "negar el

principio de la uniformidad de la legislación penal en lo que atañe a delitos cometidos por medio de la prensa, ya que esa conclusión pugnaría con los propósitos perseguidos mediante el art. 67, inc. 11. 'La inconsecuencia o la falta de previsión jamás se supone en el legislador y por esto (...) se reconoce como un principio inconcuso; que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras; y adoptando como verdadero el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto'"⁽⁶⁷⁶⁾. La Corte Suprema hizo suyo un criterio sustentado por José Nicolás Matienzo.

"El objeto del art. 32 de la Constitución fue tan sólo prevenir la posibilidad de que el Congreso, adoptando la equivocada teoría de los abusos de la libertad de imprenta, sometiera la materia íntegra a la jurisdicción federal, como las materias de patentes de invención, de bancarrotas, de piratería o de comercio marítimo. Pero de ninguna manera se propuso el art. 32 derogar las reglas de jurisdicción federal establecidas en el art. 100 y, mucho menos, las que fijan la competencia por razón de las personas; de suerte que los delitos cometidos por medio de la prensa deben ser juzgados por los tribunales nacionales o por los provinciales, según las circunstancias particulares que determinan la competencia"⁽⁶⁷⁷⁾.

De acuerdo a este criterio, el Congreso mantiene la facultad de "dictar leyes que, *sin restringir* la libertad de prensa, *castiguen* las publicaciones tendientes a aconsejar o excitar la acción que perturbe la seguridad del Gobierno nacional u obstaculice el ejercicio eficiente de sus poderes legales, o en otros términos, de dictar leyes para reprimir los actos que importen una incitación a cometer en el territorio de las provincias algunos de los crímenes que ofenden la Soberanía y la seguridad de la Nación" (el destacado, intencionado, me pertenece)⁽⁶⁷⁸⁾.

Esta jurisprudencia será aceptada por la Corte Suprema de Justicia en el período posterior al retorno de la democracia en 1983. En efecto, las menciones al [art. 32](#) de la CN van a ir invariablemente de la mano del art. 14⁽⁶⁷⁹⁾. La funcionalidad de este artículo será resaltar la importancia de la libertad de expresión, ya que el constituyente "no se conformó con consagrar en el art. 14 el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa sino que añadió en el art. 32 la explícita prohibición al Congreso de dictar leyes restrictivas de la libertad de prensa" y le atribuyó a esta "una importancia superior"⁽⁶⁸⁰⁾.

Vemos, entonces, el final de un largo recorrido histórico que revela una transformación profunda del derecho argentino. La incorporación de Buenos Aires a la Confederación Argentina fue acompañada de medidas tendientes a resaltar el carácter federal de la Constitución y el art. 32 se interpretó, en su momento, como una de ellas. Sin embargo, esta especial reserva de facultades estaba inspirada en una concepción *política* de la opinión pública que generaba tensiones evidentes con el orden político liberal que se estaba instituyendo. Vemos estas tensiones en los hombres públicos de la época y en la distancia considerable entre las palabras y los hechos entre, por ejemplo, la defensa *liberal* de la libertad de palabra y una concepción *defensiva* de la regulación de la prensa que consideraba que la fuente de legitimidad del sistema político descansaba en la opinión pública. Cuando esa misma élite se hizo con control del Estado federal buscó gozar de esas herramientas que había buscado reservarse para sí en 1860. Así, tan solo unos pocos años después de la incorporación de Buenos Aires vemos a Mitre y Sarmiento argumentar en el Senado que el art. 32 en nada modificaba al actual art. 75.12. Esta jurisprudencia será ratificada en 1970 y mayormente olvidada en los años posteriores. En el camino, sin embargo, el art. 32 pasó de ser una cláusula que expandía el federalismo de la Constitución a una trivial y repetitiva afirmación de la importancia de la libertad de prensa en el orden político democrático.

* * *

Art. 33.—

Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

EL ART. 33 DE LA CN: UNA BREVE BIOGRAFÍA DE LA CLÁUSULA SOBRE LOS DERECHOS IMPLÍCITOS O NO ENUMERADOS

I. Introducción: de promesas, momentos heroicos y desengaños

"Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno" reza el [art. 33](#) de la CN. Como puede advertirse rápidamente, se trata de una norma con un enorme potencial interpretativo. Según ella, la Constitución comprende no solamente aquellos derechos que quienes la redactaron pudieron anticipar, sino también otros de carácter igualmente fundamental que pudieran considerarse comprendidos en la amplia fórmula adoptada.

Adviértase que esta característica de la norma nos mueve mucho más allá, en términos de potencial expansión de derechos, que la mera adopción de un método interpretativo dinámico o evolutivo y su aplicación a los derechos enumerados. Así, incluso para quienes adoptan una interpretación evolutiva o dinámica de las normas constitucionales (p. ej., el "originalismo semántico" al que se refiere Dworkin)(682), los derechos contenidos en la Constitución estarían limitados de algún modo por las elecciones volcadas en el texto. Más allá de lo que signifique, en concreto, la "igualdad ante la ley" —por ejemplo— es ese derecho y no otro el que estará sujeto a interpretación. Habrá diversas posibilidades interpretativas, pero existirán alternativas que estarán excluidas del menú de opciones, de acuerdo con las convenciones de nuestra comunidad interpretativa(683). Habrá alternativas que no contarán como interpretaciones de la "igualdad ante la ley", por mucho que nos parezcan deseables desde una perspectiva moral. Cláusulas como el art. 33, en cambio, permiten la inclusión de derechos nuevos, distintos de los contenidos en otras normas y que se encuentran más allá de la "resistencia semántica" de las cláusulas que enumeran derechos(684).

Esa riqueza potencial, no obstante, puede haber sido un obstáculo para un desarrollo jurisprudencial más rico del art. 33. A mi juicio, ella contribuye a explicar el uso más bien modesto que, en líneas generales, la norma tuvo desde su incorporación constitucional en 1860 hasta la reforma de 1994, momento en que entra en escena una causa concurrente que vuelve más complicada todavía la pintura. En el ínterin, no obstante, hubo momentos de gloria en los que se alumbraron líneas jurisprudenciales de innegable importancia. La historia del art. 33 es, entonces, una historia de grandes promesas, con algunos desarrollos heroicos y otros previsibles desengaños(685). Veamos, en primer lugar, las posibles causas del uso más bien esporádico y asistemático de la norma por nuestra Corte Suprema.

Es sencillo advertir que la aplicación de una norma que recurre a conceptos dotados de cierta vaguedad y "esencialmente controvertidos"(686) como la "soberanía del pueblo" y la "forma republicana de gobierno" genera inevitables desafíos que, en algunos casos, pueden hacer temblar la mano de jueces necesariamente más humildes que el hercúleo modelo postulado por Dworkin. Sabido es que, a mayor indeterminación de la norma adoptada, mayor desplazamiento de costos (de información, de la

toma decisión, del riesgo de incurrir en errores, etc.) a quien debe aplicarla⁽⁶⁸⁷⁾. ¿Qué significa, concretamente, "soberanía del pueblo"? ¿Y qué notas constituyen, exactamente, la "forma republicana de gobierno"? Resueltos estos puntos, sobre los que seguramente habrá cierta disputa⁽⁶⁸⁸⁾, se abren nuevos interrogantes: ¿qué derechos no enumerados nacen de estos conceptos complementarios y a veces en tensión? ¿Cómo efectuar la derivación que manda la norma? ¿Están comprendidos únicamente los derechos que son indispensables para el desarrollo de uno u otro concepto o también aquellos que se vinculan razonablemente con la mejor implementación de ellos? ¿Se trata de derechos cuyos titulares son individuos o, por el contrario, estamos en presencia de derechos propios de entes colectivos? Como se advierte, la tarea no es sencilla.

Esto se complica aún más porque seguramente habrá diversas respuestas razonables a interrogantes como los reseñados. La gente posiblemente tendrá desacuerdos de buena fe respecto de qué tipo de derechos contiene la norma, lo que abre la puerta a la conocida "dificultad contramayoritaria"⁽⁶⁸⁹⁾ y, para algunos, a fuertes razones normativas para que la determinación de los derechos se realice en sede legislativa⁽⁶⁹⁰⁾. Por lo demás, la interpretación y aplicación judicial de este tipo de cláusulas puede ser percibida por ciudadanos y otros operadores del sistema como simplemente política, violando lo que Lessig llama la "restricción de Frankfurter". De acuerdo con esta restricción, una regla de decisión judicial "es una regla inferior si en su aplicación parecer ser política, en el sentido de permitir que factores extra-legales controlen su aplicación"⁽⁶⁹¹⁾. Esta restricción se vincula, por supuesto, al potencial socavamiento de la legitimidad sociológica de los tribunales que, al aplicar normas, violan la restricción y brinda razones instrumentales para minimizar la aplicación de este tipo de reglas de decisión. Nadie quiere que sus jueces sean simples "políticos con togas". Si a todo ello sumamos los problemas de legitimidad que ha tenido la justicia argentina desde, por lo menos, 1947 y con los que viene luchando hasta el día de hoy⁽⁶⁹²⁾, es fácil ver por qué hay fuertes incentivos para que la cláusula haya sido objeto de "infra-aplicación" (*underenforcement*)⁽⁶⁹³⁾. En suma, el art. 33 pudo ser considerado como una suerte de "Caja de Pandora", cuya apertura era mejor, en lo posible, evitar o confinar a situaciones relativamente marginales. Podemos llamar a este problema, con algunas licencias, *el problema de la subdeterminación normativa*: el art. 33 determina tan poco, *ex ante*, que hay incentivos para evitar su aplicación judicial.

Si la tarea de determinar derechos implícitos o no enumerados era compleja antes de la reforma de 1994, ciertamente se volvió todavía más desafiante luego de la incorporación constitucional de los nuevos derechos y garantías y de la asignación de jerarquía constitucional a un número de tratados internacionales sobre derechos humanos. El obstáculo, en este caso, es de signo inverso al anterior y podemos llamarlo *el problema de la sobredeterminación normativa*: los nuevos derechos y, en especial, los tratados internacionales de derechos humanos ocupan casi todo el espacio normativo imaginable en materia de derechos, dejando muy poco margen para la actuación del art. 33 de la Constitución⁽⁶⁹⁴⁾. Como ha reconocido la Corte Suprema:

"(...) los principios y pautas de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos (...) *en buena medida implícitos en la Constitución histórica*, han sido expresamente incorporados a esta por vía del art. 75.22, al dar jerarquía constitucional a los mayores instrumentos internacionales en la materia"⁽⁶⁹⁵⁾.

Debe tenerse presente, además, que *el problema de la subdeterminación normativa* del art. 33, aunque pueda variar en su intensidad por distintos factores⁽⁶⁹⁶⁾, no ha desaparecido y actúa juntamente con la *sobredeterminación normativa* para desincentivar el recurso al art. 33.

Como puede apreciarse, parecen haber diversas razones que militan en contra de que normas del tipo del art. 33 reciban un desarrollo jurisprudencial intenso. No obstante, vale destacar que la norma jugó un papel importante en, al menos, dos líneas jurisprudenciales de relevancia, como se verá enseguida. En esos casos, la fortaleza de sus promesas prevaleció frente a las prevenciones que podía generar la subdeterminación del texto.

Repasemos ahora, brevemente, los orígenes de la cláusula, su enraizamiento filosófico y las promesas que pudo haber significado para quienes decidieron su inclusión en la CN.

II. LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA CLÁUSULA

Es sabido que el art. 33 ingresó al texto constitucional durante la reforma de 1860⁽⁶⁹⁷⁾. Es comúnmente aceptado que la norma fue inspirada por la Novena Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos⁽⁶⁹⁸⁾. Esta última dice que "la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será interpretada en el sentido de negar o descalificar otros retenidos por el pueblo"⁽⁶⁹⁹⁾. Debe advertirse que el texto nacional se apartó del estadounidense al reemplazar la

referencia los derechos "retenidos por el pueblo" por otra a aquellos que "nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno". ¿Significó esa alteración una modificación filosófica sustancial? ¿Supuso un apartamiento consciente en busca de un significado "radicalmente diferente"⁽⁷⁰⁰⁾? La discusión es demasiado amplia para enfrentarla en el espacio de este artículo⁽⁷⁰¹⁾, pero vale la pena efectuar algunas menciones rápidas.

Aunque tanto en el Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal, presentado ante la Convención del Estado de Buenos Aires en febrero de 1860, como en el debate en el seno de la Convención reformadora, se ofrecieron distintas posturas respecto de cómo interpretar la norma que se proponía incorporar, y algunas afirmaciones vertidas permiten efectuar inferencias respecto de derechos de entes colectivos, el consenso interpretativo en torno a los debates parece inclinarse en la dirección de considerar que la cláusula se refiere a derechos de los individuos.

García-Mansilla explora los ejemplos de derechos o garantías colectivos brindados en el Informe y señala que en todos los casos se trata de límites concretos oponibles al gobierno y a la mayoría⁽⁷⁰²⁾, lo que reforzaría su tesis de que, para los constituyentes argentinos, la relación entre el pueblo y los derechos no era de subordinación de estos a aquel, sino de aquel a estos o, dicho de otro modo, los derechos limitan la soberanía popular⁽⁷⁰³⁾. Rabbi-Baldi Cabanillas parece abrazar una conclusión similar, apoyándose en el Informe de la Comisión, que no obstante considerar que debido al carácter de derechos naturales que le atribuía a los derechos objeto de la cláusula —anteriores y superiores, en su visión, a toda normatividad positiva— era innecesario efectuar una aclaración como la que suponía el art. 33 proyectado, "(...) para mayor claridad, *para evitar todo avance de los poderes públicos sobre los derechos individuales*, la Comisión aceptó dos de los artículos de enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos"⁽⁷⁰⁴⁾.

Aunque es indudable que la idea de soberanía popular presenta un aspecto colectivo preeminente, el entendimiento en la época de la reforma parece haber tenido un sesgo individualista que hoy se nos antojaría, tal vez, anacrónico:

"En esta Sección de la Constitución están comprendidos todos aquellos derechos, o más bien principios, que *son* anteriores y superiores a la Constitución misma, que la ley tiene por objeto amparar y afirmar, y que ni los hombres constituidos en sociedad pueden renunciar, ni las leyes abrogar. Los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza, como los derechos de los pueblos que conservando su independencia se federan con

otros, no pueden ser enumerados de una manera precisa. No obstante esa deficiencia de la letra de la ley, ellos forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades, porque fluyen de la razón del género humano, en una comunión política y del fin que cada individuo tiene derecho a alcanzar. *El objeto primordial de los gobiernos es asegurar y garantizar esos derechos naturales de los hombres y de los pueblos; y toda ley que los quebrantase, destruiría los fundamentos de la sociedad misma, porque iría contra el principio fundamental de la soberanía*"⁽⁷⁰⁵⁾.

La Constitución se enroló, en el punto, en la tradición de los derechos naturales que tiene un fundamento centralmente individualista⁽⁷⁰⁶⁾, y ese elemento tiñe las referencias tanto a la "soberanía popular"⁽⁷⁰⁷⁾ como a la "forma republicana de gobierno" que hicieran los constituyentes.

Como destaca Waldron:

"Desde el punto de vista de [la tradición] de los derechos naturales, 'el pueblo' era simplemente el plural de la persona individual; no era analizado como un colectivo y apenas [era] entendido como un soberano"⁽⁷⁰⁸⁾.

Kaufman, a su turno, explica la referencia a la forma republicana de gobierno también en términos de su eficacia para preservar derechos individuales:

"La razón por la cual nuestros constituyentes basaron los derechos fundamentales en la forma republicana de gobierno y en el principio de la soberanía del pueblo consistió en su creencia en que únicamente a través del establecimiento de un marco republicano se lograría que los derechos individuales sean [sic] idóneamente defendidos de las extralimitaciones del poder público"⁽⁷⁰⁹⁾.

Por supuesto, nada de esto nos ata en forma inevitable a interpretar el art. 33 del modo en que sus redactores pensaron que se aplicaría o de la manera en que habrían entendido esos términos hablantes competentes del idioma en 1860, salvo que nos enroláramos en cierto tipo de originalismo interpretativo⁽⁷¹⁰⁾. Pero cualquier teoría interpretativa competente (esto es, que da cuenta de la práctica), originalista o no, otorga algún lugar a la evidencia histórica en la determinación del significado de las normas o en su aplicación⁽⁷¹¹⁾.

Resumiendo: la idea que parece haber animado a los constituyentes guarda alguna analogía con la que movió la incorporación de la Novena Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos⁽⁷¹²⁾, en tanto el texto apuntaba a prevenir

interpretaciones constitucionales que entendieran que los únicos derechos de que gozan los individuos son los expresamente enumerados. Latía en el fondo del debate la idea de que existen ciertos derechos —entonces, "naturales"; hoy, "humanos"— cuya existencia no depende de su consagración positiva, pero que sin embargo tienen una *pretensión de positivización*⁽⁷¹³⁾. Allí radica la promesa, en ocasiones gloriosa, que el art. 33 hacía a quienes decidían su inclusión en 1860. Veamos ahora algunos de los momentos de mayor esplendor.

III. LOS MOMENTOS DE GLORIA: EL AMPARO Y LAS GARANTÍAS PENALES

Si uno hiciese una lista de los fallos más relevantes de la Corte Suprema argentina, seguramente "Siri" y "Kot" aparecerían en ella. El nacimiento pretoriano del amparo fue, sin dudas, uno de los momentos altos del tribunal, e involucró al art. 33 como vía de positivización de un derecho fundamental ("garantía", le llamó el tribunal) que, a la vez, expandió notablemente la aplicación de la Constitución. Por un lado, claro, el efecto "horizontal" de la Constitución que se vislumbra en *obiter dictum* dentro de una cita en "Siri" y se hace explícito en "Kot", que marca un punto de inflexión respecto de la visión puramente estadounidense existente hasta la fecha, y que se refleja hoy en casos como "Sisnero"⁽⁷¹⁴⁾. Por otro lado, la idea contenida en "Siri" según la cual, los derechos constitucionales no son meras declaraciones teóricas y la falta de previsión legislativa de un procedimiento judicial adecuado no puede privar de vías efectivas a un derecho que la norma fundamental reconoce— abría la puerta a la "tutela judicial efectiva".

Así, en "Siri" se señaló que dado que

"(...) la garantía de la libertad de imprenta y de trabajo que aseguran los arts. 14, 17 y 18 de la CN (...) en las condiciones acreditadas en la causa, se halla evidentemente restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique dicha restricción (...) basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: 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 (...) Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: '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 o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto"⁽⁷¹⁵⁾.

En "Kot" se expandió la vía amparista y se la teorizó algo más, invocando el art. 33 como parte importante del razonamiento:

"Admitido que existe una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual (art. 33, CN), ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto y *a priori* toda restricción que emane de personas privadas (...) Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada —que es, desde luego, la del hábeas corpus y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc.— por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos. Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distinguo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos"⁽⁷¹⁶⁾.

El tribunal señaló, además, que

"Es verosímil presumir que, en el ánimo de los constituyentes de 1853, las garantías constitucionales tuvieron como inmediata finalidad la protección de los derechos esenciales del individuo contra los excesos de la autoridad pública. En el tiempo en que la Constitución fue dictada, frente al individuo solo e inerme no había otra amenaza verosímil e inminente que la del Estado. Pero *los constituyentes tuvieron la sagacidad y la prudencia de no fijar exclusivamente en los textos sus temores concretos e históricos, sino, más bien, sus aspiraciones y sus designios permanentes y, aun, eternos: la protección de la libertad.* Esto último es lo que resulta del inequívoco y vehemente espíritu liberal de la Ley Suprema, aquello otro lo que se comprueba objetivamente en los textos constitucionales mismos. Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados "derechos humanos" —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad"⁽⁷¹⁷⁾.

Queda configurada así no solamente la "garantía innominada" que hoy llamamos "tutela judicial efectiva", sino también una lectura del

art. 33 necesariamente dinámica enraizada en la idea general de protección de la libertad.

Alguien podrá decir que esta invocación del art. 33 —casi una "reflexión tardía", toda vez que no aparece en "Siri"— es simplemente *pour la gallerie*. Aunque no comparto esa visión, lo cierto es que una vez que el aparato doctrinario está en la colección de fallos, es una herramienta más que tiene la Corte y que cobra vida propia, como demuestra el fecundo desarrollo jurisprudencial posterior de las ideas allí esgrimidas, no solamente en lo que hace a la acción de amparo, sino en lo relativo a la facultad jurisprudencial de crear remedios constitucionales⁽⁷¹⁸⁾ que cobraría vigor, sobre todo, a partir de "Ekmekdjian"⁽⁷¹⁹⁾ y "Halabi"⁽⁷²⁰⁾.

Otro momento destacado en la biografía del art. 33 lo constituye el nacimiento de una serie de garantías penales, integrantes del debido proceso, que a pesar de no ser mencionadas expresamente en la Constitución encontraron su apoyo en la noción de derechos implícitos. Con mayor timidez inicial que en el caso del amparo y no sin algunos tropiezos, la Corte alumbró una jurisprudencia crecientemente garantista que más tarde encuadraría en el artículo en cuestión. Por razones de espacio, no es posible analizar aquí más que unos pocos ejemplos, pero la tradición es, en el punto, ciertamente más rica.

Así el principio del *ne bis in idem* asomó tímidamente en el panorama de las garantías constitucionales en el dictamen del Procurador Ramón Lascano en la causa "Justiniano Luis Pereyra"⁽⁷²¹⁾, un caso fallado en 1960. Allí sostuvo que el nuevo procesamiento de un individuo que había sido condenado por homicidio, a los fines de investigar

"(...) actos que sin duda habían sido cuerpo del delito en el primer juicio (...) es asimismo violatorio del principio *non bis in idem*, por configurar lo que los anglosajones llaman *double jeopardy* (vedada en la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos), que se halla *también implícitamente prohibida por el sistema de garantías que aseguran en nuestra carta magna el debido proceso legal*".

Dicho criterio fue admitido únicamente "a título de hipótesis" por la Corte, que terminó descartando la violación de garantías constitucionales. Algunos años después, en el señero fallo "Mattei" y al consagrar el derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable, la Corte abrazó sin dubitaciones la tesitura que había propuesto el Procurador en "Pereyra" y sintetizó las garantías penales implícitas,

integrantes del derecho a la defensa en juicio y el debido proceso. Allí dijo:

"(...) debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la CN el derecho de todo imputado a obtener —luego de un juicio tramitado en legal forma— un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término —del modo más rápido posible— a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que importa el enjuiciamiento penal (...) tal derecho a un juicio razonablemente rápido se frustraría si se aceptara que, cumplidas las etapas esenciales del juicio y cuando no falta más que el veredicto definitivo, es posible anular lo actuado en razón de no haberse reunido pruebas de cargo (...) con desmedro (...) del *fundamento garantizador —como tal de raigambre constitucional— que ha inspirado la consagración legislativa de ciertos pilares básicos del ordenamiento penal* (...) cuales son, el del *non bis in idem*, el del *in dubio pro reo* y el que prohíbe la 'simple absolución de la instancia'"⁽⁷²²⁾.

El art. 33 brilla por su ausencia literal en los fallos analizados, pero su espíritu los atraviesa: se trata, en todos los casos, de derechos implícitos o no enumerados. Con posterioridad, estas garantías penales —y otras— han sido explícitamente encuadradas por el Alto Tribunal en el art. 33. Curiosamente, ello ha sido así inclusive cuando dichas garantías habían recibido ya explícita protección textual a través de diversas normas contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos⁽⁷²³⁾. Así ha ocurrido, por ejemplo, con la garantía del juez imparcial⁽⁷²⁴⁾ y con el propio *ne bis in idem*⁽⁷²⁵⁾.

IV. LOS DIVERSOS MODELOS INTERPRETATIVOS

Un análisis de la doctrina autoral y de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el tema permite encontrar, como mínimo⁽⁷²⁶⁾, tres grandes grupos de variantes interpretativas del art. 33: un modelo dual, un modelo de derivación de derechos y un modelo de federalismo y deferencia. El modelo dual cobija dos propuestas parcialmente distintas. A su vez, el modelo de derivación de derechos reconoce dos vertientes. Una se vuelca hacia los derechos individuales, con distintos tipos de derechos o mecanismos de derivación de derechos como nota distintiva de subtipos, y otra enfocada en los derechos colectivos. Analizaré ahora, brevemente, estos modelos interpretativos.

Son expresiones de un modelo dual, desde diversas perspectivas, las propuestas interpretativas ofrecidas tanto por Kaufman⁽⁷²⁷⁾ como

por García-Mansilla⁽⁷²⁸⁾. Analizaré en primer término la postura de Kaufman.

A su juicio, el art. 33 constituye, a un tiempo, una norma para derivar derechos no enumerados y un *principio de interpretación de los restantes derechos enumerados*. A fin de ilustrar el funcionamiento de la norma, el autor nos propone imaginar la Constitución como un rompecabezas incompleto, donde los derechos enumerados serían las piezas existentes y colocadas en el armado de la figura y las piezas faltantes serían los derechos no enumerados o implícitos. alguna de estas piezas faltantes son sencillas de representar, en tanto el derredor de ellas está bien definido por piezas ya colocadas —derechos enumerados—. Otras piezas faltantes, en cambio, son más difíciles de ubicar en el esquema general. Ahí es donde entraría en juego el art. 33 como mecanismo de derivación de derechos, facilitando la tarea de completar el rompecabezas: el dibujo completo del rompecabezas es "la estatua de la República ideal". Los principios político-morales republicanos juegan, en su esquema, un rol decisivo⁽⁷²⁹⁾. Derechos enumerados, no enumerados y principios republicanos conforman "una trilogía, en la cual el develamiento [sic] de sentido de cada uno de ellos retroalimenta de continuo el significado de todos"⁽⁷³⁰⁾. Los derechos no enumerados se derivan, a juicio del autor, mediante la analogía con los derechos enumerados y la deducción desde los principios republicanos, y una vez admitidos como derechos fundamentales, pasan a funcionar como derechos enumerados, permitiendo tanto inducir el sentido de los principios republicanos como admitir la existencia de nuevos derechos no enumerados⁽⁷³¹⁾. El rol del principio de soberanía del pueblo aparece como complementario pero importante e inserto en similar dinámica⁽⁷³²⁾.

García-Mansilla también propone un modelo dual: el art. 33 es fuente de derechos naturales no enumerados⁽⁷³³⁾ y *principio interpretativo general de la Constitución*⁽⁷³⁴⁾. En lo que se refiere a los derechos no enumerados cubiertos por la cláusula, el autor entiende que se trata de "derechos de libertad (...) o, genéricamente, libertades, que pueden ser ejercidas siempre que se respete el idéntico derecho que corresponde al resto de las personas"⁽⁷³⁵⁾. Más radicales son las implicancias que extrae del segundo cuerno de su modelo: el art. 33 sirve para fundar una presunción de libertad de las personas y, consecuentemente, para cuestionar la presunción de constitucionalidad de los actos estatales cuando ellos afecten derechos protegidos por la Constitución⁽⁷³⁶⁾. La argumentación ofrecida es extensa y compleja, por lo que no puedo hacerle justicia aquí. No obstante, de manera extremadamente resumida, la idea

central en que se apoya el modelo —tomada básicamente de los debates constituyentes de 1860—⁽⁷³⁷⁾ es que los derechos individuales tienen primacía frente a los actos estatales y la presunción de constitucionalidad supone subvertir ese orden axiológico y jurídico que, en la visión comentada, impone el art. 33⁽⁷³⁸⁾.

El modelo puro de derivación de derechos reconoce diversas variantes. Para una variante, el art. 33 consagra derechos individuales; para la otra, derechos colectivos. La primera variante puede subdividirse, naturalmente, según el tipo de derechos que se hacen derivar de la cláusula en cuestión.

Así, existe un modelo de "derechos naturales". Uno de sus proponentes es Rabbi-Baldi Cabanillas. Su visión, apoyada en los debates constituyentes, propone una teoría de los derechos naturales, de cuño individualista y enfocada a permitir la posibilidad del florecimiento humano —nota aristotélica de la teoría— que la emparenta en cierta medida con visiones como la de Den Uyl y Rasmussen⁽⁷³⁹⁾. Según Rabbi-Baldi Cabanillas:

"(...) en el caso de nuestro ordenamiento constitucional, y sobre la base, entre otras consideraciones, de las efectuadas por los redactores del art. 33, resulta indudable que los derechos consagrados por la Ley Fundamental no son sino aquellos que, tras un continuo esfuerzo de desvelamiento por parte de la razón, emergen de los 'variados actos' en que se despliega la vida humana como consecuencia de la consulta a las exigencias fundamentales de la persona en orden a, como decía Aristóteles, 'colmar su naturaleza': no se trata, pues, de cualquier tendencia, sino de aquellas que, caso a caso, responden de forma racional a la adecuada inserción del hombre en la sociedad"⁽⁷⁴⁰⁾.

Este modelo de derivación de derechos naturales ha encontrado acogida, con menor desarrollo teórico por cierto, en diversas decisiones de la Corte Suprema —en general, en votos concurrentes o disidentes—. Dentro de este modelo se destaca la línea jurisprudencial inaugurada por la afirmación en "Saguir y Dib" según la cual, el derecho a la vida es el "primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la CN"⁽⁷⁴¹⁾. Esta noción fue consolidada luego en diversos precedentes⁽⁷⁴²⁾ y tiene aplicación recurrente en materia de derecho a la salud, aunque en ocasiones el derecho a la vida se presenta como presupuesto de los restantes derechos⁽⁷⁴³⁾, configurando una ligera variante del modelo de derivación de derechos⁽⁷⁴⁴⁾. También se emparenta de modo

cercano con este modelo la variante que considera comprendidos entre los derechos no enumerados —pero protegidos por la Constitución—, los derechos personalísimos o inherentes a la persona humana⁽⁷⁴⁵⁾.

Otra alternativa dentro del modelo de derivación de derechos individuales es la que postula que el art. 33 contiene aquellos derechos que son considerados como derivados de los expresamente reconocidos. En esta línea aparece, por ejemplo, el derecho de reunión, reconocido tempranamente como comprendido dentro del art. 33 y por derivación de una pléyade de derechos enumerados vinculados⁽⁷⁴⁶⁾. Así, ya en 1929 la Corte Suprema dijo:

"El derecho de los ciudadanos o habitantes a reunirse pacíficamente fluye no sólo del principio general según el cual las declaraciones, derechos y garantías que aquélla enumera, no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33), sino también el derecho de peticionar a las autoridades (art. 14), que asume los caracteres del de reunión cuando la petición se hace colectiva, y especialmente de lo establecido por el art. 22 de la Carta Fundamental, en cuanto implícitamente admite las reuniones de personas siempre que no se atribuyan los derechos del pueblo ni petitionen a su nombre, y, desde que ningún habitante de la Nación puede ser privado de lo que la ley no prohíbe (art. 19)"⁽⁷⁴⁷⁾.

Este modelo presenta algunas analogías con la doctrina de las "penumbras y emanaciones" utilizada por la mayoría de la Corte estadounidense en el famoso caso "Griswold"⁽⁷⁴⁸⁾.

Finalmente, pueden encontrarse algunos supuestos donde se invoca de manera directa la forma republicana de gobierno para fundar derechos derivados en el marco del art. 33. Así ocurrió, por ejemplo, con el derecho a la verdad reconocido en la causa "Urteaga", donde el juez Bossert sostuvo que

"(...) dentro de esos derechos protegidos por la cláusula del art. 33 (...) se encuentra el derecho a conocer la verdad sobre personas desaparecidas con quienes existen vínculos jurídicos familiares que originan derechos subjetivos familiares, ya que tal derecho emana substancialmente del principio republicano y de la publicidad de los actos de gobierno que surge de tal principio y que —según el recurrente— ha sido violado en el caso por la omisión del Estado en dar información acerca del paradero o destino de su hermano"⁽⁷⁴⁹⁾.

También ha enraizado la Corte el derecho de reunión, de forma explícita, en la soberanía del pueblo y en la forma republicana de gobierno⁽⁷⁵⁰⁾.

Desde otra perspectiva, se ha sostenido que el art. 33 no contiene derechos individuales, sino derechos correspondientes a entes colectivos. Así, por ejemplo, Boffi Boggero sostenía que esta norma se refiere a los derechos de la colectividad o del pueblo, mientras que los derechos individuales son objeto del art. 19⁽⁷⁵¹⁾. En posición similar respecto de la titularidad colectiva de los derechos comprendidos en el art. 33 se ha pronunciado, más recientemente, Mercado Luna⁽⁷⁵²⁾. Gelli sostiene que, para los integrantes de la Comisión Reformadora, el artículo contenía ambos tipos de derechos, individuales y colectivos⁽⁷⁵³⁾. Debo confesar, no obstante, que no he encontrado instancias jurisprudenciales de utilización del art. 33 como fuente de derechos colectivos.

Finalmente, en épocas remotas, la Corte utilizó ocasionalmente la cláusula en un sentido bien distinto: como justificación de un principio interpretativo favorable a las facultades provinciales, en el esquema federal⁽⁷⁵⁴⁾. Así, en el conocido caso "Don Domingo Mendoza y hermano contra la Provincia de San Luis sobre derechos de exportación", el Tribunal sostuvo que

"(...) 'las Provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno Federal' y que 'las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumeradas pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno' (arts. 33 y 104 de la CN). Que en virtud de estas disposiciones y de los más sanos principios de la razón, los actos de la Legislatura de una Provincia no pueden ser invalidados, sino en aquellos casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional en términos espresos un exclusivo poder, o en los que el ejercicio de idéntico poder ha sido espresamente prohibido a las Provincias, o cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellas por estas últimas; fuera de estos casos, es incuestionable que las Provincias retienen una autoridad concurrente con el Congreso"⁽⁷⁵⁵⁾.

V. REFLEXIONES DE SALIDA: ¿HAY VIDA TODAVÍA EN EL ART. 33?

Como puede advertirse luego de este rápido repaso, existen diversos enfoques para interpretar el art. 33. A esta altura de los acontecimientos, cabría pensar: quizás no quede más espacio que para desengaños o —mejor— meras referencias decorativas,

habiendo pasado ya el momento de gloria de los derechos no enumerados. No me animaría, sin embargo, a suscribir una afirmación tan fuerte. Es posible pensar en supuestos en que la norma todavía tenga un rol para jugar.

Un campo potencialmente fértil de aplicación es el de las legitimaciones extraordinarias en materia constitucional. Inmediatamente viene a la mente el caso "Colegio de Abogados de Tucumán c. Honorable Convención Constituyente de Tucumán", donde se insinuó —en *obiter dictum*, según la Corte— un cambio significativo en la materia. Allí una mayoría sostuvo que

"En estas situaciones excepcionalísimas, en las que se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental, la simple condición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés 'especial' o 'directo'""⁽⁷⁵⁶⁾.

¿Estamos en presencia de una acción popular no enumerada en la Constitución?⁽⁷⁵⁷⁾ Si bien el art. 33 brilla por su ausencia en la argumentación del fallo, no es descabellado pensar que podría encajar bien en la fundamentación de una legitimación como la sugerida. Adviértase que el tipo de casos "excepcionalísimos" en los que la Corte está pensando involucran, de manera muy directa, a la forma republicana de gobierno y, muy posiblemente, a la soberanía popular⁽⁷⁵⁸⁾. Por otro lado, el art. 33 fue una de las piedras en las que se asentó el nacimiento de la acción de amparo, una garantía innominada tendiente a hacer efectivos los restantes derechos. Significó sortear el obstáculo que surgía de la falta de procedimientos adecuados. Aquí parece ser que lo que se trata de saltar es la valla de ingreso a procedimientos existentes, sin permitir un desmadre del sistema de control de constitucionalidad difuso que establece la Constitución. Es difícil pensar en una norma constitucional que se preste mejor para esa doble tarea —habilitar y limitar— que el Tribunal parece haberse echado encima en el caso. Por supuesto, estas no son más que unas reflexiones al pasar que deberían ser profundizadas, antes de aventurar conclusiones más firmes sobre el punto. Pero sirven para mostrar que tal vez todavía haya vida en el art. 33.

Aunque las dificultades que presenta la utilización jurisprudencial de esta norma constitucional no son desdeñables, ella tiene un potencial siempre latente. Determinar cuáles son las mejores

maneras de extraer ese potencial, si creemos que la empresa está justificada, es la tarea que tenemos por delante.

* * *

Art. 34.—

Los jueces de las cortes federales no podrán serlo al mismo tiempo de los tribunales de provincia, ni el servicio federal, tanto en lo civil como en lo militar da residencia en la provincia en que se ejerza, y que no sea la del domicilio habitual del empleado, entendiéndose esto para los efectos de optar a empleos en la provincia en que accidentalmente se encuentren.

Comentario por Sebastián Guidi

Este artículo contiene dos cláusulas vinculadas al federalismo destinadas a proteger a los poderes provinciales de los funcionarios federales. El artículo fue incluido en la reforma de 1860, por el temor de los convencionales de la provincia de Buenos Aires a las posibles injerencias de funcionarios del Gobierno federal⁽⁷⁵⁹⁾.

La primera parte del artículo establece que los jueces federales no pueden ser al mismo tiempo jueces de tribunales locales. Hoy esta prohibición es sobreabundante, ya que el cargo de magistrado federal es incompatible con prácticamente cualquier actividad profesional y con cualquier otro empleo público⁽⁷⁶⁰⁾. Sin embargo, la cláusula se explica por una circunstancia histórica bastante coyuntural. Según explicó el convencional Vélez Sarsfield, jueces federales habían sido designados también como miembros de la Corte de Justicia de Entre Ríos, lo cual "era un abuso que no podía permitirse"⁽⁷⁶¹⁾.

La segunda parte del artículo dispone que "el servicio federal (...) no da residencia en la provincia en que se ejerza" a los efectos de optar por empleos en ella, salvo que sea la provincia de domicilio habitual del empleado. El objeto de esta cláusula, según explicó el convencional Elizalde, era el de evitar que el Gobierno nacional pudiera "por medio de los empleados militares y civiles intervenir en

la interna administración" de las provincias⁽⁷⁶²⁾. El convencional Mitre fue más claro al explicar que, en realidad, la provincia en la que había que evitar este tipo de injerencias era la de Buenos Aires⁽⁷⁶³⁾.

Como se ha notado, esta cláusula parece más propia del derecho local que federal⁽⁷⁶⁴⁾, ya que regula condiciones de acceso a empleos provinciales. Sin embargo, no está claro que el art. 34 también impida adquirir residencia a los efectos de ser electo diputado o senador nacional. La mayoría de los autores asumen eso sin mayor argumentación⁽⁷⁶⁵⁾, aunque sin embargo no es tan claro que ser candidato a legislador sea "optar a empleos en la provincia". Por otra parte, como surge de los debates en la Convención, está claro que el propósito de los constituyentes era el de evitar la interferencia con el gobierno provincial.

La Cámara Nacional Electoral ha dejado pasar la oportunidad de zanjar esta cuestión en un caso en el que se debatía si el expresidente Néstor Kirchner contaba con al menos dos años de residencia en la provincia de Buenos Aires a los efectos de ser candidato a diputado. En el caso, se había impugnado su candidatura argumentando que su residencia en la Quinta de Olivos mientras era presidente no debía computarse a los efectos de los requisitos del art. 48. Si bien el fallo de primera instancia había afirmado que el art. 34 prohibía, en efecto, computar dicha residencia a los efectos de la candidatura a la diputación nacional, la Cámara resolvió el caso absteniéndose expresamente de resolver la cuestión⁽⁷⁶⁶⁾.

Aun interpretando que el art. 34 no otorga residencia a los efectos de ser diputado o senador nacional, se presentan dificultades prácticas. ¿Cómo saber si una persona vive en un distrito solo debido a sus funciones, o si además tiene la intención de integrar la comunidad política a la que pasó a habitar? El caso de los legisladores nacionales es ilustrativo. Muchos legisladores nacionales conservan su residencia habitual en la provincia en la que fueron electos, mientras otros eligen mudarse a la Ciudad de Buenos Aires o al conurbano bonaerense para estar más cerca del Congreso. ¿Tiene sentido que los que viven en Buenos Aires no tengan residencia en esta ciudad, mientras que quien se mudó a Morón o Vicente López sí pueda tener residencia en la provincia de Buenos Aires? La jurisprudencia electoral aún no ha resuelto adecuadamente esta cuestión, aunque creemos que la solución en el caso concreto dependerá de si el funcionario en cuestión tenía o no una obligación de vivir en el lugar en el que presta funciones. Si el funcionario no se encuentra legal o fácticamente obligado a vivir en el lugar en el que presta funciones, podría decirse que este lugar se convirtió en su "domicilio habitual" por razones independientes a su función.

Art. 35.—

Las denominaciones adoptadas sucesivamente desde 1810 hasta el presente, a saber: Provincias Unidas del Río de la Plata, República Argentina, Confederación Argentina, serán en adelante nombres oficiales indistintamente para la designación del Gobierno y territorio de las provincias, empleándose las palabras "Nación Argentina" en la formación y sanción de las leyes.

Comentario por Gustavo Maurino

El artículo que comentamos fue incorporado a la Constitución en 1860. En dicha oportunidad no solo se introdujo expresamente una pluralidad de denominaciones oficiales para la organización política sino también una denominación para el sujeto político. En efecto, también se modificó el Preámbulo, reemplazándose las referencias a "la Confederación Argentina" por "la Nación argentina".

Las denominaciones "Provincias Unidas del Río de La Plata" y "Provincias Unidas en Sud América" habían sido generalmente utilizadas a partir de 1810. La Asamblea General Constituyente empleó la primera y la Declaración de la Independencia la segunda. La Constitución ensayada en 1819 se refería a "las Provincias Unidas de Sud América" y la Constitución de 1826 a la "Nación argentina" y "República argentina" indistintamente.

La expresión "Confederación Argentina" fue acuñada y utilizada durante las décadas en que Buenos Aires representara internacionalmente a las provincias del Pacto Federal, con Rosas como gobernador, y fue el nombre que se adoptó en la Constitución de 1853, aunque no se incluyera una regla expresa de denominación oficial. También el proyecto de Alberdi utilizaba esta expresión, junto con la de "República argentina".

El tema tuvo gran trascendencia institucional en virtud del impacto simbólico y la carga histórica de las distintas denominaciones, tanto por su relación con la estructura institucional del Estado. En sus comentarios a la Constitución de 1853, Sarmiento criticaba con

duresa la adopción de la denominación "Confederación Argentina" en la Constitución originaria, tanto por su distancia con el tipo de federalismo adoptado como por el linaje de la expresión⁽⁷⁶⁷⁾. De hecho, en el contexto de las discusiones previas a la incorporación de Buenos Aires en 1860, la cuestión del nombre también ocupó tiempo de las discusiones, planteándose incluso el retorno a la denominación "Provincias Unidas del Río de la Plata", que evocaba la etapa fundacional.

En el siglo XXI este artículo solo parece merecer un interés antropológico, anecdótico.

Pero tal vez no sea así. Acaso la pervivencia textual de una regla en la que se adopta una pluralidad simultánea de denominaciones con sentidos y connotaciones diversas y hasta opuestas, merezca resonar con más potencia. Acaso valga la pena invocarla como la atención proveniente desde el comienzo mismo de nuestra experiencia constitucional, acaso como permanente recordatorio y anticipación de la irresuelta cuestión del federalismo argentino, de la conflictiva y asimétrica relación de Buenos Aires con las otras provincias (unidas), así como de la crónica imposibilidad de nuestra comunidad política para la construcción de entendimientos comunes y estables sobre los conflictos pasados y la consolidación de bases compartidas de apoyo para agendas de futuro.

Acaso nos muestra la fervorosa energía que las élites políticas han destinado en su lucha por ganar a través del lenguaje, por obtener la hegemonía de las palabras. Acaso sea un símbolo del antagonismo retórico que nos ha mantenido ocupados en la invención y destrucción de ficciones orientadoras de diversas argentinas, a todo o nada, sin que ni siquiera hayamos podido consolidar un nombre común⁽⁷⁶⁸⁾.

* * *

CAPÍTULO SEGUNDO - NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS

Art. 36.—

Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el art. 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

CONSTITUCIÓN Y GOLPE DE ESTADO

Comentario por Roberto Saba

El 6/9/1930 se produjo el primer golpe de Estado en la historia constitucional argentina que culminó entronizando en la presidencia de la Nación a una persona no elegida por el pueblo⁽⁷⁶⁹⁾. El presidente Hipólito Yrigoyen, de la Unión Cívica Radical, había iniciado su segunda presidencia en 1928. Por razones de salud, el mandatario delegó el poder en el vicepresidente de la Nación, Enrique Martínez, quien declarara el estado de sitio el 5 de septiembre como consecuencia de un posible derrocamiento de las autoridades democráticas. El teniente general José Félix Uriburu se hizo cargo de la presidencia en forma provisional. El Dr. José Figueroa Alcorta había sido designado presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el gobierno derrocado y fue él quien recibió el 9 de

septiembre en su casa la comunicación del gobierno provisional acerca de su instauración. El 10 de septiembre, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió una Acordada por medio de la cual legitimó esa ruptura del régimen político escribiendo una de las páginas más oscuras de su propia historia. En ese famoso e infame documento firmado por todos sus integrantes, conocido como la Acordada de 1930, la Corte Suprema sostuvo que tomaba conocimiento de "la constitución de un gobierno provisional emanado de la revolución triunfante del 6 de septiembre"; que "ese gobierno se encuentra en posesión de las fuerzas militares y policiales necesarias para asegurar la paz y el orden de la Nación, y por consiguiente para proteger la libertad, la vida y la propiedad de las personas, y ha declarado, además, en actos públicos, que mantendrán la supremacía de la Constitución y de las leyes del país, en el ejercicio del poder. Que tales antecedentes caracterizan, sin duda, *un gobierno hecho en cuanto a su constitución, y de cuya naturaleza participan los funcionarios que lo integran actualmente o que se designen en lo sucesivo con todas las consecuencias de la doctrina de los gobiernos de facto a la posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos por él*"⁽⁷⁷⁰⁾. La Corte remató su proclama afirmando "que el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país es, pues, un gobierno *de facto* cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y de seguridad social". Los ministros José Figueroa Alcorta, Roberto Repetto, R. Guido Lavalle, Antonio Segarna y Horacio Rodríguez Larreta suscribieron este pronunciamiento.

Luego de aquel primer golpe de Estado, la Argentina sufrió cinco rupturas del orden democrático, siendo la última la acaecida el 24 de marzo de 1976⁽⁷⁷¹⁾. Entre 1930 y 1983, año en el que se restableció el orden democrático aún vigente, los argentinos fueron gobernados durante 25 de esos 53 años por 14 gobiernos sustentados en el uso de la fuerza. Todos esos atentados contra la democracia fueron de algún modo alcanzados por la cobertura y justificación jurídica de aquella doctrina de los gobiernos *de facto* que articulara la Corte Suprema en 1930.

Poco antes de que la dictadura militar dejara el poder posibilitando el restablecimiento de la democracia el 10 de diciembre de 1983, se planteó un fundamental debate académico y político acerca de la validez de las normas de gobiernos *de facto*. Este debate estuvo motivado fundamentalmente, aunque no exclusivamente, por la gravísima decisión que había tomado la junta militar gobernante en

1983 de otorgarle a los miembros de los gobiernos autocráticos que impusieron su voluntad por la fuerza desde 1976 una autoamnistía respecto de todos aquellos delitos de los que pudieran ser acusados en el futuro y que hubieren sido cometidos mientras ellos mismos gobernaban por la fuerza. Esos gobiernos, se sabía, habían sido responsables de graves, masivas y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, además de una enorme cantidad de delitos adicionales. El nuevo gobierno democrático presidido por Raúl Alfonsín debía tomar una decisión acerca de la validez de las normas dictadas por los gobiernos autocráticos que lo precedieron. El tema ya había surgido durante la campaña electoral. En aquel momento, el candidato del Partido Justicialista, el Dr. Ítalo Luder, se había pronunciado por la validez de la llamada ley de autoamnistía, mientras que el candidato de la Unión Cívica Radical, que luego resultaría electo, se comprometió a anularla —y no solo a derogarla—.

De acuerdo con el estado del debate de aquel momento, las opciones parecían ser, por un lado, en un extremo, la de considerar a las decisiones tomadas por los gobiernos *de facto* como normas válidas, fundando esta vía de acción en la doctrina de la "revolución triunfante" que había articulado la Corte Suprema en la Acordada de 1930 y que defendía el candidato justicialista. En este sentido, todas las decisiones tomadas por los gobiernos militares que ocuparon el poder ilegalmente en la Argentina desde 1976 a 1983 deberían ser consideradas válidas, incluida la mal llamada ley de autoamnistía. Desde esta perspectiva, el Congreso podría *derogar* esa decisión, pero si se la consideraba norma válida al momento de su emisión bajo el gobierno militar, la derogación no tendría efectos prácticos sobre la posibilidad de perseguir a aquellos que hubieran violado derechos humanos, pues incluso una vez derogada, esa ley "más benigna" hubiera irradiado efectos inmutables para los beneficiarios de la decisión. La persecución penal de los perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos solo podía tener lugar si esa autoamnistía se consideraba nula y sin efecto alguno para aquellas personas alcanzadas por la medida.

Mucho antes, Genaro Carrió atacó implícita e irónicamente el argumento de la Acordada de 1930 por considerarlo lógicamente equivocado, pues, según él, incurría en la denominada falacia naturalista⁽⁷⁷²⁾. Carrió afirmó que argüir, como lo había hecho la Corte, "que el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país es, pues, un gobierno *de facto* cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejerce la función administrativa y política derivada de su posesión de la

fuerza como resorte de orden y de seguridad social", implica derivar la validez normativa de las decisiones de ese gobierno *de facto* a partir del *hecho* de que este cuenta con la fuerza necesaria para imponer su voluntad. El ejercicio de la fuerza es un hecho y, por ese motivo, no es posible derivar de él una norma. El mundo del deber ser no se desprende lógicamente del mundo del ser. Para Carrió, la única posibilidad de predicar validez normativa de la decisión de un agente depende de la existencia de una norma jurídica que le atribuya a este la facultad, la competencia o la jurisdicción para dictar normas. Aquellas personas que tienen la fuerza para imponer sus decisiones, incluso cuando estas sean obedecidas —ya sea por miedo a las consecuencias o por complacencia—, no tienen facultades para imponerlas jurídicamente porque carecen de las facultades, competencias o jurisdicción para dictar normas jurídicas. En suma, Carrió deshace uno a uno y con gran ironía los argumentos de la Corte Suprema expuestos en la Acordada de 1930. Sin embargo, en ese mismo movimiento, Carrió también niega toda posibilidad de asignar validez normativa a la primera norma constitucional, pues, por definición, aquellos que ejercen el denominado poder constituyente originario carecen de atribuciones normativas (jurídicas, según Carrió) para hacerlo. Por razones que expondré más abajo, no es posible asimilar el ejercicio del poder como producto de un golpe de Estado contra el régimen democrático que el establecimiento originario de un régimen democrático por medio de un acuerdo constitucional, pero esta diferencia no parece haber sido relevante para Carrió, lo cual es comprensible dado que el positivismo jurídico que defendía no le permitía hacer esa distinción. Para Carrió, la pregunta acerca de la validez de las normas decididas por agentes que no tienen atribuciones o competencias derivadas de otras normas jurídicas, sean ellos militares golpistas o revolucionarios estableciendo el texto original de una Constitución, es una pregunta sin sentido, una pregunta insensata.

Nino, poco después, reaccionó a la tesis de Carrió y estuvo de acuerdo con la evaluación de este último acerca de la insensatez de la pregunta sobre la validez jurídica de la norma constitucional original o de las decisiones un gobierno denominado *de facto* como el que rigió de hecho en Argentina entre 1976 y 1983. Nino incluso agrega que esa misma crítica podría extenderse más allá de ese ejercicio de poder constituyente originario y hacerse respecto de las normas constitucionales derivadas, así como también respecto de las normas emanadas del Congreso o del Poder Ejecutivo, pues si no puede predicarse la validez *jurídica* de la norma constitucional original, y siendo ella la que reconoce jurisdicción a la Asamblea

Constituyente o al Parlamento que reforma la Constitución o a los poderes constituidos que emiten normas infraconstitucionales, todas las decisiones emanadas de esos poderes constituidos, cuyas competencias se desprenden de aquella norma originaria de la que no se puede predicar validez jurídica, estarían también impregnadas de la misma dificultad de justificación jurídica⁽⁷⁷³⁾. Sin embargo, el acuerdo de Nino con Carrió termina aquí, pues para el primero, en contraste con la posición de este último, sí es posible asignar validez a la primera norma constitucional, pero esa validez no dependería de una norma jurídica que le reconozca competencia al órgano que emite la primera Constitución, pues ella no existe por definición, sino que la validez derivaría de una *norma moral* que reconoce competencia a ese órgano. Esa norma moral podría desprenderse de una teoría moral o de una teoría política, por ejemplo, de una teoría de la democracia, que entendiera que hay razones morales para obedecer las decisiones que surgieran de un proceso deliberativo que tiene superioridad epistémica respecto de otros procesos de toma de decisión, como por ejemplo aquellos que no sean democráticos. Nino entiende que tanto el ejercicio de poder constituyente originario como el de un gobierno militar que asume por la fuerza son, por definición, gobiernos *de facto*, pues ninguno de ellos cuenta con competencias otorgadas por una norma jurídica anterior. Sin embargo, para Nino hay una diferencia notable entre ambos ejercicios de poder y ella reside en el factor democrático que impregna eventualmente al primero y que nunca pueden presumirse en el segundo, por definición, pues su origen y objetivo es el derrocamiento de las autoridades elegidas por el pueblo. En suma, una vez descartados, gracias a la tesis de Carrió, tanto el argumento de que las normas pueden adquirir su validez a partir del *hecho* de que son obedecidas, así como también la vía de reconocer la validez de la norma constitucional a partir de una norma jurídica que le otorga competencia al primer órgano constituyente, podemos, siguiendo a Nino explorar la alternativa de recurrir a una teoría moral para asignarle validez a la norma original y a las normas derivadas de ella decididas por los órganos facultados por ella para tomarlas, ya sean constituyentes derivados o legislativos. En otras palabras, necesitaremos una teoría de la democracia y una teoría de los derechos —implícita o no en la primera— para poder derivar de ellas una teoría de la constitución y, en consecuencia, una teoría del poder constituyente y de la validez o nulidad de las decisiones tomadas por dictadores antidemocráticos.

Más allá de los procedimientos seguidos para decidir o adoptar una Constitución, las razones morales para obedecer a esa norma

están profundamente ligadas a su contenido. Es posible que constituciones que expresan el establecimiento de regímenes opresivos, como el *apartheid* en Sudáfrica o el nazi en Alemania sean obedecidas por razones prudenciales, pero ello no implica que sean consideradas normas que *merecen* ser obedecidas. Desde el punto de vista de los procedimientos, la historia de las constituciones del mundo nos muestra que son muchos los casos en los que las constituciones han sido decididas sin seguir a pie juntillas los procedimientos establecidos en textos constitucionales previos y, sin embargo, los pueblos se someten a esas constituciones a pesar de los vicios procedimentales que surgieron al momento de sancionarlas. Por otra parte, como vimos más arriba, la adopción de constituciones en momentos fundacionales, revolucionarios u originales, por definición, no ha seguido procedimientos establecidos en normas anteriores. Además, también son muchos los casos en los que esas constituciones ni siquiera han sido el producto de procesos democráticos, participativos o inclusivos y, sin embargo, los pueblos que se someten a ellas, las consideran normas válidas. Los contenidos considerados *correctos* son entonces los que justifican la obediencia a la Constitución, pero esos contenidos no son autoevidentes. La teoría de la democracia deliberativa, que desde mi punto de vista subyace a la tesis ackermaniana de los momentos constitucionales⁽⁷⁷⁴⁾, puede ser el mecanismo por medio del cual tratamos de descubrir cuáles son esos contenidos —o construirlos en ese proceso—. Los contenidos constitucionales *descubiertos* o *construidos* por medio de un proceso profundamente deliberativo, similar a lo que Ackerman describe como momento constitucional, generan una presunción a favor de la validez de la decisión constitucional. Del mismo modo, en espejo, el origen no democrático (deliberativo) de la decisión que aspira a ser considerada constitucional genera una presunción de invalidez en su contra. Esto quiere decir que una Constitución decidida en un momento constitucional podría no ser válida si su contenido, por ejemplo, fuera contradictorio con valores de justicia (a la Rawls⁽⁷⁷⁵⁾), con las precondiciones del diálogo moral racional (a la Nino⁽⁷⁷⁶⁾), con los derechos como ideales sociales (a la Fiss⁽⁷⁷⁷⁾) o con las precondiciones de ese proceso democrático de toma de decisiones y de autogobierno (a la Ely⁽⁷⁷⁸⁾). Por su parte, las decisiones de una pseudoautoridad que aspire a que su voluntad sea considerada norma válida —decidida por medio de un proceso altamente deficitario en términos deliberativos—, no es inválida *a priori*, pero deberá superar la presunción en su contra a través de un test de su contenido. Es cierto que este tipo de perspectiva, que establece un

punto de vista externo a la práctica constitucional para juzgar esa práctica en cuanto a su contenido, podría conducir a sostener la irrelevancia moral del texto constitucional, pues si la validez de la Constitución dependerá de su contenido, lo que en realidad consideramos "constitución" serán esos principios morales y no la decisión constitucional expresada en el texto o en lo que Nino llamaba la constitución histórica, sino que la que él denominaba constitución ideal de los derechos se impondría sobre la constitución histórica. Sin embargo, en defensa de la relevancia moral del texto constitucional podemos argumentar que este expresa ese acuerdo en el proceso de búsqueda del contenido moralmente correcto y es en torno a él que gira la práctica constitucional que se ha instalado exitosamente. Esa práctica constitucional exitosa y el texto que marca su inicio serían el punto de apoyo alrededor del cual articulamos nuestra conversación sobre lo que la Constitución dice o debiera decir. La presunción de invalidez sería irremontable si la decisión —que aspira a ser considerada norma válida, generalmente norma válida constitucional— estableciera reglas que hacen imposible la deliberación, por ejemplo, otorgándole poder de veto a la minoría como sucede con la Constitución chilena de 1980⁽⁷⁷⁹⁾. En este sentido, resulta de una posible vía justificatoria la teoría defendida por Stephen Holmes de las Constituciones como límites justificados a la democracia por ser precompromisos de la comunidad política autogobernada con aquellas reglas que hacen posible el juego democrático, a las que llama *enabling rules* o reglas habilitantes⁽⁷⁸⁰⁾. En otras palabras, una Constitución como la chilena de Pinochet, al presentar una serie de cerrojos —como sostiene Atria— que hacen imposible la deliberación y la decisión constitucional del pueblo en el futuro, no es una Constitución que ofrezca razones para ser obedecida, al menos en cuanto a las reglas que limitan el proceso de reforma. Por otro lado, esa presunción contra la validez de la norma constitucional podría ser superada si los contenidos fueran correctos, tanto por ser consistentes con las precondiciones de la deliberación política como con una noción liberal de los derechos que podría estar justificada justamente en el hecho de que ellos constituyan una precondición de la deliberación democrática. Este juego de presunciones le permitió al gobierno de Alfonsín y la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos como "Dufourq"⁽⁷⁸¹⁾ y "Aramayo"⁽⁷⁸²⁾, considerar válidas decisiones tomadas por un gobierno no democrático como el que existió en Argentina de 1976 a 1983 en una amplia gama de temas y, sin embargo, considerar *nula* la ley de autoamnistía que colocaba a los

responsables de graves violaciones de derechos humanos fuera del alcance de la ley que regía para todos los argentinos⁽⁷⁸³⁾.

El art. 36 de la Constitución argentina, introducido en la reforma de 1994, rescata, quizá en parte, la doctrina articulada por Nino acerca de las presunciones de validez o invalidez de las decisiones tomadas por gobiernos democráticos y no-democráticos, respectivamente. El texto de esta cláusula comienza estableciendo que "[e]sta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos". Digo que el artículo rescata "en parte" la teoría porque una interpretación posible de la norma constitucional citada pareciera optar por una tesis más radical acerca de la nulidad de normas emanadas de un gobierno no democrático que interfiere por la fuerza con el funcionamiento del régimen constitucional. Si ubicamos en un extremo la doctrina de los gobiernos *de facto* de la Acordada de 1930 que reconocía validez a todas las decisiones emanadas de esos regímenes por el mero hecho de que estos lograban imponer por la fuerza su voluntad política, deberíamos entonces ubicar en el extremo opuesto una posible lectura del art. 36 que considera nulas todas las decisiones de quienes interrumpieran por la fuerza el funcionamiento de las instituciones de la democracia. Sin embargo, el artículo requiere de mayor trabajo interpretativo si pretendemos hacerlo compatible con una práctica constitucional que, incluso cuando declaró nulas decisiones tomadas por gobiernos no democráticos, como por ejemplo la ley de autoamnistía, ha considerado válidas tanto reformas constitucionales introducidas por fuera de lo previsto en el art. 30 de la Constitución de 1853, como decisiones tomadas por los gobiernos militares que se sucedieron entre 1976 y 1983. En este sentido, la noción de interrupción por la fuerza de la observancia del derecho constitucional a la que alude el art. 36 no debería entonces identificarse con la exigencia de respetar los procedimientos de reforma establecidos en el art. 30 de la norma fundamental para introducir cambios constitucionales. La inobservancia de los procedimientos y de otras reglas fijadas en la Constitución histórica para modificar la Constitución no convierten necesariamente esas decisiones que intentan cambiar la norma fundamental en inválidas. Si fuera así, son muchas las cláusulas de la misma Constitución que podrían perder validez, como por el ejemplo el art. 14 bis, que sin embargo el pueblo y los tribunales argentinos consideran norma constitucional válida. El art. 36 se funda en el claro y urgente propósito de disuadir cualquier futura inobservancia de la Constitución por parte de personas que persigan

quebrar el orden democrático para establecer un régimen no-democrático. Es importante señalar que la interpretación de la norma debe evitar entrar en conflicto con teorías como la ackermaniana que defienden la validez de decisiones constitucionales que el pueblo toma en momentos constitucionales —ya sea por medio de asambleas constituyentes o de legislación decidida por el Congreso a través del procedimiento constitucional de sanción de leyes— o con enfoques como el del propio Nino para asignar validez a las normas constitucionales originarias o derivadas, que por definición no se toman de acuerdo con normas procedimentales previas. La norma del art. 36, entonces, establece que pesará sobre las decisiones impuestas por actos de fuerza *contra el sistema democrático* y la voluntad popular, justamente por ser decisiones no tomadas democráticamente, una presunción de invalidez que nos obligaría a considerarlas nulas, como sucedió con la ley de autoamnistía, a menos que su contenido haya sido inocuo para los principios e ideales fundamentales de la democracia liberal —como el principio de autonomía, el de dignidad o el de inviolabilidad de la persona⁽⁷⁸⁴⁾— o sea consistente con esos principios. La teoría de la validez de las normas emanadas de gobiernos no democráticos que ha desarrollado nuestra práctica constitucional a partir de 1983 ha sido recogida así por la reforma constitucional de 1994 y nos provee de una poderosa arma disuasoria para quienes en el futuro se planteen la trasnochada idea de atentar contra la democracia así como también para quienes, como sucedió con la Corte en 1930, consideren que la fuerza puede producir derecho.

LA CORRUPCIÓN PÚBLICA

Comentario por José Ipohorski

El [art. 36](#) de la CN equipara a quienes incurran en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, con aquellos que atentan contra el orden constitucional y democrático. Dicha norma constitucional prevé el dictado de una Ley de Ética Pública para el ejercicio de la función, que es la ley 25.188, con las modificaciones efectuadas por la [ley 26.857](#). Allí se establece un régimen de deberes, prohibiciones, incompatibilidades y regulación de conflictos de intereses para quienes se desempeñen en la función

pública, como así también un sistema de declaraciones juradas patrimoniales para aquellas personas que ejerzan funciones en cualquiera de los poderes del Estado. Puede advertirse que existe una íntima relación entre las tareas de control de la gestión pública (ver comentario art. 85) y el fenómeno de la corrupción, a la que se ha caracterizado como el comportamiento deshonesto mediante el cual se viola la confianza puesta en un funcionario, al hacerse uso del cargo público para beneficio privado⁽⁷⁸⁵⁾.

La lucha contra la corrupción pública también ha sido objeto de preocupación por parte de la comunidad internacional, que ha reconocido y alertado acerca de sus efectos deletéreos, como así también la necesidad de prevenirla y sancionarla adecuadamente. De estos esfuerzos no ha sido ajena la República Argentina, por lo que nuestro país ha suscripto distintos instrumentos internacionales sobre la materia, como ser la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprob. por ley 24.759), en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA); la Convención contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Económicas Internacionales (aprob. por ley 25.319), en el marco de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprob. por ley 26.097). Estos instrumentos ponen especial énfasis en la existencia de organismos de control orientados a prevenir y detectar prácticas corruptas, como así también en la adopción de medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública, que incluyen la existencia de procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional, la presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos y el establecimiento de normas de contabilidad y auditoría, entre otras medidas⁽⁷⁸⁶⁾.

El establecimiento de una cláusula constitucional equiparando a los delitos de corrupción pública con los atentados contra el sistema democrático y la existencia de numerosos instrumentos internacionales sobre la materia es revelador de una creciente preocupación sobre este flagelo y sus implicancias institucionales. La Corte Suprema tuvo oportunidad de señalar la plena vigencia de las aspiraciones contenidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción a la hora de analizar la conducta de funcionarios judiciales involucrados en posibles hechos de corrupción, destacando que la incorrección de una conducta que no sea sancionada como corresponde, compromete el prestigio institucional del Poder Judicial ante la inquietud pública que tales hechos provocan⁽⁷⁸⁷⁾. Está claro que estas consideraciones de la Corte

alcanzan a todos los poderes del Estado, reafirmandose así la importancia de los principios contenidos en estos instrumentos internacionales.

Las razones del comportamiento corrupto pueden atribuirse a la excesiva discrecionalidad con que cuentan los funcionarios públicos a la hora de imponer costos o de otorgar beneficios a los ciudadanos u organizaciones de distinto tipo. A ello se suma la circunstancia de que muchas veces se adoptan decisiones públicas fundadas más en criterios de amistad, familiares o en la pertenencia a un determinado partido político, organización o empresa afín, que sobre la base de criterios objetivos, neutrales e imparciales, es decir, sin consideración a la identidad de los ocasionales beneficiarios o perjudicados. Esto conspira contra la transparencia en el ejercicio de la función pública⁽⁷⁸⁸⁾, puesto que el favoritismo o la represalia termina siendo el motivo de la acción pública de que se trate. A ello se suma el creciente costo del financiamiento de las campañas políticas para la periódica renovación de autoridades que, en estos intersticios de discrecionalidad exacerbada y opaca, encuentra oportunidades para hacerse de esos fondos, al margen de todo control y posterior rendición de cuentas⁽⁷⁸⁹⁾. Todo esto lleva a que se dilapiden fondos públicos, ya sea porque se asignan de una manera inadecuada para la satisfacción del interés público, porque esta asignación es efectuada en atención a otros criterios o, directamente, porque se detraen para beneficio de los ocasionales detentadores de cargos estatales y su círculo íntimo, con el consiguiente deterioro de la confianza de la población en la autoridades democráticas, que tiende a percibir que la función pública es un botín, una oportunidad de negocios y la posibilidad de enriquecerse, más que un acto de servicio para la comunidad. Además, cuando existe una corrupción extendida, la detracción de estos fondos conspira muchas veces contra la efectiva vigencia y sostenimiento de diversos derechos, principalmente aquellos de contenido económico, social y cultural, que demandan fuertes asignaciones presupuestarias que son desviadas de su finalidad⁽⁷⁹⁰⁾.

Si bien la corrupción ha sido una preocupación constante en la historia de nuestro país y en el pensamiento moderno, fue a partir de la década del noventa del siglo pasado en que este fenómeno se ha instalado en el debate público frente a su crecimiento y falta de sanción, lo que se revela en diversas encuestas de opinión y en índices de percepción de este fenómeno, como el elaborado por Transparencia Internacional⁽⁷⁹¹⁾. No obstante esta percepción y, a pesar de las iniciativas legales y la creación de agencias especializadas para la detección y persecución de los delitos

contemplados por este fenómeno, principalmente aquellos contra la Administración Pública (Título XI del Libro Segundo del Cód. Penal), son pocos los casos que han llegado a juicio por estos hechos y menos los que han recibido condenas⁽⁷⁹²⁾. Esta situación revela la falta de mecanismos institucionales que estén en condiciones de dar una respuesta en tiempo oportuno para esta clase de casos⁽⁷⁹³⁾, o la falta de reglas de procedimientos ágiles para permitir una mejor y más pronta investigación y juzgamiento de casos criminales complejos. Sobre este punto, las marchas y contramarchas en la reforma de las leyes procesales federales no ha ayudado pero, incluso con las normas procesales vigentes ha habido algunos casos de honda repercusión que están siendo juzgados o han merecido condena, como sucede en el caso del juicio a un exvicepresidente de la Nación y sus cómplices en la compra, mediante cohecho y negociaciones incompatibles con la función pública, de una empresa de papel moneda para quienes serían testaferros del exvicepresidente o la confirmación de la sentencia a funcionarios públicos y empresarios por la muerte de cincuenta y dos personas y otros tantos heridos, en el marco de un millonario fraude al Estado, entre otros tantos que al momento en que se escribe este comentario son motivo de juzgamiento⁽⁷⁹⁴⁾.

En la respuesta institucional frente a la investigación de estos casos de corrupción existe también el riesgo de que se ataque a los organismos de control o la toma de represalias de distinto tipo contra los funcionarios que intervienen, pudiendo incluso llegarse a la remoción del cargo. Las prácticas de este tipo constituyen una manera de afectar la independencia de criterio de quienes integran estos organismos de control, ante la amenaza que se cierne sobre quienes llevan adelante estas funciones, puesto que se termina persiguiendo a aquellos que indagan en lo poco claro e investigan lo que aparece sospechoso. También incentiva un entorno propicio para la corrupción pública en la medida que indirectamente se favorece a quienes se desempeñan de una manera complaciente con los ocasionales detentadores del poder estatal. Frente a los posibles perjuicios que podrían derivarse de un excesivo celo en las tareas de control y persecución, ellos serían susceptibles de ser mitigados por la intervención del Poder Judicial, al que corresponde autorizar medidas de injerencia en el ámbito de libertad de las personas y eventualmente aplicar penas. No obstante lo expuesto, también corresponde estar alerta frente a la utilización facciosa de estos organismos, cuya actuación termina estando orientada a perseguir a los opositores y favorecer a los propios. En este sentido, todavía sigue siendo un desafío reconstituir la legitimidad de los organismos

de control, en miras a que su actuación tienda lo más posible a desenvolverse sobre la base de criterios objetivos e imparciales en la persecución del delito y la aplicación de la ley⁽⁷⁹⁵⁾.

Como puede advertirse, la corrupción pública es un fenómeno que obedece a diversas causas y está orientada a variados propósitos. Su adecuado análisis y la manera de llevar adelante las medidas para prevenirla, remediarla y sancionarla, es también una tarea por demás compleja. Por este motivo, a más de veinte años de la reforma de la Constitucional Nacional, es necesario advertir que la lucha contra la corrupción no se agota escribiendo una declaración en el texto constitucional o mediante la firma de instrumentos internacionales, sino asumiendo un compromiso que se plasme en iniciativas legales, políticas públicas y acciones cotidianas de gobierno acordes con la dimensión de este flagelo.

* * *

Art. 37.—

Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio.

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

Comentario por Carla Maenza

I. INTRODUCCIÓN. DERECHOS ELECTORALES

El primer sistema electoral contemplado en la CN de 1853-1860 establecía en el art. 78 la elección indirecta del presidente y vicepresidente a través del Colegio Electoral. Este organismo estaría formado por el doble de miembros de las Cámaras de Diputados y Senadores nacionales en conjunto y decidiría por simple pluralidad de sufragios. La elección de senadores también se llevaría a cabo de forma indirecta a través de las Legislaturas provinciales que

conformarían sus propios Colegios Electorales. El caso de la elección de diputados sería distinto: se establecía la elección directa a simple pluralidad de sufragios. La primera Ley Electoral Argentina, ley 140 de 1857, introdujo un sistema de mayoría relativa de lista completa o plural, no obligatorio, de voto público (o cantado) por medio de juntas calificadoras municipales. Este sistema estaba diseñado para desalentar la ya escasa participación popular y facilitar el fraude electoral. Carlos Nino⁽⁷⁹⁶⁾ reconoce a la situación antes de la aplicación de la Ley del Voto Obligatorio en 1912 como una democracia restringida que se transforma en una democracia liberal luego de la sanción de la ley 8.871, también conocida como Ley Sáenz Peña.

La ley 8130 (1911) presentó el primer paso hacia un nuevo sistema electoral a través de la derogación de la legislación previa sobre registros electorales y sobre todo por la creación de un nuevo padrón electoral sobre los datos de enrolamiento militar. Estos cambios estaban destinados a adecuar el sistema político ante las presiones sociales, políticas y demográficas. Por un lado, una incipiente Unión Cívica Radical ya en 1890 y 1905 había intentado levantamientos armados en busca de elecciones libres ante repetidos ataques contra sus miembros. Por otra parte, en menos de dos décadas, la creciente llegada de las primeras corrientes migratorias e inmigratorias había casi duplicado la población en las grandes ciudades. En este contexto, la Ley Sáenz Peña se destacó por introducir un sistema democrático liberal en el cual se permitía el ejercicio político a una mayor parte de la población de la que hasta entonces los ejercía. A pesar de que representó un importante cambio en el acceso al voto masivo, secreto y obligatorio, amplios sectores de la población estaban relegados del beneficio de los derechos políticos. Es el caso de las mujeres (quienes recién en el año 1947 pudieron acceder al ejercicio del derecho cívico político por un corto período de tiempo), los extranjeros, los habitantes de territorios nacionales y los habitantes en circunscripciones de baja densidad poblacionales, quienes no podían participar en las elecciones de autoridades municipales. El sistema de la ley 8871 no tuvo modificaciones sustanciales en legislación posterior⁽⁷⁹⁷⁾.

Carlos Nino reconoce en la aplicación de la Ley Sáenz Peña un cambio hacia una democracia liberal casi completa. Sin embargo, el desplazamiento de los grupos conservadores de las esferas de poder generó una peor incertidumbre política. Desde 1930, sobre todo durante la "década infame" (1932-1943), se produjeron una serie de golpes políticos comandados por las élites para producir un movimiento hacia regímenes autoritarios. Todos los sectores, incluso

los grupos económicos y sociales dominantes, sufrieron una pérdida de representación democrática en comparación con la situación de la democracia restringida. Después de 1945, sobrevino un régimen democrático que aseguró una mejor representación que en ambos regímenes autoritarios y la democracia restringida. De 1955 a 1983, en la descripción de Carlos Nino, se produjeron oscilaciones permanentes entre los regímenes autoritarios, las democracias restringidas y las democracias populistas.

II. DERECHOS ELECTORALES. CARACTERÍSTICAS DE LA LEY ELECTORAL.

DERECHO A ELEGIR

La CN, luego de la reforma sustancial de 1994, determina que el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. En este sentido, incorpora elementos de la historia electoral argentina y deja a criterio del legislador la designación del sistema electoral, con ciertas condiciones. Por ejemplo, los sistemas en los cuales se instrumente el voto calificado serían incompatibles con la Constitución, al igual que el voto meramente voluntario. Es así que serían compatibles con el art. 37 de la Constitución los sistemas mixtos, el proporcional y por circunscripción e incluso el sistema de lemas⁽⁷⁹⁸⁾.

III. LIMITACIONES AL DERECHO A ELEGIR

El derecho a elegir se encuentra limitado por la ley reglamentaria, el Código Electoral Nacional, en razón de edad y de nacionalidad. Es así que los argentinos nativos y por adopción desde los 16 años de edad y los argentinos naturalizados desde los 18 años de edad que no tengan ninguna de las inhabilitaciones previstas en la ley serán considerados electores e incluidos en el padrón electoral. Las exclusiones se refieren a incapacidades de hecho y de derecho⁽⁷⁹⁹⁾, entre ellas, condena en etapa de ejecución y declaración judicial de insania. Estas limitaciones deben ser sometidas a un control estricto de razonabilidad que demuestren que la restricción persigue un interés legítimo.

A su vez, las restricciones reglamentarias deben ser sometidas al análisis de proporcionalidad a la luz del principio de participación. Argentina suscribió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en el art. 23 establece los derechos políticos de los ciudadanos y especifica ciertas características de mínima que debe cumplir el voto: elecciones periódicas realizadas por sufragio universal e igual por voto secreto. Asimismo, establece las posibles restricciones limitándolas a materia de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena,

por juez competente, en proceso penal. Del mismo modo, el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 20 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ratifican el derecho de votar y establecen un piso mínimo de sufragio universal e igual, por voto secreto y libre.

Sin embargo, sobre las limitaciones expuestas en el Código Electoral, la Corte Suprema se expidió declarando la inconstitucionalidad de la norma en el fallo "Mignone"⁽⁸⁰⁰⁾. El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) promovió acción de amparo con el objetivo de obtener una declaración de inconstitucionalidad del art. 3º, inc. d) del Cód. Nacional Electoral que determina la prohibición de votar a detenidos sin condena. El juez de primera instancia rechazó la demanda. La Cámara revocó la decisión de primera instancia y reconoció la prerrogativa del CELS, pero señaló que correspondía a los poderes políticos establecer los mecanismos para la correcta tutela de los derechos vulnerados. Ante la decisión, ambas partes presentaron recurso extraordinario. La Corte, con base en los principios de igualdad y la presunción de inocencia, no solo declaró la inconstitucionalidad de la norma, sino que urgió a los poderes políticos a adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a voto dentro del plazo de seis meses. Se produce un reconocimiento a la importancia de los derechos electorales basado en el art. 23.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que los derechos políticos solo podrán ser reglamentados en función de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente en proceso penal.

En este sentido también se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el fallo "Axat Della Croce"⁽⁸⁰¹⁾, en el cual se declaró como medida cautelar la suspensión del apart. "c" del inc. 2º del art. 3º de la ley provincial 5109, a fin de instar a las autoridades electorales a arbitrar las medidas para que aquellos privados de libertad puedan elegir el cargo de gobernador en las elecciones.

IV. SISTEMA DE VOTO OBLIGATORIO

Detrás del debate sobre el voto obligatorio se esconde otro sobre las diferentes concepciones de la democracia. Aquellos que entienden a la participación electoral como una medida de participación política, ven en la baja participación electoral un motivo de preocupación que puede ser remediado por la obligatoriedad. Dentro de esta línea se encuentran los defensores de la democracia deliberativa que argumentan que el voto obligatorio es necesario para

la igualdad política y la legitimidad del sistema democrático⁽⁸⁰²⁾. A su vez, hay dos maneras de entender la participación ciudadana: como un fenómeno indeseable, o como algo deseable pero extremadamente difícil de materializar⁽⁸⁰³⁾. Una perspectiva desde la democracia deliberativa, sin dudas, entiende la participación como algo deseable y la representación como un mal necesario. De este modo, si respetamos la autonomía personal y asumimos que cada persona es la mejor juez de sus decisiones, de la deliberación entre todos los posibles afectados por una decisión surgirá por consenso la mejor solución. La democracia es valiosa desde una perspectiva epistémica, ya que permite la deliberación moral entre todos los posibles afectados por una decisión para de este modo conocer la solución correcta. La democracia, entonces, será un sucedáneo imperfecto de la deliberación moral, y la representación —necesaria en virtud de la imposibilidad de discutir cara a cara todos los asuntos políticos— consistiría en una delegación para continuar la discusión que los ciudadanos han comenzado⁽⁸⁰⁴⁾.

Desde una concepción puramente instrumental de la democracia, la obligación de votar permite evitar los riesgos de arbitrariedad y en cierta manera contiene la dominación de los más poderosos⁽⁸⁰⁵⁾. En este sentido, estudios empíricos⁽⁸⁰⁶⁾ realizados en Bélgica demuestran que la potencial supresión del voto obligatorio alteraría significativamente la composición socio-profesional del electorado: casi la mitad de la población de bajos niveles educativos no votaría, mientras que solo una de cada diez personas de los sectores más privilegiados dejaría de votar. John Ely, desde una concepción procedimental, describe a la negación del derecho al voto como la "obstrucción por excelencia" del proceso democrático⁽⁸⁰⁷⁾ y dentro de su teoría, reconoce en la Corte Suprema (específicamente a la "Corte Warren", que toma como ejemplo) el deber de supervisar el ejercicio de aquellos derechos que son esenciales para el proceso democrático y cuya dimensión no puede ser dejada al albedrío de los representantes electos. Nino por su parte, reconoce en la apatía electoral una protección al *statu quo* y a la estabilidad del sistema que no es fácilmente modificable. Es por esta razón que justifica el voto obligatorio, en una razón de interés social para fortalecer al sistema democrático y resistir las presiones de grupos corporativos⁽⁸⁰⁸⁾. Elster, a su vez, reconoce como uno de los elementos esenciales de un sistema democrático un alto nivel de participación electoral⁽⁸⁰⁹⁾. A pesar de que reconoce que lo que se considera "justo" puede no ser bueno para la democracia, en lo que concierne a la relación entre la justicia y la participación ve en la obligatoriedad una consolidación de la democracia y de la justicia.

Por el lado de la democracia, porque aumenta la participación y por el de la justicia, porque mejora las posibilidades de unión entre los resultados electorales y la voluntad popular.

La democracia deliberativa de Nino explica que para maximizar el valor democrático de una decisión se deben tomar en cuenta la totalidad de intereses comprometidos. Este proceso aumenta las probabilidades de que la decisión aceptada sea la solución válida⁽⁸¹⁰⁾, y justifica la obligatoriedad desde la propia calidad epistémica de la democracia⁽⁸¹¹⁾. Nino justifica la necesidad del voto obligatorio ante el posible peligro de que los miembros de cierto sector social dejen de participar en el proceso electoral. Esta apatía conllevaría que los intereses del sector fuesen ignorados, lo que afectaría la calidad epistémica del proceso democrático en sí mismo⁽⁸¹²⁾. Nino destaca que la apatía resulta desagradable para la democracia porque tiene como consecuencia que ciertos intereses y opiniones se descarten. La participación es el puente que une al abismo entre el gobierno y la sociedad. En este sentido, la baja participación definida como pérdida de "capital social" en una sociedad cada vez más atomizada, advierte que la fragmentación es su mayor amenaza⁽⁸¹³⁾. Autores como Ballinger han cuestionado el tratamiento de los síntomas de la apatía política, en lugar de buscar las causas subyacentes⁽⁸¹⁴⁾ y fomentan el uso de medidas educativas y políticas diseñadas para aumentar el espíritu y la movilización de la comunidad política. Estas "recompensas", que algunos proponen sean pequeños pagos en efectivo o algún beneficio no monetario, podrían generar incentivos para la votación.

El principal argumento en contra de la obligatoriedad deviene del principio liberal de la libertad individual: los ciudadanos deben tener la libertad de decidir si votan o no y tienen el derecho de ser apolíticos. Desde este punto de vista, el voto obligatorio se describe como paternalista o perfeccionista, por la imposición de un ideal de virtud cívica. Nino concede que esta crítica es en parte cierta pero propone mecanismos que no sean absorbentes, como la obligación de acercarse a las urnas cada determinado período de tiempo. Asimismo, otro de los argumentos utilizados contra esta posición es que el voto obligatorio contempla la posibilidad de la abstención. Esta idea fue utilizada por la Comisión Europea de Derechos Humanos que dictaminó que la obligación de votar no contradice el art. 9º de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos —en relación con la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión— y el art. 3º del Protocolo adicional I, que establece el derecho a elecciones libres. En su sentencia, el Tribunal Europeo declaró que la libertad de conciencia se preserva en la posibilidad de

emitir un voto en blanco. Además, la noción de "elecciones libres", tal como se estipula en el Primer Protocolo, no significa "elecciones en las que el voto no es obligatorio, sino elecciones en las que el acto de votar es libre"⁽⁸¹⁵⁾.

El concepto de libertad, desde el punto de vista liberal, resulta bastante similar al concepto de autonomía: la libertad no significa la ausencia de ley, sino el respeto de las leyes que han hecho y aceptado⁽⁸¹⁶⁾. En ese sentido, las obligaciones cívicas son la forma concreta de este concepto de autonomía⁽⁸¹⁷⁾, dado que no restringe la conciencia individual no puede ser considerada como una violación de la distinción liberal entre la esfera pública y la esfera privada. El voto obligatorio se convierte en una de las condiciones políticas para que "cada uno pueda ser capaz de tomar decisiones eficaces sin temor ni favor sobre tantos aspectos de su vida mientras sea compatible con la libertad del otro"⁽⁸¹⁸⁾.

V. IGUALDAD. INCORPORACIÓN DE ACCIONES AFIRMATIVAS

"El problema que trata de solucionar las acciones afirmativas es un problema estructural"⁽⁸¹⁹⁾. Esta frase encapsula la clave para entender los motivos por los cuales es importante defender su uso como herramienta para combatir desigualdades estructurales. Resulta relevante tomar en consideración que, en Argentina, tanto la reivindicación de los derechos electorales como la conformación de la estructura constitucional se llevaron a cabo al margen de ciertos grupos relegados, entre ellos, las mujeres. Los primeros movimientos por la lucha de derechos políticos para las mujeres⁽⁸²⁰⁾ a comienzos del 1900 estaban a cargo de militantes de los partidos socialistas y anarquistas (en los cuales ni siquiera eran bienvenidas por la mayoría de los integrantes). Uno de los primeros hitos fue la Constitución de la Provincia de San Juan de 1927, en la que se reconocían los derechos políticos tanto para mujeres como para varones. En abril de 1928, en las elecciones de diputados y concejales municipales, las mujeres votaron con cifras históricas de participación electoral. Sin embargo, luego del golpe militar, la Constitución provincial quedó sin efecto. Por otra parte, a nivel nacional, en 1919 la Unión Cívica Radical presentó un proyecto de ley que reconocía el derecho a voto de la mujer, que no tuvo mayor trascendencia. El gran avance vino de la mano de Eva Duarte de Perón, quien promovió la sanción de la [ley 13.010](#), que establecía el sufragio universal. Las elecciones del 11/11/1951 fueron las primeras en las cuales participaron mujeres en la historia argentina y, un año después, las primeras diputadas y senadoras ocuparon sus bancas. La reforma constitucional de 1949 elevó al rango constitucional la igualdad política de hombres y

mujeres. Este pequeño recorrido histórico resulta útil para contextualizar el papel relegado de las mujeres en la política argentina a fin de comprender los objetivos de las medidas de acción afirmativa: la lucha contra los estereotipos inconscientes arraigados en el colectivo social.

5.1. Las medidas de acción afirmativa

Las medidas de acción afirmativa se encuentran doblemente protegidas en la Constitución argentina, en el art. 75, inc. 23 se especifica que corresponde al Congreso "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad". Esto demuestra la importancia que el constituyente le asigna a la búsqueda de la eliminación de las desigualdades.

No obstante, las medidas de acción afirmativa a menudo enfrentan críticas que no llegan a contextualizar de qué forma el poder se reproduce y cómo los preconceptos sociales e institucionales perpetúan ciertas desigualdades. Un primer acercamiento a la idea de opresión puede resultar útil para entender las motivaciones detrás de estas estrategias de igualdad. Iris Marion Young⁽⁸²¹⁾ reconoce una diferencia fundamental entre los conceptos de discriminación y opresión: la opresión está en todas partes en la sociedad, en las instituciones, normas, prácticas, suposiciones, en los hábitos e incluso en las más profundas creencias sociales y es a menudo difícil de percibir. Es sistémica e institucionalizada y se reproduce continuamente en las relaciones sociales⁽⁸²²⁾. Los Estados modernos se forjaron en la idea de las libertades cívicas y la igualdad, por ello es que las medidas de acción afirmativa, que vulneran el principio de igualdad formal⁽⁸²³⁾, resultan *prima facie* contraintuitivas. Catharine MacKinnon⁽⁸²⁴⁾ explica que existe una tensión entre las descripciones liberales de igualdad y de diferencia. La distribución desigual del poder entre hombre y mujer produce una postergación sistémica del grupo hacia la inferioridad desde la subordinación política. MacKinnon defiende que el concepto de autonomía puede ser relegado para evitar la dominación. Es decir, se necesita dejar atrás los conceptos liberales de igualdad formal para reformular las instituciones políticas desde la búsqueda de la eliminación de las desigualdades sociales. Para Anne Phillips, la escasa participación política de las mujeres conlleva un serio déficit democrático, tomado como una subrepresentación de miembros de un grupo social, que

favorece la toma de decisiones a favor de grupos dominantes y relega a otros a una situación de inferioridad⁽⁸²⁵⁾. Parte de la solución es generar espacios en las instituciones de toma de decisiones, de allí la idea de la "política de la presencia".

5.2. El sistema de cuotas

Las democracias modernas se han encargado de diseñar diversas estrategias para incrementar la representación de la mujer, entre ellas se destacan incorporar una retórica de la igualdad, la promoción de la igualdad, el *Gender Mainstreaming* y las medidas de acción afirmativa. Dentro de las medidas de acción afirmativa se destaca la incorporación de cuotas en el entramado institucional, un mecanismo que pretende alcanzar una igualdad efectiva de diversos grupos sociales (en este caso, las mujeres) en el acceso a cargos de decisión. En el plano electoral, más de 40 países han incorporado un sistema de cuotas, en Argentina establecido en el [art. 37](#) de la CN, previamente sancionado en la ley 24.012, llamada "Ley de Cupo" que establece que todas las listas que se presenten para las elecciones nacionales de diputados, senadores y convencionales constituyentes, deberán tener mujeres en un mínimo del 30% de los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de ser electas. La idea central detrás de los sistemas de cuotas es acercar a la mujer a cargos políticos para garantizar ciertos niveles de participación. Entre los modelos de cuotas se destacan: escaños reservados, en el que existe un porcentaje destinado del cuerpo legislativo que será ocupado por la mujer, las cuotas legales de candidatos y las cuotas en los partidos políticos. Estas últimas dos establecen un mínimo de mujeres en las listas de candidatos, de forma legal o voluntaria en los partidos políticos. El sistema de cuotas en los países nórdicos se implementó a través del modelo de cuotas en los partidos políticos, mientras que gran parte de América Latina adoptó el modelo de cuota legal para asegurarse la representación de las mujeres en el Poder Legislativo⁽⁸²⁶⁾.

Asimismo, el art. 4º.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que posee jerarquía constitucional conforme al art. 75, inc. 22, de la CN, fomenta la adopción de acciones positivas tendientes a "acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer". El dec. regl. 379/93 estableció que el 30 % será considerado como una cantidad mínima y que si se renuevan dos cargos, al menos uno tendrá que ser para una mujer, entre otras medidas.

Sin embargo, en las primeras elecciones luego de la sanción de la ley, la implementación efectiva en las listas de candidatos fue muy

escasa. Sumado a la resistencia por parte de los partidos políticos en incorporar el cupo, los tribunales electorales también demostraban timidez en la aplicación de la ley y el decreto reglamentario. Previa intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁽⁸²⁷⁾, y ante las dificultades en la implementación, se sancionó el dec. 1246/2000 que derogó al anterior para garantizar el efectivo cumplimiento de la ley 24.012. En los propios considerandos del decreto se reconocen parte de los problemas para efectivamente lograr la aplicación de la ley.

Las repercusiones de la ley en las distintas provincias fueron desiguales. Por ejemplo, en la provincia de Córdoba, la Legislatura sancionó la ley 8901 en noviembre de 2000, que instauró el principio de participación equivalente del 50 % tanto para los cargos públicos electivos provinciales como para los cargos de órganos colegiados ejecutivos. Si bien estas medidas demuestran que existe cierta tendencia hacia la incorporación de las mujeres en la participación política, aún queda un largo camino por recorrer.

La inclusión del segundo párrafo del art. 37 fue blanco de varias críticas, en especial de aquellos que consideraban que la cláusula hace permanente una medida que debería ser transitoria. No obstante, otorgar garantía constitucional a una medida destinada a paliar una desigualdad histórica y estructural resulta provechoso. Asimismo, en el caso de que la medida entre en desuso, puede ser modificada por el Congreso o incluso quedar sin efecto por la práctica, sin que ello genere mayor perjuicio. Los sistemas de cuotas también reciben críticas dentro del propio movimiento feminista, entre las que se destacan el riesgo de esencialismo o de reacción adversa. Las cuotas son parte de estrategias políticas, que han demostrado que son apenas un pequeño paso hacia la igualdad. A pesar de que en el ámbito nacional se aplica la Ley de Cupos electorales, en gran parte de las legislaturas provinciales, la situación es distinta. Tomando en consideración el concepto de opresión, la estructura social permanece desigual; es por ello que se deben reforzar medidas y continuar con el debate sobre la participación y la incorporación de mujeres en la vida política. La Corte Suprema de la Nación Argentina no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las medidas, a menudo alegando falta de tiempo material entre la impugnación y las elecciones, excepto para confirmar la decisión del caso "Darci Sampietro"⁽⁸²⁸⁾, anterior a la reforma constitucional de 1994, en el cual declaró el carácter de "orden público" de la ley 24.012. En materia de igualdad de oportunidades, todavía queda un largo camino que recorrer.

5.3. El sistema de cuotas 2.0: Ley de Paridad de Género en ámbitos de representación política

La nueva Ley de Paridad de Género (ley 27.412) establece que a partir de las elecciones legislativas de 2019, las listas deberán contener un 50 % de candidatas mujeres de forma intercalada con los candidatos varones. La ley modifica el art. 60 bis del Cód. Electoral Nacional y establece dentro de los requisitos para la oficialización de las listas que "las listas de candidatos/as que se presenten para la elección de senadores/as nacionales, diputados/as nacionales y parlamentarios/as del Mercosur deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente". Esta norma de paridad electoral surge impulsada en parte por el Consenso de Quito de 2007⁽⁸²⁹⁾ y por la incorporación de normas de paridad en otros países de la región (p. ej., México en 2014, Panamá en 2012 y Bolivia en 2010).

La ley 27.412 establece asimismo como requisito para la existencia dentro de los partidos políticos la paridad de género en la conformación de listas de candidatos para la renovación de autoridades partidarias. En este sentido, el art. 6º establece la reforma del art. 3º de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos ([ley 23.298](#)), instituyendo que la existencia de los partidos requiere como condición sustancial el respeto de la paridad de género sin necesidad del cumplimiento estricto del principio de alternancia. En este sentido esta normativa afecta la conformación de las listas de candidatos/as intra-partido.

Asimismo, el art. 3º establece que en caso de generarse la necesidad de reemplazo (por muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente), el reemplazante deberá ser un/a candidato/a de su mismo sexo que figuren en la lista como titulares o suplentes según el orden preestablecido. La reforma contempla que, si no quedasen mujeres o varones en la lista, se considerará la banca como vacante. Por otra parte, la ley establece que ante el incumplimiento de la paridad de género y la intimación a cumplirla, la sanción establecida por ley es la caducidad de la personalidad política del partido (art. 50).

A pesar de que la ley permite la paridad en las candidaturas dentro de las listas legislativas, ello no necesariamente se traduciría a la paridad dentro de las cámaras legislativas. En la aplicación, la conformación de las cámaras depende de otros factores, como por ejemplo, el número de bancas que se elige por provincia y quiénes de hecho encabezan las listas. El problema de la cabeza de lista

genera que en casos en los que se elija un número impar de candidatos, el género de la cabeza de lista hace diferencia en la cantidad de legisladores de uno y otro sexo. Nuevamente, se demuestra cómo la *praxis* impide el avance de la igualdad. En este caso en particular, se muestran nuevamente las limitaciones de las acciones afirmativas. A pesar de que permiten una mayor participación de las mujeres en la conformación de las cámaras legislativas, quedan presas de la *praxis* política actual. Todavía queda un camino social más profundo por recorrer.

5.4. El caso "Ciudad Futura"

Desde la sanción de la ley 24.012, y la incorporación de medidas de acción afirmativa en el ordenamiento jurídico, la pregunta sobre qué sucedería en el caso de la presentación de una lista conformada solamente por mujeres se presentó en la opinión pública.

En Santa Fe, el partido Ciudad Futura presentó la lista 202 conformada únicamente por candidatas mujeres. Ante ello, la Cámara Nacional Electoral en el "Incidente de Ciudad Futura Nro. 202 —distrito Santa Fe en autos Ciudad Futura nro. 202— distrito Santa Fe s/elecciones primarias - elecciones 2017" (expte. nro. CNE 5385/2017/1/CA1), decidió por mayoría por los votos de Alberto R. Dalla Via y Martín Irurzun confirmar la sentencia de primera instancia que ordena la adecuación de la lista Ciudad Futura a los parámetros impuestos por la ley 24.012.

El voto de Dalla Via, si bien reconoce que la ley 24.012 se sanciona "en resguardo de los derechos de las mujeres a gozar de iguales oportunidades que los hombres en la postulación para cargos electivos" (considerando 3º), argumenta que ello "no implica que no deba resguardarse idéntico derecho para los hombres. Máxime a la luz del [art. 37](#) de la CN, que garantiza iguales derechos a ambos sexos, sin ningún tipo de diferenciación". Esta visión de los derechos como esferas de protección que no deben vulnerarse responde a una doctrina de corte liberal que busca una "participación igualitaria y sin discriminaciones fundadas en meros prejuicios entre varones y mujeres". Estos preceptos de igualdad desconocen las desigualdades estructurales presentes en la sociedad argentina.

En cambio, el voto en disidencia de Corcuera reconoce que las cuotas de género son mecanismos concretos que definen un piso mínimo y no un techo para la participación política de las mujeres. En este sentido, establece la constitucionalidad de las normas que tienen su razón de ser en "la necesidad de equiparar la desigualdad que históricamente han sobrellevado las mujeres en cuanto a la diferencia de oportunidades políticas, mediante un trato preferencial

que nuestro ordenamiento legal reguló estableciendo una cuota de género a su favor" (considerando 9º). El voto en disidencia responde a una concepción distinta del voto de mayoría en la interpretación de las normas jurídicas y su funcionalidad social: "no es posible, en efecto, soslayar que de esa forma desaparecería el presupuesto de hecho que justifica la adopción de estas medidas diferenciadoras. Ello así pues, considerando tanto la actual como las anteriores composiciones del congreso de la Nación, difícilmente pueda argumentarse que el género masculino posee una menor oportunidad de participación política" (considerando 10). En efecto, el voto en disidencia entiende que no permitir que se presente una lista solo de candidatas mujeres "importaría que la existencia misma de las leyes que regulan la participación política de las mujeres carecerían de todo sentido y supondría la paradoja de que una norma sancionada en su favor se aplicaría en su perjuicio" (considerando 10).

En la decisión de la Cámara Nacional Electoral se encuentran las dos tensiones dentro de las corrientes interpretativas de las acciones positivas: aquella corriente que entiende a la acción positiva como una limitación de derechos de una mayoría histórica y aquella que establece una unión entre la realidad social y la norma que intenta modificarla.

La decisión de la Cámara Nacional Electoral fue apelada por los representantes del partido Ciudad Futura. El 14/8/2018 la Corte Suprema de la Nación en el fallo "Agrupación Política Ciudad Futura nro. 202 - Distrito Santa Fe s/incidente" (CNE 5385/2017/1/CSI) nota que el partido Ciudad Futura no logró establecer el 3% del padrón electoral del distrito que es exigencia del [art. 160](#) del Código Electoral Nacional para la participación del proceso de asignación de bancas. Debido a que por este motivo ninguno/a de los/as candidatos/as resultaron electos/as para los cargos para los cuales se estaban postulando, la Corte estableció que una decisión sería inoficiosa, por lo que todavía está en suspenso cuál es la posición de la Corte Suprema de Justicia sobre el asunto de fondo: la tensión entre interpretaciones de las medidas de acción positiva.

* * *

Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático.

Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.

El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes.

Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio.

Comentario por Francisco José Quintana

I. INTRODUCCIÓN

En las democracias constitucionales, la Constitución diseña la estructura institucional a través de la cual la sociedad toma sus decisiones, manifiesta sus ideas, elige a sus representantes y canaliza sus reclamos frente a ellos. Sin instituciones fuertes, valores democráticos como la libertad y la igualdad se pierden en la retórica. En cualquier democracia moderna, el sistema de partidos políticos constituye un rasgo fundamental de esta estructura.

El rol central de los partidos políticos en los sistemas democráticos es reconocido por diversas constituciones comparadas. Por ejemplo, el Capítulo V de la Constitución de Brasil establece la autonomía de los partidos políticos y su derecho a financiarse, y fija las condiciones bajo las cuales pueden ser creados y disueltos. Por su parte, la Constitución de España afirma, en su art. 6º, que "los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política". Similarmente, el art. 21 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania sostiene que "los partidos políticos participarán en el desarrollo de la voluntad política del pueblo" y establece que son de fundación libre.

La atención que las constituciones prestan a los partidos es creciente, y las más modernas comienzan a ocuparse de temas fundamentales como la adecuada representación de las minorías, y el financiamiento equitativo y proporcional⁽⁸³⁰⁾. Como contracara, algunas de las más antiguas, como la Constitución de los Estados Unidos, no hacen referencia alguna a los partidos políticos.

En nuestro país, los partidos fueron incorporados a la CN en la reforma de 1994, a través del nuevo art. 38 que los define como "instituciones fundamentales del sistema democrático". Con anterioridad, se los consideraba parte de la Constitución por la aplicación de la doctrina de los derechos implícitos establecida en el art. 33 y el derecho a la libertad de asociación contenido en el art. 14⁽⁸³¹⁾.

El art. 38 se inscribe dentro de la corriente de regulación constitucional moderna en materia de partidos políticos. Reconoce a la creación y al ejercicio de actividades por parte de los partidos como "libres dentro del respeto a esta Constitución", y agrega que la Constitución garantiza "su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas". Además, se ocupa de su financiamiento: establece que "[e]l Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes" y exige a los partidos "dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonios".

Los partidos políticos son objeto de diversas reglamentaciones legislativas, que deben por supuesto adecuarse a las bases establecidas por el art. 38. La Ley Orgánica de los Partidos Políticos ([ley 23.298](#)), sancionada en 1985, es aún la más relevante en la materia. Sin embargo, fue modificada en varias oportunidades desde su sanción. Entre estas modificaciones, se destacan las establecidas por la ley 26.571, sancionada en el año 2009.

Este capítulo se propone analizar el rol que la Constitución otorga a los partidos políticos en la organización del poder de nuestro país. Para hacerlo, seguirá la siguiente estructura. Después de esta introducción, en la sección II, discutirá brevemente el rol de los partidos políticos en un sistema democrático. A continuación, en la sección III, analizará la personalidad jurídica de los partidos y ciertas cuestiones relativas a su nacimiento y extinción. En la sección IV discutirá sus atribuciones y derechos, especialmente en materia de postulación de candidatos. En la sección V analizará sus deberes, describiendo la reglamentación en materia de elecciones internas, la representación de las minorías y el financiamiento. En la sección VI discutirá algunos posibles problemas constitucionales de la ley 26.571. Por último, en la sección VII, ofrecerá una breve conclusión.

II. LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LA ORGANIZACIÓN DEL PODER EN UNA DEMOCRACIA

En el diseño institucional democrático, los partidos políticos son protagonistas esenciales: deben actuar como instituciones mediadoras, articular intereses y representar a clases y sectores sociales. Se espera que los partidos contribuyan a definir agendas políticas, organicen coaliciones de electores, hagan escuchar las voces de las minorías y exijan la rendición de cuentas por parte de quienes ejercen el poder⁽⁸³²⁾. Los partidos políticos han jugado un rol central en la historia reciente de la humanidad cumpliendo algunas de estas tareas.

Resulta claro que los partidos políticos pueden no llevar a cabo adecuadamente estas tareas. Muchas veces se los critica por ser actualmente incapaces de motivar a la ciudadanía a participar en los asuntos públicos a través de un debate cívico y razonado, y por la creciente distancia entre los líderes y sus representados⁽⁸³³⁾. Mientras que muchos autores reconocen estas falencias y proponen reformas en la regulación de los partidos para mejorar la calidad de las democracias, otros acusan a los partidos de constituir por definición un límite para la participación democrática de los ciudadanos⁽⁸³⁴⁾.

James Madison, quien años atrás había descripto notablemente el problema que las facciones constituían para la democracia (facciones a las que definía como grupos de ciudadanos, que constituyan mayorías o minorías, actuando unidos, motivados por la pasión o por un interés común contrario al de otros ciudadanos o al interés permanente y agregado de la comunidad)⁽⁸³⁵⁾, explicó ya en 1792 que en las sociedades políticas, "los partidos son inevitables"⁽⁸³⁶⁾. Proponía en consecuencia establecer reglamentaciones específicas para asegurar que jugaran un rol adecuado. Siguiendo a Madison, lo crucial a la hora de analizar el funcionamiento e impacto de los partidos políticos en el sistema democrático es entender las normas que los regulan.

Por ejemplo, para Carlos Nino, el principal rasgo a considerar para entender el tipo de dinámica política que se establece en una sociedad determinada es la conformación del sistema de partidos políticos en su conjunto⁽⁸³⁷⁾. En esta conformación, explica Nino, cobra especial relevancia el número de partidos. Por ejemplo, un sistema de dos partidos puede reducir la diversidad de actores políticos relevantes y favorecer la connivencia política entre ambos⁽⁸³⁸⁾. Siguiendo a Blondel, Nino distingue entre los sistemas de dos partidos (como Estados Unidos, en donde los dos partidos principales se llevan más del 80% de los votos); los de dos partidos y medio (en los que hay dos partidos grandes, que se llevan hasta el 80% de los votos, y uno pequeño, que puede entrar en coalición de gobierno con uno de ellos, como el actual caso del Reino Unido); los

de partidos múltiples con uno dominante (donde los dos partidos más importantes se llevan hasta el 70% de los votos, como es el caso de Sudáfrica y supo ser el caso de México e Italia) y los de partidos múltiples sin uno dominante (como es el caso de Suiza e Israel, donde los dos primeros partidos se llevan hasta el 60% de los votos).

El número de partidos depende, a su vez, del sistema electoral. Este comprende las condiciones para participar en las elecciones, las condiciones para ser elegido, las normas en materia de sufragio y el escrutinio de los votos. Décadas atrás, Duverger argumentó que un sistema que elige un único representante por distrito, por mayoría simple, tiende a favorecer un sistema bipartidista. Por supuesto, además de afectarlo indirectamente por influenciar el número de partidos, el sistema electoral afecta por sí mismo muchos otros rasgos de la dinámica política.

En las próximas secciones, analizaremos cuáles son y cómo operan las principales normas que regulan el funcionamiento de los partidos políticos en el ordenamiento jurídico argentino a la luz del [art. 38](#) de la CN.

III. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

A pesar de que el art. 146 del Código Civil y Comercial, al igual que el art. 33 del Código Civil derogado, no menciona a los partidos políticos entre las personas jurídicas de carácter público, tanto la jurisprudencia como la doctrina los considera mayormente personas de derecho público no estatales⁽⁸³⁹⁾. La calificación doctrinaria resulta razonable, puesto que los partidos políticos, si bien son integrados por particulares, desempeñan funciones directamente vinculadas con los fines del Estado⁽⁸⁴⁰⁾. Esta interpretación encuentra aun mayor justificación en la nueva versión del Código, en tanto, a pesar de no mencionar a los partidos, reconoce expresamente que puede haber otras organizaciones constituidas en la República a las cuales el ordenamiento jurídico les atribuya el carácter de personas de derecho público.

3.1. La constitución de los partidos políticos, su caducidad y la reforma del año 2009

El art. 2º de la Ley Orgánica de Partidos Políticos establece que "[l]os partidos son instrumentos necesarios para la formulación y realización de la política nacional. Les incumbe, en forma exclusiva, la nominación de candidatos para cargos públicos electivos". Ante la ausencia de previsiones constitucionales en este aspecto, la ley establece el procedimiento y los requisitos para la constitución de los

partidos. Este procedimiento fue modificado por la ley 26.571, sancionada en el año 2009 durante el primer mandato de Cristina Fernández de Kirchner, a la que me referí en la introducción.

La Ley Orgánica establecía originalmente que la personería jurídico-política solo podía obtenerse por vía judicial y esto no se ha modificado. Los partidos deben inscribirse en un registro del juzgado federal con competencia electoral en el distrito, y presentar una declaración de principios y una carta orgánica, según la cual se elegirán internamente sus autoridades. Para obtener su reconocimiento como partido nacional, el partido debe demostrar la actuación de cinco partidos de distrito con el mismo nombre, declaración de principios y carta orgánica.

Bajo el antiguo régimen, para que el juzgado pudiera otorgar la personería, debía constatar que el partido demostrara la adhesión del cuatro por mil de los electores del distrito en que quisiera constituirse, hasta un máximo de un millón de adherentes. Con la acreditación de este número de adherentes y la adopción de los documentos relevantes, el juzgado debía otorgar la personería al partido político, con los plenos derechos civiles, económicos y políticos que eso conlleva (p. ej., presentar candidaturas y obtener financiamiento público)⁽⁸⁴¹⁾.

La ley 26.571 reformó estos requisitos. Actualmente, para obtener la personería, un partido debe, además de presentar la declaración de principios y la carta orgánica, demostrar la afiliación (a diferencia de la adhesión) del cuatro por mil de los electores del distrito. La diferencia es sustancial: el proceso de afiliación es más complejo que el de adhesión y, fundamentalmente, mientras que un ciudadano puede adherir a un número ilimitado de partidos, solo puede estar afiliado a uno⁽⁸⁴²⁾.

La reforma incorporó también un procedimiento para comprobar que el partido mantenga el número mínimo de afiliados. La ley dispone que el segundo mes de cada año el Ministerio Público Fiscal, de oficio o a instancias del juzgado federal con competencia electoral, deberá verificar que los partidos cumplan con las condiciones para su existencia —fundamentalmente, que mantengan en forma permanente el número mínimo de afiliados. Si comprobare un incumplimiento, el juez deberá intimar al partido incumplidor a subsanar la deficiencia en un plazo improrrogable de 90 días. Cumplido este plazo, si el incumplimiento subsiste, le corresponderá decretar la caducidad del partido político.

La Ley Orgánica establecía originalmente como causal de caducidad de la personería "no alcanzar en dos (2) elecciones nacionales sucesivas el dos por ciento (2%) del padrón electoral del

distrito que corresponda". Esta causal fue declarada constitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1992⁽⁸⁴³⁾. La Corte sostuvo que "resulta razonable que el reconocimiento y mantenimiento de la personalidad de los partidos políticos se encuentren directamente relacionados con la existencia de un volumen electoral identificado con sus objetivos (...) ya que de lo contrario se transformarían en estructuras vacías de contenido e ineptas para cumplir con la función que les es propia". Esta causal fue derogada por el Congreso de la Nación en el año 2002, pero reintroducida por la reforma del 2009 y se encuentra actualmente vigente.

Las modificaciones introducidas por la reforma apuntan fundamentalmente a reducir el número de partidos políticos. Si bien este fin puede ser legítimo, el modo y la forma en que se aprobó esta reforma disparan posibles problemas constitucionales que analizaremos en la sección VI.

3.2. Denegación de personería jurídica a partidos políticos por su ideología

El art. 38 de la Constitución otorga a los partidos políticos libertad para "su creación y el ejercicio de sus actividades" estableciendo como único límite el respeto a la propia Constitución. La Ley Orgánica de Partidos Políticos no hace ninguna referencia a la ideología de los partidos políticos ni al contenido sustantivo de sus declaraciones de principios. Ante este escenario, cabe preguntarse: ¿puede el Estado legítimamente denegar o retirar la personería jurídica a un partido político por su ideología?

Gelli parte del art. 1º de la Ley Orgánica, que reconoce a los electores "el derecho de asociación política para agruparse en partidos políticos democráticos" y sostiene que, en principio, el único requisito ideológico que deben cumplir los partidos políticos es el de ser democráticos. Agrega que, una vez nacido el partido, el control debe ejercerse, conforme lo establecido por la Ley Orgánica, no sobre las ideas o la declaración de principios del partido, sino a través de las causales de extinción establecidas en el art. 51, incs. d) y e) (actuales incs. c) y d))⁽⁸⁴⁴⁾. Estos dos incisos determinan la extinción de los partidos cuando sus "autoridades o candidatos no desautorizados por aquellas cometieren delitos de acción pública" o "[p]or impartir instrucción militar a los afiliados u organizarlos militarmente", respectivamente. En sentido similar se expresa Bidart Campos, quien sostiene que solo es válido denegar la personería a un partido cuando este se convierta en un "peligro real y actual" para el sistema constitucional⁽⁸⁴⁵⁾.

Agrega Gelli, sin embargo, que debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la Ley Contra la Discriminación ([ley 23.592](#)). Concluye que, en el caso de los partidos discriminatorios, debe realizarse una delimitación, que juzga compleja, entre los derechos a la libre expresión y a la asociación, por un lado, y los deberes de no discriminar ni asociarse para discriminar, por el otro. Igual de complejo es, de todos modos, determinar cuándo y por qué un partido es o no es lo suficientemente democrático.

En la jurisprudencia comparada abundan los ejemplos de prohibiciones de partidos por considerárseles antidemocráticos. En la década del '50, ante una acción del Poder Ejecutivo de Alemania Occidental, el Tribunal Supremo alemán prohibió al Partido Socialista del Reich, de fuertes vínculos con el Partido Nazi. Lo mismo hizo, poco tiempo después, con el Partido Comunista⁽⁸⁴⁶⁾. Recientemente, causaron largas discusiones en España tanto la denegación del Tribunal Supremo español de inscribir al partido nacionalista vasco Sortu —por su vinculación con la organización terrorista ETA y con el proscripto partido Batasuna— como la posterior autorización de su inscripción por parte del Tribunal Constitucional⁽⁸⁴⁷⁾.

En 1962, nuestro país se encontraba bajo la presidencia de José María Guido. Entonces, citando a la jurisprudencia alemana, la Corte Suprema de Justicia de la Nación justificó la proscripción del Partido Obrero. Consideró que este partido tenía "un programa revolucionario fundamentado en la insurrección permanente e internacional"⁽⁸⁴⁸⁾. A pesar de que la Corte habla de "peligro cierto y real para la subsistencia del Estado", no detalla cómo tiene por probado el programa revolucionario del Partido Obrero ni explica por qué este programa implica tal peligro cierto y real.

En el año 2009, mucho tiempo después de la sentencia en "Partido Obrero" —tiempo durante el cual, primero, se sancionó la Ley Orgánica en 1985 y, segundo, los partidos políticos ingresaron a la CN en 1994—, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aportó claridad en la discusión local al fallar en el caso "Partido Nuevo Triunfo", que se convirtió en el caso líder en el área⁽⁸⁴⁹⁾. La Corte tuvo que determinar la constitucionalidad del rechazo judicial al reconocimiento de la personalidad jurídico-política del Partido Nuevo Triunfo, que había sido confirmado por la Cámara Nacional Electoral. Este partido político, liderado por Alejandro Biondini, emulaba a través de sus prácticas y símbolos al Partido Nazi alemán, y había presentado una declaración de principios en la que manifestaba su vocación de dismantelar "la red homosexual, drogadicta y corrupta que hoy infecta a la Argentina" y que, en palabras de la Corte, promovía "un programa inspirado en las mismas ideas vinculadas a

la inferioridad de ciertas personas por su condición racial, religiosa o por su origen nacional".

La Corte destacó la "trascendencia institucional" que implicaba denegar la personería a una agrupación política en el marco de un estado constitucional de derecho. Determinó que una denegación de este tipo podía afectar el derecho a la igualdad y consideró que, dados los elementos del caso, correspondía interpretar este derecho según el criterio de "categorías sospechosas"⁽⁸⁵⁰⁾.

El criterio de "categorías sospechosas" se distingue de la interpretación tradicional del principio de igualdad contenido en el art. 16. La interpretación tradicional del principio no establece grandes límites a la acción de las autoridades estatales. En cambio, se limita a utilizar un criterio de razonabilidad de dos pasos: cuando el Estado realiza algún tipo de distinción, el test establece, en primer lugar, que corresponde determinar que el objetivo estatal perseguido por esta distinción sea legítimo; si se comprueba que este fin es legítimo, el test ordena, en segundo lugar, analizar que la clasificación utilizada sea útil para alcanzar ese objetivo⁽⁸⁵¹⁾. Si el fin es legítimo y el mecanismo es útil, la restricción es válida. Además, quien acuse la arbitrariedad de la distinción, tiene la carga de probarla. En cambio, como explica la Corte en "Partido Nuevo Triunfo", existe un estándar más riguroso, que aplica en aquellos casos en que se utilicen como criterios clasificatorios motivos de "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (conf. art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos). En estos casos, explica la Corte, debe presumirse la inconstitucionalidad de la clasificación. Esta presunción cede únicamente si el Estado logra demostrar que la clasificación responde a fines sustanciales (y no meramente convenientes) y que se trata del medio menos restrictivo para alcanzar estos fines.

En consecuencia, la doctrina de "Partido Nuevo Triunfo" establece que, si un juez electoral u otra autoridad se niega a otorgar la personería jurídica a un partido político por motivos ideológicos, debe presumirse la inconstitucionalidad de esta decisión. Esta presunción cederá únicamente si la autoridad involucrada demuestra que la denegación de la personería responde a fines estatales sustanciales y que constituye el medio menos restrictivo para alcanzar estos fines. Aun cuando no lo dice explícitamente, resulta claro que la Corte sostiene que corresponde aplicar el criterio de "categorías sospechosas" porque, en estos casos, se realiza una distinción sobre

la base de "opiniones políticas", en los términos del art. 1º de la Convención Americana.

La Corte desarrolló un estándar muy protector, sólido y elogiabile en materia del derecho de participación política en un partido. El derecho de participación política, a través del cual todos los ciudadanos participamos en igualdad de condiciones en la toma de nuestras decisiones, legitima nuestra organización constitucional democrática. Los partidos políticos son una herramienta fundamental (aunque ciertamente no la única) para ejercer este derecho. Por tanto, resulta inconcebible que el Estado pueda prohibir la personería jurídico-política a un partido salvo que pueda demostrarnos que esta prohibición es el medio menos lesivo para satisfacer un fin sustancial del Estado.

Lo curioso de la sentencia de la Corte es que, a la hora de aplicar este exigente estándar al caso concreto, consideró que el accionar de las instancias judiciales anteriores lo superaba. Explicó el tribunal que "[u]n fin que necesariamente debe alcanzar el Estado es (...) desalentar y contrarrestar el desarrollo de prácticas que promuevan el odio racial o religioso, y la sujeción o eliminación de personas por el hecho de pertenecer a un grupo definido por alguna de las características mencionadas. Es por tal razón que no solo resulta conveniente, sino imperativo, que las autoridades de la República Argentina tomen en cuenta este dato a efectos de trazar políticas orientadas a impedir el proselitismo a favor de semejante oferta política. Lo contrario implicaría permitir no solo el elogio de conductas que constituyeron uno de los peores crímenes de que tenga recuerdo la humanidad, sino incluso consentir la realización de un programa orientado a reproducirlo en alguna medida". En consecuencia, confirmó la sentencia de la Cámara Electoral que denegaba la personería jurídico-política al Partido Nuevo Triunfo.

No obstante la decisión de la Corte en el caso concreto, resulta difícil imaginar muchos casos futuros en los que la proscripción de un partido pueda satisfacer tan exigente estándar. En este sentido, es importante destacar que el voto mayoritario de la Corte (suscripto por seis jueces) evitó, a diferencia del voto concurrente de Fayt, realizar cualquier tipo de consideración respecto del posible carácter antidemocrático del Partido Nuevo Triunfo. La Corte no hizo referencia al precedente "Partido Obrero" y, al elaborar una doctrina mucho más protectora, lo derogó implícitamente⁽⁸⁵²⁾. Una vaga referencia a un "peligro real" para el sistema democrático basada en un presunto programa de gobierno (como aquella en que se basó la Corte en "Partido Obrero") no satisfaría el exigente estándar de "Partido Nuevo Triunfo".

IV. LAS ATRIBUCIONES Y LOS DERECHOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

La CN, a través del art. 38, garantiza a los partidos políticos "su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas".

La sección anterior describió algunos lineamientos básicos del ordenamiento jurídico argentino en materia de organización y funcionamiento de los partidos políticos. La sección V, al hablar de los deberes de los partidos, ampliará esta descripción, al abordar temas como la representación de las minorías, la celebración de elecciones internas y el financiamiento de los partidos. Por consiguiente, en esta sección me ocuparé de la postulación de candidatos, y del acceso a la información pública y la difusión de las ideas de los partidos.

4.1. La postulación de candidatos

El art. 2º de la Ley Orgánica establece que incumbe a los partidos políticos "en forma exclusiva, la nominación de candidatos para cargos públicos electivos". Esta ley permite que los partidos presenten a las elecciones candidatos que no sean afiliados, siempre que lo autoricen sus cartas orgánicas.

4.1.1. *¿A quién pertenecen las candidaturas?*

Existen ciertos debates respecto de a quién pertenecen las candidaturas a cargos nacionales, y las bancas de los diputados y senadores nacionales⁽⁸⁵³⁾. La discusión en materia de la pertenencia de candidaturas tenía especial relevancia en el caso de la presentación de "listas espejo", práctica que se consideraba legítima hasta la sanción de la ley 26.571. La cuestión relativa a la pertenencia de las bancas, relacionada íntimamente con la anterior, tiene hasta el día de hoy una importante relevancia práctica. Por ejemplo, si las bancas pertenecieran efectivamente a los partidos, en el caso de que un diputado o senador electo se desvinculara del partido por el que hubiera sido elegido (práctica conocida como "Borocotazo"⁽⁸⁵⁴⁾), debería perder su banca.

La Corte Suprema abordó directamente la problemática de la pertenencia de las candidaturas en el año 1989, cuando dictó sentencia en el caso "UCR, CFI-Partido Federal y Frejupe"⁽⁸⁵⁵⁾. Entonces, la Corte tuvo que resolver si era válida la presentación de dos o más partidos de boletas electorales con "una misma y única

[lista] de candidatos a los efectos de la suma en el acto del escrutinio" (las habitualmente denominadas "listas espejo").

La Corte determinó que era válida la utilización de listas espejo. A los fines relevantes para esta sección, el Tribunal argumentó que la elección de los representantes a través de la cual se ejerce la forma representativa de gobierno adoptada por la Constitución entabla una relación entre quienes aspiran a ser designados por el pueblo —los candidatos—, y quienes con su voto realizan la designación —los electores—. Agregó que "[e]l hecho de que los sistemas electorales estén relacionados con el régimen de partidos políticos y que estos sean órganos intermedios entre gobernantes y gobernados y piezas clave para la existencia del régimen representativo significa reconocer que los partidos existen por y para el régimen representativo y no este por y para aquéllos". Concluyó que "[n]ada hay en la ley orgánica de los partidos políticos que permita suponer que, en el proceso electoral, pueda prevalecer el partido sobre los candidatos"⁽⁸⁵⁶⁾. La Corte sostuvo que los electores eligieron candidatos y no partidos, por lo que no sumar los votos recibidos por idénticas listas atentaría contra la voluntad popular.

La Cámara Nacional Electoral se pronunció en sentido similar en el año 2000 en el fallo "Apoderados de la Unión Cívica Radical"⁽⁸⁵⁷⁾. Esto es particularmente relevante porque se trata de una sentencia posterior a la reforma del 94. En el caso, apoderados de la UCR de Santiago del Estero solicitaron que el reemplazante del diputado Zavalía —afiliado a la UCR que había sido elegido como integrante de una lista presentada por la Alianza y renunciado a su banca antes de asumirla— fuera un representante de su mismo partido (la UCR) y no quien lo sucedía en la lista. La Cámara rechazó el pedido, argumentando que "el cuerpo electoral no elige como representantes a partidos sino a los candidatos postulados por ellos, sea esto de modo uninominal o plurinominal, sin que el nuevo [art. 38](#) de la CN altere este principio".

Poco tiempo más tarde, en el año 2003, la Corte Suprema de Justicia de la Nación llegó a una conclusión radicalmente distinta en el fallo "Alianza Frente por un Nuevo País"⁽⁸⁵⁸⁾. La Corte confirmó el fallo de la Cámara Nacional Electoral que proclamó a Gustavo Béliz como senador nacional por la Ciudad de Buenos Aires. El candidato Alfredo Bravo había obtenido más votos que Béliz, pero a través de dos listas diferentes que no habían oficializado una alianza: la del ARI y la del partido Nuevo Espacio. La Corte, integrada por conjueces, consideró que "no se puede desligar la figura del candidato de la del partido político, puesto que es a través de este y no de aquel que nuestro ordenamiento se decidió". Concluyó que "la tercera banca de

senador de cada distrito corresponderá al partido político" como establece el [art. 54](#) de la CN.

Sin embargo, la relevancia del fallo como precedente es dudosa. En este fallo, la Corte estuvo integrada enteramente por conjueces, quienes decidieron por 5 votos contra 4, y dentro de la mayoría dos de los jueces emitieron votos concurrentes.

Por otra parte, no hay fallos relevantes que determinen a quién pertenece la banca de un diputado o senador nacional una vez que haya asumido su cargo. El [art. 54](#) de la CN, reformado en el 94, agrega cierta dificultad en este aspecto, ya que establece que el Senado se compone de tres senadores por distrito "*correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos*" (el énfasis me pertenece). Esta problemática es discutida en otro capítulo de esta obra⁽⁸⁵⁹⁾.

4.1.2. ¿Es constitucional el monopolio de los partidos políticos para nominar candidatos?

Como transcribí al comienzo de esta sección, la Ley Orgánica otorga a los partidos políticos el monopolio para la presentación de candidatos. Lo hace desde su entrada en vigor en 1985.

En el año 1987, la Corte Suprema analizó la constitucionalidad de este monopolio en el caso "Ríos"⁽⁸⁶⁰⁾. El actor, Antonio Ríos, pretendía presentarse como candidato a diputado nacional por la provincia de Corrientes por fuera de cualquier estructura partidaria. El fallo, previo a la reforma del 94, destaca que la existencia de los partidos políticos encontraba fundamento en el art. 1º de la CN, y "deriva de la estructura de poder del Estado moderno, en conexión de sentido con el principio de la igualdad política, la conquista del sufragio universal, los cambios internos y externos de la representación política y su función de instrumentos de gobierno". Agrega la Corte que "la vida política de la sociedad contemporánea no puede concebirse sin los partidos, como fuerzas que materializan la acción política".

Sostiene la Corte que el monopolio de los partidos políticos para nominar candidatos no atenta "contra la función electoral del derecho de sufragio, al eliminar a los candidatos individuales, promovidos por sí, omitiendo determinar los requisitos que hubieran hecho posible la admisión de candidaturas independientes". La Corte argumenta que este monopolio "se limita a establecer uno de los criterios de reducción dentro de las alternativas posibles, reconociendo de ese modo la condición de auxiliar del Estado que tienen en la actualidad los partidos políticos, criterio, por otra parte, consagrado

jurídicamente por la mayoría de los países", refiriendo expresamente a la legislación de Brasil, Ecuador y México. Concluye que la Constitución ni establece ni prohíbe la exclusividad de los partidos para presentar candidaturas pero que esta constituye una alternativa legislativa razonable que no resulta violatoria del art. 28 de la Constitución y cuyo acierto no corresponde evaluar a los tribunales.

Luego de la sentencia, Antonio Ríos presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión declaró inadmisible el caso, en tanto consideró al monopolio partidario para presentar candidaturas como compatible con la Convención Americana (específicamente, con los arts. 24; 29, a y 32, 2)⁽⁸⁶¹⁾. Destacó la Comisión que "[e]n la medida que no existan restricciones irrazonables para la formación y desenvolvimiento de los partidos políticos, ni para la participación y militancia dentro de ellos, no se alcanza a comprender cuál es la afectación al derecho de elegir y ser elegido".

Durante la Convención Constituyente de 1994, los constituyentes manifestaron que los partidos políticos no deben necesariamente tener el monopolio de las candidaturas⁽⁸⁶²⁾. En la misma línea que la Corte en "Ríos", concluyeron que el monopolio es una alternativa legislativa razonable pero no imperativa. Lo mismo sostuvo la Cámara Nacional Electoral, interpretando el art. 38, en el año 2002⁽⁸⁶³⁾.

4.2. El acceso a la información pública y la difusión de sus ideas

Como se explica en otro capítulo de esta obra⁽⁸⁶⁴⁾, el derecho de acceso a la información pública se encuentra expresamente reconocido en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional (conforme el art. 75, inc. 22 de la CN). Este derecho es, además, una consecuencia inmediata del sistema de gobierno republicano adoptado por nuestra Constitución. Al margen, el art. 38 presenta la curiosidad de ser el único artículo de la Constitución (dejando de lado a los tratados con jerarquía constitucional) que refiere expresamente a este derecho. Este reconocimiento específico a los partidos políticos no puede entenderse en detrimento del derecho de cualquier habitante de acceder a la información pública. Se trata únicamente de un reconocimiento adicional del crucial rol que la Constitución otorga a los partidos políticos en nuestra organización democrática. Los constituyentes decidieron recordar la importancia de garantizar el acceso de los partidos a toda información pública relevante. Entre una infinidad de ejemplos posibles, podemos pensar en la importancia que tiene para los

partidos políticos conocer el financiamiento que reciben otros partidos o el presupuesto destinado a la publicidad oficial.

V. LOS DEBERES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

El [art. 38](#) de la CN, cuando establece que la Constitución "*garantiza* la organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas" (el énfasis me pertenece) no solo obliga al Estado a asegurar el cumplimiento de estas provisiones: asigna también a los partidos el deber de hacer lo propio puertas adentro⁽⁸⁶⁵⁾. En esta sección, me ocuparé de hablar de algunos deberes específicos de los partidos relacionados con lo que ordena el art. 38: representación de las minorías y la celebración de elecciones internas. Abordaré también la cuestión del financiamiento de los partidos políticos en la Constitución: la obligación del Estado de contribuir "al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes" y la complementaria de los partidos de "dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio".

5.1. Representación de las minorías

Cuando el art. 38 "*garantiza* (...) la representación de las minorías" cobra especial importancia aquello que mencionamos al comienzo de este capítulo: el artículo está asignando un deber al Estado y otro deber a los partidos.

El Estado tiene la obligación de establecer un sistema electoral que asegure la adecuada representación de las minorías. Bidart Campos explica que "[n]o se trata de una receta única para implantar un sistema determinado, pero sí de la exclusión de cualquiera que, como el de lista completa, adjudica todos los cargos a un solo partido". Coincido con Bidart Campos pero, más allá de este claro ejemplo, la exclusión constitucional se extiende a cualquier sistema electoral que no asegure una adecuada representación de las minorías en la práctica. Este déficit puede estar dado, por caso, por la falta de discriminación positiva.

Una de las maneras a través de las cuales el Estado se asegura actualmente de que el sistema electoral se adecúe a este estándar constitucional es estableciendo cupos femeninos mínimos en el acceso a cargos públicos. Lo hace a través de la habitualmente denominada Ley de Cupo Femenino (ley 24.012). Esta ley reglamenta además el deber de los partidos de asegurar la representación de las minorías, en este caso, en la conformación de

listas partidarias. La importancia de la "participación libre y plena de la mujer en la vida política" y la eficacia de la ley 24.012 y de su dec. regl. 1246 para cumplir este objetivo fue destacada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁽⁸⁶⁶⁾. Ambos instrumentos establecen que los partidos deben incluir en las listas reguladas por el Código Electoral Argentino una cantidad mínima del 30% de postulantes mujeres. El decreto establece reglamentaciones específicas que aseguran que este porcentaje se mantenga en el acceso a los cargos y no se circunscriba a la inclusión en las listas. De este modo, establece, por ejemplo, que el cupo solo se considerará cumplido "cuando se aplique también al número de cargos que el [partido] renueve en dicha elección" y que, si no se renovaran cargos, "será indiferente colocar en el primer puesto a un candidato mujer o varón, y siempre en el segundo lugar deberá figurar una persona del sexo opuesto al nominado para el primer cargo".

5.2. Celebración de elecciones internas

¿Qué significa que la Constitución "garantiza (...) la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos"? Gelli sostiene que el término "competencia" puede interpretarse de dos maneras diferentes: como "aptitud para presentar ante la sociedad los candidatos partidarios" y como "disputa interna para elegir en el partido esos postulantes a los cargos electivos"⁽⁸⁶⁷⁾.

Gelli argumenta que, dado que el art. 38 garantiza la representación de las minorías, una lectura armónica del artículo nos obliga a concluir que los partidos tienen la obligación de celebrar elecciones internas. Agrega que, de todos modos, la Constitución no parece exigir que las internas "deban ser abiertas a los no afiliados y menos que se imponga obligatoriamente sufragar en ellas a todo el cuerpo electoral".

Resulta claro que los partidos políticos tienen la obligación constitucional de asegurar la representación de las minorías al elegir a sus postulantes. Entiendo, como Gelli, que la celebración de elecciones internas constituye una vía a través de la cual los partidos políticos pueden cumplir con este deber. Sin embargo, no coincido en que sea una obligación constitucional. Fundamentalmente, porque podemos pensar en otros mecanismos a través de los cuales los partidos pueden asegurar esta representación. Por citar solo un ejemplo, puede pensarse en un mecanismo de elección de postulantes indirecta para cargos de legisladores por parte de autoridades o delegados partidarios elegidos previamente a tales efectos que opere en combinación con normas internas de cupos

mínimos (de género, geográficos, de agrupaciones internas, etc.). Teniendo esto en cuenta, una interpretación basada en el sentido ordinario del término "competencia" en un instrumento jurídico como es la Constitución favorece la conclusión de que el texto se refiere a una aptitud jurídica antes que a una disputa interna.

Cabe destacar que la posición de Gelli fue al menos parcialmente receptada por la jueza federal con competencia electoral María Servini de Cubría en el año 2003 en lo relacionado a la constitución de una fórmula presidencial. La jueza se pronunció ante una presentación realizada por el expresidente Carlos Menem, entonces candidato a presidente de la Nación, y su candidato a vicepresidente Juan Carlos Romero. Ambos candidatos presentaron una acción de amparo solicitando: que se ordene al Congreso del Partido Justicialista abstenerse de designar los candidatos de una fórmula presidencial, que se ordene a este mismo Congreso abstenerse de aplicar el llamado sistema de neolemas (sistema que permitía a más de una fórmula participar en las elecciones generales en representación del partido) y que se otorgue una medida cautelar de no innovar a estos efectos.

En primer lugar, Servini de Cubría hizo lugar a la medida cautelar, destacando que la falta de celebración de elecciones internas resultaría *prima facie* violatoria del derecho "'de elegir' y 'ser elegido'" (art. 37 de la CN) y del "'funcionamiento democrático' previsto en el art. 38"⁽⁸⁶⁸⁾.

No obstante, al resolver la cuestión de fondo dos semanas más tarde, Servini juzgó válida la posibilidad de que tres fórmulas integradas por candidatos del Partido Justicialista conformaran alianzas electorales con otros partidos políticos y compitieran directamente en las elecciones generales⁽⁸⁶⁹⁾. La jueza consideró válida esta posibilidad incluso a pesar de que implicaría la falta de celebración de elecciones internas. Destacó que esta falta de celebración contrariaba a la Constitución, pero consideró válida la alternativa puesto que entendió que era materialmente imposible llevar las internas a cabo.

Incluso si la celebración de elecciones internas no constituye una obligación constitucional para los partidos, no quedan dudas de que, a la luz de lo establecido por el art. 38, el establecimiento por vía legal de la obligatoriedad de la celebración de elecciones internas constituye ciertamente una alternativa razonable. Y esta es la alternativa que eligieron nuestros legisladores al sancionar la ley 26.571.

La ley 26.571 establece un sistema de elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO). Para competir en las

elecciones para cargos públicos nacionales, los partidos políticos o alianzas deben presentar una o más listas de precandidatos y competir en estas elecciones. Además, todas las listas de precandidatos de un partido deben alcanzar el 1,5% de los votos válidos en el distrito y para el cargo en la que pretendan competir. En estas elecciones, el voto es obligatorio y los ciudadanos pueden votar al candidato que deseen, perteneciente a cualquier político o alianza, sin necesidad de estar afiliados a ningún partido.

5.3. Financiamiento

El art. 38 obliga al Estado a contribuir "al sostenimiento económico" de las "actividades y de la capacitación de [los] dirigentes" de los partidos políticos y, paralelamente, a los partidos a "dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio".

La Ley Orgánica reguló el financiamiento de los partidos hasta la sanción de la ley 25.600 de "Financiamiento de los Partidos Políticos". La ley 25.600 fue a su vez derogada y reemplazada por la [ley 26.215](#), la nueva "Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos". La [ley 26.215](#) está actualmente vigente, pero fue parcialmente modificada por la ley 26.571 de 2009, a la que hice referencia desde el comienzo de este capítulo.

La [ley 26.215](#) reglamenta la obligación constitucional del Estado de financiar a los partidos, pero también reconoce la posibilidad de que los partidos obtengan financiamiento privado y regula el modo a través del cual pueden hacerlo.

5.3.1. Financiamiento público

La obligación constitucional del Estado de contribuir al financiamiento del Estado contribuye a asegurar la diversidad y la independencia de los partidos. La existencia de financiamiento estatal eficiente y equitativo asegura que puedan existir y ser competitivos electoralmente partidos políticos independientes de la influencia del capital privado y de los grupos económicos. ¿Se adecúa la reglamentación legal del art. 38 a este objetivo?

Los aportes realizados por el Estado pueden ser utilizados, conforme el art. 4º de la [ley 26.215](#), para tres actividades: el desenvolvimiento institucional de los partidos (actividades políticas, institucionales y administrativas), la capacitación y formación política, y las campañas electorales primarias y generales.

La ley establece un Fondo Partidario Permanente (FPP) administrado por el Ministerio del Interior. Detalla, además, la proveniencia de los recursos que constituyen el Fondo, menciona,

por ejemplo, asignaciones presupuestarias y dinero proveniente de multas específicas.

Para la realización de actividades de desenvolvimiento institucional, la ley establece que el 80% de los fondos destinados se distribuirán "en forma proporcional a la cantidad de votos que el partido hubiera obtenido en la última elección de diputados nacionales" (art. 9º).

Para la realización de campañas electorales, la ley reconoce la posibilidad de que el presupuesto nacional asigne aportes (que se distribuirán en un 50% de modo igualitario y en otro 50% de modo proporcional a resultados electorales previos). Además, establece que el Ministerio del Interior brindará "los recursos económicos que les permitan imprimir el equivalente a una boleta y media (1,5) por elector registrado en cada distrito para cada categoría que corresponda elegir" (cap. III).

Una de las principales reformas realizadas por la ley 26.571 a la [ley 26.215](#) se relaciona con la publicidad electoral. Para atenuar las diferencias entre los partidos políticos en materia de recursos, la reforma prohibió a partidos y candidatos contratar espacios en emisoras de radiodifusión sonora y televisiva, abiertas o por suscripción. La publicidad electoral es ahora contratada y financiada por el Estado.

La ley establece un mecanismo detallado que distribuye los espacios de publicidad entre "las agrupaciones políticas que oficialicen precandidaturas para las elecciones primarias y candidaturas para las elecciones generales" (art. 43 bis). La cantidad de los espacios es dividida de la siguiente forma: un 50% se divide "por igual, entre todas las agrupaciones políticas que oficialicen precandidatos" y el otro "en forma proporcional a la cantidad de votos obtenidos en la elección general anterior para la categoría diputados nacionales" (art. 43 sexies).

Combatir la desigualdad de los recursos económicos utilizados por los partidos en campaña es crucial. El hecho de que las propuestas de un partido o las caras de sus candidatos tengan mucha mayor visibilidad que otras por el solo hecho de que algunos tengan más dinero para invertir choca con algunos de los fundamentos más básicos del sistema democrático: desde la libertad de expresión hasta la igualdad en el acceso a los cargos públicos (y volveré sobre este punto algunos párrafos debajo). Sin embargo, la [ley 26.215](#) presenta problemas como los siguientes.

En primer lugar, la ley no regula la publicidad no tradicional (es decir, la que se emite fuera de los espacios publicitarios mencionados) dejando margen para que surjan desigualdades⁽⁸⁷⁰⁾.

Es decir, no regula aquellos mensajes que incluyen apelaciones al voto por candidatos a cargos nacionales dentro de los espacios artísticos o de contenido, por ejemplo: imágenes sobreimpresas en el contenido, cartelería, banderas en espectáculos, etcétera.

En segundo lugar, la prohibición de contratar espacios publicitarios no alcanza a Internet. Esta ausencia tiene una importancia creciente. El uso de redes sociales para realizar proselitismo político en las campañas electorales del año 2015 ha sido notable. Los tuits en Twitter y los mensajes en Facebook pueden ser promocionados para que aparezcan con mayor frecuencia y en lugares de privilegio, y resulta casi imposible mirar más de un video en YouTube en época electoral sin toparse con un spot de campaña como publicidad previa a la reproducción.

En tercer lugar, existe una falta de regulación en materia de publicidad oficial en nuestro país. Entre las diversas problemáticas que esta falta de regulación acarrea, se destaca su incidencia en las campañas electorales. La falta de regulación fue denunciada ante la justicia electoral por la Asociación de los Derechos Civiles (ADC) como violatoria de los derechos de los electores a la libertad de expresión (entendida en su dimensión social como derecho a recibir información partidaria plural, arts. 14 y 32 de la CN y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos); y por ende su derecho al sufragio (arts. 37CN y 23 de la CADH) que solo puede ser ejercido adecuadamente si los votantes cuentan con información partidaria plural, y como violación al principio de igualdad por discriminar entre distintos partidos políticos (art. 16 de la Constitución y 9º de la Convención Americana).

Explica correctamente la ADC: "el uso sin límites de la publicidad oficial desvirtúa los propósitos de la última reforma política, que dispuso un sistema estatal de reparto de espacios publicitarios en medios audiovisuales para promover la igualdad de oportunidades entre los partidos durante la campaña y garantizar así el ejercicio informado del derecho al voto"⁽⁸⁷¹⁾. Al no estar regulada la publicidad oficial en época de campaña, el partido gobernante puede utilizar fondos públicos como instrumento de propaganda (sea con el objetivo auténtico de comunicar la gestión de gobierno o bajo el pretexto de hacerlo). El marco regulatorio actual otorga entonces una ventaja electoral al partido gobernante.

En el año 2013, la Cámara Nacional Electoral confirmó la sentencia de primera instancia que rechazaba el planteo de inconstitucionalidad de ADC⁽⁸⁷²⁾. Entendió que declarar esta inconstitucionalidad ante la ausencia de regulación del Poder Legislativo "importaría desconocer las potestades propias del Poder

Legislativo (...) y conllevaría, además, a entorpecer y obstruir su ámbito de actuación". No obstante, consideró "insuficiente" la "regulación de la publicidad oficial durante el desarrollo de procesos electorales" y requirió al Congreso de la Nación que "extreme los recaudos necesarios a fin de revisar y armonizar la regulación vigente" para darle "una mejor organicidad que asegure la relación armónica entre la vigencia de la publicidad de los actos de gobierno, la libertad de expresión y la equidad electoral".

5.3.2. *Financiamiento privado, y los límites a las contribuciones y a los gastos*

La [ley 26.215](#) admite los aportes privados a los partidos políticos. Las personas pueden destinar sus aportes al Fondo Partidario Permanente o directamente al partido político de su preferencia. Sin embargo, la ley prohíbe a los partidos "aceptar o recibir, directa o indirectamente" contribuciones o donaciones de distintos tipos, entre ellas: las anónimas; las provenientes de cualquier tipo de entidad gubernamental (nacional, local o municipal) centralizada o descentralizada; las provenientes de empresas concesionarias de servicios u obras públicas de gobiernos nacionales, locales o municipales; las provenientes de personas que exploten juegos de azar y las provenientes de gobiernos o entidades públicas extranjeras (art. 15).

Además, la ley establece que los montos de las donaciones anuales individuales de las personas físicas y jurídicas para el financiamiento ordinario de los partidos no pueden exceder el 1% y el 2%, respectivamente, de los gastos permitidos del partido (art. 16).

La ley asigna un límite a los gastos de campañas electorales. Conforme el art. 45, no pueden "superar, la suma resultante al multiplicar el número de electores habilitados, por un (1) módulo electoral de acuerdo al valor establecido en la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional del año respectivo". A efectos de la aplicación del artículo, considera "que ningún distrito tiene menos de quinientos mil (500.000) electores". En caso de que hubiera una segunda vuelta, el límite de gastos permitidos "será la mitad de lo previsto para la primera vuelta".

Los particulares pueden realizar donaciones para financiar las campañas políticas. Sin embargo, la reforma establecida por la ley 26.571 prohibió toda donación de personas jurídicas para las campañas (pero no para el financiamiento ordinario de los partidos).

Cabe preguntarse: ¿son válidas estas restricciones a la luz de nuestra CN?

En la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, este tipo de discusiones suele enmarcarse alrededor del derecho a la libertad de expresión. La Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos establece que "[e]l Congreso no podrá legislar (...) limitando la libertad de expresión, ni de prensa".

La Suprema Corte se basó en la Primera Enmienda para sostener, en un reciente, controversial y ampliamente discutido fallo, que las sociedades y los sindicatos tienen un derecho constitucional a gastar todo el dinero que quieran en comerciales televisivos que apoyen o critiquen a candidatos a cargos públicos⁽⁸⁷³⁾. Ronald Dworkin criticó duramente este fallo. Al hacerlo, explicó que "[l]a Primera Enmienda, como muchas de las previsiones más importantes de nuestra Constitución, está redactada en el lenguaje abstracto de la moral política: garantiza un derecho a la libertad de expresión, pero no especifica la dimensión de este derecho —p. ej., si abarca el derecho de las compañías tabacaleras a promocionar sus productos en televisión o el de un capítulo del Ku Klux Klan de insultar y difamar públicamente a negros o judíos (...)"⁽⁸⁷⁴⁾. Esto aplica también al derecho a la libertad de expresión tal cual está redactado en nuestra Constitución (14 y 32, y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional). Siguiendo a Dworkin, lo que necesitamos para no incurrir en una interpretación arbitraria o puramente partisana es guiarnos por un principio, por alguna teoría de la libertad de expresión que nos indique por qué el Estado debería abstenerse de restringir las contribuciones a los gastos electorales (o, en tal caso, por qué podría o incluso debería restringirlas).

No es objeto de este capítulo realizar una interpretación acabada del derecho a la libertad de expresión. No obstante, ofreceremos uno de muchos argumentos posibles de por qué las restricciones en materia de contribuciones privadas y gastos electorales son válidas a la luz de la libertad de expresión⁽⁸⁷⁵⁾. Dworkin hace referencia al derecho al voto informado como posible principio útil para interpretar el derecho a la libertad de expresión en este contexto. Agrega Dworkin: "la libertad de expresión política es una condición esencial para una democracia efectiva, porque asegura que los votantes tengan acceso a un espectro de información y a una opinión política tan ancha y diversa como sea posible".

Como surge de nuestra Constitución (p. ej., en su art. 37, y los arts. 23 de la Convención Americana, 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumentos internacionales con jerarquía constitucional conforme el art. 75, inc. 22) y lo ha manifestado

reiteradamente nuestra Corte Suprema⁽⁸⁷⁶⁾, el derecho al voto es fundamental para nuestra democracia.

El art. 37 establece específicamente que "[e]l sufragio es universal, *igual*, secreto y obligatorio" (el énfasis me pertenece). No puede reducirse la noción de que el sufragio es igual a una de carácter puramente aritmético en el cómputo de votos. Al reconocer el derecho a la libertad de expresión, el derecho al voto y específicamente el derecho igualitario al voto, nuestra Constitución establece que cada ciudadano debe tener igual oportunidad de hacerse oír en el proceso electoral. Tanto votantes como candidatos tienen derecho, como mínimo, a cierto grado de igualdad en la participación en un debate electoral de cierta calidad. Esto implica que el Estado debe asegurarles tanto la posibilidad de expresarse como de acceder a información diversa relevante. La limitación a los aportes y gastos de campaña puede garantizar este derecho. Por tanto, estas limitaciones no solo no resultan violatorias del derecho de libertad de expresión: en muchos casos, a la luz de este derecho, se tornan obligatorias.

5.3.3. Publicidad del origen y destino de los fondos y el patrimonio

La [ley 26.215](#) establece dos regímenes que reglamentan la obligación constitucional de los partidos de "dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio". En primer lugar, en lo que hace a los gastos ordinarios, el título II establece un control patrimonial anual. Los partidos deben establecer en sus cartas orgánicas una fecha para el cierre del ejercicio contable anual. Dentro de los 90 días del cierre de ese ejercicio, los partidos deben presentar el estado anual y la cuenta de ingresos y egresos del ejercicio ante la justicia electoral. Estos documentos son auditados por la Cámara Nacional Electoral a través del Cuerpo de Auditores Contadores.

En segundo lugar, el título IV regula el control del financiamiento de campañas. Fundamentalmente, diez días antes de la celebración del comicio, autoridades del partido deben presentar ante la justicia electoral "un informe detallado de los aportes públicos y privados recibidos, con indicación de origen y monto, así como de los gastos incurridos con motivo de la campaña electoral, con indicación de los ingresos y egresos que estén previstos hasta la finalización de la misma" (art. 54).

Antes de la sanción de la ley 25.200 existían importantes lagunas en la reglamentación de esta obligación constitucional. En este contexto, la Cámara Nacional Electoral destacó la importancia de la publicidad y el control del financiamiento de los partidos y la relacionó

con los principios esenciales de nuestro sistema republicano de gobierno. Consecuentemente, estableció que los partidos políticos debían rendir cuentas de sus gastos ante la justicia electoral y que los jueces debían requerir el dictamen de un perito contador⁽⁸⁷⁷⁾.

VI. POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 26.571

Por último, esta sección introduce un importante argumento de Roberto Gargarella. Siguiendo a Carlos Nino, Gargarella sostiene que la ley 26.571 es inconstitucional⁽⁸⁷⁸⁾. Nino defendió siempre una concepción deliberativa de la democracia y argumentó que no es democrático cualquier proceso político que se denomine de aquel modo, sino solo aquel que cumple con determinadas condiciones, incluyendo especialmente la existencia de un proceso de discusión amplio y robusto, con participación de todos los posibles interesados en igualdad de condiciones⁽⁸⁷⁹⁾. Nino argumentó que "los jueces están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático"⁽⁸⁸⁰⁾.

Similarmente, en "Kramer v. Union Free School District No. 15", la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo que la presunción de constitucionalidad de la que gozan las leyes se basa en la asunción de que las instituciones gubernamentales están estructuradas para representar de manera justa a los ciudadanos⁽⁸⁸¹⁾. En cambio, explica la Corte, cuando se reclama que una ley desafía precisamente esta asunción, la presunción de constitucionalidad cede.

En este caso, Gargarella sostiene que las exigentes condiciones que la ley introduce para que los partidos políticos conserven su personería, que describimos a lo largo de este capítulo, la hacen sospechosa desde su origen, puesto que comprometen la subsistencia de los partidos chicos y su participación en el proceso político. Explica que esta sospecha retrocede frente al hecho de que los partidos minoritarios suavizaron su oposición original a la reforma en el Congreso. Este cambio de actitud de los partidos minoritarios estuvo fuertemente influenciado por la introducción, luego de negociaciones parlamentarias, de dos artículos que diferían los plazos de entrada en vigencia de la ley. Sin embargo, una vez que el Congreso sancionó la norma, la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner vetó los artículos que establecían este diferimiento.

Gargarella concluye que el veto presidencial convierte a una reforma presuntamente inconstitucional en una directamente inconstitucional. Sin los plazos dilatados, que habían sido acordados con las fuerzas perjudicadas por la reforma, la norma se convierte en

una absolutamente deferente al poder, dificultando el acceso al mismo de quienes pretenden reemplazarlo.

VII. CONCLUSIÓN

El [art. 38](#) de la CN, introducido en la reforma constitucional de 1994, incorpora a los partidos políticos a la CN. Este capítulo describió la detallada reglamentación legislativa del art. 38, así como las ausencias reglamentarias relevantes, y su recepción jurisprudencial, con particular énfasis en la ley 26.571.

Los partidos políticos son instituciones fundamentales de nuestro sistema democrático. Al presentar y analizar las reglamentaciones y ausencias, este capítulo se propuso interpretar el rol de los partidos políticos a la luz de las exigencias que la CN impone a nuestro proceso democrático. Es decir, buscó analizarlas más allá de lo previsto por el art. 38, teniendo en cuenta especialmente a la Segunda Parte de la CN y a derechos tales como la libertad de expresión y el principio de igualdad.

* * *

Art. 39.—

Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa.

No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

Comentario por Demian Zayat

La Constitución de 1853 adoptó una postura restrictiva de la participación directa de modo expreso, por ejemplo en el art. 22. En aquel momento, habían sido las ideas radicales las que propusieron una mayor participación ciudadana en la toma de decisiones, frente a posturas liberales y conservadoras —que resultaron triunfantes— que desconfiaban de lo que pudieran hacer las mayorías⁽⁸⁸²⁾.

Sin embargo, las sucesivas crisis políticas que sufrió nuestro país, sumado al fracaso político de la última dictadura militar, impulsaron a que los partidos políticos mayoritarios se comprometieran con una agenda de democratización institucional, que promoviera el acercamiento entre representantes y representados, y la participación directa de la ciudadanía. Por ejemplo, el Consejo para la Consolidación de la Democracia, bajo la coordinación de Carlos Nino, propuso en su dictamen preliminar para la reforma constitucional de 1986, la incorporación de mecanismos de participación ciudadana. Allí se aconsejaba la incorporación de formas semidirectas como el plebiscito, el referéndum, la consulta e iniciativa popular, como un modo de ampliar la participación de los ciudadanos en el proceso político. Estas medidas son las que se vieron reflejadas en los arts. 39 y 40 de la CN.

Carlos Nino señala que hay dos maneras de entender la representación: como un mecanismo valioso o como un mal necesario. A su vez, hay dos maneras de entender la participación ciudadana: como un fenómeno indeseable o como algo deseable pero extremadamente difícil de materializar⁽⁸⁸³⁾. Una perspectiva desde la democracia deliberativa, sin dudas, entiende la participación como algo deseable, y la representación como un mal necesario. De este modo, si respetamos la autonomía personal y asumimos que cada persona es el mejor juez de sus decisiones, de la deliberación entre todos los posibles afectados por una decisión saldrá por consenso la mejor solución. La democracia es valiosa desde una perspectiva epistémica, ya que permite la deliberación moral entre todos los posibles afectados por una decisión y de este modo adoptar la solución correcta. La representación —necesaria en virtud de la imposibilidad de discutir cara a cara todos los asuntos políticos— consistiría en una delegación para continuar con la discusión que los ciudadanos han comenzado⁽⁸⁸⁴⁾.

El art. 39 establece que "los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados". De este modo, si se junta una cantidad suficiente de personas, podrá presentarse un proyecto de ley, al que "el Congreso deberá darle expreso tratamiento dentro del término de doce meses". Así, este mecanismo permitirá a un grupo de ciudadanos proponer

un tema para su discusión en el Congreso, incorporándolo a la agenda pública, aun, o justamente, cuando los representantes no estén interesados en su discusión. Será un mecanismo de participación que permite la discusión de una agenda fijada por la ciudadanía, ante la falta, o aun en contra, de la consideración de los representantes. Este es el objetivo de la iniciativa popular, en tanto mecanismo de participación⁽⁸⁸⁵⁾.

Sin embargo, la Convención Constituyente dejó gran parte de la definición del mecanismo a la ley reglamentaria, requiriendo que fuera aprobada por la mayoría absoluta del total de cada Cámara, y estableciendo únicamente un techo de la cantidad de ciudadanos que deben suscribir la iniciativa en el 3% del padrón, lo que resultaría un tope muy alto. Al mismo tiempo, la Constitución estableció una limitación sobre los temas de la consulta: "No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal". De este modo, la Constitución, al incorporar la iniciativa popular, excluyó los temas más importantes de la vida institucional del país.

Esta exclusión muestra cómo la amenaza de la desconfianza en la participación de la ciudadanía llevó a que se lograra un acuerdo en abrir la participación, solo si la apertura no era para los temas más sensibles. No existe demasiada justificación sobre por qué limitar estos temas, sobre todo cuando la iniciativa no es una muestra final de la voluntad, sino que aun lograda la cantidad de firmas requeridas, el asunto tiene que ser tratado por el Congreso, que podría rechazarlo sin mayores inconvenientes.

De este modo, el pueblo no podrá tener iniciativa en materia de reforma constitucional, que fija los derechos y las bases del funcionamiento de las instituciones. Tampoco para discutir si debería aprobarse o rechazarse determinado tratado⁽⁸⁸⁶⁾. No podrá hacerlo sobre tributos —aun en contra del lema de la revolución norteamericana *no taxation without representation*— ya que se temía que las pasiones de la multitud actuando irresponsablemente desfinanciaran al Estado. Algo similar ocurre con el presupuesto, la "ley de leyes": la ciudadanía no podrá decidir en qué se gastan los recursos⁽⁸⁸⁷⁾. Y finalmente, la materia penal, ya que habría que alejar el Cód. Penal de las pasiones circunstanciales de la población, aunque no varíen en mucho de las pasiones de los legisladores.

Entonces la Constitución estableció un derecho de iniciativa popular, que el propio texto limitó a la temática sin alta relevancia institucional, e impuso un techo del 3% del padrón, lo que resulta bastante alto. La ley reglamentaria podría bajar este tope, y de hecho la ley 24.747⁽⁸⁸⁸⁾ estableció como requisito una cantidad de firmas no

inferior al 1,5% del padrón electoral, en al menos 6 distritos electorales. Según los datos de las elecciones de diputados nacional de 2017, en el padrón nacional había 33.448.082 electores habilitados⁽⁸⁸⁹⁾, por lo que para presentar un proyecto de ley por iniciativa popular se requiere al menos 501.721 firmas. Esto aún es un número demasiado alto de firmas.

La ley 24.747 también impone una serie de restricciones al financiamiento de la campaña de recolección de firmas. Así, se restringen las contribuciones superiores a los \$30.000, y no se contempla ningún tipo de financiamiento estatal. Previo a la recolección de las firmas, el grupo promotor debe redactar un proyecto de ley, con una exposición de motivos fundada y el Defensor del Pueblo de la Nación deberá analizar que las planillas contengan un resumen adecuado del proyecto. Una vez recolectadas las firmas, la justicia nacional electoral deberá acreditar su autenticidad. Para ello, deberá realizar un muestreo no inferior al 0,5% de las firmas (2508 firmas con los datos del 2017), y si más del 5% (125 aproximadamente) fueran falsas o tuvieran algún dato incorrecto, se desestimaré el proyecto.

Satisfecha la autenticidad de las firmas, el proyecto ingresa a la Cámara de Diputados, y la Comisión de Asuntos Constitucionales debe expedirse sobre su admisibilidad formal⁽⁸⁹⁰⁾. Luego se girará a las comisiones correspondientes, en donde los promotores podrán tener participación sin voto. Admitido el proyecto de ley, el Congreso deberá darle expreso tratamiento dentro del término de doce meses. Sin embargo, no queda claro qué sucedería si esto no se cumpliera. No hay ningún mecanismo reglamentario que, por ejemplo, incorpore el proyecto al plan de labor del plenario del cuerpo en la primera sesión una vez vencido el plazo constitucional.

En las discusiones de la ley reglamentaria, el debate más importante estaba referido a qué hacer en caso de que el Congreso no lograra dar tratamiento al proyecto en el término de doce meses. Las posturas más favorables a la apertura de la participación proponían que en caso de no obtener el tratamiento en el plazo indicado, la iniciativa sería sometida a una consulta popular vinculante.

Así, la iniciativa popular no podrá ser sobre los temas de mayor relevancia institucional, la ley estableció un trámite que exige juntar el 1,5% de firmas del padrón, repartidos en al menos seis provincias, y con fuertes restricciones al modo de financiar la campaña. Una vez logrado todo esto, si el Congreso decidiera no tratarlo no habrá ninguna consecuencia, más allá de la crítica general que pueda hacerse por el desempeño de los representantes (similar a la que

podría haberse realizado por no haber iniciado la discusión sobre el tema). Desde ya que el tema podría judicializarse, y sería un buen supuesto donde el Poder Judicial podría intentar destrabar el funcionamiento del sistema democrático.

Puede observarse que la desconfianza en la participación terminó triunfando sobre la participación de modo directo. Al mismo tiempo, al ser tan exigentes los requisitos se cae también en la otra amenaza, referida utilizar a la ciudadanía para legitimar una postura adoptada sin mayor debate. Es muy difícil juntar medio millón de firmas, y si alguien tiene la capacidad de hacerlo, mucho más fácilmente lograría conseguir un diputado o diputada que firme un proyecto de ley, sin tanto esfuerzo participativo. Entonces, según esta regulación, la iniciativa popular no tendría por objeto poner en debate público cierto tema de agenda que los representantes no estaban tomando, sino que su objetivo será darle mayor legitimidad a una postura ya existente en el debate. Y lo que puede suceder es que en la discusión sobre la propuesta la iniciativa termine legitimando una posición de un grupo de poder, que no necesariamente sea el mayoritario.

Con esta reglamentación, que por un lado desconfía de la participación e impone requisitos superexigentes, lo que —por el otro— provoca que únicamente puedan superarlo los grandes grupos de presión, no es de extrañar que desde la sanción de la ley 24.747, únicamente haya tenido trámite un solo proyecto parlamentario presentado en base al art. 39 de la Constitución⁽⁸⁹¹⁾.

Iniciativas como la ley de trastornos alimentarios (promovida por el programa de televisión "Cuestión de peso"), la ley de fertilización asistida (promovida por varias ONG), la ley de jubilaciones de privilegio (promovida por el periodista Luis Majul y el diario *La Nación*), la de listas sábanas (promovida por un particular) e incluso la de radiodifusión (promovida por el Sindicato Argentino de TV), nunca llegaron a cumplimentar los requisitos superexigentes que establece la Constitución y la reglamentación. Las únicas que sí lo han logrado, aunque luego caducaron en el Congreso o fueron rechazadas por cuestiones formales fueron las realizadas por la CGT, que siempre contó, a su vez, con diputados del espacio sindical que podrían haber llevado sus propuestas al Congreso.

Entonces, lamentablemente, más allá de la promesa radical de la incorporación de la iniciativa popular a la Constitución como modo de fomentar la participación y pluralizar el debate, la desconfianza en la mayoría hizo que se terminase dificultando excesivamente la participación, y que en caso de poder superarla, no se amplíe la participación, sino el poder de algún grupo de interés.

Art. 40.—

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.

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.

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.

Comentario por Demian Zayat

El art. 40 establece como mecanismo de participación ciudadana la consulta popular vinculante y la consulta popular no vinculante. En la consulta popular vinculante, el Congreso —a iniciativa de la Cámara de Diputados— somete a consulta un proyecto de ley, y el voto afirmativo de la ciudadanía lo convierte en ley que no podrá ser vetada por el Poder Ejecutivo. En esta consulta, el voto es obligatorio. De este modo, la ciudadanía vota sobre aprobar o rechazar un proyecto de ley a propuesta del Congreso. Es decir, el Congreso no resuelve un tema en el que entiende que la ciudadanía está dividida y consulta directamente al pueblo, sobre la solución que prefiere. El voto mayoritario lo convierte en ley.

Aquí la participación directa se impone sobre la indirecta, pero para ello, debe ser convocado por la mayoría legislativa que aprueba la ley de convocatoria. La mayoría legislativa debe convocar —a través de una ley— a la ciudadanía para que vote sobre un proyecto de ley. Sin embargo, los legisladores no suelen tener incentivos para convocar a la ciudadanía, por lo que, a menos que exista una gran presión popular por la convocatoria, difícilmente sea convocada una. De hecho, en nuestra historia constitucional nunca se utilizó esta herramienta.

Por su parte, la consulta popular no vinculante, puede ser convocada tanto por el Congreso como por el Poder Ejecutivo. Aquí, la votación no será obligatoria para el electorado y la consulta no tiene que tener forma de ley, pero la respuesta de la ciudadanía no es vinculante, ello es, la solución no debe ser adoptada necesariamente por quien convoca. Sin embargo, será muy difícil para un cuerpo mayoritario justificar el apartamiento de lo que indique la mayoría consultada.

En 1984, antes de la incorporación del instituto a la Constitución, se utilizó la consulta no vinculante a nivel nacional, sometiendo a consulta popular los términos del arreglo de los límites con Chile en la zona del Canal de Beagle. La consulta fue convocada por el Poder Ejecutivo, y su resultado fue seguido por el presidente para la firma del tratado⁽⁸⁹²⁾. Sin embargo, no se utilizó en ninguna otra oportunidad.

La ley reglamentaria 25.432 del 23/5/2001, aprobada por mayoría especial, estableció algunas limitaciones más a la consulta popular. Por un lado, no puede ser utilizada para leyes que requieran una mayoría especial o que deban tener inicio en alguna cámara en particular. Esto deja afuera, por ejemplo, a las leyes tributarias, de coparticipación, electorales, de partidos políticos, reglamentarias de las formas semidirectas de participación, del Consejo de la Magistratura, y de reforma de la Constitución. Sin embargo, la restricción más importante proviene del art. 14 de la ley, que establece que la consulta popular no podrá coincidir con otro acto electoral. Esta restricción, sin una mayor justificación, elevó sustancialmente los costos de realizar una consulta popular y produjo que en la práctica nunca se hubiera intentado alguna.

En muchos países, la consulta popular es usada frecuentemente. Para que no resulte un mecanismo excesivamente oneroso (organizar una elección insume muchos recursos), se incluyen diversas consultas a ser respondidas por la ciudadanía en el mismo acto en el que vota cargos electivos. Es cierto que quizás el debate electoral no gire en torno a la propuesta consultada, y sí sobre las ideas de los candidatos, pero lo cierto es que de este modo el costo de la consulta es mucho menor y sí justifica la realización de una consulta determinada.

La experiencia del FRENAPO (Frente Nacional contra la Pobreza) de la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA) muestra cómo este requisito constituye un freno a la utilización de la consulta popular. En el 2001, el FRENAPO pidió a la justicia electoral que permitiera realizar una consulta popular no vinculante acerca del establecimiento de una asignación universal de 380 pesos por familia

más otra asignación dependiente de la cantidad de hijos, para el 14/10/2001, el mismo día que las elecciones legislativas intermedias. Sin embargo, este pedido fue denegado en virtud del art. 14 de la ley reglamentaria que se había aprobado meses antes. La central de trabajadores realizó la consulta, por fuera de los canales institucionales, los días 14, 15 y 16 de diciembre de 2001, teniendo una respuesta favorable de casi tres millones de personas. Este fue un mensaje muy fuerte que dio la ciudadanía pero debió realizarse al margen de las instituciones⁽⁸⁹³⁾.

Un aspecto no menor de este mecanismo, pero que tampoco fue aún explorado, es que su uso impide el veto presidencial. La consulta popular puede ser utilizada, así, como un modo de atenuar el híperpresidencialismo. La Cámara de Diputados, si entiende que su proyecto será vetado por el Poder Ejecutivo⁽⁸⁹⁴⁾, y que no alcanzará los 2/3 de los votos para insistir⁽⁸⁹⁵⁾, podrá —en vez de discutir ese proyecto, que en última instancia será vetado— tratar una convocatoria a consulta popular vinculante para que sea la ciudadanía la que discuta el fondo del proyecto. Ni la convocatoria a la consulta popular, ni el resultado de lo consultado pueden ser vetados. De este modo, ante un gobierno bloqueado por no tener mayoría en el Congreso para determinado tema, se puede utilizar la consulta popular vinculante para que sea la ciudadanía la que tenga la decisión final. De este modo la última palabra no la tendrá ni el Congreso ni el Ejecutivo, sino la ciudadanía de modo directo.

A nivel provincial, la consulta popular produjo resultados importantes. En el año 2003, la población de Esquel votó en contra de la instalación del proyecto minero de la empresa Meridian Gold, aun en contra de lo pretendido por el Gobernador de la provincia y el Intendente de la ciudad. Para lograr el llamado a consulta popular, se llevaron a cabo dos marchas multitudinarias bajo el lema "no a la mina". El Concejo Deliberante, finalmente, llamó a consulta popular, y el "no" obtuvo el 81% de los votos.

Sin embargo, en el caso de la consulta popular, la amenaza de manipular la discusión y legitimar decisiones sin verdadera participación es muy grande. Muchas veces se pretende recurrir a la consulta popular sin una discusión previa o sin que la ciudadanía cuente con información completa, con una propaganda parcializada para adoptar una determinada decisión o en contra de cierta minoría.

Esto es lo que pasó, por ejemplo, en la provincia de Salta, que en el marco de una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por parte de la comunidad indígena Lakha Honhat en reclamo de tierras que tradicionalmente ocupa, se llamó a

una consulta popular para que la ciudadanía decida el destino de las tierras⁽⁸⁹⁶⁾. La Corte Suprema declinó de intervenir en el caso⁽⁸⁹⁷⁾.

A su vez, en numerosas oportunidades, la convocatoria a una consulta popular se realiza para presionar políticamente a la oposición sobre determinada decisión. Por ejemplo, a través del dec. 2181/1993 el entonces presidente Menem convocó a una consulta popular sobre la reforma constitucional, que luego fue dejada sin efecto en virtud de haberse acordado el "pacto de Olivos". También, la consulta popular ha sido convocada para cambiar un tribunal electoral. Así, la Municipalidad de San Luis había organizado elecciones municipales bajo el control de un tribunal electoral municipal. Pero la provincia convocó a una consulta popular sobre la "ley del cine" para la misma fecha, con el objeto de centralizar en el tribunal electoral provincial ambas elecciones. La Municipalidad cambió de fecha sus elecciones y la provincia también la modificó para que volviera a coincidir. Finalmente intervino la Corte Suprema para impedir la superposición⁽⁸⁹⁸⁾.

Por todo esto vemos que las dos amenazas mencionadas son particularmente serias en la consulta popular. Por un lado, el art. 14 de la ley 25.432 que impide que la consulta coincida con otra elección, dificulta enormemente que se lleven adelante convocatorias a consultas. Lo mismo ocurre con el requisito de ley para convocar a la consulta vinculante, donde no existen incentivos para que los legisladores de la mayoría convoquen al electorado para tomar una decisión que pueden adoptar ellos mismos. Para destrabar esta situación se requiere presión popular. Asimismo, hubiera sido un buen mecanismo combinar la iniciativa popular con la consulta vinculante, para el caso de que el Congreso no tratase la iniciativa en el término de doce meses. De este modo, la consulta popular vinculante podría ser convocada aun si los legisladores no estuviesen de acuerdo con la propuesta.

Al mismo tiempo, la amenaza de la manipulación y de una deliberación previa incompleta puede llevar a pretender utilizar la consulta popular con fines ajenos a la participación. Vulnerar derechos de minorías puede ser una tentación grande que —aunque después la ley quede sujeta al control judicial de constitucionalidad— habrá que evitar procurando que todos los aspectos de la decisión salgan al debate público. No hay que olvidar que, en la consulta popular, la ciudadanía responde a determinada pregunta únicamente con un monosílabo: "sí" o "no".

Resulta interesante también explorar el uso de la consulta popular para destrabar un tema en donde el Congreso pretende cierta solución y el Poder Ejecutivo la contraria, y exista un anuncio de

potencial veto por parte del Poder Ejecutivo en alguna iniciativa en particular. La imposibilidad de vetar tanto la convocatoria a la consulta como lo sancionado posiciona a la consulta popular como un mecanismo idóneo para destrabar el conflicto y recurrir de modo directo a la ciudadanía.

Aun cuando los riesgos sean altos y las amenazas de manipulación y captación estén presentes, no hay que menoscabar las ventajas de la participación directa de la población. Muchas veces se subestima lo que una elección puede significar y, aunque en estos casos la deliberación es difícil⁽⁸⁹⁹⁾, este mecanismo permite una mayor legitimidad en la toma de decisiones.

* * *

Art. 41.—

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Comentario por María Florencia Saulino

I. EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO, EQUILIBRADO Y APTO PARA EL DESARROLLO HUMANO Y SUSTENTABLE

Desde el surgimiento del derecho ambiental a nivel internacional, la preocupación por la protección del ambiente fue expresada en términos de derechos. En efecto, ya en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972 se manifestó la convicción común de los Estados firmantes de que "el hombre tiene el derecho fundamental (...) [a]l disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar"⁽⁹⁰⁰⁾. Desde entonces, más de 90 constituciones en el mundo han reconocido explícitamente este derecho⁽⁹⁰¹⁾.

Nuestra CN no ha sido ajena a esta tendencia. Con la reforma de 1994, se incorporó el art. 41 que reconoce expresamente el derecho de todos los habitantes de la Nación a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y el desarrollo sustentable. En palabras de nuestra Corte Suprema, el art. 41 configura "la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente"⁽⁹⁰²⁾. En efecto, al momento de la reforma, ya algunos precedentes habían considerado que el derecho al ambiente sano se encontraba comprendido entre los derechos no enumerados, pero que surgen de la forma republicana de gobierno⁽⁹⁰³⁾. En los siguientes párrafos analizaremos el derecho incorporado al art. 41 y las características del ambiente que este garantiza.

1.1. El derecho a un ambiente sano y equilibrado

La referencia a un ambiente "sano y equilibrado" es una forma de proteger al titular del derecho contra dos tipos de daño ambiental: (i) la contaminación que puede tener un impacto directo en la salud humana; y (ii) la pérdida o destrucción de hábitats naturales, con el consiguiente impacto en la biodiversidad y los valores estéticos y culturales⁽⁹⁰⁴⁾. En efecto, la referencia a un "ambiente sano" puede interpretarse como un ambiente de calidad tal que no afecte la salud o las posibilidades de desarrollo de los seres humanos⁽⁹⁰⁵⁾. En este sentido, si se adopta un concepto amplio de salud⁽⁹⁰⁶⁾, un ambiente sano sería aquel que contribuye al completo bienestar físico, mental y social del individuo. El art. 41 protege, además de la salud humana, el equilibrio del ambiente⁽⁹⁰⁷⁾. Un ambiente sano y equilibrado es aquel que permite el crecimiento y la reproducción de plantas y animales, sustenta el desarrollo de una variedad de formas de vida y sus interacciones y tiene la capacidad de recuperarse por sí mismo de las perturbaciones que lo afectan (como incendios, inundaciones, etc.)⁽⁹⁰⁸⁾.

En este sentido, en la sentencia dictada el 1º de diciembre de 2017 en "Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza", la Corte resaltó

el cambio de paradigma que había operado desde su primera intervención en el conflicto en el año 1987. Según el tribunal, en la actualidad, "el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente"⁽⁹⁰⁹⁾. Recalcó que "el ambiente y, como es del caso, los cursos de agua que lo componen, no son una mera acumulación de elementos, sino un sistema integrado que tiene un punto de equilibrio. Se trata entonces, de un sistema hidrológico, integrado por distintos componentes a través de los cuales fluye el agua, tanto de superficie como subterránea. Es esencial esta interrelación entre los componentes, que hace del curso de agua un verdadero sistema"⁽⁹¹⁰⁾.

1.2. Derecho a un ambiente apto para el desarrollo humano y sustentable

El art. 41 también garantiza expresamente el derecho a un ambiente apto para el desarrollo humano y sustentable. El primer informe sobre "Desarrollo Humano" del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) define al desarrollo humano como "un proceso mediante el cual se amplían las oportunidades de los individuos, las más importantes de las cuales son una vida prolongada y saludable, [el] acceso a la educación y el disfrute de un nivel de vida decente. Otras oportunidades incluyen la libertad política, la garantía de los derechos humanos y el respeto a sí mismo"⁽⁹¹¹⁾. La existencia de un ambiente sano y equilibrado es fundamental para el logro de este objetivo, ya que la degradación ambiental afecta a las personas no solo a través de sus efectos en los entornos físicos y sociales, sino también por su impacto en el conocimiento, los bienes y las conductas de los individuos y los hogares⁽⁹¹²⁾.

Asimismo, el art. 41 reconoce expresamente el derecho a un ambiente apto para "que las actividades productivas satisfagan las necesidades del presente sin comprometer las de las generaciones futuras". Esta última frase hace referencia a la definición de desarrollo sustentable adoptada por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de la ONU en su informe "Nuestro Futuro Común". Este informe señaló que "está en manos de la humanidad hacer que el desarrollo sea sostenible, duradero, o sea, asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer las propias"⁽⁹¹³⁾.

En este sentido, Amartya Sen y Sudhir Anand señalan que la preocupación por el "desarrollo sostenible" refleja la creencia básica

de que los intereses de las generaciones futuras deben recibir la misma atención que los de las generaciones presentes: "no podemos saquear nuestro acervo común de recursos naturales y quitarles a las generaciones futuras las oportunidades que nosotros disfrutamos hoy en día"⁽⁹¹⁴⁾. Sin embargo, Sen y Anand también destacan que esta protección de las oportunidades futuras se debe llevar adelante sin abandonar el esfuerzo por acelerar el desarrollo humano y eliminar las privaciones de las capacidades humanas básicas⁽⁹¹⁵⁾.

En el caso "Salas", nuestra Corte Suprema tuvo oportunidad de expedirse sobre la relación existente entre el desarrollo y la protección del ambiente para las generaciones presentes y futuras. En "Salas", un grupo de personas, comunidades indígenas y asociaciones criollas habían promovido una acción de amparo a fin de obtener el cese inmediato y definitivo de los desmontes y talas indiscriminadas de los bosques nativos ubicados en diversos departamentos de la provincia de Salta⁽⁹¹⁶⁾. En palabras del tribunal, en este caso se configuraba "una situación clara de peligro de daño grave porque [la tala indiscriminada] podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, afectando no sólo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras"⁽⁹¹⁷⁾.

La Corte Suprema señaló que "no debe buscarse oposición entre [la tutela del ambiente y el desarrollo], sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras"⁽⁹¹⁸⁾ y, entre otras medidas, ordenó suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución hasta tanto se efectuase un estudio de impacto ambiental que tuviera en cuenta la totalidad de las autorizaciones otorgadas. Este estudio debía proponer una solución que "armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados", incluyendo los beneficios para las generaciones futuras⁽⁹¹⁹⁾. De esta forma, la Corte Suprema buscó conciliar la protección del ambiente, con el desarrollo económico y social; a la vez que ordenó a las autoridades que otorgasen especial consideración a los impactos de sus decisiones en las generaciones futuras.

En igual sentido, en "Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza", el tribunal señaló que "[l]a solución [del conflicto por el caudal del río Atuel], que, por otra parte, es cada vez más frecuente en el mundo actual y lo será en el futuro, requiere conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales. También hay que tener en cuenta que la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial, para que

mantenga su sustentabilidad. Asimismo, se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente"⁽⁹²⁰⁾.

1.3. El derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo como un derecho de incidencia colectiva

En el derecho comparado no existe una postura uniforme respecto de la titularidad del derecho al ambiente sano. Mientras que muchas constituciones lo consideran un derecho individual, otras se inclinan por una titularidad colectiva. En el *obiter dictum* del fallo "Halabi" la Corte Suprema clasificó al derecho al ambiente sano como un "derecho (...) de incidencia colectiva que tienen por objeto un bien colectivo"⁽⁹²¹⁾. El tribunal resaltó que el derecho a un ambiente sano y equilibrado está destinado a proteger a un bien que pertenece a toda la comunidad, no pudiendo dividírselo en partes ni excluir a ningún miembro de su goce⁽⁹²²⁾. Son justamente estas características, propias de los bienes públicos⁽⁹²³⁾, las que en opinión de la Corte justifican que exista una legitimación amplia para accionar en su defensa, y explican su configuración como derecho-deber y las reglas especiales que rigen para el caso de que el derecho se vea lesionado.

En lo que respecta a la legitimación para accionar en defensa del ambiente, la Corte señaló que al tratarse de un bien público que pertenece a toda la comunidad, nuestra Constitución otorga una "legitimación extraordinaria" para accionar en su defensa al Defensor del pueblo, al afectado y a las asociaciones que propenden a la protección del ambiente⁽⁹²⁴⁾. El tribunal subrayó que esta legitimación no se otorga en función de la titularidad que estos detentan sobre el bien —ya que su carácter de bien público excluye la existencia de derechos de propiedad tradicionales—, sino como una forma de reforzar su protección⁽⁹²⁵⁾.

1.4. El deber de preservar el ambiente

Además de la titularidad colectiva, la Corte Suprema considera que las características del ambiente como bien público repercuten también en otros aspectos del derecho. En efecto, según ha sostenido el tribunal en la causa "Mendoza" el hecho de tener por objeto un bien público explica su configuración como derecho-deber. Si bien todos los derechos tienen como correlato deberes, en el caso del derecho a un ambiente sano, el derecho y el deber recaen al mismo tiempo sobre todos los miembros de la comunidad.

En este sentido, la Corte ha señalado en el caso "Mendoza" que "la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato [del derecho] que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual"⁽⁹²⁶⁾.

Asimismo, en "Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza" la Corte destacó que "[e]l ambiente no es para la CN un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario. Ello surge de la CN (art. 41), que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos, es decir, hacer obras en defensa del ambiente. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Cód. Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado"⁽⁹²⁷⁾.

II. EL DAÑO Y LA OBLIGACIÓN DE RECOMPONER

El art. 41 establece que el daño ambiental "generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley". Mario Valls considera que, con esta cláusula, "el art. 41 abre las puertas para lo que se considera quizás la máxima protección que puede preverse jurídicamente para los bienes colectivos: la obligación de reparar el daño ambiental"⁽⁹²⁸⁾.

La Ley General del Ambiente define el daño ambiental como "toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos"⁽⁹²⁹⁾. En concordancia con lo establecido por el [art. 41](#) de la CN, dicha ley establece que "el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción" y en caso de que tal restablecimiento no fuera posible "la indemnización sustitutiva deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que crea la ley.

En el caso "Mendoza", nuestra Corte Suprema se expidió sobre el daño al ambiente y distinguió dos supuestos: (i) el daño a las personas y al patrimonio producido como consecuencia del daño ambiental; y (ii) el daño que sufre el ambiente como "bien

colectivo"⁽⁹³⁰⁾. Sobre el primero, los actores pueden disponer y transar, eligiendo si prefieren la reparación en especies o la indemnización por el daño causado⁽⁹³¹⁾. En cambio, en lo que respecta al daño al bien colectivo, los actores no tienen ese poder de decisión, sino que deben atenerse a la obligación de recomponer que establece el [art. 41](#) de la CN. En efecto, el tribunal subrayó que el ambiente "está tutelado de manera no disponible por las partes, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y, en ausencia de toda posibilidad, se dará lugar al resarcimiento"⁽⁹³²⁾.

III. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA AMBIENTAL

Cada país federal tiene una distribución de competencias que le es propia y que se explica, al menos en parte, por los procesos históricos que dieron origen a la federación. Sin embargo, podría decirse que, como regla general, en la mayoría de los países federales, el Gobierno central tiene facultades para legislar en aquellos asuntos que exceden los límites de las unidades territoriales que lo componen, contribuyendo de ese modo a crear "un solo país para un solo pueblo"⁽⁹³³⁾.

Las cuestiones ambientales se encuentran incluidas, al menos parcialmente, dentro de esta categoría. En efecto, los problemas ambientales generalmente no reconocen los límites jurisdiccionales⁽⁹³⁴⁾. Las decisiones de política ambiental de una provincia muchas veces tendrán impactos que se extenderán mucho más allá de sus límites geográficos. Al mismo tiempo, en territorios extensos y con climas y biomas muy distintos, es difícil pensar en una legislación centralizada que pueda hacer frente a los problemas ambientales en todo el país. Esta tensión entre la necesidad de regular problemáticas que atraviesan fronteras y las dificultades que presenta la diversidad de situaciones locales ha dado lugar a profundas discusiones doctrinarias sobre cuál sería la distribución de competencias ambientales más apropiada para un país federal⁽⁹³⁵⁾.

En la CN de 1853/60, las provincias no delegaron expresamente competencias al Congreso Nacional para el dictado de normas ambientales. En consecuencia, hasta la reforma de 1994, el Congreso Nacional podía legislar en materia ambiental solo cuando tal legislación quedaba encuadrada en sus competencias generales. En este sentido, se entendía que el Congreso era competente para dictar normas ambientales en cuatro situaciones.

En primer lugar, cuando el problema ambiental afectase a más de una provincia, una interpretación amplia de la Cláusula Comercial de la Constitución permitía al Congreso Nacional dictar normas que regulasen la cuestión⁽⁹³⁶⁾. Así, por ejemplo, en lo relativo a la

regulación de la pesca marítima, la Corte Suprema entendió que "el poder de regulación de la pesca integra el comercio en su concepción abierta y creciente y que su legislación en situaciones semejantes excede el marco local y justifica la competencia nacional porque, (...) se trata de uno de 'los asuntos que los estados individuales, con sus limitadas jurisdicciones territoriales, no están en condiciones plenas de regir'"⁽⁹³⁷⁾. En segundo lugar, la Cláusula del Progreso permitía al Congreso Federal dictar normas conducentes a la prosperidad del país, y al adelanto y bienestar de todas las provincias⁽⁹³⁸⁾. En tercer lugar, el Congreso Nacional tenía la facultad de dictar normas ambientales para la Capital Federal y los territorios sometidos a jurisdicción nacional y, al hacerlo, en muchos casos invitaba a las provincias a adherirse al régimen creado, como forma de unificar legislación⁽⁹³⁹⁾. Finalmente, el Congreso podía dictar normas ambientales cuando, por su temática, se encontrasen comprendidas dentro de las facultades delegadas por las provincias para el dictado de los Códigos de Fondo⁽⁹⁴⁰⁾. Así, por ejemplo, resulta potestad exclusiva del Congreso Nacional el establecimiento de un régimen de responsabilidad civil por daño ambiental, la creación de delitos ambientales, lo concerniente a la explotación de minerales, etcétera.

Sin embargo, el Congreso no hizo un uso intensivo de estas facultades, por lo que antes de la reforma de 1994 la legislación en materia ambiental era generalmente un asunto propio de las legislaturas provinciales y municipales. Esta situación generaba un panorama de legislación ambiental dispersa, que variaba considerablemente de una provincia a la otra, incluso cuando estas compartían un mismo ecosistema. Algunas provincias hicieron uso de la facultad de celebrar tratados interprovinciales, como una herramienta para unificar la gestión de recursos compartidos⁽⁹⁴¹⁾. Sin embargo, en muchos casos estos acuerdos voluntarios no existieron y las decisiones adoptadas por una provincia tuvieron repercusiones negativas en el medio ambiente de sus vecinas, generando conflictos interjurisdiccionales de difícil resolución en ausencia de un marco regulatorio federal⁽⁹⁴²⁾.

3.1. Leyes de presupuestos mínimos y normas complementarias

En este contexto, el nuevo texto del art. 41 amplió las facultades del Poder Legislativo Nacional. Además de las facultades generales que ya hemos enumerado y que el Congreso Nacional retuvo con la reforma, la Constitución de 1994 le otorgó la facultad de dictar normas que contengan presupuestos mínimos de protección ambiental. El objetivo del constituyente fue establecer "principios

comunes" y un "nivel mínimo de protección ambiental"⁽⁹⁴³⁾ para garantizar el nuevo derecho reconocido. En este sentido, la Ley General del Ambiente define a las normas de presupuestos mínimos como "toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental"⁽⁹⁴⁴⁾.

Al mismo tiempo, y en reconocimiento de las particularidades de cada provincia y la imposibilidad de establecer una normativa ambiental que otorgase una protección adecuada para todas ellas, la Constitución reconoció a los Estados provinciales la facultad de dictar normas complementarias. De esta forma, la Constitución le otorga al Gobierno federal la facultad de establecer una protección ambiental mínima y común a todo el territorio; a la vez que permite a las provincias y los municipios⁽⁹⁴⁵⁾ realizar ajustes a ese piso mínimo, para hacer frente a las problemáticas locales. En este sentido, las normas complementarias siempre podrán elevar los estándares establecidos por la legislación nacional o legislar sobre aspectos no contemplados por la Ley de Presupuestos Mínimos pero nunca podrían ir por debajo de los estándares establecidos a nivel nacional⁽⁹⁴⁶⁾.

En "Villivar", los ministros Lorenzetti, Fayt y Petracchi, en su voto concurrente, analizaron la facultad de las provincias para dictar normas complementarias⁽⁹⁴⁷⁾. En este caso, una empresa minera había cuestionado la aplicación de una ley provincial que requería la celebración de una audiencia pública antes de aprobar los estudios de impacto ambiental requeridos por el Código de Minería. En su recurso extraordinario, la empresa argumentó que había satisfecho los requisitos exigidos por la legislación nacional y no podían serle impuestas exigencias suplementarias derivadas de la aplicación de leyes especiales; por lo que, al dar primacía a las normas provinciales por sobre el Código de Minería, el Superior Tribunal de la Provincia había desconocido el [art. 31](#) de la CN. La mayoría de la Corte rechazó el recurso extraordinario por considerarlo inadmisibile. Sin embargo, los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi, en su voto concurrente, señalaron que la Ley de Presupuestos Mínimos 25.675 había establecido que todas las actividades susceptibles de degradar el ambiente o afectar la calidad de vida de la población debían estar sujetas a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental; y que las autoridades nacionales y provinciales tenían la obligación de institucionalizar procedimientos de audiencias públicas obligatorias y previas a la autorización de tales actividades. En tal sentido, destacaron que "no se advierte de qué modo y en qué medida la exigencia de la aprobación expresa, previa audiencia pública, del

estudio de impacto ambiental (...) vendría a contradecir lo previsto por las leyes nacionales 24.585 [que modificó el Código de Minería] y 25.675, dictadas con arreglo al [art. 41](#) de la CN. Según dicho artículo, corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las normas necesarias para complementarlas ya que complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada"⁽⁹⁴⁸⁾.

3.2. Constitucionalidad de las normas de presupuestos mínimos

La doctrina entiende que las normas de presupuestos mínimos podrían ser declaradas inconstitucionales cuando su contenido sea excesivamente pormenorizado o tan riguroso que impidan a las provincias ejercer sus facultades de complemento⁽⁹⁴⁹⁾. La constitucionalidad de una ley dictada en función de la competencia establecida en el [art. 41](#) de la CN fue atacada en el caso "Mendoza, Provincia de c. Estado Nacional s/acción de inconstitucionalidad". En este caso, la provincia de Mendoza sostuvo que la Ley de Presupuestos Mínimos para la Preservación de las Aguas, su Aprovechamiento y Uso Racional⁽⁹⁵⁰⁾ se había excedido en su contenido, ya que "lejos de contemplar cuestiones mínimas básicas que constituyen el piso a partir del cual las provincias pueden dar sus normas complementarias, ha avanzado en aspectos normativos que exceden dichas cuestiones"⁽⁹⁵¹⁾. Sin embargo, la Corte rechazó la acción por considerar que la provincia no había acreditado un interés jurídico inmediato o directo que permitiese tener por configurado el requisito de que exista un "caso o controversia"⁽⁹⁵²⁾.

3.3. Constitucionalidad de las normas complementarias

La competencia para dictar normas complementarias tiene dos límites establecidos por nuestra Constitución. Por un lado, como ya hemos mencionado, las provincias no podrían dictar normas complementarias que establecieran una protección ambiental menor a la garantizada por las normas de presupuestos mínimos dictadas por el Congreso. Por otro, la facultad de las provincias de dictar normas ambientales encuentra su límite en aquellas materias que han sido delegadas de forma exclusiva al Congreso Nacional⁽⁹⁵³⁾. En efecto, las provincias no podrían dictar normas complementarias en materia de delitos ambientales o responsabilidad por daño ambiental, pues han delegado en el Congreso de la Nación el dictado de los Códigos de Fondo (75, inc. 12)⁽⁹⁵⁴⁾.

Tampoco podrían dictar normas ambientales locales que sean contrarias a lo dispuesto en leyes federales. Así, por ejemplo, en "Líneas de Transmisión del Litoral c. Provincia de Corrientes"⁽⁹⁵⁵⁾, la Corte analizó la compatibilidad de las normas ambientales sancionadas por la provincia con la norma federal que regulaba la construcción, operación y mantenimiento del sistema de transmisión eléctrica de la central Yacyretá. El tribunal sostuvo que, si bien "no cabe desconocer las facultades que en derecho ambiental le corresponden a cada uno de los estados", las normas dictadas por la provincia de Corrientes que modificaban la traza de la línea de transmisión interferían con las facultades que le correspondían al Estado federal para la concreción de un servicio público nacional. El tribunal concluyó que "la policía ambiental no debe escapar a las condiciones exigibles a toda facultad concurrente, esto es, no resultar incompatible con el fin nacional perseguido, que debe prevalecer"⁽⁹⁵⁶⁾.

Asimismo, la Corte ha sostenido que las provincias no pueden dictar normas ambientales que sean incompatibles con las normas establecidas por el Gobierno federal para el cumplimiento de los fines específicos de un establecimiento de utilidad nacional (art. 75, inc. 30). En efecto, en "Administración de Parques Nacionales c. Neuquén", la Administración de Parques Nacionales cuestionó diversos actos del Estado local por interferir con sus potestades. Estos actos incluían la intimación cursada por el Ministerio de Producción y Turismo provincial al intendente del Parque Nacional Laguna Blanca conminándolo a abstenerse de autorizar la pesca en el parque; la imposición de multas por pescar en el Parque Nacional durante época de veda establecida por la legislación local; la intimación a los propietarios de diversos inmuebles ubicados en el Parque Nacional Lanín para que presenten ante las autoridades provinciales la auditoría ambiental de la urbanización y la intimación cursada por el Director Provincial de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable para que los territorios administrados por Parques Nacionales dispongan sus residuos sólidos urbanos de acuerdo con la legislación provincial.

La Corte, por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, desestimó los argumentos de la provincia referidos al carácter concurrente que tiene el poder de policía ambiental conforme al [art. 41](#) de la CN. Sostuvo que la finalidad de los parques nacionales es la preservación del ambiente y el ecosistema en toda el área que forma parte de dicho establecimiento de utilidad nacional y, en ese orden, la única legislación aplicable es la dictada por el Estado nacional⁽⁹⁵⁷⁾. Por tanto, concluyó que "la jurisdicción nacional en materia ambiental

es la única que puede ejercerse en ese predio, pues no puede haber concurrencia alguna en cuanto a lo que constituye el fin específico de utilidad nacional, lo cual significa que en ese ámbito corresponde únicamente a la autoridad nacional la jurisdicción exclusiva y excluyente del poder de policía en dicha materia, en tanto ella es lo que hace al objeto mismo de la actividad del establecimiento federal"⁽⁹⁵⁸⁾.

Finalmente, la Corte Suprema ha sostenido que las provincias carecen de facultades para dictar leyes locales que impongan una carga indebida al comercio interprovincial o que dificulten la circulación de bienes y servicios en el territorio nacional⁽⁹⁵⁹⁾. Así, nuestra Corte Suprema ha sostenido que "desde que hay comercio interprovincial establecido, las provincias no pueden interrumpirlo con prohibiciones permanentes o transitorias sin exceder la esfera de competencia que le es propia, (...) resulta esencial atender a la imposibilidad de que los poderes locales dicten normas que obstaculicen o menoscaben el tráfico interprovincial, pues ello afecta el objetivo constitucional de asegurar un régimen uniforme que mantenga y consolide la unión nacional"⁽⁹⁶⁰⁾.

Esta interpretación resulta particularmente relevante en relación con las prohibiciones de ingreso de residuos que han establecido muchas de las provincias argentinas. Si bien nuestra Corte Suprema no ha tenido oportunidad de expedirse sobre la constitucionalidad de estas disposiciones, sí existen precedentes relevantes en el derecho comparado que se inclinarían en favor de la interpretación que proponemos. En efecto, la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo la oportunidad de analizar si este tipo de prohibiciones eran contrarias a la cláusula comercial de la Constitución de ese país en el caso "City of Philadelphia v. New Jersey". El tribunal consideró que el movimiento interestatal de la basura se encontraba incluido dentro del concepto de "comercio". En respuesta al argumento que sostenía que la norma estaba destinada a proteger el medio ambiente de New Jersey, la Corte Suprema de los Estados Unidos agregó que "sin importar cual fuera el propósito de New Jersey, este no podía lograrse discriminando contra bienes que provinieran de fuera del estado si no existiera una razón, distinta al origen, para realizar dicha diferenciación"⁽⁹⁶¹⁾.

3.4. Leyes de presupuestos mínimos y competencia judicial

La Corte Suprema considera que las leyes de presupuestos mínimos no son normas federales sino legislación "común" y, por tanto, la competencia para entender en las causas relativas a su interpretación y aplicación corresponde a los tribunales locales. En

este sentido, el Tribunal ha señalado en reiterados precedentes que "corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido"⁽⁹⁶²⁾. En "Roca, Magdalena", la Corte explica que tal conclusión se desprende del propio art. 41 que "reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas"⁽⁹⁶³⁾. En este sentido, cabe destacar que la fórmula contenida en el último párrafo del art. 41 ("sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales") es idéntica a la del inc. 12 del art. 75, que la Corte históricamente ha interpretado como una limitación a las potestades del legislador nacional para obviar o alterar las jurisdicciones provinciales en lo relativo a la aplicación de la legislación común⁽⁹⁶⁴⁾.

La competencia de los tribunales locales reconoce una excepción. En aquellos casos en los cuales "el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal"⁽⁹⁶⁵⁾. Esta disposición sigue la lógica que hemos señalado al referirnos a la Cláusula Comercial de la Constitución: la afectación de los recursos interjurisdiccionales se encuentra comprendida entre aquellos asuntos que los Estados individuales, con sus limitadas jurisdicciones territoriales, no están en condiciones plenas de regir.

Es importante destacar que la Corte en su jurisprudencia reciente ha sostenido que no basta con afirmar que la situación afecta a más de una jurisdicción, sino que la parte que invoca la jurisdicción federal debe "definir con toda precisión cuál sería el recurso ambiental, su extensión y de qué manera el 'acto, omisión o situación' degradarían dicho recurso de manera integral, es decir, afectando a más de una jurisdicción"⁽⁹⁶⁶⁾. Asimismo, señaló que "tal afirmación debe contar con algún respaldo en elementos objetivos que permitan al Tribunal formarse un juicio al respecto, en especial cuando el mentado carácter interjurisdiccional del recurso afectado no resulta manifiesto"⁽⁹⁶⁷⁾.

IV. PROHIBICIÓN DE INGRESO DE RESIDUOS PELIGROSOS Y RADIOACTIVOS

El último párrafo del art. 41 establece la prohibición de ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radioactivos. La ambigüedad del texto de esta cláusula, en apariencia sencillo, fue puesta de manifiesto en el caso "Schroeder, Juan c. INVAP SE"⁽⁹⁶⁸⁾. En "INVAP" el actor había solicitado que se

declare la nulidad de una cláusula del convenio firmado por INVAP con la *Australian Nuclear Science & Technology Organization*. Argumentó que, de acuerdo con lo establecido en dicha cláusula, INVAP y el Estado nacional intentarían ingresar al territorio nacional combustible quemado de un reactor nuclear vendido a Australia, residuos y desechos radioactivos. La Cámara Federal de Bahía Blanca hizo lugar a la pretensión del actor y declaró inconstitucional "la intención de la accionada de ingresar al territorio del país combustible quemado, (...) residuos y desechos radioactivos".

En sus recursos extraordinarios, INVAP y el Estado nacional argumentaron que la prohibición de ingreso del art. 41 no resultaba aplicable al caso, ya que se trataría "solo de un ingreso transitorio de combustible quemado a los fines de su eventual acondicionamiento". En particular, durante la audiencia pública celebrada ante la Corte Suprema, los representantes de INVAP afirmaron que el combustible gastado no podía ser calificado como residuo nuclear ya que luego de su eventual acondicionamiento estaría destinado a un uso ulterior.

La Corte, por mayoría, acogió los argumentos de la demandada y dejó sin efecto la sentencia apelada. En particular, señaló que el actor no había aportado ninguna prueba de la existencia de residuos radiactivos. Destacó que la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos diferenciaba entre el combustible gastado (objeto del contrato) y los desechos radiactivos; y afirmó que "ha quedado claro en estos actuados que no estamos en presencia de un desecho radioactivo, sino de un combustible usado".

V. EL DERECHO A ACCEDER AL AGUA POTABLE COMO PARTE DEL DERECHO AL AMBIENTE SANO

A nivel internacional existe un amplio consenso en torno al reconocimiento del derecho humano al agua y al saneamiento⁽⁹⁶⁹⁾. En efecto, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró al derecho al agua potable y al saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos⁽⁹⁷⁰⁾. Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas señaló en la observación general nro. 15 que "[e]l derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos"⁽⁹⁷¹⁾.

En "Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses SA y otros" la Corte Suprema se refirió por primera vez al derecho a acceder al agua potable⁽⁹⁷²⁾. En "Kersich", un grupo de vecinos de la ciudad de 9 de Julio promovió acción de amparo contra Aguas

Bonaerenses SA ante los elevados niveles de arsénico que contendría el agua provista por dicha empresa. Los vecinos solicitaron que Aguas Bonaerenses adecue la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario a los parámetros establecidos por la Organización Mundial de la Salud y el Código Alimentario Argentino.

Sobre la base de la jurisprudencia establecida en el caso Halabi, el tribunal consideró que el agua potable era un componente del ambiente y, por tanto, la acción promovida por el actor estaba destinada a la tutela de un derecho de incidencia colectiva: el derecho al ambiente sano. Destacó que "el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces (...) En el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia. Por esta razón es que en muchos instrumentos internacionales se menciona la tutela del derecho al agua potable"⁽⁹⁷³⁾.

Si bien resulta positivo el reconocimiento por parte de la Corte Suprema del derecho a acceder al agua potable, lo cierto es que hubiese resultado más conveniente su encuadre en el [art. 33](#) de la CN. El tribunal está en lo cierto en señalar que el agua es un componente del ambiente y que su protección es fundamental para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia. La polución de los cursos de agua sin dudas puede constituir una violación al derecho al ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y sustentable. Sin embargo, no podemos decir lo mismo de su potabilidad. En particular, cabe destacar que el arsénico es una sustancia que se presenta naturalmente en ciertos cursos de agua, de forma independiente de la acción humana y sin afectar la integridad del ecosistema⁽⁹⁷⁴⁾. El hecho de que un curso de agua, superficial o subterráneo, no sea apto para consumo humano no implica necesariamente una violación al derecho al ambiente sano. En muchos casos, el agua no será potable por factores naturales, como su salinidad o la presencia de otras sustancias que hacen que sea desaconsejable su uso como agua de bebida. En estos casos no hay una afectación del derecho al ambiente sano. Sin embargo, si la población que habita ese ecosistema no tiene acceso a otra fuente de agua potable, estaremos frente a una clara violación de su derecho al agua, y probablemente también de su derecho a la salud y a la vida.

Esta jurisprudencia es mantenida en la sentencia de 2017 en el caso "Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza". Luego de citar las resoluciones de la ONU, la OEA y el Consejo de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales⁽⁹⁷⁵⁾, en donde se reconoce expresamente el derecho humano al agua⁽⁹⁷⁶⁾, la Corte sostuvo que "el derecho al agua potable, se especifica en presente caso, en el derecho a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema"⁽⁹⁷⁷⁾. De esta forma, la Corte vincula nuevamente el derecho humano al agua con el derecho al ambiente sano y equilibrado. Es claro que este último derecho garantiza un caudal ecológico mínimo para la sustentabilidad del ecosistema. Sin embargo, del fallo de la Corte no se desprende que dicho caudal sea necesario para asegurar el derecho humano al agua potable y al saneamiento.

* * *

Art. 42.—

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

MODELO REGULADOR, SERVICIOS PÚBLICOS Y DERECHOS DE USUARIOS Y CONSUMIDORES EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

I. UNA MIRADA RETROSPECTIVA SOBRE LOS ANTECEDENTES Y LA EVOLUCIÓN DEL [ART. 42](#) DE LA CN

En el capítulo dedicado a los "Nuevos derechos y garantías" que incorporó la reforma constitucional de 1994 a la CN, los derechos de los usuarios y consumidores quedaron plasmados en el siguiente texto:

"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

Esta incorporación significó una novedad constitucional precedida de algunos instrumentos legales que se habían sancionado y abrían el camino (v.gr., la ley 22.262 de Defensa de la Competencia, la ley 22.802 de Lealtad Comercial y la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y el Usuario) y especialmente de los grandes cambios implementados a nivel de política macroeconómica e institucional del Estado, en cuyo ámbito también se pueden distinguir leyes preexistentes (p. ej., en el diseño de marcos regulatorios, las [leyes 24.065](#) y [24.076](#) regularon la industria de la electricidad y el gas con posterioridad a la privatización de esos servicios públicos dispuesta por la [ley 23.696](#) de Reforma del Estado).

Las condiciones previas a la constitucionalización de los derechos de los usuarios y consumidores merecen ser destacadas como antecedentes políticos concretos que determinaron la inclusión de la noción del "mercado" en el texto constitucional. A la versión originaria de la CN de 1853/60, que le encomiaba un lugar importante a la propiedad privada, se agregó un reconocimiento expreso del funcionamiento de la economía de mercado y sus formas de organización⁽⁹⁷⁸⁾. En ese sentido, esta norma, a la vez que reconoce derechos (con manifestaciones individuales y colectivas) a los

usuarios y consumidores, también habilita un rol específico del Estado en el funcionamiento de la economía de mercado: el de regulación.

II. MODELO REGULADOR Y SERVICIOS PÚBLICOS

Además del art. 42, existen otras cláusulas de la CN que aluden al rol estatal en la economía. En particular, el (actual) art. 75, inc. 18 de la CN, presente desde su versión original, le otorga al Estado, a través del Congreso Nacional, un rol activo e importante para promover el progreso socioeconómico del país, y en la actualidad, esa función se complementa con la promoción del desarrollo humano que le exige el inc. 19. Estas cláusulas que contienen una propuesta del rol estatal en la economía desde el punto de vista del "deber ser", en definitiva, ayudan a dotar de contenido al mandato regulador. Eso no significa que estas normas constitucionales sean autosuficientes para determinar el sentido o grado de la regulación estatal en la economía, pero quizá sí involucre y jerarquice en el permanente ejercicio de la discusión pública coyuntural a aquellos valores colectivos que forman parte del acuerdo constitucional.

En la Convención Constituyente se ha destacado el carácter programático de la cláusula⁽⁹⁷⁹⁾, porque incluye mandatos regulatorios o de control que deberían ser desarrollados en el ámbito de la actividad legislativa y administrativa. Corresponde aclarar que el carácter programático no es tal en el sentido de falta de obligatoriedad o exigibilidad de los derechos que involucra la norma, sino como el reconocimiento de que a cada momento histórico sucederá una discusión sobre el modo de intervención pública en la economía, y que a la vez, esa discusión se dará en el marco de ciertos estándares o mandatos, que son los que expresa la norma constitucional. El ejemplo más consistente es que el texto constitucional no tomó una definición sobre la titularidad de los servicios públicos y dejó esa organización a la discusión política⁽⁹⁸⁰⁾.

Concretamente, los mandatos regulatorios que expresa la CN están dirigidos a la organización del poder y consisten en la *defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados*, el *control de los monopolios naturales y legales* y la *calidad y eficiencia de los servicios públicos*; además de la promoción de la *educación para el consumo* y la *constitución de las asociaciones de usuarios y consumidores*. La doctrina se refiere a los tres primeros como aquellos que denotan el rasgo liberal de la norma, mientras que afirman que los dos restantes se enraízan en la parte social⁽⁹⁸¹⁾.

Nos interesa especialmente comentar que la propuesta de la norma fue fuertemente criticada en el marco del debate

constituyente, principalmente, porque no garantiza el acceso igualitario de los bienes y servicios del mercado, con especial referencia a la alimentación, los servicios sanitarios, la salud y la educación⁽⁹⁸²⁾. Un bloque de convencionales intentó, sin éxito, incluir el acceso no solamente para que opere como impedimento de la discriminación en el mercado, sino también para que desde esa posición se pueda garantizar un nivel de vida digno para todos los habitantes. Se trató de un reclamo basado en la igualdad que continúa vigente, porque también en el plano normativo se contempló el conflicto de la desigualdad como fenómeno social y por eso toda la actividad del Estado en torno al mercado y especialmente en materia de servicios públicos, se encuentra atravesada por el compromiso constitucional con la igualdad.

El concepto de servicio público fue históricamente discutido, en especial, se enfrentan posturas que divergen en torno a la fuente de la regulación estatal, desde quienes la localizan en decisiones de política pública e implementación de derechos y quienes la justifican únicamente en la necesidad de corregir defectos del mercado, es decir, la falta de competencia⁽⁹⁸³⁾. La nota saliente de los servicios públicos, de acuerdo con la doctrina clásica, es la aplicación de un régimen exorbitante de derecho público al ámbito de la industria que se encuentre regulada, ya sea que el servicio sea prestado por empresas privadas o gestionado directamente por el Estado. En relación con los usuarios, como sujetos receptores de los servicios, existe consenso en los caracteres que debe poseer el servicio, y son: obligatoriedad, generalidad, uniformidad, continuidad y regularidad⁽⁹⁸⁴⁾. Como contrapartida de las obligaciones que implica el servicio, en el proceso de privatizaciones se comenzó a instalar la garantía de las tarifas justas y razonables que esencialmente apuntó a preservar el margen de ganancia de los inversores extranjeros⁽⁹⁸⁵⁾.

A este compendio normativo que configura la noción de servicio público, el art. 42 agregó que deberían establecerse mediante legislación de rango formal, los procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control.

Entre los contratos de concesión y los marcos regulatorios de los servicios públicos (solo algunos se adoptaron por ley) se definieron las bases tarifarias y principales aspectos que serían regulados por el Estado y también se crearon los entes de control de servicios públicos que condensaron la actividad regulatoria.

En cuanto a la implementación política tarifaria, la Corte Suprema reconoció que se trata de una potestad del poder administrador, aunque también determinó que corresponde ejercer el control jurisdiccional de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las tarifas y que ambas competencias se articulan con las facultades que la CN pone a disposición del Poder Legislativo, como la de realizar reformas tributarias o de disponer subsidios. Afirmó que los poderes deben funcionar según el principio de "colaboración sin interferencia" para respetar el sistema republicano⁽⁹⁸⁶⁾.

En el mismo fallo, la Corte Suprema indicó que la participación previa de los usuarios en el proceso de determinación de tarifas constituye una condición imprescindible para la deliberación democrática que sostiene a la política tarifaria y un imperativo de la garantía de razonabilidad de las tarifas⁽⁹⁸⁷⁾. También orientó un criterio regulador para casos de ajustes tarifarios —en contextos de cambios de política económica— basado en el derecho a los intereses económicos de los usuarios del servicio público: se trata del principio de gradualidad como expresión del principio de razonabilidad⁽⁹⁸⁸⁾.

De acuerdo a este principio el Estado debe ponderar "la realidad económico-social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables, (...) evitando, de esta forma, el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de una tarifa que por su elevada cuantía, pudiera calificarse de 'confiscatoria', en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar"⁽⁹⁸⁹⁾.

Aunque el fallo que se acaba de analizar introdujo, por primera vez en el ámbito jurídico, argumentos ricos para juzgar la razonabilidad económica de las decisiones tarifarias, y en especial, sobre el contenido del derecho a la participación de los usuarios, también contiene el cruento elemento de haber recortado el campo de la legitimación colectiva⁽⁹⁹⁰⁾.

La propia teoría de la democracia deliberativa a la que acudió argumentativamente la Corte Suprema también criticaría la decisión adoptada, no solo por la restricción con que interpretó la legitimación, sino también porque asumió una lógica agonal de la relación entre los poderes de gobierno, donde lo que importaría es la no interferencia. En cambio, asumiendo un rol más activo en la construcción democrática, el Poder Judicial podría contribuir al diálogo político, incluso mediante la apertura a la participación

ciudadana en los procesos de decisión judicial de este tipo de casos⁽⁹⁹¹⁾.

Mucho se ha discutido sobre el perfil de los organismos de control y sus competencias. Se pueden distinguir dos discusiones relevantes para nuestro análisis: 1) sobre el supuesto carácter autónomo o independiente de los organismos de control, 2) sobre la constitucionalidad y alcance de las facultades jurisdiccionales⁽⁹⁹²⁾ que le otorgan a estos los marcos normativos para intervenir en mecanismos de resolución de conflictos con prestadores y usuarios.

El debate en torno a la independencia de los entes de control surgió de emparentarlos al modelo de las agencias reguladoras estadounidense y fundamentalmente de la idea de instalar un debido proceso administrativo que no sea invadido por las asperezas políticas⁽⁹⁹³⁾. Sin embargo, una importante réplica a esa postura⁽⁹⁹⁴⁾ indicó que se trata de entes autónomos del Poder Ejecutivo, cuyo ámbito o grado de autonomía alcanza únicamente a las competencias (normativas) que el texto constitucional les asigna por su especialidad o en cuestiones de participación. Este último parece ser el camino interpretativo más adecuado para armonizar la inclusión de los servicios públicos en el sistema político y la necesidad de construir un organismo técnico especializado para cumplir su misión.

En el histórico fallo "Fernández Arias c. Poggio", la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CS) admitió la doctrina según la cual es válida la creación de órganos administrativos dotados de funciones jurisdiccionales, siempre que las decisiones a las que arriben sean sometidas a un amplio control judicial y en ese *leading case* establece los requisitos que debe cumplir ese control para ser suficiente⁽⁹⁹⁵⁾.

Los entes de control tienen facultades legales para resolver controversias generalmente atribuidas en sus marcos regulatorios. La constitucionalidad de esas competencias fue objeto de revisión judicial por la CS en virtud de la expresa delimitación que realiza el art. 116, asignándole al Poder Judicial el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por el derecho federal.

El famoso fallo "Ángel Estrada" se dictó por mayoría en un juicio en el que se cuestionaba una resolución del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) por un reclamo por daños y perjuicios provocados por la falta de suministro del servicio. En este fallo, la mayoría de la CS adoptó una teoría de origen estadounidense sobre la "jurisdicción primaria de las agencias administrativas" según la cual, la atribución de jurisdicción a este tipo de organismos se justifica

en virtud de la necesidad de que ciertos temas sean considerados por una agencia con especialización técnica o bien porque tales asuntos repercuten en competencias regulatorias, pero no puede alcanzar a cuestiones de derecho común. Según esta línea de razonamiento, se trata de una competencia por excepción. El principio general es que los conflictos que se resuelven en el ámbito de los entes deberían corresponder al conocimiento de los tribunales judiciales, sin embargo, por la especialidad de las contiendas, el Poder Legislativo sustrae esa jurisdicción para asignarla a una agencia que posee la capacidad técnica para resolverla. No obstante, deben cumplirse los recaudos que fueron interpretados como necesarios en el fallo, para no violentar los principios constitucionales emanados de los arts. 18 y 109 de la CN, a saber: que sean creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos haya sido razonable y que sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente⁽⁹⁹⁶⁾.

En la práctica regulatoria se pueden observar claramente dos momentos o estilos, con puntos de cercanía y de distancia entre sí: el de la década de los noventa, que privatizó las empresas de servicios públicos y mantuvo desregulados muchos otros sectores de la economía, y el de la década de 2000, donde el Estado intervino activamente en la prestación de servicios públicos o en las empresas prestatarias —sin modificar sustancialmente los marcos legales e instituciones vigentes— y con una particular regulación de otras actividades de la economía señaladas como de interés público que no alcanzaron el *nomen juris* de servicio público⁽⁹⁹⁷⁾. Ambos procesos se caracterizaron por la dirección política poco transparente y discrecional.

En definitiva, en el ámbito del derecho y de la economía existieron posiciones con poder político que pregonaban una mínima intervención del Estado en la economía, limitaban las posibilidades de establecer servicios públicos y defendían un grado muy débil de reglamentación en las actividades económicas que no reúnen esta calidad. En nuestro país, estas posturas se encuentran en crisis porque importaron un retroceso grave para la vida de los derechos⁽⁹⁹⁸⁾. No obstante, queda pendiente discernir qué otro rol debe asumir el Estado en la economía y especialmente las condiciones de transparencia y control con que se desarrollen, y si bien, se trata de una discusión propia de la arena política y de la sala de máquinas institucional, la posta de los derechos es uno de los pilares de ese nuevo esquema.

La buena recepción de los derechos y garantías previstos en el art. 42, en gran medida, se debe a que fueron percibidos como instrumentos idóneos para solucionar las "fallas del mercado" que los sectores liberales reconocen (concentración económica, abuso de posición dominante, etc.) y compensar la debilidad de los usuarios y consumidores en esta estructura de producción. En esa lógica se explica el crecimiento del derecho del consumo como una rama autónoma y específica.

Por otra parte, si estos derechos no son leídos en forma aislada, sino en conjunto con otros derechos económicos, sociales y culturales, asumen otro contenido que los enriquece; ese es el *quid* del disenso que se presentó en el seno de la discusión constituyente cuando se cuestionó la ausencia de garantías para igualar el acceso a servicios y bienes esenciales. En esa sintonía, en los apartados que continúan, abordamos cada uno de los derechos consagrados en el texto constitucional.

III. LOS DERECHOS DE USUARIOS Y CONSUMIDORES

Es preciso hacer una breve introducción sobre la forma en que la propia CN considera a los derechos de los usuarios y consumidores.

De acuerdo con el art. 43 que se incluyó en la CN y en línea con la interpretación realizada por la CS sobre la expresión "derechos de incidencia colectiva en general"⁽⁹⁹⁹⁾; los derechos pueden ser ejercidos y exigidos judicialmente en forma individual y también colectiva. Específicamente, la CS dijo que "en materia de legitimación procesal corresponde (...) delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos"⁽¹⁰⁰⁰⁾.

Las manifestaciones colectivas de los derechos, o más precisamente, la posibilidad de accionar judicialmente en representación colectiva, depende de que se dé la imposibilidad de delimitar un afectado individual sobre un determinado hecho que lesiona un bien jurídico de titularidad comunitaria (los derechos colectivos) o bien, porque se produzcan un hecho lesivo que afecte en forma común y homogénea derechos individuales y respecto de los cuales existe una dificultad de acceso a la justicia para que se concrete la exigibilidad individual (los intereses individuales homogéneos), en cuyo caso, la Constitución admite, la legitimación anómala o extraordinaria, para que se puedan representar a todos esos afectados⁽¹⁰⁰¹⁾. Desde este punto de vista, la CN ha designado expresamente a los derechos de usuarios y consumidores como típicos derechos de incidencia colectiva. Esa caracterización informa

sobre las condiciones especiales de exigibilidad judicial que poseen los derechos; pero no solo eso, sino también de la participación ciudadana que se espera que se promueva para abordar políticas en torno a las cuestiones que afecten a los usuarios y consumidores, aspecto que también contempla expresamente el texto constitucional.

En segundo lugar, como estos derechos también pertenecen a la categoría de derechos económicos, sociales y culturales⁽¹⁰⁰²⁾, no se autosatisfacen, sino que son enriquecidos y complementados con otros derechos que se extraen de la misma columna vertebral, que desde el punto normativo, está afianzada por el otorgamiento de jerarquía constitucional dado a los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por la República Argentina (conf. art. 75, inc. 22 de la CN) y la interpretación judicial que los rodea.

En tercer lugar, desde una perspectiva propia del derecho privado (que no es irrelevante en este análisis) también se sostiene que algunos de los derechos de usuarios y consumidores tipificados en el art. 42 pertenecen a la categoría de "patrimoniales" mientras que otros se identifican con los "personales"⁽¹⁰⁰³⁾. Esta forma de clasificación incidirá, en todo caso, sobre las argumentaciones que presenten litigantes y jueces para iniciar, dar lugar y fijar alcance de eventuales pretensiones indemnizatorias o de otra extensión; puesto que en el ámbito patrimonial y cuando la pretensión sea colectiva, existen diversas formas de conducir el proceso de forma tal que se cumpla con una sentencia condenatoria. Desde otro punto de vista, esta clasificación privatista nos acerca al análisis sobre la existencia de intersecciones del derecho privado y el derecho público en cuanto al adecuado tratamiento de las relaciones jurídicas entabladas entre usuarios y consumidores y proveedores de bienes o servicios.

Con estas diferentes ópticas, en los párrafos siguientes se avanzará hacia el análisis de los derechos en particular, incluyendo a aquellos que son típicos en el texto constitucional y otros que se relacionan a partir de su configuración más compleja como derechos de incidencia colectiva o derechos económicos, sociales y culturales. El estudio se completará con los principales instrumentos legales y antecedentes jurisprudenciales.

3.1. Protección de la salud, seguridad e intereses económicos

El reconocimiento de los derechos a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos en la CN tiene una fuente directa en la Ley de Defensa al Consumidor y el Usuario 24.240, sancionada en 1993 (actualmente modificada por las leyes 26.361 y 26.994, en adelante LDC), que ya identificaba estos perfiles.

La ley adelantó un hito jurídico: el entrelazamiento entre lo público y lo privado, que fue consagrado en última instancia en la cláusula constitucional que se comenta.

De aquella ley surgió un principio jurídico que modificó la estructura liberal tradicional en materia de relaciones privadas, caracterizada por el fuerte arraigo en la autonomía de las partes contratantes. Este cambio fue para establecer una matriz protectora a favor de la parte más débil de la relación⁽¹⁰⁰⁴⁾⁽¹⁰⁰⁵⁾ y a través de normas de orden público⁽¹⁰⁰⁶⁾, es decir, que no pueden ser dejadas sin efecto por la voluntad de los intervinientes.

Se trata de un principio que atraviesa la regulación sustantiva de las relaciones de consumo tanto como ciertos aspectos procedimentales y procesales.

En cuanto a lo sustantivo, esta ley ha regulado en forma expresa el contenido y alcance del derecho a la salud, seguridad e intereses económicos, siempre en el marco de la relación de consumo. Por ende, puede precisarse que la reforma constitucional siguió ese modelo para referirse a estos derechos. Con posterioridad, el Cód. Civ. y Com. sancionado en 2014, también reguló los contratos de consumo, siguiendo la línea de la LDC. En la actualidad, los principales conceptos jurídicos surgen de estos dos cuerpos normativos.

Para comenzar, recordaremos, que en los términos de la ley y del código, se llama *consumidor* o *usuario* a "toda persona humana o jurídica que adquiere o utiliza en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social"⁽¹⁰⁰⁷⁾ y también "a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social"⁽¹⁰⁰⁸⁾. Cabe hacer una digresión para reconocer que el usuario de un servicio público goza de una protección superior a aquella de los consumidores, pues solo a este se le garantiza el control de calidad y eficiencia y la presencia de organismos de control⁽¹⁰⁰⁹⁾.

Por otro lado, alcanza el estatus de proveedor, de acuerdo con la LDC y al código, "la persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social"⁽¹⁰¹⁰⁾.

Finalmente, constituye una *relación de consumo* "el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario"⁽¹⁰¹¹⁾ que se rige por las disposiciones de la ley, aunque se integre con otras normas

propias de la actividad que desarrolle el proveedor (v.gr., aquellas reguladas por constituir servicios públicos o actividades de interés público).

Ahora bien, para determinar especialmente el contenido de los derechos a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, en el marco de la relación de consumo, la doctrina tiende a considerar que se trata de un plus de obligaciones de prevención y protección para dar lugar a la responsabilidad civil y también un plus en relación con los daños que se reconocen a los consumidores y usuarios en caso de que dicha responsabilidad efectivamente ocurra⁽¹⁰¹²⁾. Desde allí, finalmente, en la LDC se consagran la responsabilidad contractual objetiva u obligación de seguridad⁽¹⁰¹³⁾ y también una responsabilidad extracontractual objetiva (por riesgo o vicio de las cosas) aplicable directamente y por disposición legal a la relación de consumo⁽¹⁰¹⁴⁾.

Por otro lado, en cuanto a la extensión del resarcimiento, a partir de reformas legales se creó la categoría del *daño directo*⁽¹⁰¹⁵⁾ que en realidad implica una simplificación del proceso necesario para hacerse de esa indemnización. La norma autoriza a organismos administrativos que cumplan características específicas⁽¹⁰¹⁶⁾ a imponer, mediante actos administrativos, el resarcimiento de daños materiales, excluyendo a los daños que se produzcan hacia bienes o derechos no patrimoniales.

Se destaca que esta nueva norma que crea el daño directo no establece una diferencia entre la legitimación para entablar reclamos administrativos a título individual o con incidencia colectiva, por lo tanto, deja una apertura para que en la sede administrativa se debatan este tipo de reclamos colectivos. Esto podría representar algunos costos y también prever ciertos beneficios en torno a la adecuada defensa de los derechos de incidencia colectiva.

Teniendo en cuenta que el desarrollo de las acciones colectivas ha implicado una intensa actividad judicial (ante la falta de normas idóneas) que buscó que sea operativa la garantía constitucional que establece su defensa y a la vez preservar la idoneidad de la representación y establecer reglas de publicidad, entre otros recaudos relativos a la participación, adopción y cumplimiento de decisiones colectivas; la migración de estos conflictos al ámbito de órganos administrativos no debería significar un retroceso en esos principios.

Entre los beneficios que se avizoran quizá podrían resolverse demoras en la solución de casos colectivos patrimoniales y obtener cierta operatividad en la implementación de soluciones colectivas, pero desde ya, no todos los conflictos colectivos podrían entrar en

esta variable de casos fáciles o meramente patrimoniales de daños. Por otro lado, la cuestión atinente a la independencia y neutralidad de los órganos administrativos decisores es de gran importancia para mantener la garantía constitucional del juez natural, pues no en todos los casos en que se han reconocido facultades jurisdiccionales, se aseguró esa independencia⁽¹⁰¹⁷⁾.

La CS acudió al derecho a la protección de la seguridad de los usuarios en la relación de consumo, para decidir sobre dos tipos de casos recurrentes y de alto interés público tanto por su repercusión como por los lindes que implican entre la responsabilidad civil y la responsabilidad del Estado.

En el primer grupo de casos decidió sobre las obligaciones que prevalecen para delimitar responsabilidades a los prestadores de servicios públicos, en especial, concesionarios viales, sobre los hechos dañosos sucedidos en el tránsito de usuarios del servicio, por causa de animales sueltos.

La última composición de la CS generó un cambio en el criterio histórico del Tribunal, que excluía de responsabilidad al Estado en virtud no tener una relación de propiedad sobre el animal causante del hecho dañoso (conf. [art. 1124](#), Cód. Civil) y también a la concesionaria por considerar que las únicas obligaciones que le eran exigibles eran las que estuvieran previstas en el pliego, contrato y reglamento que regía la concesión de obra⁽¹⁰¹⁸⁾.

Este cambio se perfiló, en un primer momento, en los votos del juez Lorenzetti, donde expresamente aludió al derecho a la protección de la seguridad del consumidor de base constitucional⁽¹⁰¹⁹⁾ e interpretó que para determinar el contenido de este deber de cooperación debe recurrirse al derecho común que regula la obligación de seguridad en términos generales⁽¹⁰²⁰⁾ y desde allí se establece la medida de responsabilidad de la concesionaria en relación con los usuarios. En otras palabras, se dijo que la relación contractual que unía al usuario y a los concesionarios era regulada por el derecho del consumo y, a su vez, el concesionario conforma un servicio público al que se le aplica la LDC, eso, independientemente de la relación que el concesionario tiene con el Estado⁽¹⁰²¹⁾.

Esa expresión final, sobre el carácter que tiene el usuario frente al servicio público, tuvo su correlato cuando en un caso de similares presupuestos fácticos se había demandado también al Estado provincial. En esa oportunidad hubo un fuerte interés de la CS en establecer jurisprudencia sobre el tema, porque avanza en el análisis de la causa en competencia originaria a pesar de su nueva concepción sobre el concepto de "causa civil" que redujo esa

competencia originaria porque no incluye a los casos de derecho público local⁽¹⁰²²⁾.

A partir del argumento que ya se había construido sobre la distinción entre la relación de consumo y la relación de servicio público, la CS analizó la responsabilidad sobre dos ejes distintos. En relación con la concesionaria vial, consideró implicada la responsabilidad en virtud de la obligación de seguridad propia de la relación de consumo y de base constitucional⁽¹⁰²³⁾. En cuanto a la responsabilidad del Estado, la juzgó desde el punto de vista de la omisión estatal, aunque el razonamiento de la CS en este fallo apuntó a agravar los requisitos que configuran el deber de responder, sujetándolo a que se alegue y pruebe la existencia de un deber específico incumplido⁽¹⁰²⁴⁾.

En el segundo grupo de casos, la CS decidió sobre las obligaciones que prevalecen para delimitar responsabilidades a los clubes o asociaciones que organizan espectáculos deportivos, y paralelamente, si le cabe responsabilidad al Estado por hechos de inseguridad ocurridos en ocasión del espectáculo deportivo.

En cuanto a los clubes y asociaciones organizadores, pronunció una muy fuerte y amplia obligación de seguridad, que construyó sobre el derecho del consumidor a la protección de su seguridad *vis a vis* la importancia de los beneficios e incentivos económicos que los organizadores obtienen de estos espectáculos⁽¹⁰²⁵⁾.

Ahora bien, en torno a la responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder de policía, la CS analizó la *falta de servicio* como un factor de atribución objetivo de responsabilidad, de acuerdo con la reunión de un conjunto de estándares que describió en el fallo⁽¹⁰²⁶⁾ que también complejizaron, en lo sucesivo, a la teoría de la responsabilidad del Estado.

Estos precedentes fueron la antesala del debate que se dio en el proceso legislativo de reforma del Cód. Civ. y Com. En lo atinente a la responsabilidad del Estado, la reforma culminó con la exclusión del tópico en el código⁽¹⁰²⁷⁾ y la sanción de una ley especial aplicable al ámbito federal⁽¹⁰²⁸⁾. Esta ley coincidió, en algunos aspectos, con la doctrina de la CS, ya que mantuvo los requisitos especiales para configurar casos en que proceda el deber indemnizatorio, y fundamentalmente, en el tema que nos ocupa, sobre la prestación de servicios públicos, plasmó una norma de indemnidad del Estado "por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada" (conf. art. 6º) sobre la cual recayeron fuertes críticas y sospechas de inconstitucionalidad porque pretende evitar

que se extienda al Estado el deber de resarcir el daño a aquellas personas que han sido sujeto pasivo de una irregular prestación del servicio, afectando las garantías de los justiciables⁽¹⁰²⁹⁾.

3.2. Información adecuada y veraz

El derecho a la información adecuada y veraz aparece expresamente en el texto constitucional en el art. 42, en el contexto de las relaciones de consumo y otras situaciones jurídicas contempladas en la norma.

El derecho de acceso a la información pública se consagró definitivamente con la reforma constitucional y la jerarquización de los instrumentos internacionales de derechos humanos. También fue objeto de sentencias recientes de la CS⁽¹⁰³⁰⁾.

El derecho a la información adecuada y veraz de los consumidores y usuarios también pivotea en el ámbito privado y el público.

Desde el punto de vista de los consumidores y usuarios de servicios privados, el derecho a la información se encuentra protegido en la ley de fondo⁽¹⁰³¹⁾ e involucra, en otras cuestiones, la obligación de proporcionarla en forma gratuita sobre las características esenciales de los bienes y servicios que se proveen y las condiciones de su comercialización y la prohibición de realizar publicidad engañosa, abusiva o discriminatoria.

En el caso de servicios públicos o en la explotación de actividades que involucren bienes del dominio público, es totalmente aplicable la teoría y el estado del arte sobre el derecho de acceso a la información pública⁽¹⁰³²⁾, tanto en su dimensión individual como colectiva. Para este ámbito, se destaca que el reglamento de acceso a la información pública obliga no solamente a las áreas de la Administración Central, sino también a empresas o sociedades del Estado nacional y también a las organizaciones privadas que reciban fondos públicos y a las empresas concesionarias o licenciatarias de servicios públicos o entidades que posean permiso para la explotación de los bienes públicos, es decir, tiene un amplio espectro de aplicación.

3.3. Libertad de elección

Este derecho también tiene su raigambre en las clásicas libertades contractuales del derecho civil pero afina su contenido porque en el derecho del consumo se pone el acento en la posibilidad de elección del consumidor y el usuario.

Quienes sostienen una perspectiva estrictamente liberal, podrían entender que la libertad de elegir en el mercado depende del juego de la oferta y la demanda, entonces en gran medida se relacionaría

con el grado de competencia que exista. En esa dirección podría dirigirse una primera interpretación sobre el art. 42 que incorpora *la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y el control de los monopolios naturales y legales* entre los mandatos regulatorios⁽¹⁰³³⁾. Con anterioridad, la LDC, que es fuente del art. 42, anticipaba su integración normativa con otros instrumentos legales que regulaban la defensa de la competencia y la lealtad comercial⁽¹⁰³⁴⁾.

En esta línea de análisis y desde la posición de los usuarios y consumidores se podría entender que estos ocupan un rol jurídico determinado en el sistema de la competencia y a su vez podrían tener legítimas expectativas en el desarrollo y participación activa dentro de los mecanismos que defiendan o promuevan la competencia e instituciones que existan para el control de los monopolios y oligopolios. En la última década se dio un importante hito con la discusión generada en torno a las prácticas políticas, legales y administrativas a través de las cuales se toleraron concentraciones económicas o se intentó promover la desconcentración (dos instancias que se dieron en distintos tiempos del mismo gobierno), en el campo de los medios audiovisuales. Allí, como en otros sectores de la economía, no es neutral la concentración de capitales, también se juega el umbral de derechos y libertades públicas⁽¹⁰³⁵⁾.

En cambio, desde una lectura más igualitaria de esta libertad de elección, se podría acompañar a la crítica principal que tuvo esta norma desde la discusión constituyente⁽¹⁰³⁶⁾. Toda alusión a la elección presupone que la persona posee cierto grado de autonomía que involucra el goce de un estándar mínimo de condiciones socioeconómicas y políticas para poder ser ejercida en un sentido profundo. Preocuparía a esta visión que la norma en cuestión no ponga en juego el acceso de amplios sectores de la población a bienes y servicios básicos para su desenvolvimiento en la vida social. Desde hace mucho tiempo, se ha sostenido que existe un precompromiso constitucional con el equilibrio de esas condiciones mínimas, ya sea que se fundamente en el juicio que pueda realizarse desde una posición hipotética que se remonta a la situación original donde todos desconocemos nuestra suerte y asumimos que nuestras capacidades y condiciones dependen de una lotería natural⁽¹⁰³⁷⁾ o en la de la autonomía política que requiere la vida en comunidad. El rol que exigiría esta postura al Estado frente a la libertad de elección desentona con los meros actos de regulación del mercado, y en todo caso, elevaría la vara hacia otros horizontes.

3.4. Condiciones de trato equitativo y digno

En una primera aproximación interpretativa al derecho a las condiciones de trato equitativo y digno, es el cajón donde podrían enlazarse las relaciones de consumo y los derechos sociales, económicos y culturales esenciales, como, por ejemplo, la igualdad y no discriminación. Tal es así que, en el derrotero normativo y jurisprudencial, esta categoría creció en intensidad de contenido y protección.

En el 2008 se incorporó un artículo a la LDC alusivo al *trato digno* que deben recibir los usuarios y consumidores⁽¹⁰³⁸⁾ que obligaba a los proveedores a abstenerse de desplegar conductas que los coloquen en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias y sentaba una protección especial a los consumidores extranjeros ante las posibles diferenciaciones arbitrarias que podrían padecer. Más recientemente, con la adopción del nuevo Cód. Civ. y Com., se expresaron dos estándares normativos concretos que cimientan nuestra postura inicial: el *trato digno* implica lisa y llanamente que la dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos⁽¹⁰³⁹⁾ y el *trato equitativo y no discriminatorio* implica que los proveedores no pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores⁽¹⁰⁴⁰⁾.

También la CS apeló a esta categoría de los derechos de usuarios y consumidores, en fallos de fecha cercana, cuando recordó —especialmente a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal— con qué criterios constitucionales tenía que evaluarse la prestación del servicio público de ferrocarriles y utilizó especialmente la noción del trato digno como alteridad de las condiciones vejatorias y vergonzantes del servicio⁽¹⁰⁴¹⁾. Incluso, en este precedente, se relativizó la fuerza normativa de la (largamente prorrogada) emergencia pública como un atenuante de la falta de cumplimiento de inversiones esenciales para asegurar condiciones dignas en el servicio público⁽¹⁰⁴²⁾.

Sin embargo, también es importante extraer del fallo que comentamos que descartó la configuración de un caso de discriminación por condición socioeconómica, tal como lo había planteado la asociación demandante, mediante una comparación del servicio que la misma concesionaria prestaba en las zonas más ricas (ramal Retiro-Tigre) y más pobres (ramal Once-Moreno) del AMBA⁽¹⁰⁴³⁾. En lo que atañe al principio de no discriminación, en el futuro se deberá seguir de cerca el desenvolvimiento de las nuevas normas en el ámbito judicial, para ver si los casos futuros logran superar esta tendencia.

La aplicación de los estándares de derechos humanos en la letra chica de las relaciones de consumo podría facilitar la consagración de un camino que ya venía transitándose en el derecho de interés público, para cuestionar la falta de acceso de grupos vulnerables a determinados bienes y servicios esenciales; o bien, la regresividad en las mejoras obtenidas para el goce de esos mismos bienes y servicios.

De estos esfuerzos significa un hito la declaración de la CS sobre la exigibilidad del derecho humano al agua⁽¹⁰⁴⁴⁾. Lo pronunció en un caso donde se debate la provisión contaminada de agua en red en la provincia de Buenos Aires, en el marco de una acción de amparo ambiental donde se pueden ejercer las más poderosas herramientas de prevención, precaución y protección por parte de los jueces. El derecho humano al agua es una construcción jurídica del sistema internacional de derechos humanos y esta declaración de la CS coincidió con la aparición en el debate público de críticas que se formularon al texto final del nuevo Cód. Civ. y Com., que lo excluyó de su articulado.

3.5. Legitimación colectiva y vías procesales⁽¹⁰⁴⁵⁾

La jerarquización constitucional de los derechos de los usuarios y consumidores estuvo acompañada del reconocimiento de la legitimación colectiva para demandar judicialmente su cumplimiento, según lo establecido en el art. 43, párr. 2º, de la CN.

A partir de 1994 se atribuyó desde el propio texto constitucional el poder de iniciar acciones de amparo colectivo para la defensa de diversos derechos de incidencia colectiva, entre ellos, de usuarios y consumidores: al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines registradas conforme a la ley.

En el tópico de la legitimación anómala o extraordinaria de las asociaciones de usuarios para entablar acciones en representación del colectivo de usuarios y consumidores, la reforma constitucional también tuvo como antecedente a la LDC que había creado la denominada "acción de usuarios y consumidores"⁽¹⁰⁴⁶⁾ e incluyó la posibilidad de que las asociaciones pudieran ejercerla con independencia de la intervención de los afectados⁽¹⁰⁴⁷⁾ y en su representación. Esta acción continúa siendo una vía procesal apta para la tutela de los derechos de usuarios y consumidores.

A diferencia de lo que acontece con la acción de amparo, que sigue regulada en sus aspectos procesales por una ley *de facto* que además de ser restrictiva, no contempla herramientas esenciales para los procesos colectivos, en la LDC se han incorporado algunas

normas procesales que reflejan ciertas cuestiones problemáticas en ese tipo de juicios: la intervención obligatoria del Ministerio Público, la posibilidad de constituir litisconsorcios, la continuidad del proceso por el Ministerio Público en caso de desistimiento, cómo proceder cuando se arriba a un acuerdo conciliatorio, cómo proceder ante pretensiones con contenido patrimonial, los límites de cosa juzgada colectiva, la publicidad y la gratuidad⁽¹⁰⁴⁸⁾.

Una ventaja que históricamente presentó la acción de usuarios y consumidores sobre el amparo consistió en su régimen más expedito en caso de obtener medidas cautelares o sentencias definitivas favorables: mientras la Ley de Amparo establece que el recurso de apelación se concede en efecto suspensivo⁽¹⁰⁴⁹⁾. En el supuesto de esta acción rige lo estipulado para los recursos de apelación que se interponen contra medidas cautelares⁽¹⁰⁵⁰⁾ o en el marco de procesos sumarísimos⁽¹⁰⁵¹⁾ que se otorgan con efecto devolutivo, es decir, que las decisiones pueden ejecutarse mientras se resuelve la apelación.

Sin embargo, usualmente estas acciones son acompañadas de pedidos cautelares para temporalizar los resultados de las acciones y habrá de tenerse en cuenta en el futuro que la nueva regulación de las medidas cautelares contra el Estado introdujo pautas que reproducen las dificultades que genera el efecto suspensivo de los recursos a la mayoría de los procesos cautelares (y otros obstáculos de especial incidencia en procesos colectivos) por lo que ha sido criticada su constitucionalidad⁽¹⁰⁵²⁾.

La mayoría de los últimos fallos que la CS dictó después de "Halabi" sobre derechos de incidencia colectiva y alternativas procesales fueron adoptados en casos de usuarios y consumidores⁽¹⁰⁵³⁾. En ellos se definió el límite de la legitimación de las asociaciones de usuarios de acuerdo a la presencia en el caso de derechos de incidencia colectiva como intereses individuales homogéneos⁽¹⁰⁵⁴⁾. De esta serie de fallos se destacó una declaración realizada, en *obiter dicta*, en la cual se expresó que ciertos elementos de los intereses individuales homogéneos conforme a la doctrina de "Halabi"; como la afectación al acceso a la justicia en caso de que se accionase individualmente, podrían atenuarse a favor de la procedencia de las acciones, si se encuentran en consideración temáticas de trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados que demostrarían la existencia de un fuerte interés estatal en su protección. El consumo y las pautas del art. 42 fueron mencionados expresamente por el fallo como una de las temáticas de trascendencia social⁽¹⁰⁵⁵⁾.

No obstante, a partir de la nueva composición de la CS, con el contexto de un caso de alto impacto político, en un fallo donde se

ponderó el derecho a la participación y los intereses económicos de los usuarios de gas por redes, se introdujo un giro importante sobre la amplitud de la legitimación colectiva⁽¹⁰⁵⁶⁾. Se consideró presumible la afectación del "acceso a la justicia" para atribuir legitimación a la asociación actora en representación de los usuarios residenciales del servicio público en pos de cuestionar la política tarifaria empleada por el Estado nacional. Con respecto a los usuarios no residenciales, en cambio, la CS sostuvo que no se había probado que estuviera impedido el ejercicio de acciones individuales y, por ende, los excluyó del colectivo defendido⁽¹⁰⁵⁷⁾.

Esta diferenciación es muy problemática en el caso, puesto que desde el punto de vista de la falta de cumplimiento del derecho a la participación que invalidaba el ajuste tarifario, los intereses de ambos tipos de usuarios eran idénticos. Y también porque incluso entre los usuarios residenciales podría sostenerse una diferente capacidad para obtener defensas particulares, dicha casuística desbarataría el argumento de la CS de atender a la representación colectiva presumiendo su imposibilidad de acceder a la justicia. En definitiva, la restricción de la legitimación fue discrecional y deja un rastro nocivo para los litigios colectivos.

3.6. Participación de las asociaciones en los organismos de control

Es útil a la comprensión de este derecho comenzar diferenciándolo de las audiencias públicas y documentos en consulta que constituyen las técnicas más utilizadas en la práctica administrativa para canalizar la participación ciudadana en políticas públicas. Tales herramientas, si bien constituyen instrumentos valiosos para generar la participación de los usuarios y permiten que su opinión sea escuchada y tenida en cuenta en la toma de ciertas decisiones que los afectan, no alcanzan a satisfacer el imperativo que surge del [art. 42](#) de la CN⁽¹⁰⁵⁸⁾⁻⁽¹⁰⁵⁹⁾.

En ambos casos se trata de mecanismos de participación externos al organismo. Ni las audiencias públicas ni los documentos de consulta sitúan a los participantes en el espacio institucional del ente, lo que sí debe ocurrir con la implementación de la participación de las asociaciones de usuarios. La doctrina especializada coincide en esta conclusión indicando que los mecanismos de incidencia de las asociaciones en los entes de control no pueden ser aislados o externos, porque la participación que la CN ordenó implica una dimensión de control social sobre esos organismos e indirectamente sobre los servicios públicos⁽¹⁰⁶⁰⁾.

Por otro lado, la discusión principal que se sostuvo sobre la implementación de este derecho involucró justamente la posición o el rol que las asociaciones pudieran tener en el ámbito orgánico de los entes de control y en el proceso de toma de decisiones.

A partir del uso que la Constitución da a la frase *necesaria participación de las asociaciones de usuarios*, se ha dicho que la norma requiere que dicha participación tenga un carácter permanente, y se lleve a cabo en relación con toda la actividad del ente de control que pueda tener un impacto en los intereses de los usuarios del servicio⁽¹⁰⁶¹⁾.

A su vez, se argumenta que debe tratarse de un mecanismo o sistema colegiado, sin exclusiones, de manera que pueda garantizarse la representación de las diferentes perspectivas y voces de los usuarios del servicio. La colegiatura es la forma de garantizar el carácter plenamente democrático de la representación.

Finalmente, la clave de este derecho está puesta en que se regulen los casos en los que corresponda la intervención institucional de este mecanismo y no sea una decisión discrecional del directorio, así como también que los dictámenes que se arriben no sean fácilmente soslayados por el ente, es decir, que la participación tenga un peso real, aunque no necesariamente vinculante⁽¹⁰⁶²⁾.

IV. CONCLUSIONES

Al final de este análisis podemos reconstruir que la inclusión del art. 42 en la CN contiene una tensión de origen que se basa en reunir en una misma norma una propuesta liberal de intervención estatal en la economía, con muy pocos ajustes institucionales; y a la vez garantiza en este nivel de mayor jerarquía normativa a los derechos de los usuarios y consumidores.

Los derechos se desarrollaron y fueron considerados como correcciones de las fallas del mercado. Sin embargo, el contexto de su aplicación fue de una profunda desigualdad en el acceso a bienes y servicios, y en el sector productivo. Las acciones colectivas de los usuarios y consumidores y la jurisprudencia que aplicó los estándares de los tratados internacionales de derechos humanos, incorporándolos al tratamiento de las causas, resultó un buen aporte para impulsar debates.

Al mismo tiempo, lo institucional sigue siendo la arista más débil de la gestión privada y estatal de los servicios públicos y otras actividades reguladas y de los organismos creados para su control. En definitiva, poner la atención en la transparencia, el control social y la igualdad de acceso a los bienes y servicios esenciales del

mercado continúa siendo un tema pendiente de la agenda institucional.

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

Comentario por Lucas S. Grosman

I. INTRODUCCIÓN

La CN establece en su art. 42 que "Las autoridades proveerán (...) a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados [y] al control de los monopolios naturales y legales". El art. 43, por su parte, declara que procede la acción de amparo frente a violaciones de "los derechos que protegen (...) a la competencia". En consecuencia, cabe afirmar que, desde 1994, existe un derecho constitucional a la defensa de la competencia. Las normas infraconstitucionales dictadas en la materia deben entenderse, entonces, como una reglamentación de este derecho y, como toda reglamentación, no pueden alterar su espíritu. En este capítulo me propongo describir de manera general de qué manera se encuentra hoy reglamentado este derecho y plantear algunos problemas que se presentan en esta área en perspectiva constitucional. En particular, analizaré en qué medida puede afirmarse que determinados actos y omisiones constituyen violaciones del derecho constitucional a la defensa de la competencia.

II. EVOLUCIÓN NORMATIVA

La primera norma integral de defensa de la competencia adoptada en nuestro país fue la ley 22.262, de 1980. Esta ley, que siguió el modelo de las normas europeas en la materia, preveía la prohibición de dos grandes grupos de conductas: las restricciones de la competencia y los abusos de posición dominante, en la medida que impliquen, en ambos casos, un perjuicio al interés económico general. Las restricciones de la competencia son conductas horizontales mediante las cuales dos o más firmas acuerdan limitar la competencia entre ellas. Ejemplos típicos de restricciones de la competencia son los carteles en virtud de los cuales se pactan precios mínimos, volúmenes máximos, reparto de clientes o mercados, etc. Los abusos de posición dominante, por su parte, son

conductas mediante las cuales una empresa se vale de su posición monopólica o dominante en el mercado para forzar la salida o evitar el ingreso o la expansión de competidores, y de ese modo mantener su situación de dominio. Así, por ejemplo, constituye abuso de posición dominante que una empresa monopólica condicione a sus proveedores para que no abastezcan a sus rivales, venda sus productos a un precio más alto a los competidores de una empresa integrada con ella aguas abajo (discriminación de precios) o cobre precios inferiores al costo con el objeto y efecto de eliminar a sus rivales o disuadir su ingreso (precios predatorios), etc. En la tradición europea, se considera que puede resultar también un abuso de posición dominante el mero hecho de que una empresa monopólica o dominante cobre precios supracompetitivos; a esta conducta se la conoce como abuso de posición dominante explotativo. En nuestro país, excepcionalmente, se ha reconocido esta forma de abuso como una conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia⁽¹⁰⁶³⁾.

La ley 22.262, según la interpretaron nuestros tribunales⁽¹⁰⁶⁴⁾, establecía que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) y la Secretaría de Comercio (SC) serían su *autoridad de aplicación conjunta*, cada una con determinada esfera de competencia⁽¹⁰⁶⁵⁾. Ante una denuncia o el inicio de oficio de una causa, la CNDC tenía la función de investigar, instruir el procedimiento y, al final de este, recomendar al Secretario de Comercio si correspondía aplicar una sanción o adoptar algún otro tipo de medida. La ley 22.262 establecía que la CNDC estaría integrada por cuatro vocales, con mandato de cuatro años renovables, y un presidente con rango de subsecretario.

La ley 25.156 de 1999 reemplazó a la ley 22.262. Los cambios más importantes que introdujo fueron dos: (a) el control previo de operaciones de concentración económica; y (b) la sustitución de la autoridad de aplicación conjunta integrada por la CNDC y la SC por el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC).

En cuanto al primero de estos cambios, y a tono con la tendencia preponderante en los países más avanzados en materia de defensa de la competencia, la ley 25.156 establecía que las operaciones de concentración económica (en esencia, fusiones y adquisiciones) que cumplieren ciertos requisitos no producirían efectos ni entre las partes ni ante terceros hasta tanto contaran con la autorización de la agencia de competencia. Si esta consideraba que una operación resultaba restrictiva de la competencia en perjuicio del interés general, debía prohibirla o someterla a condiciones.

El segundo cambio trascendente introducido por la ley 25.156 fue la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia

(TNDC), que reemplazaría a la autoridad de aplicación conjunta constituida por la SC y la CNDC. El TNDC sería un organismo autárquico cuyos siete miembros tendrían estabilidad en el cargo y surgirían de un concurso público ante un jurado compuesto por representantes de los distintos poderes del Estado y la academia. Sería un organismo más independiente y técnico que la autoridad de aplicación conjunta SC-CNDC.

Durante 15 años, el Poder Ejecutivo hizo caso omiso de la ley 25.156 y su dec. regl. 89/2001, que establecía plazos precisos para la constitución del TNDC; finalmente, la ley 26.993 de 2014 eliminó al TNDC. De hecho, esta ley fue más allá. Según vimos, si bien la CNDC estaba subordinada jerárquicamente a la SC, cada una tenía su esfera de actuación propia, y para la SC resultaba muy costoso apartarse de un dictamen de la CNDC, al punto que solo lo hizo en un puñado de casos en su historia. La ley 26.993, casi de manera inadvertida, cambió este panorama, al declarar en su art. 65 que la autoridad de aplicación de la ley 25.156 sería determinada por el Poder Ejecutivo y que la CNDC tendría la función de *asistirla*.

Es decir que se pasaba de una autoridad de aplicación conjunta conformada por un organismo netamente político —la SC— y otro con rasgos más técnicos —la CNDC— a un esquema en el que la autoridad de aplicación fuera únicamente la SC o quien el Ejecutivo designase en el futuro: una autoridad de aplicación *exclusivamente política*, salvo que el presidente en el futuro designase una autoridad de otro perfil.

El concepto de "autoridad de aplicación", como es sabido, no tiene un alcance jurídico muy preciso, pero resulta claro que en este nuevo esquema la SC había ganado poder. Más aún, la ley 26.993 atribuía a la "autoridad de aplicación" distintas facultades relativas a la investigación e instrucción, como, por ejemplo, celebrar audiencias, tomar declaraciones y realizar careos, algo que hasta ahora estaba en manos de la CNDC. Esto socavó la división de competencias entre ambos organismos vigente hasta entonces, en virtud de la cual la investigación y la instrucción la llevaba a cabo la CNDC.

En 2018, el panorama normativo en la defensa de la competencia volvió a cambiar con la sanción de la ley 27.442. Esta ley, que deroga las anteriores, introduce numerosos cambios al régimen descripto. En cuanto a las conductas prohibidas, si bien en lo esencial se mantiene el esquema analizado arriba, se establece que algunas conductas en particular traerán aparejada una presunción de perjuicio al interés económico general. En lo referido a la exigencia de notificación de concentraciones económicas, la nueva ley exige que la notificación sea necesariamente previa: la operación sobre la

que pesa la obligación de notificar no puede llevarse a cabo, ni formal ni materialmente, hasta contar con la aprobación de la autoridad de aplicación.

La nueva ley introduce asimismo importantes modificaciones en el panorama de diseño institucional. A los fines de esta breve descripción, cabe señalar algunos de tales cambios. Dejando de lado la impronta de la ley 26.993 de 2014, retoma la ambición de contar con un ente "descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo" (art. 19, ley 27.742). Crea así una Autoridad Nacional de la Competencia (ANC), dentro de la cual funcionarán el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas. Los miembros de la ANC serán designados por el Poder Ejecutivo previo concurso público de antecedentes y oposición, y con acuerdo del Senado.

A tono con las tendencias internacionales en la materia, esta nueva ley introduce un régimen de clemencia destinado a fomentar las denuncias de conductas anticompetitivas por parte de personas involucradas en ellas.

La ley 27.442 fue reglamentada mediante el dec. 480/2018.

III. LOS PROBLEMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

En esta sección analizaré algunos problemas de defensa de la competencia en perspectiva constitucional; concretamente, me preguntaré en qué medida determinadas normas o actos de gobierno podrían considerarse contrarios al derecho constitucional a la competencia. Me centraré, en particular, en cuatro problemas. En primer lugar, en relación con la configuración institucional que surge de las normas descriptas en la sección anterior, sugeriré que, al menos en alguna medida, la Constitución constriñe la capacidad del Congreso y el presidente de diseñar las instituciones encargadas de efectivizar el derecho a la competencia. En segundo lugar, analizaré un particular supuesto en el que la identidad de la autoridad de aplicación y sus implicancias han sido objeto de distintos pronunciamientos: el caso de las órdenes de cese preliminares. En tercer lugar, analizaré si determinadas medidas y políticas públicas adoptadas por el Gobierno en tiempos relativamente recientes para controlar precios resultan compatibles con la defensa de la competencia. En cuarto lugar, sugeriré de qué modo la Constitución debería impactar en la definición del interés económico general, que es la piedra angular de la legislación argentina de defensa de la competencia.

3.1. Esquema institucional

En la sección anterior describí la evolución normativa en materia de defensa de la competencia. Como vimos, el Poder Ejecutivo hizo caso omiso de la ley 25.156 y su reglamentación por 15 años, y en 2014 sancionó la ley 26.993, en la cual la autoridad de aplicación era eminentemente política. Este régimen, como vimos, fue derogado en 2018 por la ley 27.442. Ahora bien, cabe preguntarse si la Constitución tiene algo para decir al respecto. En otras palabras, ¿podría decirse que algunos de esos actos y omisiones resultan inconstitucionales?

Aunque hoy resulte abstracto preguntarse acerca de la constitucionalidad de la ley 26.993, pues esta ha sido derogada, creo que tal indagación no resulta improcedente a la luz de los vaivenes legislativos en la materia y de la tendencia que evidenciaron las autoridades, en determinados períodos, de incumplir las previsiones legislativas en lo que al diseño institucional se refiere.

Con eso en mente, cabe señalar que el esquema institucional propiciado en 2014 representaba un retroceso desde el punto de vista de la defensa de la competencia. En este sentido, en 2006, un estudio de tipo *peer review* llevado a cabo por la OECD y el BID recomendaba la creación del TNDC y notaba que la falta de independencia del poder político constituía un escollo para la defensa de la competencia en Argentina⁽¹⁰⁶⁶⁾. La ley 26.993 iba en la dirección contraria, en la medida en que profundizaba el carácter político de la autoridad de aplicación

Cabe enfatizar un punto: elegir un organismo de aplicación más o menos independiente tiene impacto en la calidad de la defensa de la competencia en un país, en buena medida porque las decisiones en materia de defensa de la competencia están íntimamente relacionadas con cuestiones de política económica. Por ejemplo, las autoridades de un país pueden creer que es importante que se consolide un monopolio en determinado sector para de esa manera crear un "campeón nacional" que compita de manera más vigorosa en el mercado internacional del producto o servicio en cuestión. En otras palabras, la idea sería que el sacrificio de competencia en el mercado interno podría ayudar a capturar nuevos mercados en el exterior. Más allá de lo que se pueda creer acerca de los méritos teóricos o prácticos de tal postura, es un hecho que diversos gobiernos la han sostenido en distintos momentos. Cuando ello ocurre, es esperable que una agencia de defensa de la competencia política sea más sensible a ese tipo de argumentos —y, por ende, más tolerante con las conductas monopólicas del potencial campeón

nacional— que una agencia con perfil más técnico. No importa a los fines de esta discusión, insisto, si esa postura es buena o mala para la economía o la población en general; el punto es que ella implica un sacrificio en términos de competencia, y que un organismo político estará más dispuesto a soportar ese sacrificio.

De modo similar, el gobierno puede estar a favor de que se realice determinada operación de concentración económica por razones estratégicas o de política internacional, aunque esa operación resulte contraria a la competencia. Acaso un ejemplo de nuestra historia en la materia ilustre el punto. En el año 2002, la operación por la cual la cervecera brasilera Brahma tomó control de la local Quilmes fue sometida al control de la agencia de la competencia argentina. Tras el análisis pertinente, la CNDC concluyó que la operación solo podría ser autorizada si la nueva empresa concentrada transfería una serie de activos y marcas a una empresa nueva, ingresante al mercado, y abría sus canales de distribución a dicha empresa, entre otras cosas. Este condicionamiento resultaba mayúsculo, acaso el más importante que jamás se había impuesto en nuestro país. Sin embargo, este fue uno de los pocos casos en los cuales la Secretaría del área resolvió apartarse de la recomendación de la CNDC. En efecto, la Secretaría redujo considerablemente las condiciones recomendadas por la CNDC. El condicionamiento siguió siendo importante, desde ya, pero bastante menos que en la recomendación de la CNDC.

No es mi intención analizar aquí si la decisión de la Secretaría fue correcta o si resultan atendibles las razones que la motivaron. El punto, nuevamente, es mucho más pequeño: en principio, cabe presumir que las razones de la Secretaría para apartarse del dictamen técnico se vinculaban con cuestiones ajenas o más lejanas a la defensa de la competencia, que como tales resultaban extrañas (o más extrañas —todo es relativo—) al razonamiento de la CNDC. Si lo que nos importa es preservar la lógica de la competencia en situaciones como esta, parece obvio que debemos apostar a un organismo menos político.

Finalmente, para ilustrar este tipo de dinámica, cabe recordar que, en tiempos no muy lejanos, el propio Gobierno fomentó acuerdos de precios entre competidores con el propósito de contener aumentos de precios (que, por cierto, no podían desvincularse de la política de emisión monetaria aplicada por entonces). Esto, como argumentaré más adelante, podría resultar en sí mismo contrario al derecho constitucional de la defensa de la competencia, pero lo traigo a colación en este apartado para destacar la permeabilidad de los

organismos políticos a objetivos distintos de la defensa de la competencia, y en ocasiones antagónicos a esta.

En definitiva, como cabe apreciar, los organismos políticos son más proclives a apartarse de la lógica de la competencia en función de consideraciones diversas. La pregunta, entonces, es si los diseños institucionales que favorecen la politización de la agencia de competencia resultan contrarios al derecho constitucional a la competencia. En otras palabras, ¿puede decirse, por ejemplo, que la omisión en la que incurrió el Gobierno durante largos 15 años, durante los cuales se abstuvo de constituir el organismo más técnico e independiente previsto por la ley 25.156, fue violatoria de ese derecho? El planteo, creo, no habría sido descabellado y, posiblemente, tampoco lo habría sido en relación con el régimen diseñado por la ley 26.993, de corta vida.

3.2. La capacidad para dictar órdenes de cese preliminares

La cuestión analizada en el apartado precedente se planteó indirectamente en nuestros tribunales en relación con la capacidad de la CNDC y de la SC de dictar órdenes de cese preliminares. En el caso "Cencosud"⁽¹⁰⁶⁷⁾, del 14/4/2015, la Corte Suprema analizó si resultaba ajustada a derecho la orden de cese preliminar dictada por la CNDC, mediante la cual ordenó a varias empresas de indumentaria que "se abstuvieran de anular los descuentos que sobre sus productos ofrecían los bancos comerciales"; asimismo, hizo extensiva esta orden a sociedades propietarias de centros comerciales respecto de los locales que se encontraban dentro de sus instalaciones.

La norma invocada por la CNDC para dictar esta orden fue el art. 35 de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia, que disponía:

"El Tribunal en cualquier estado del procedimiento podrá imponer el cumplimiento de condiciones que establezca u ordenar el cese o la abstención de la conducta lesiva. Cuando se pudiere causar una grave lesión al régimen de competencia podrá ordenar las medidas que según las circunstancias fueren más aptas para prevenir dicha lesión. Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación con efecto devolutivo, en la forma y términos previstos en los arts. 52 y 53".

El caso "Cencosud" fue decidido por la Corte con posterioridad a la derogación del TNDC por la ley 26.993, pero se refería a hechos que tuvieron lugar cuando la aspiración legal de crearlo seguía plenamente vigente y la mora del Ejecutivo era notoria. La Cámara, que adoptó su decisión en el 2010, consideró que tal circunstancia era especialmente relevante. Por eso, para ella, resultaba inadmisibles

que la CNDC dictara una orden de cese preliminar, pues dicho organismo carece de facultades resolutorias: solo instruye el procedimiento y recomienda a la SC la decisión a adoptar. Sin embargo, para la Cámara, tampoco resultaría aceptable que la SC dictara una orden de tales características, pues esta facultad fue reservada por el legislador a un tribunal independiente del Poder Ejecutivo.

La procuradora Gils Carbó no compartió esta conclusión. Para ella, la CNDC tenía facultades de dictar la orden en cuestión, en la medida en que esta no ponía fin al procedimiento, sino que aseguraba los derechos de los consumidores durante la etapa de instrucción.

Es decir que la Cámara entendió que ni la CNDC ni la SCI podían dictar la medida del art. 35 de la ley 25.156, mientras que la Procuradora consideró que la CNDC contaba con tal atribución. La Corte tomó una tercera vía: concordó con la Cámara en que la CNDC no tenía facultades para dictar la orden de cese preliminar, pero sostuvo que la SC sí podría hacerlo⁽¹⁰⁶⁸⁾. Esto, claro está, es un *obiter*, ya que en el caso bajo análisis la medida había sido adoptada por la CNDC, no por la SC. Pero unos meses después, ese *obiter* se convirtió en *holding*, ya que en los casos "YPF", "Shell" y "Esso", del 3/11/2015, la Corte confirmó órdenes de cese dictadas por la SC mediante una breve remisión a "Cencosud".

Sin embargo, creo relevante que las resoluciones de la SC confirmadas en este caso son anteriores a la ley 26.993. Esta ley disipaba los argumentos relativos a la falta de sustento legal para las facultades en cuestión, pero no los de raigambre constitucional. La duda que subsistía, en efecto, era si resultaba compatible con la Constitución que un funcionario netamente político gozara de las facultades jurisdiccionales que otorgaba la ley 25.156, las que cobraban particular importancia en el caso del art. 35 por tratarse de medidas dictadas sin intervención de parte y con un juicio de mera verosimilitud. Como recuerda la Cámara en "Cencosud", a la luz de la jurisprudencia de la Corte, para juzgar la constitucionalidad de esas atribuciones y la profundidad del control judicial pertinente debe analizarse en cada caso la naturaleza de los derechos individuales potencialmente afectados y del órgano administrativo en cuestión, entre otras cosas⁽¹⁰⁶⁹⁾. La SC es un organismo netamente político, no es un tribunal administrativo autárquico, no tiene un perfil técnico ni ofrece garantía alguna de independencia. Las facultades que la ley 25.156 otorgaba podían tener un impacto sustancial sobre los derechos individuales, en especial el de desarrollar industria lícita, el de propiedad y, como vimos, también el derecho constitucional a la defensa de la competencia. Aunque, típicamente, quienes impugnen

una orden de cese, esto es, las empresas investigadas, no invocarán una violación a este último derecho, parece inevitable que desde una perspectiva más general esa preocupación aparezca ante un acto jurisdiccional de la autoridad de aplicación de estas normas.

De hecho, las preocupaciones al respecto se acentuaron durante los años de vigencia de la ley 26.993. En efecto, antes del dictado de esa ley, por más moroso que fuese el Poder Ejecutivo en la constitución del TNDC, al momento en que se dicta la resolución de la SC impugnada en los cuatro casos citados, la subsistencia de la CNDC-SC como autoridad de aplicación conjunta de la ley 25.156 resultaba *transitoria*, pues el TNDC no había sido derogado aún. Una vez que, con la sanción de la ley 26.993, la expectativa de que se constituyera el TNDC salía de escena, el análisis debía ser otro: esto es, debíamos preguntarnos si tales facultades jurisdiccionales podrían concederse de manera *permanente* a un organismo así. En este sentido, parece indiscutible que el otorgamiento de facultades permanentes requiere un análisis más riguroso que el de facultades meramente transitorias. Más aún, como vimos, el beneficiario de tales facultades —la autoridad de aplicación, tal como la ley 26.993 la definía— dejaba de ser político-técnico para pasar a ser exclusivamente político, con lo cual la situación era más problemática que en el esquema de la ley 22.262, transitoriamente extendido por la ley 25.156. Cabe recordar, la ley 26.993 no se limitó a derogar el TNDC, sino que alteró la distribución de competencias que hasta entonces subsistía.

En conclusión, no creo que pueda decirse que las decisiones adoptadas por la Corte hasta el momento convaliden la asignación permanente de las competencias jurisdiccionales en materia de defensa de la competencia a una autoridad netamente política. Esto parece especialmente cierto cuando se trata de una orden de cese preliminar, por la particular intensidad en el despliegue de facultades jurisdiccionales que ella implica. Nuevamente, la nueva ley que rige esta materia y que retoma la aspiración de contar con una autoridad de aplicación independiente pone las cosas en una perspectiva diferente, pero no por ello la cuestión carece de interés, pues ciertos problemas que parecen superados en un momento dado muchas veces vuelven a aflorar más adelante, aunque no siempre lo hagan bajo el mismo ropaje.

3.3. Los actos de gobierno restrictivos de la competencia

Como dije, en tiempos relativamente recientes, el Gobierno atentó directa o indirectamente contra la competencia al fomentar acuerdos de precios entre competidores, frecuentemente respaldados por

resoluciones⁽¹⁰⁷⁰⁾. Cabe destacar que el objetivo que estas medidas autoproclamaban era muchas veces el de "estabilizar" los precios en distintos mercados, algo que desde el punto de vista de la defensa de la competencia se considera inadmisibles por sus efectos perjudiciales a largo plazo sobre la competencia y los consumidores⁽¹⁰⁷¹⁾. De hecho, es significativo que el brazo ejecutor de esas prácticas haya sido muchas veces la propia SC⁽¹⁰⁷²⁾, es decir, irónicamente, el propio organismo encargado de velar por la competencia. En efecto, cuando se invita a las empresas de un sector a sentarse a negociar para no aumentar los precios, es muy difícil evitar que esas mismas empresas se sienten luego a negociar para que los precios no bajen. Una vez que se ha destruido la dinámica de la competencia, restablecerla no resulta sencillo, por lo cual los efectos de estas medidas suelen sentirse a muy largo plazo.

3.4. El interés económico general

En este apartado procuraré tratar de la manera lo más sencilla posible una cuestión que puede resultar algo técnica, pero que ocupa un lugar central en la defensa de la competencia: el concepto de interés económico general. Según nuestra ley en la materia, las conductas restrictivas de la competencia, los abusos de posición dominante o las concentraciones económicas son conductas que solo pueden ser sancionadas en la medida que puedan resultar en un perjuicio al interés económico general, más allá de que la nueva ley introduce una presunción al respecto en lo concerniente a determinadas conductas.

Son dos las definiciones más aceptadas para ese concepto. Para los economistas, interés económico general quiere decir, lisa y llanamente, eficiencia económica, entendida como la suma de los excedentes de los productores y los consumidores. Desde otro enfoque, en cambio, el interés económico general se identifica con el interés de los consumidores. La jurisprudencia ha utilizado una y otra definición, sin demasiada consistencia ni, probablemente, conciencia de las diferencias entre una y otra. En el ya mencionado caso YPF, de 2002, nuestra Corte Suprema equiparó este interés a la eficiencia económica, siguiendo la postura que en su dictamen de 1999 defendió la CNDC⁽¹⁰⁷³⁾.

Pero, ¿qué es lo que está en juego cuando se elige una u otra definición de interés económico general? En la enorme mayoría de los casos, nada, ya que las conductas ineficientes son también perjudiciales para los consumidores. Así, por ejemplo, cuando como consecuencia de un cartel se cobran precios supracompetitivos, esta conducta, obviamente, resulta perjudicial para los consumidores, ya

que en un mercado competitivo se podrían adquirir más bienes a un precio menor; pero tal configuración del mercado también resulta ineficiente, ya que la suma de los excedentes de productores y consumidores es menor que en un entorno competitivo. Ello es así porque hay una pérdida de eficiencia en un mercado no competitivo, algo que en inglés se conoce como *dead weight loss*.

Sin embargo, hay dos supuestos en los cuales esto no es así. El primero de ellos es el del monopolista que es un perfecto discriminador de precios; esto es, el monopolista que le cobra a cada consumidor lo máximo que este está dispuesto a pagar. En tal caso, todo el excedente del consumidor se transforma en excedente del productor, con lo cual desde el punto de vista del primero el resultado es desastroso, pero no hay pérdida de eficiencia o *dead weight loss*. Este supuesto, en realidad, es más teórico que otra cosa, por lo cual no deberíamos preocuparnos demasiado por él.

El segundo caso, en cambio, no es improbable que se presente en situaciones reales. En el contexto del análisis de concentraciones económicas, se analizan las llamadas ganancias de eficiencia, es decir los ahorros de costos productivos que en ocasiones se producen como consecuencia de una concentración; por ejemplo, porque se logran economías de escala o alcance tras la concentración. Una pregunta relevante, en tales casos, es cuál debería ser la reacción de la agencia de defensa de la competencia cuando la operación previsiblemente importe una restricción de la competencia, con el consiguiente aumento de poder de mercado para las partes, pero a su vez involucre ganancias de eficiencia. Por ejemplo, supongamos que como consecuencia de la operación se consolidaría una empresa con posición dominante que cobraría precios más altos que antes, pero serían tales los ahorros en costos productivos derivados de la operación que las ganancias adicionales que obtendrían los productores sobre-compensarían las pérdidas de los consumidores. En un caso así, quienes identifican el interés económico general con la eficiencia económica aprobarían la operación; quienes, en cambio, lo identifican con el interés de los consumidores, la prohibirían.

Personalmente, y por distintas razones, considero que la interpretación correcta es la segunda. Esa es la interpretación que en su momento quedó plasmada en los Lineamientos para el control de concentraciones económicas aprobados por la res. 164/2001 de la Secretaría de la Competencia y del Consumidor, y fue mantenida en la res. 208/2018 SC que la reemplazó. Pero lo que resulta más interesante a los fines de la presente discusión, creo, es que la interpretación que propicio tiene mayor asidero constitucional que la

alternativa. En efecto, el [art. 42](#) de la CN, que es el que consagra la obligación de las autoridades de proteger la competencia, está dedicado a los distintos aspectos de los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios. La competencia aparece, justificadamente, como uno de tales aspectos, y parece natural, entonces, que la entendamos en esa clave.

IV. CONCLUSIÓN

En esta breve discusión, he tratado de mostrar de qué manera el hecho de entender la defensa de la competencia como un mandato constitucional, con un derecho correlativo, podría impactar en el modo en que entendemos el diseño institucional y el compromiso de las autoridades en la materia. Hasta ahora, la expresa referencia constitucional a la protección de la defensa de la competencia no ha tenido demasiada incidencia en el razonamiento de nuestros tribunales ni de las autoridades administrativas que intervienen en la materia. Esto, sin embargo, no tiene por qué seguir siendo así.

* * *

Art. 43.—

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que

consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

LA ACCIÓN DE AMPARO

Comentario por Ramón Eduardo Ferreyra

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución ha establecido un conjunto de derechos y libertades a favor del individuo. El objetivo es preservar a la persona frente a eventuales agresiones en su contra. Sin embargo, resulta claro que la sola colocación en un texto constitucional no es suficiente para asegurar el respeto a los derechos allí consagrados. Las personas aún pueden ser víctimas de actos que avasallen algún derecho o libertad reconocidos en la Constitución. Por lo tanto, es necesario que el ordenamiento jurídico establezca una acción para que las personas afectadas puedan hacer cesar el acto que ha provocado la lesión de sus derechos. De lo contrario, nuestra Constitución será incapaz de tener efecto en el mundo real y se convertirá en una mera "hoja de papel".

Pero no solo es necesario que exista un medio para garantizar los derechos constitucionales. También es indispensable que el mismo reúna ciertos requisitos que lo vuelvan eficaz para cumplir con el fin para el que fue creado. Si tenemos en cuenta que los derechos constitucionales son los más importantes de nuestra comunidad política organizada, es preciso que la acción que los tutele sea breve, sencilla y de rápida resolución. De esta forma, se asegura que la protección judicial de los derechos de las personas sea real y efectiva.

En nuestro ordenamiento jurídico, la acción que protege los derechos constitucionales es el amparo. Luego de la reforma de 1994, se encuentra consagrado en el art. 43 de la Constitución⁽¹⁰⁷⁴⁾. A pesar de que su incorporación es reciente, se trata de un instituto que cuenta con un largo desarrollo doctrinario y jurisprudencial. En el presente trabajo se dará cuenta de todo el camino recorrido desde su creación judicial en 1957 hasta la actualidad, en la que sigue funcionando como medio de protección de las personas, no solo frente a agresiones a sus derechos individuales sino también frente a lesiones a derechos sociales tales como el derecho a la salud.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Si bien la Constitución de 1853 consagró una lista amplia de derechos y libertades a favor del individuo, omitió establecer una acción específica en favor de las personas que se vieran afectadas por actos que hayan violado sus derechos constitucionales. La [ley 48](#) de 1863 vino a subsanar en parte esta omisión, con la regulación del hábeas corpus⁽¹⁰⁷⁵⁾. Sin embargo, esta acción únicamente protegía la libertad física de las personas. Los otros derechos quedaban sin ninguna acción procesal que los resguardara. Por este motivo, las personas empezaron a utilizar el hábeas corpus como medio de protección de otros derechos distintos a la libertad física. La Corte Suprema rechazó aquellos intentos, con el argumento de que "ni en la letra ni en el espíritu, ni en la tradición constitucional de la institución del hábeas corpus se encontraban fundamentos para aplicarlo a la libertad de la propiedad, del comercio, de la industria, de la enseñanza, del transporte de correspondencia, etc."⁽¹⁰⁷⁶⁾. Asimismo, se consideraba que "contra los abusos e infracciones de particulares y funcionarios respecto de esos derechos, las leyes y la jurisprudencia consagran remedios administrativos y judiciales que contemplan las respectivas situaciones sin confundirlas con las del arrestado o el impedido de locomoción o de reunirse con fines útiles"⁽¹⁰⁷⁷⁾. De esta manera, los individuos damnificados debían recurrir a los remedios ordinarios previstos por los códigos procesales. Sin embargo, resultaba evidente que tales recursos no eran idóneos para lograr la inmediata reparación del derecho afectado. Esta situación iba a ser reconocida por nuestro Máximo Tribunal en el año 1957, con el dictado del fallo "Siri"⁽¹⁰⁷⁸⁾, que dio nacimiento a la institución del amparo dentro de nuestro sistema jurídico.

Ángel Siri era propietario del diario *Mercedes*, el cual se encontraba clausurado por la Policía desde comienzos de 1956 sin que existiera constancia cierta de cuál era la autoridad que dispuso

la clausura ni los motivos por los cuales se había dictado la medida. Ante esta situación, el señor Siri sostuvo que veía vulnerada su libertad de imprenta y de trabajo —consagrada en los arts. 14, 17 y 18 de la CN— y solicitó al Poder Judicial que dictara una medida favorable a la reparación de su perjuicio. Tanto en primera como en segunda instancia, su reclamo fue rechazado con el conocido argumento de que no se trataba de un caso objeto de un recurso de hábeas corpus, el cual solo protege la libertad física o corporal de las personas. Sin embargo, posteriormente, la Corte Suprema se va a apartar de la doctrina tradicionalmente aceptada hasta entonces, que relegaba a los procedimientos ordinarios la protección de las garantías no comprendidas en el hábeas corpus. En esta ocasión la Corte va a reconocer la existencia de una acción autónoma para proteger a los particulares frente a actos de autoridades públicas que vulneren sus derechos constitucionales. Para así decidir, el tribunal aseveró famosamente "que basta esta comprobación inmediata (la violación del derecho) para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: 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 (...)"⁽¹⁰⁷⁹⁾. En consecuencia, la Corte ordenó al tribunal de origen que hiciera saber a la autoridad policial que debía cesar la restricción impuesta al señor Siri.

Luego de haber creado el amparo con "Siri", la Corte reconoció el alcance de la acción frente a actos de particulares con el dictado del fallo "Kot SRL"⁽¹⁰⁸⁰⁾ en 1958. La empresa textil "Samuel Kot SRL" era propietaria de un establecimiento textil en San Martín (Buenos Aires) que estaba ocupada por los trabajadores como consecuencia de un conflicto laboral. Apoyándose en el reciente caso "Siri", la firma interpuso un "recurso" de amparo solicitando la liberación del inmueble, con el argumento de que la ocupación violaba las garantías a la libertad de trabajo (art. 14), a la propiedad (art. 17) y a la libre actividad (art. 19) previstas en la Constitución.

Con el antecedente de "Siri", la existencia del amparo no admitía dudas. La discusión se presentaba al momento de determinar si el ámbito de la acción abarcaba los supuestos en que la agresión provenía de particulares. La legislación y jurisprudencia comparada, en su mayoría, sostenía que el amparo procedía únicamente contra actos emanados de autoridades públicas⁽¹⁰⁸¹⁾. Se pensaba que el instituto tenía como fin la defensa de la libertad del individuo frente a potenciales abusos de autoridad por parte de los poderes públicos.

De esta manera, el amparo nunca podría operar en las relaciones entre particulares ni su función podría ser la resolución de conflictos entre derechos privados.

Sin embargo, la Corte Suprema le dio la razón a Kot y revocó las sentencias de los tribunales inferiores. El tribunal sostuvo que distinguir entre actos de autoridades públicas y actos de particulares "no es esencial a los fines de la protección constitucional"⁽¹⁰⁸²⁾. Para así decidir, la Corte recurrió a diversos criterios utilizados en materia de interpretación constitucional. En primer lugar, el tribunal se dedicó a discernir la intención del constituyente. Allí, consideró que si bien "es verosímil presumir que, en el ánimo de los constituyentes de 1853, las garantías constitucionales tuvieron como inmediata finalidad la protección de los derechos esenciales del individuo contra los excesos de la autoridad pública" la intención de aquellos no fue "fijar exclusivamente en los textos sus temores históricos y concretos, sino, más bien, sus aspiraciones y sus designios permanentes y, aún, eternos: la protección de la libertad"⁽¹⁰⁸³⁾. La Corte consideró que esto es lo que se deriva del espíritu liberal presente en nuestra Ley Suprema.

En segundo lugar, el tribunal adoptó un criterio dinámico para interpretar la Constitución, ya que consideró que "las leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad"⁽¹⁰⁸⁴⁾. De esta manera, la distinción entre poder público y particulares no resulta admisible a la luz de las circunstancias de los últimos tiempos. La Corte reconoció que además del individuo y el Estado, existe actualmente "una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que solo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas (...)", cuyo accionar implica "una nueva amenaza para el individuo y sus derechos esenciales"⁽¹⁰⁸⁵⁾.

En tercer lugar, los magistrados acudieron al método de la interpretación finalista y afirmaron que una "interpretación amplia es la que mejor consulta los grandes objetivos de la Ley Suprema y las genuinas finalidades de aquellas garantías". La Constitución ha establecido en su Preámbulo que uno de sus fines es asegurar los beneficios de la libertad, y este propósito "se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos"⁽¹⁰⁸⁶⁾.

En conclusión, la Corte consideró que, a los efectos de la concesión del amparo, lo que importa es el carácter ilegítimo de la restricción a los derechos de las personas junto con el daño que se

provocaría en caso de que el afectado tuviera que recurrir a los lentos y costosos procedimientos ordinarios, y no el carácter público o privado del agresor.

III. **LEY 16.986**

El generoso alcance que la jurisprudencia le había otorgado al amparo fue enormemente restringido por el gobierno militar de Juan Carlos Onganía con la sanción de la [ley 16.986](#) de Acción de Amparo⁽¹⁰⁸⁷⁾. La nueva normativa venía a llenar el vacío legislativo sobre el tema. Sin embargo, sus disposiciones establecían numerosas restricciones para la procedencia del amparo y así, se dificultaba el acceso de las personas a lo que en un primer momento había sido concebido como un remedio procesal ágil y sencillo.

En su art. 1º, la ley limitó el alcance del amparo únicamente a aquellos actos u omisiones que provengan de autoridad pública (art. 1º), desconociendo la doctrina de "Kot". Pero las restricciones más grandes vinieron del art. 2º, que detalla todos los supuestos en los cuales no sería admisible la acción⁽¹⁰⁸⁸⁾. Así, se vedaba la posibilidad del amparo cuando existieran otros recursos judiciales o administrativos disponibles, el acto impugnado emanara del Poder Judicial, se comprometiera la prestación de algún servicio público, o actividad esencial del Estado; fuese necesaria una mayor amplitud de debate y prueba, o la declaración de inconstitucionalidad de alguna norma o venciera el plazo de caducidad para interponer el recurso.

La rigidez de la norma fue atemperada por los tribunales, quienes intentaron flexibilizar las limitaciones señaladas, con miras a que el instituto preserve aquel carácter aperturista que tuvo en sus orígenes. El primer intento fue realizado en 1967, cuando la Corte sostuvo en el fallo "Outón"⁽¹⁰⁸⁹⁾ que es posible declarar la inconstitucionalidad de una norma "cuando las disposiciones de una ley, decreto u ordenanza resultan claramente violatorias de alguno de los derechos humanos (...) porque de otro modo bastaría que la autoridad recurriera al procedimiento de preceder su acto u omisión arbitrarios de una norma previa —por más inconstitucional que esta fuese— para frustrar la posibilidad de obtener en sede judicial una inmediata restitución en el ejercicio del derecho esencial conculcado". Asimismo, a fines del mismo año se sancionó la ley 17.454 que incorporó en el Cód. Proc. Civ. y Com., el art. 321, inc. 1º —actual art. 321, inc. 2º según ley 25.488⁽¹⁰⁹⁰⁾—, que extendía el alcance del amparo a los actos originados por particulares. De esta manera se iniciaba la reacción contra el carácter restrictivo que revestía el amparo en su reglamentación legislativa.

IV. EL AMPARO DESPUÉS DE 1983

El mayor impulso por remover los obstáculos impuestos por la ley de Onganía sucedió después de 1983. La recuperación de la democracia produjo la necesidad de repensar el amparo a la luz del nuevo tiempo político que se vivía. En particular, surgió la idea de devolverle al instituto su carácter de acción judicial rápida y efectiva para la protección de los derechos individuales. En ese sentido, la ratificación en 1984 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por parte del Congreso resultó de gran influencia en el desarrollo jurisprudencial previo a la reforma constitucional de 1994. La Convención estableció en su art. 25 el derecho de toda persona a un "recurso sencillo y rápido (...) ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la ley, la Constitución o la presente Convención (...)". De esta manera, se consagró el derecho de todo individuo al "acceso a la justicia", como medio para hacer valer el libre ejercicio de sus derechos. La Corte IDH sostuvo desde sus inicios que los Estados parte tienen el deber de adoptar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos previstos en la Convención⁽¹⁰⁹¹⁾. En el caso del art. 25, la obligación se traducía en la remoción de aquellos obstáculos que impidan el acceso a la jurisdicción.

Frente a la nueva normativa internacional, resultaba claro que la ley nacional quedaba en un desfasaje absoluto, ya que sus disposiciones iban en la dirección contraria a la tendencia garantista de la Convención. Si bien la operatividad y jerarquía superior de los tratados internacionales de DD.HH. era un asunto controversial, la jurisprudencia pronto se hizo eco de la nueva tendencia y comenzó a flexibilizar las restricciones impuestas por la ley nacional.

Respecto al requisito de agotar previamente la vía administrativa, la Corte afirmó en "Arenzon"⁽¹⁰⁹²⁾ que el mismo no procede "cuando no existe otro remedio eficaz al efecto". Asimismo, el tribunal estableció en "Bonorino Perú"⁽¹⁰⁹³⁾ que se debe analizar si el procedimiento ordinario es "auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo". La operatividad estará dada por si el empleo de dicho procedimiento no ocasiona un "daño grave e irreparable" al derecho del afectado. Si así fuera, no será necesario agotar ninguna vía alternativa y el afectado podría recurrir directamente a la acción de amparo. Por otra parte, se hizo una interpretación restrictiva del art. 2º, inc. c), que dificultaba enormemente la promoción de amparos contra el Estado, asunto que será tratado más adelante.

En 1990, a través del recordado fallo "Peralta⁽¹⁰⁹⁴⁾", la Corte ratificó lo decidido en "Outón" y confirmó la potestad de los jueces para decretar la inconstitucionalidad de normas que provoquen una lesión en los derechos de las personas, a pesar de la prohibición establecida en la [ley 16.986](#). Finalmente, la CS zanjó la controversia sobre la eficacia de la CADH, al reconocer, en "Ekmekdjian c. Sofovich"⁽¹⁰⁹⁵⁾, la operatividad de los derechos consagrados en los tratados sobre derechos humanos y su jerarquía superior respecto a las leyes sancionadas por el Congreso.

El desarrollo de la jurisprudencia, junto con la influencia de los tratados internacionales, volvieron obsoleta la ley reglamentaria y, por lo tanto, el ordenamiento jurídico exigía una nueva normativa que regulase el amparo, de manera tal que promoviera —y no obstaculizara— su utilización como instrumento fundamental para el acceso a la justicia de los ciudadanos. La oportunidad llegó con la reforma constitucional de 1994, que en su art. 43 consagró el derecho de toda persona a interponer "acción expedita y rápida de amparo". La nueva disposición derogó definitivamente ciertas restricciones presentes en la [ley 16.986](#). Así, eliminó el requisito de agotar la vía administrativa, extendió el alcance de la protección hacia aquellos derechos reconocidos por tratados o leyes, además de los consagrados por la Constitución, y reconoció la potestad de los jueces para declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma que funda el acto u omisión lesiva.

La constitucionalización del amparo supuso un gran avance para la defensa de los derechos de los individuos. No obstante, la reforma del 94 dejó sin resolver algunas cuestiones que abrieron el espacio para potenciales amenazas al flamante espíritu garantista adoptado por el constituyente. En particular, la polémica se dio respecto a dos temas regulados en la [ley 16.986](#) pero que no fueron suficientemente contemplados en el art. 43: los amparos que afecten las actividades estatales y el plazo para interponer la demanda.

V. AMPARO Y ACTIVIDAD ESTATAL

La paradójica circunstancia de que la acción más idónea para defender al individuo frente a abusos del poder estatal deba ser reglamentada por el propio Estado, implica el peligro siempre presente de una regulación gubernamental que, bajo la excusa del interés público, dificulte el acceso de las personas a la acción. La [ley 16.986](#) dio un paso más allá en esa dirección restrictiva: el inc. c) del art. 2º prácticamente imposibilitó la procedencia del amparo contra el Estado, al prohibir la intervención judicial cuando "comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la

prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado". De esta manera, la elección de un término como "comprometer" suponía el peligro de que una interpretación literal de la norma llevara a privar a los ciudadanos del uso de este tipo de acción, ya que resulta difícil imaginar una actividad administrativa que no sea vea de algún modo "comprometida" por el inicio de una acción de amparo. Por otra parte, determinar cuáles son los servicios públicos o las actividades esenciales parecía ser una potestad política que solo incumbía al Poder Ejecutivo. Sin embargo, el peligro que representaba dicha disposición para la protección jurídica de los ciudadanos fue neutralizado por los tribunales. Muy pronto, la jurisprudencia reconoció la necesidad de limitar lo más posible conceptos como "servicio público" y "actividades esenciales", para no desnaturalizar los fines tutelares de la institución.

En "Peso"⁽¹⁰⁹⁶⁾ (1985), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal determinó las pautas que deben guiar el análisis de conceptos como "servicio público" y "actividades esenciales". El tribunal reconoció la dificultad de caracterizar adecuadamente tales términos, en virtud de su vaguedad. Pero sostuvo que, en esos casos, la interpretación a realizar debe ser restrictiva, ya que "representa una excepción a la procedencia de esta particularísima acción tendiente a la protección de los derechos fundamentales de la persona humana receptados constitucionalmente". De esta manera, la Cámara nos dice que el Estado no puede declarar esencial a cualquier actividad solo con el objetivo de que las personas no puedan iniciar una acción de amparo, sobre todo, teniendo en cuenta que "lo que consagra a un Estado democrático no es la inscripción de la libertad en su texto fundamental sino su vigencia, y en este terreno es la acción procesal el elemento que, en muchos casos, puede afirmar el derecho, el medio de hacerlo valer y la vía para demandar su amparo". Asimismo, después de la reforma de 1994, que consagró el amparo para la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, se estableció constitucionalmente que las personas podrán reclamar la protección de sus derechos, aun cuando puedan comprometer la prestación de un servicio público.

A pesar del límite impuesto por la jurisprudencia, los intentos del Estado por restringir el acceso a la justicia continuaron. Estas tentativas han a florado particularmente durante las crisis económicas, que son momentos en los que el Estado suele avanzar sobre los derechos individuales con el pretexto de hacer frente a la gravedad de la situación social. Así, por ejemplo, la crisis sufrida por

nuestro país a fines de 2001 motivó el dictado del llamado "corralito" —y posteriormente el "corralón"—, que impedía la libre disposición de dinero en efectivo de plazos fijos, cuentas corrientes y cajas de ahorro. Durante 2002, muchos ciudadanos presentaron acciones de amparo con el objetivo de recuperar su dinero. Frente a esta situación, el Congreso, a instancias del presidente Duhalde, sancionó la ley 25.561⁽¹⁰⁹⁷⁾, que modificaba el Código Procesal Civil y Comercial a fin de disponer la intervención directa de la CS frente a recursos de apelación interpuestos contra medidas cautelares que "afecten, obstaculicen, comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado Nacional (...)". El recurso tenía efecto suspensivo de la resolución impugnada y el objetivo era evitar la devolución del dinero depositado por los ahorristas mediante el dictado de medidas cautelares. Esta ley fue complementada por el dec. 214/2002⁽¹⁰⁹⁸⁾, que dispuso la suspensión por 180 días de los procesos judiciales y medidas cautelares relativas al "corralito" y al "corralón". Finalmente, este decreto fue reemplazado por el dec. 320/2002, manteniendo la suspensión únicamente para las medidas cautelares. Ante la evidencia de lo violatorio para los derechos individuales que implicaba tal paquete de medidas, los tribunales en lo contencioso administrativo no tardaron en declarar el rechazo de las limitaciones impuestas por el poder político sobre las medidas cautelares. Para los magistrados del fuero, tal suspensión era inconstitucional, ya que "toda persona tiene derecho a poder recurrir a la Justicia" y así "ampararse ante los atropellos de los funcionarios"⁽¹⁰⁹⁹⁾.

A pesar de los claros estándares establecidos por el Poder Judicial, en abril de 2013 se inició un nuevo intento por restringir el acceso de los individuos a la protección judicial del amparo. En ese mes, el Congreso sancionó la ley 26.854⁽¹¹⁰⁰⁾ que regula el dictado de medidas cautelares que se dicten en el marco de los procesos —incluido el amparo— que se inician contra el Estado. La nueva normativa se inscribía dentro del paquete de iniciativas que el Poder Ejecutivo impulsó con el afán de "reformular la Justicia" en vistas a su "democratización". El argumento oficial era que esta ley ayudaría a terminar con el "derecho cautelar" que beneficiaba a los grandes grupos económicos. Entre ellos, cobraban particular relevancia el Grupo Clarín y la Sociedad Rural, que en ese momento se veían favorecidos por sendas medidas cautelares en las causas por la Ley de Medios y la expropiación del predio La Rural, respectivamente. Sin embargo, en la práctica, el resultado obtenido fue colocar otra vez obstáculos que impidan a los ciudadanos hacer valer judicialmente

sus reclamos frente a actos del Estado que violen sus derechos individuales.

La ley establecía grandes limitaciones para que los jueces dicten una medida cautelar contra el Estado y su redacción recuerda mucho a la utilizada en la [ley 16.986](#). Para mencionar solo un par de disposiciones, el art. 9º prohibía que los jueces dicten una medida cautelar que "afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado (...)". Por otro lado, el art. 13 enumeraba entre los requisitos para la suspensión de un acto estatal la "no afectación de un interés público". En forma similar a lo que sucedía con la ley de 1966 y el proceso de amparo, el objetivo de esta normativa era impedir el acceso de los particulares al dictado de medidas precautorias en su favor. No era de sorprenderse entonces, que, ni bien promulgada la iniciativa, numerosos planteos de inconstitucionalidad llegaron a la justicia con el objetivo de que los tribunales aplicaran los estándares que ya habían sido establecidos anteriormente.

Ratificando lo decidido en ocasiones anteriores, los tribunales han dejado en claro que rechazan las limitaciones impuestas por el poder político sobre las medidas cautelares y declararon la inconstitucionalidad de numerosos artículos de la nueva ley. La exigencia establecida en el art. 4º de que el objeto de la cautelar no fuera igual al de la pretensión principal fue rechazada, ya que violaba el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. En el fallo "De Felipe", el juzgado sostuvo que si se admitiera tal requisito, las personas se verían imposibilitadas de "impedir que se frustren sus derechos con el transcurso del tiempo" y volvería a la medida cautelar "un instrumento anodino" ya que "aunque finalmente recaiga sentencia favorable al accionante, al privárselo de la protección anticipada llevaría al absurdo de tornar ilusorios los derechos que se dicen conculcados"⁽¹¹⁰¹⁾. Asimismo, en "Javkin"⁽¹¹⁰²⁾ se dejó en claro que la potestad de establecer el alcance y la extensión de las medidas cautelares son propias de la función judicial y no pueden ser restringidas por un exceso reglamentario que produzca una "limitación irrazonable" de dicha facultad.

Por otro lado, también se rechazó el art. 3º, que establecía la exigencia de un "informe previo" que se debía requerir al Estado antes de que el juez pudiera dictar una medida cautelar. Esta disposición iba en contra del carácter *inaudita parte* con que se disponen las medidas cautelares. Precisamente, una de las razones de la eficacia de estas medidas reside en que se dictan sin el conocimiento de la parte contra la cual se va a adoptar. El motivo es

el carácter urgente que tienen estos remedios procesales, máxime en un proceso de amparo en el cual están en juego derechos constitucionales que requieren una inmediata reparación. La exigencia de informe venía a retrasar el proceso judicial, conspirando contra el carácter "expedito" consagrado en el [art. 43](#) de la CN. Además, los magistrados hicieron notar que esta disposición colocaba al Estado en una "posición ventajosa sobre cualquier otro litigante particular, al tomar conocimiento anticipado de las pretensiones y fundamentos del accionante, antes que le sea notificada la demanda"⁽¹¹⁰³⁾, lo cual viola el principio de igualdad del art. 16 y el derecho al acceso a la justicia del art. 18.

La valla más importante a superar estaba representada por el art. 9º, mencionado más arriba, por cuanto una lectura lineal del mismo implicaba la prohibición de interponer medidas cautelares en contra de la Administración, ya que este tipo de tutela siempre va a ser pasible de afectar, obstaculizar u comprometer algún bien o recurso propio del Estado. La irrazonabilidad de esta medida para la protección de los derechos de las personas fue reconocida por los jueces en fallos como "Gascón", donde se estableció que la disposición del art. 9º constituye una "injustificada prerrogativa que no encuentra fundamento constitucional alguno, y vuelve a poner al Estado en ejercicio de un privilegio legal que nuestra Carta Magna no admite"⁽¹¹⁰⁴⁾.

Finalmente, el concepto de interés público mencionado en el art. 13 es de una imprecisión tan grande que puede ser utilizado para bloquear cualquier intento de defensa de los derechos de los individuos. Por lo tanto, una interpretación consistente con las libertades y garantías de la Constitución debe ser muy cuidadosa en el manejo de este tipo de términos y recurrir a ellos únicamente de manera excepcional, al estilo de la doctrina sentada en "Peso". Asimismo, la disposición establece que los recursos de apelación contra medidas cautelares que suspendan los efectos de actos estatales tendrán efecto suspensivo, salvo que se vea comprometido el derecho a la vida, a la salud, un derecho alimentario o ambiental. Por lo tanto, fuera de estos supuestos, bastará para que siga en vigencia la norma lesiva de derechos, que el Estado interponga el recurso de apelación. Estas consideraciones llevaron a que los jueces también dispongan la inconstitucionalidad de esta normativa.

En definitiva, la ley 26.854 supuso un intento del Estado por cambiar las reglas de juego que gobiernan los procesos seguidos contra la Administración, de una manera que iba en contra de los derechos individuales, mientras que favorecían los deseos del gobierno de turno. Los individuos ven mejor defendidos sus intereses

cuando los procesos judiciales que les toca iniciar son breves y sencillos. Si estos se alargan, al menos pueden contar con el paliativo de una medida cautelar que los ampare mientras los tribunales demoran en resolver la cuestión de fondo. Por lo tanto, establecer exigencias y requisitos como los descriptos para la procedencia de medidas cautelares equivale a profundizar la negativa a un acceso a la justicia rápido y efectivo, tal como lo disponen la CN y los tratados internacionales de derechos humanos.

VI. PLAZO DE CADUCIDAD

Los problemas que trae aparejada la tarea de compatibilizar la regulación legislativa con las disposiciones constitucionales aparecen nuevamente con la cuestión del plazo de caducidad para interponer el amparo. El inc. e) del [art. 2º](#) de la [ley 16.986](#) dispone que la acción no será admisible cuando no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse. Por otra parte, el [art. 43](#) de la CN no establece ningún plazo para la interposición de la demanda. De esta manera, se plantea la discusión acerca de la constitucionalidad del plazo de caducidad a la luz de la reforma del 94. Como suele ocurrir en varias polémicas jurídicas, la división se produjo entre los que priorizan la seguridad jurídica frente a aquellos que privilegian la satisfacción plena de los derechos en juego. Los primeros sostenían la constitucionalidad del plazo en base a que si el afectado deja transcurrir un tiempo prudencial, debe presumirse que la lesión a su derecho no reviste el carácter urgente exigido por esta clase de remedios excepcionales⁽¹¹⁰⁵⁾. Por lo tanto, si el reclamante no es diligente en presentar su reclamo, razones de seguridad jurídica demandan que el acto o la norma presuntamente lesiva produzcan sus efectos con normalidad, hasta que eventualmente una resolución en un juicio ordinario la declare inconstitucional. Por otra parte, los que argumentan en contra del plazo de caducidad afirman que el art. 43 no menciona ningún plazo para interponer el recurso, por lo que cualquier ley —sea anterior o posterior a la reforma del 94— que establezca un límite temporal es inconstitucional. En este caso, los autores ponen el acento en la necesidad de satisfacer el derecho afectado por encima de cuestiones formales⁽¹¹⁰⁶⁾.

En un primer momento, la jurisprudencia se inclinó a favor de la constitucionalidad del plazo. En 1999 y a través del fallo plenario "Cappizano de Galdi"⁽¹¹⁰⁷⁾, la Cámara Civil y Comercial Federal sostuvo que el art. 43 no contiene "una enumeración exhaustiva y excluyente de los requisitos formales de la acción de amparo, en términos que comparten, por un lado, derogar las normas respectivas

de la [ley 16.986](#), y, por otro lado, impedir que mediante una ley reglamentaria se incluyan más requisitos extrínsecos que serían, así, incompatibles con el texto constitucional". Además, el tribunal consideró la necesidad de establecer "reglas claras, precisas y objetivas" para la admisión de la acción. De lo contrario, afirmó, se afectaría "la eficacia de la labor judicial, la garantía de igualdad prevista en el art. 16 de la CN, y la posibilidad de funcionamiento del sistema republicano de gobierno", ya que el principio de división de poderes exige que se impida la "la subordinación intemporal de cualquier acto jurídico al Poder Judicial". En conclusión, la postura a favor de la constitucionalidad del plazo de caducidad se sustenta en argumentos que, en el fondo, dejan traslucir una preocupación por la seguridad jurídica.

Sin embargo, y gracias al impulso de la doctrina, se fue imponiendo una visión de la temática que ponía más el acento en la necesidad de considerar la afectación sufrida por el individuo y la necesidad de concederle un remedio que pueda reparar en forma inmediata el perjuicio sufrido. Este cambio de perspectiva llevó a que se cuestionara la constitucionalidad del plazo de caducidad, ya que resulta irrazonable denegar protección a quien ha padecido la violación de sus derechos de mayor jerarquía solo porque ha transcurrido el plazo establecido para iniciar la acción. En especial, se afirmaba que la CN no establece ningún plazo y, por ende, toda consagración de esa exigencia en una normativa de jerarquía inferior resulta inconstitucional. La jurisprudencia receptó esta postura a nivel de la Ciudad de Buenos Aires en el año 2007, a través del fallo "G. D. A."⁽¹¹⁰⁸⁾, que declaró inconstitucional el plazo de 45 días establecido por la [ley 2145](#). El argumento fue que el establecimiento de un límite temporal para el ejercicio de la acción "constituye una formalidad procesal que afecta la operatividad del amparo y, de hecho, puede llegar a aniquilarla". El fallo pone el acento en el carácter ágil e informal del amparo y afirma que el trámite procesal que se le imprime no debe tener exclusivamente un puro fin ordenador, sino que debe servir de instrumento para la realización efectiva de los derechos fundamentales".

Una forma de neutralizar los efectos del plazo de caducidad sin declarar su inconstitucionalidad ha sido ofrecida por lo que se ha llamado la "doctrina de la ilegalidad continuada"⁽¹¹⁰⁹⁾. Según esta visión, los efectos de un acto lesivo de un derecho fundamental pueden tener continuidad en el tiempo o no. Si lo tiene, debe considerarse que el acto sigue ejecutándose y, por lo tanto, el cómputo del plazo no puede iniciarse. Por el contrario, si el acto ha cesado en sus efectos, ello quiere decir que la acción de amparo

deviene innecesaria, ya que la lesión ha desaparecido. Por lo tanto, en este caso tampoco hace falta computar el tiempo transcurrido para la interposición de la demanda. En conclusión, la doctrina de la ilegalidad continuada transforma la discusión sobre la constitucionalidad del plazo de caducidad en una polémica sin sentido, ya que mientras exista la lesión al derecho de la persona, el plazo de caducidad no puede empezar a correr.

La CS adoptó esta última postura en el fallo "Mosqueda"⁽¹¹¹⁰⁾. El caso versaba sobre un amparo presentado por un jubilado que reclamaba al PAMI la cobertura de un tratamiento kinesiológico que le había sido interrumpido. Tanto en primera como en segunda instancia, su reclamo había sido rechazado en base a que el amparo había sido presentado fuera de término. Para ello, los magistrados habían ratificado la doctrina de "Capizzano de Galdi", que establecía la constitucionalidad del plazo de caducidad. Sin embargo, el Máximo Tribunal revocó las sentencias inferiores y ordenó que se dé curso al proceso de amparo. En apoyo de su decisión, la Corte sostuvo que el obstáculo del plazo no era insalvable "en la medida en que con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad continuada, sin solución de continuidad, originada, es verdad, tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente"⁽¹¹¹¹⁾. La CS consideró que el hecho de que el señor Mosqueda continuara sin recibir su tratamiento configuraba una acción única que "es a la vez, inescindiblemente, actual y pasada". Por lo tanto, mientras la situación de afectación persista, el plazo de caducidad no puede empezar a correr. Para llegar a aquella interpretación, el tribunal tuvo en cuenta el carácter "urgente" del proceso de amparo, que exige a los jueces "evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional"⁽¹¹¹²⁾.

La doctrina de la "ilegalidad continuada" pareciera ser la más adecuada de aplicar para aquellos casos en que la afectación del derecho se produce por la no realización de la conducta debida. Los derechos económicos, sociales y culturales suelen ser claros ejemplos de violaciones por omisión, cuyos efectos permanecen indefinidamente. El derecho a la salud es uno de los más característicos y será analizado a continuación.

VII. AMPARO INDIVIDUAL Y DERECHO A LA SALUD

A partir de su consagración constitucional en 1994, el amparo ha adquirido una dimensión individual y colectiva, según el interés jurídico afectado corresponda a una persona o a un grupo. Dentro del último grupo suelen agruparse los llamados derechos de incidencia

colectiva previstos en la segunda parte del art. 43⁽¹¹¹³⁾. Esto ha llevado a la creación de distintos tipos de amparos colectivos de acuerdo con el bien que se intenta resguardar. Así, la disposición menciona los derechos ambientales, los derechos del consumidor, etc. Sin embargo, el amparo individual también ha encontrado un espacio que ocupar como medio de defensa de los nuevos derechos de tercera generación. La consagración de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) a través de la incorporación de tratados internacionales⁽¹¹¹⁴⁾ ha puesto en cabeza del Estado el deber de cumplir con las obligaciones establecidas en tales instrumentos para la satisfacción de las necesidades materiales y culturales de los individuos. Las violaciones de los DESC suelen producirse por omisiones de los Estados en cumplir con dicho deber y sus afectados no son necesariamente grupos de personas, sino que también pueden ser un individuo al cual se le niega un tratamiento médico o un chico que no consigue cupo en una escuela. Frente a ello, el amparo ha sido el medio utilizado por los ciudadanos para conseguir la rápida satisfacción de sus derechos sociales. En este contexto, el derecho a la salud ha destacado como uno de los más invocados ante el Poder Judicial. La procedencia de esta acción para asuntos relacionados con la salud fue reconocida por la CS en el caso "Floreancig"⁽¹¹¹⁵⁾, donde estableció que la necesidad de salvaguardar el derecho fundamental de la vida y la salud vuelve "imprescindible" la necesidad de ejercer esa "vía excepcional" que es el amparo, ya que "es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Ley Fundamental". Profundizando la visión antiformalista, nuestro Máximo Tribunal sostuvo en "María, Flavia Judith"⁽¹¹¹⁶⁾ que tampoco hace falta recurrir a la vía administrativa en cuestiones de salud aunque se trate de reclamos frente al Estado, ya que "la preservación de la salud y la integridad física (...) se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole", debido al carácter de los "valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso". De esta manera se ha dejado en claro que la gravedad del derecho a la salud vuelve imprescindible el acceso a un recurso judicial rápido y efectivo que simplifique el trámite para que la salud de la persona sea prontamente restablecida.

En particular, el derecho a la salud ha sido considerado como aquellos cuya afectación se produce de manera continua. Siguiendo a "Mosqueda", la Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la provincia de Córdoba⁽¹¹¹⁷⁾ consideró que la negativa a brindar cobertura para un tratamiento de infertilidad constituye una "situación

continuada", que impide explicitar el hecho lesivo a partir del cual puede empezar a computarse el plazo de caducidad.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

El nacimiento del amparo por vía pretoriana respondió a la necesidad de dotar de eficacia real a los derechos y garantías establecidos en la Constitución. Desde este punto de vista, puede decirse que el Poder Judicial se dedicó a completar la tarea iniciada por el constituyente. Posteriormente, las reglamentaciones legislativas tergiversaron por completo la finalidad del instituto. Frente a esta situación, la jurisprudencia fue certera en llevar adelante un tipo de interpretación que suavizara los estrictos requisitos exigidos. Luego, con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos y la reforma constitucional de 1994, el amparo empezó a ser considerado como la manifestación más clara del derecho al acceso a la justicia del que debe gozar todo individuo. Desde este marco, las tendencias actuales de la jurisprudencia se centraron en eliminar los intentos del Poder Ejecutivo por establecer restricciones al uso de este remedio procesal contra actos estatales y en remover obstáculos procesales para su procedencia, como el plazo de caducidad. Finalmente, el amparo ha demostrado ser en la actualidad una herramienta eficaz para la protección individual de derechos sociales tales como el derecho a la salud.

IMPLICANCIAS, EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS DE LOS PROCESOS COLECTIVOS: EL ART. 43 DE LA CN Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVA

Comentario por Francisco Verbic

I. INTRODUCCIÓN

Desde la reforma operada en el año 1994, la CN reconoce la existencia de derechos "de incidencia colectiva" en cabeza de diversos sectores o grupos de habitantes (arts. 41, 42, 43, 75, inc. 17, 19 y 22, CN, entre otros). Asimismo, confiere legitimación procesal a distintos actores sociales y políticos para accionar en defensa de tales derechos en sede judicial: particulares afectados,

asociaciones intermedias, el Ministerio Público y Defensor del Pueblo de la Nación (arts. 43, 86 y 120, CN).

Según Saba, en lectura que comparto, el art. 43, CN "se funda sobre una orientación no individualista de la concepción de derecho" y "sugiere que hay casos en que el trato desigual (...) es estructural y que, por ese motivo, [el amparo] puede ser interpuesto por una persona jurídica diferente de los sujetos físicos afectados". En otras palabras, el nuevo art. 43, CN "expresa un cambio radical en la concepción de los derechos e introduce implícitamente la noción de afectación estructural"⁽¹¹¹⁸⁾.

Si bien el texto constitucional carece de previsiones expresas en materia de cosa juzgada colectiva, esta última se deriva lógicamente del reconocimiento de tales derechos colectivos y de la habilitación de su tutela en sede judicial por intermedio de los señalados legitimados. Se trata de cara y cruz de una misma moneda: si hay legitimación colectiva debe haber cosa juzgada colectiva⁽¹¹¹⁹⁾. Si no se reconoce la constitucionalidad de esta última, la primera no es más que un eufemismo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) reconoció esta premisa lógica y sistémica en "Halabi"⁽¹¹²⁰⁾, donde se refirió en los siguientes términos a la raíz constitucional de la cosa juzgada expansiva, su carácter inherente a la acción colectiva y su falta de novedad en nuestro ordenamiento jurídico:

"El verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter partes, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger. Tal estándar jurídico, como se ha expresado, reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional y, lejos de ser una construcción novedosa, aparece como una institución ya arraigada en el ordenamiento normativo vigente"⁽¹¹²¹⁾.

A pesar de la claridad de este marco constitucional y de haber transcurrido más de 25 años desde la reforma, todavía no han sido sancionadas en nuestro país leyes reglamentarias que establezcan regímenes procesales adecuados para debatir y resolver conflictos colectivos ante los estrados de la justicia⁽¹¹²²⁾.

Las únicas normas vigentes en la materia con aplicación en todo el territorio nacional son la Ley General del Ambiente 25.675 (LGA) y la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (LDC). Ambas son leyes "de fondo" dictadas por el Congreso de la Nación para regular derechos sustantivos, pero también contemplan algunas disposiciones procesales que resultan aplicables a casos que

involucran conflictos colectivos en esas áreas específicas del derecho⁽¹¹²³⁾. Estas normas procesales de índole colectiva, sin embargo, carecen de la sistematicidad mínima que supone cualquier mecanismo procesal que se digne de tal.

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, Cód. Civ. y Com.) contempla también algunas previsiones vinculadas con la tutela colectiva de derechos, pero las normas procesales de mayor relevancia que contenía el Anteproyecto, según veremos, fueron eliminadas por el Poder Ejecutivo y nunca llegaron a discutirse en el Congreso.

Es importante recordar, aunque sea una obviedad, que Argentina es un país de estructura federal en el cual, por principio, la competencia para dictar regulaciones procesales está reservada a las provincias al no haber sido delegada a la Nación en el marco del pacto constitucional originario ni en las sucesivas modificaciones que tuvo la CN. Por tal motivo existen a nivel local numerosas normas vigentes en materia de tutela colectiva de derechos. Sin embargo, una reciente investigación sobre lo está sucediendo con el tema en estas jurisdicciones locales demuestra que tales normas son pasibles de una crítica similar a la ensayada acá respecto de la LGA y la LDC por implicar un abordaje sesgado, parcial y asistemático de la problemática⁽¹¹²⁴⁾.

En este contexto es también relevante tener presente que la CS ha reconocido la constitucionalidad de las normas de naturaleza procesal dictadas por el Gobierno federal a fin de regir en las jurisdicciones locales, siempre y cuando tales normas sean indispensables para garantizar el respeto de los derechos sustantivos cuya regulación sí fue delegada expresamente al Gobierno federal por dichos Estados locales⁽¹¹²⁵⁾. Un buen ejemplo del ejercicio de estos poderes y de la aplicación concreta de tal doctrina jurisprudencial puede verse en las numerosas previsiones de índole procesal que contiene el propio Cód. Civ. y Com.⁽¹¹²⁶⁾.

Particularmente en el campo procesal colectivo, la CS se ha ocupado de avanzar todavía un paso más, ya que al dictar sentencia en "Kersich" afirmó que su interpretación del art. 43, CN resulta obligatoria para los jueces locales. Ello así debido a la esencia federal de la garantía allí establecida. En este orden, sostuvo que era descalificable la decisión de la justicia provincial en la que "los jueces de la causa no aplicaron las reglas del proceso colectivo previsto en el art. 43 de la CN, cuyas características principales y modalidades fueron enunciadas por esta CS en el caso 'Halabi'"⁽¹¹²⁷⁾.

Ante las enormes lagunas existentes en este campo, y en un contexto social donde la promoción de acciones colectivas se ha

multiplicado exponencialmente, la CS asumió un rol fundamental en el establecimiento y desarrollo de diversos principios, reglas de debate e institutos procesales orientados a ordenar este tipo de discusiones. Ello con el objetivo (expresamente declarados en diversas oportunidades) de consolidar la posición institucional y política del Poder Judicial y especialmente de la CS ante la sociedad⁽¹¹²⁸⁾.

En atención a ello, para comprender los alcances del art. 43, CN es necesario tener presente el carácter normativo que ha adquirido la jurisprudencia en la República Argentina. En este sentido, Oteiza explica que "las decisiones judiciales han dejado de ser vistas como una mera fuente jurídica formal y (...) los jueces resuelven los casos según decisiones precedentes"⁽¹¹²⁹⁾. La CS, a su turno, sostuvo en una de las decisiones colectivas más trascendentes desde la reforma constitucional, que "ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de las cuestiones de índole constitucional concernientes a los principios elementales de los procesos colectivos" y que "la autoridad institucional de dichos precedentes, fundada en la condición de este Tribunal de intérprete supremo de la CN y de las leyes dictadas en su consecuencia (...) da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos, sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas por los tribunales inferiores"⁽¹¹³⁰⁾.

Por otra parte, una de las cosas más interesantes —y en cierto punto también más problemáticas y cuestionables— de todo el proceso de "interpretación integrativa" del art. 43, CN desarrollado por la CS en estos años es que fue llevado adelante no solo por medio del ejercicio de su función jurisdiccional (con el dictado de sentencias con vocación de precedentes) sino también a través del ejercicio de las competencias reglamentarias del tribunal. Esto es, mediante el dictado de Acordadas que —según veremos— han avanzado sobre competencias reservadas al Congreso de la Nación con la excusa de la falta de accionar del cuerpo deliberativo en este campo.

En el presente comentario abordaremos principalmente las decisiones y algunas de las reglamentaciones más relevantes dictadas por la CS para dotar de eficacia al art. 43, CN en el campo de la tutela colectiva de derechos. Elaborando sobre las premisas de un trabajo anterior⁽¹¹³¹⁾, profundizaremos acá en el intento de demostrar que es posible identificar en Argentina diversos principios e instituciones que dan contenido a un verdadero derecho constitucional a un "debido proceso colectivo" que comprende, cuanto menos, aquellos principios y reglas que el tribunal consideró

"esenciales" para proteger el derecho de los miembros ausentes a un debido proceso legal.

Todos estos principios y reglas están orientados a garantizar pautas razonables, adecuadas y previsibles para la discusión en sede judicial de conflictos complejos y policéntricos que son bien diferentes de aquellos que sirvieron como premisa para pensar y diagramar los contornos de la garantía de debido proceso legal individual que gobierna nuestros estudios académicos y políticos sobre la problemática (y, por tanto, determina la silueta de las reglas procesales que de allí se han derivado)⁽¹¹³²⁾.

II. EVOLUCIÓN DE LOS PROCESOS COLECTIVOS EN ARGENTINA

La evolución de los procesos colectivos en la República Argentina puede ser dividida en 4 etapas históricas, marcadas por ciertos hitos que determinaron un antes y un después en la materia. Estas etapas se presentan acá con cierto margen de discreción y tal vez hasta con algo de arbitrariedad, con el objetivo de poner al art. 43, CN en contexto y presentar la evolución operada en el tipo de discusiones generadas en torno a su alcance y sentido⁽¹¹³³⁾.

La aprobación del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica por parte del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (en adelante CM), según veremos, sucedió sobre el final de la segunda etapa y ha tenido desde entonces una importante influencia en el desarrollo del derecho procesal colectivo argentino.

Destacamos especialmente esta cuestión porque dicho CM fue diagramado sobre la base de una fusión de las experiencias legislativas y jurisprudenciales del sistema brasileño y del sistema federal estadounidense, mismo modelo híbrido de fuentes que adoptó nuestra Corte en "Halabi" y que ha seguido utilizando hasta el día de hoy para interpretar el art. 43, CN, según veremos.

2.1. Primera etapa: prolegómenos del art. 43, CN

El inicio de la primera etapa histórica puede ubicarse a comienzos del año 1983 con el dictado del fallo "Kattan"⁽¹¹³⁴⁾, y se extiende hasta la reforma de la CN operada en el año 1994⁽¹¹³⁵⁾. Estamos por tanto en un estadio que precede a la existencia misma del art. 43, CN tal como hoy lo conocemos. Su consideración, sin embargo, aporta algunos elementos de interés para la interpretación de dicha norma según veremos, por ejemplo, al analizar su vinculación con el art. 116, CN y la noción de "causa o controversia" como elemento habilitante de la competencia del Poder Judicial para entender en un conflicto colectivo.

Durante este período inicial, la principal discusión en los tribunales de nuestro país y también en el campo doctrinario giró en torno al alcance de la noción de "intereses difusos", los cuales eran considerados como algo diferente de las situaciones jurídicas reconocidas por la vieja trilogía administrativista "derecho subjetivo/interés legítimo/interés simple" (categorización que ha perdido prácticamente toda vigencia como punto de referencia para establecer si un sujeto se encuentra o no legitimado para accionar colectivamente)⁽¹¹³⁶⁾. El fundamento de estos intereses difusos reposaba en los derechos implícitos reconocidos por el art. 33 de la CN, ya que no existía por entonces nada parecido al actual art. 43 de la CN⁽¹¹³⁷⁾.

Asimismo, se discutía por entonces si el Poder Judicial contaba con competencia para entender en este tipo de asuntos. Sobre este punto hubo ciertos sectores de la doctrina que bregaron fuertemente por cerrar las puertas de la justicia a reclamos colectivos, argumentando sobre la supuesta falta de capacidad política y aptitud funcional del Poder Judicial para resolver conflictos que involucran grandes números de personas⁽¹¹³⁸⁾.

Ya sobre el final de esta etapa fue sancionada la LDC, con previsiones relativas a la legitimación colectiva de las asociaciones de defensa del consumidor y también previsiones relativas al alcance de la cosa juzgada de los efectos de la sentencia a dictarse con motivo de la actuación de tales organizaciones. Sin embargo, al promulgar la ley el Poder Ejecutivo vetó el artículo sobre cosa juzgada y provocó una honda ruptura de la coherencia interna del sistema⁽¹¹³⁹⁾.

Se trató en definitiva de una etapa embrionaria, donde la cuestión principal (enfocada desde diversas perspectivas) giraba en torno a determinar los límites del Poder Judicial para juzgar asuntos que involucraban grupos de personas y que —justamente por tal motivo— desbordaban el cauce tradicional de debate en sede jurisdiccional. Esta tarea era sumamente difícil de llevar adelante en el contexto de un ordenamiento jurídico que carecía de normas constitucionales y procesales que pudieran sustentar y guiar semejante actuación. Tal vez haya sido por tal motivo que la respuesta del sistema de justicia ante pretensiones de índole colectiva fue negativa en la mayoría de las oportunidades⁽¹¹⁴⁰⁾.

2.2. Segunda etapa: la reforma constitucional y el reconocimiento del derecho a un debido proceso colectivo

La segunda etapa se inicia con la reforma constitucional de 1994 y se extiende hasta mediados del año 2006, cuando la CS dictó el

fallo "Mendoza I" ⁽¹¹⁴¹⁾. La reforma construyó un modelo constitucional híbrido en materia de legitimación colectiva. Sus raíces pueden rastrearse tanto en el sistema de acciones de clase estadounidense (de allí la figura del individuo "afectado" como alguien capaz de representar a todo un grupo de personas), como en el modelo asociativo y de participación de organismos públicos propio de los países europeos (de allí la figura de las asociaciones intermedias y el *ombudsman* como sujetos con capacidad para accionar colectivamente, a las cuales puede agregarse el Ministerio Público habida cuenta la nueva fisonomía que acordó a este el art. 120, CN) ⁽¹¹⁴²⁾.

El reconocimiento de actores sociales con legitimación colectiva y el reconocimiento de una nueva categoría de derechos ("de incidencia colectiva") en el 2º párrafo del art. 43, CN llegaron prácticamente sin aviso previo y produjeron una verdadera revolución en la comunidad jurídica. Ello sin perjuicio de que, como sostiene Gargarella, en materia de legitimación colectiva "el caso argentino no es el más limitativo, en la región, sino un espécimen más bien 'intermedio', sobre todo a la luz de otros más claramente más restrictivos, como el de Chile" ⁽¹¹⁴³⁾.

A partir la reforma quedó claro que el Poder Judicial se encuentra habilitado para resolver conflictos colectivos (lo cual, por supuesto, no impide que el tema se siga discutiendo hasta el día de hoy en el contexto de determinados casos) ⁽¹¹⁴⁴⁾. Es que el constituyente impuso con la reforma un límite de principio al legislador, un punto de partida ineludible: el ordenamiento argentino contempla la existencia de situaciones jurídicas colectivas y también contempla la posibilidad de que los conflictos que involucren situaciones del género sean dirimidos en sede judicial cuando hay un derecho de incidencia colectiva en riesgo o en directa afectación. La competencia de los jueces en la materia, así, se presenta desde el año 1994 como algo innegable.

A partir de entonces también quedó bastante claro el sinsentido de exigir al legitimado que demuestre ser titular de la relación jurídica que busca discutir en sede judicial (si bien hasta la propia CS lo hizo con relación al Defensor del Pueblo, tal como veremos más adelante). En este punto, la reforma nos hizo volver a revisar las clásicas enseñanzas de Calamandrei en cuanto a la necesidad de separar ambas nociones y aceptar que puede existir legitimación en la causa sin que necesariamente el sujeto resulte titular del derecho que pretende defender ⁽¹¹⁴⁵⁾.

Se trata de un período rico en debates y profuso a nivel jurisprudencial. Al inicio, gran parte de la discusión giró en torno al

significado y alcance de cuatro cuestiones: (i) la noción "derechos de incidencia colectiva"; (ii) la legitimación colectiva de cada uno de los sujetos contemplados en el art. 43, CN; (iii) el alcance subjetivo de la cosa juzgada; y (iv) la vía procesal por medio de la cual debían canalizarse este tipo de pretensiones.

Luego, el debate dentro del punto (i) se centró más específicamente en la posibilidad de tutelar situaciones que no involucraban un objeto mediato indivisible —como podría ser la recomposición del medio ambiente— sino situaciones pluriindividuales homogéneas —como, por ejemplo, la recuperación de sumas pagadas en demasía con causa en un cargo indebidamente percibido por una entidad financiera.

En el orden interno fue durante este período que el Congreso de la Nación sancionó la LGA, incluyendo allí diversas previsiones procesales en materia de legitimación, cosa juzgada y otros aspectos del trámite del proceso por daño colectivo. Por su parte, la CS no se quedó atrás y reguló la figura del *amicus curiae* para causas de trascendencia institucional (acordada 28/2004, sobre la cual profundizaremos más adelante), ampliando de este modo las posibilidades de participación en el contexto de casos colectivos.

El mismo año de la reglamentación sobre *amicus* fue aprobada la versión final del CM, fruto de la iniciativa desarrollada en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal durante la presidencia del Dr. Roberto Berizonce y en la cual participaron muchos de los juristas más importantes de la región (encabezados por tres profesores brasileños que cuentan con sobrados antecedentes en la temática)⁽¹¹⁴⁶⁾.

Ya sobre el final de esta etapa, la CS se pronunció en la causa "Verbitsky" haciendo lugar a un hábeas corpus colectivo promovido por el CELS en representación de todas las personas privadas de su libertad y alojadas en comisarías de la provincia de Buenos Aires⁽¹¹⁴⁷⁾. Esta decisión confirmó que la vía del amparo prevista expresamente en el art. 43, CN no era la única habilitada para promover este tipo de pretensiones colectivas, y también puso en evidencia que —aun a falta de regulación especial— ciertas cuestiones que iban más allá del medio ambiente y el derecho del consumo también podían canalizarse en clave colectiva hacia el seno del Poder Judicial.

2.3. Tercera etapa: discusiones más allá de la legitimación y la cosa juzgada

La tercera etapa comienza a mediados del año 2006 con la sentencia recaída en "Mendoza I" y se extiende hasta comienzos del año 2009, cuando la CS dictó el fallo "Halabi". La causa "Mendoza"

es bien conocida: versa sobre la contaminación ambiental de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo. Se trata de un conflicto de carácter interjurisdiccional que tramita en instancia originaria de la CS y afecta a más de cinco millones de personas. El conflicto fue llevado a la justicia por un pequeño número de sujetos afectados, quienes demandaron al Estado nacional, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la provincia de Buenos Aires, 14 municipios y 44 empresas para obtener de ellos la recomposición del daño ambiental colectivo y la indemnización de los perjuicios sufridos individualmente por todos los miembros del grupo.

En "Mendoza I", la CS abrió la instancia luego de aproximadamente tres años de discusión interna y efectuó un deslinde de pretensiones que generó nuevos debates y aclaró en gran medida algunos de los interrogantes por entonces planteados. Así, la pretensión enderezada a obtener la recomposición del bien colectivo dañado quedó tramitando ante el Máximo Tribunal, mientras que las situaciones de daño individual —en cambio— fueron derivadas ante los jueces que correspondiera según las reglas ordinarias de competencia (situaciones que "eventualmente, podrían ser calificadas como intereses individuales homogéneos" según manifestó la Corte en el consid. 17 de esta sentencia).

Durante esta tercera etapa, tal vez lo más relevante fue el avance sobre la discusión de distintas cuestiones de trámite que hasta entonces habían sido opacadas por la legitimación y la cosa juzgada. Sucede que el caso "Mendoza" mostró en todo su esplendor las limitaciones del instrumental procesal vigente para trabajar adecuadamente con estos casos y comenzó a exigir la revisión de aspectos tales como los requisitos específicos en materia postulatoria, la intervención de terceros, las reglas de competencia territorial y por conexidad, los sistemas de publicidad y notificaciones, la celebración de audiencias públicas y la participación de *amicus curiae* en el contexto de causas colectivas, entre otras.

En este período vio la luz la acordada de la CS 30/2007, por medio de la cual dicho tribunal reguló las audiencias públicas a celebrarse en determinadas causas que tramitan ante sus estrados (volveremos sobre esto). Asimismo, fue durante esta etapa que el Congreso de la Nación reformó la LDC por medio de la ley 26.361 (2008). La reforma incorporó al estatuto del consumidor numerosas previsiones procesales de tipo colectivo, incluyendo la posibilidad de tutelar derechos individuales homogéneos, el mecanismo de *fluid recovery* como modo de liquidación colectiva de la sentencia, el Defensor del Pueblo como sujeto habilitado para actuar en este campo (cuestión hasta entonces muy debatida en la jurisprudencia a

pesar de la claridad del texto constitucional), el beneficio de justicia gratuita para quienes promuevan acciones colectivas, los requisitos para arribar a una transacción válida y el alcance de la cosa juzgada, entre otras⁽¹¹⁴⁸⁾.

Mientras tanto, en el campo jurisprudencial se dictaron relevantes decisiones por parte de la CS. Decisiones que —especialmente a través de sus disidencias— pocos meses después de "Mendoza I" instalaron nuevos aspectos en la mesa de discusión, interpelaron al Poder Legislativo con motivo de la falta de sanción de una ley en la materia, y comenzaron a delinear lo que habría de ser la posición mayoritaria del tribunal en el caso "Halabi" (sin lugar a dudas, el hito más relevante en la materia luego de la reforma de 1994)⁽¹¹⁴⁹⁾.

Y como si esto fuera poco, durante este período, la CS también se expidió sobre el fondo de una de las pretensiones que tramitaban en la causa "Mendoza", condenando al Estado nacional, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la provincia de Buenos Aires a realizar una serie de actividades tendientes a lograr la recomposición del ambiente dañado ("Mendoza II")⁽¹¹⁵⁰⁾. Esta sentencia obligó a repensar una cuestión más en torno al tema que nos ocupa, cuestión teñida para ese entonces por los poco satisfactorios resultados logrados en la ejecución de la decisión recaída en el caso "Verbitsky". Me refiero a cómo proceder para implementar decisiones estructurales y qué rol puede jugar la sociedad civil en el monitoreo y control de dicha ejecución, sobre lo cual volveremos más adelante en este informe⁽¹¹⁵¹⁾.

2.4. Cuarta etapa: el carácter claramente operativo del art. 43, CN y la urgente necesidad de una ley reglamentaria

La cuarta y última etapa comenzó en febrero del año 2009 con el dictado del fallo "Halabi" por parte de la CS, y aún se encuentra en pleno desarrollo. Si las cosas continúan avanzando como deberían, entendemos que la culminación de esta etapa tendría que estar marcada por la sanción de una ley procesal adecuada para reglamentar el art. 43, CN. Al cierre de este trabajo el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación se encuentra trabajando en un anteproyecto de ley de procesos colectivos. Ello sucede en el marco del Programa Justicia 2020 y a través de una comisión de expertos designada por resolución RESOL-2017-1026-APN-MJ⁽¹¹⁵²⁾.

El caso "Halabi" involucraba un planteo de inconstitucionalidad contra una ley formal del Congreso y su decreto reglamentario, por medio de los cuales se exigía a las empresas de telecomunicaciones el registro de conversaciones privadas y su almacenamiento por diez años a fin de ser observadas remotamente por el Ministerio Público

Fiscal. A diferencia del caso "Mendoza", el conflicto ventilado en "Halabi" llegó a la CS en instancia de apelación extraordinaria e involucraba un número aun mayor de interesados (el grupo afectado por la normativa impugnada comprendía absolutamente todos los usuarios del servicio telefónico).

En esta decisión, la CS se expidió sobre distintas cuestiones de relevancia en la materia. Primero, confirmó el alcance colectivo que la Cámara de Apelaciones había acordado a la cosa juzgada de la sentencia, reconociendo las raíces constitucionales de esta expansión. Segundo, determinó los alcances de la noción "derechos de incidencia colectiva" y estableció que los derechos individuales homogéneos forman parte de ella (y que, por tanto, los legitimados colectivos pueden accionar en su defensa). Tercero, estableció las pautas adjetivas mínimas que debe respetar el proceso colectivo en tutela de derechos individuales homogéneos para que pueda ser considerado constitucional en términos de debido proceso legal.

Cuarto, reconoció que la configuración de la "causa o controversia" necesaria para habilitar la intervención del Poder Judicial se configura de manera diferente según el tipo de derechos que se pretendan defender en justicia (avanzando en este sentido hacia la idea de "causa o controversia colectiva"). Quinto, reconoció la necesidad de controlar la idoneidad del legitimado colectivo para actuar en representación del grupo (requisito de "representatividad adecuada" tomado del modelo federal de acciones de clase estadounidense).

En sexto lugar, además del control de idoneidad estableció otros requisitos de admisibilidad y procedencia de la acción colectiva tales como la precisa indicación del grupo afectado, la necesidad de que el planteo se enfoque en las cuestiones comunes y homogéneas a todo el grupo, la importancia de contar con un sistema de publicidad y notificaciones adecuado y el derecho de los miembros del grupo a optar por salirse del proceso o bien participar como parte o contraparte. Por último, pero no por ello menos importante, la CS intimó al legislador a sancionar una regulación procesal adecuada en la materia.

Las derivaciones del precedente "Halabi" permanecieron poco claras en los primeros años que siguieron a su dictado. Si bien el fallo provocó numerosos comentarios y análisis doctrinarios⁽¹¹⁵³⁾, hasta el mes de agosto de 2013 (esto es, 4 años y medio más tarde), la CS solo volvió sobre su alcance en un par de oportunidades y de modo más bien tangencial⁽¹¹⁵⁴⁾. Además, si bien la decisión fue realmente importante en términos políticos y como toma de posición del tribunal con respecto al tema, lo cierto es que su contenido presenta diversas

inconsistencias y dejó planteados numerosos interrogantes que no han merecido mayor atención entre nosotros hasta el día de la fecha.

En agosto de 2013, la CS dictó sentencia en "PADEC c. Swiss Medical"⁽¹¹⁵⁵⁾. Se trata de un pronunciamiento absolutamente trascendente debido, en primer lugar, a que la Corte ratificó allí la legitimación colectiva de las asociaciones de defensa del consumidor para actuar en defensa de derechos individuales homogéneos, así como también la recepción de este tipo de acciones colectivas en el marco de la LDC.

En segundo lugar, la importancia de esta sentencia viene dada porque confirmó diversos aspectos del trámite de los procesos colectivos oportunamente establecidos en "Halabi". Entre estas cuestiones de trámite se destacan la necesidad de controlar durante todo el trámite que el legitimado colectivo sea un representante adecuado del grupo que busca defender —idoneidad del representante—, la importancia de la publicidad y de las notificaciones, y el derecho de los afectados individuales representados por estas organizaciones a optar por excluirse de la clase o participar en el proceso como parte o contraparte. Igualmente, el fallo confirmó los presupuestos de procedencia de estas acciones establecidos en aquel señero precedente.

En tercer lugar, "PADEC c. Swiss Medical" fue una decisión relevante debido al hecho de que el Dr. Fayt suscribió el voto de la mayoría, sumándose así a los cuatro jueces que habían firmado "Halabi" y dotando de mayor solidez a la doctrina que emana de dicho precedente (ratificada vehementemente en esta oportunidad). Por último, el caso confirmó las premisas sobre las cuales descansa el modelo específico de tutela colectiva en la República Argentina: un modelo basado en el reconocimiento de ciertas categorías de derechos subjetivos colectivos, al estilo brasileño⁽¹¹⁵⁶⁾, pero gobernado al mismo tiempo por un trámite similar al de las acciones de clase previstas en la Regla Federal de Procedimiento Civil estadounidense nro. 23⁽¹¹⁵⁷⁾.

Otro hito trascendente de esta cuarta etapa histórica fue el dictado de la acordada CS 32/2014, de fecha 1/10/2014, a través de la cual se creó el Registro Público de Procesos Colectivos y se aprobó su reglamento⁽¹¹⁵⁸⁾. Es fundamental tener presente que el reglamento del Registro aprobado por la señalada acordada impuso también nuevas pautas procesales para la tramitación de procesos colectivos en la justicia nacional, puesto que su art. 3º establece la "obligación" de los jueces donde está radicado el pleito de proceder a comunicar la información necesaria "tras haber dictado la resolución que considera formalmente admisible la acción colectiva; identifica en

forma precisa el colectivo involucrado en el caso; reconoce la idoneidad del representante y establece el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio". Volveremos sobre esto al analizar en mayor detalle la acordada 32/2014.

Desde la perspectiva orgánica debemos señalar que, durante este período, la CS creó dos áreas especializadas dentro de su estructura, vinculadas lógicamente con los dos campos de mayor vitalidad en materia de tutela colectiva de derechos: medio ambiente y consumo. Primero, mediante la acordada CS 1/2014 del 11/2/2014, creó la Oficina de Justicia Ambiental "bajo la Superintendencia directa" de la Corte para el tratamiento y mejor abordaje de conflictos de interés público relacionados con el medio ambiente⁽¹¹⁵⁹⁾. Luego, mediante la acordada CS 36/2015 del 9/12/2015, creó la Secretaría Judicial de las Relaciones de Consumo para atender "todas aquellas causas radicadas en el tribunal cuyo contenido verse sobre relaciones de consumo, cualquiera sea la materia y el estado en el que se encuentren" (art. 1º), con excepción de las que ya estuvieran tramitando en instancia originaria.

Por último, fue dictada la acordada CS 12/2016 de fecha 5/4/2016, por medio de la cual se aprobó un "Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos" que "tendrá vigencia hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule este tipo de procesos" (art. IV). Al hacerlo, recordó que "este tribunal, desde el año 2009, ha manifestado la necesidad de contar con una ley que regule los procesos colectivos —consid. 12 de Fallos 322:111—, no obstante ello, hasta la fecha no ha sido dictada normativa alguna que regule esta materia. Por tal motivo, resulta indispensable fijar reglas orientadas ordenar la tramitación de este tipo de procesos fin de evitar circunstancias que pueden conllevar a situaciones de gravedad institucional, hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule su procedimiento" (consid. 10).

Si bien estos importantes precedentes y las derivaciones reglamentarias que han generado deben ser bienvenidos por aportar algo de claridad y ciertas reglas para la discusión sobre conflictos colectivos en sede judicial, lo cierto es que el Congreso de la Nación todavía no ha sancionado una regulación adecuada sobre la materia a pesar de haber transcurrido ya más de 9 años desde que la CS lo interpeló al efecto en "Halabi"⁽¹¹⁶⁰⁾.

2.5. La influencia del Código Modelo y el fallido intento de regular la materia en el Código Civil y Comercial

Como ya fuera señalado, con el fallo "PADEC c. Swiss Medical" la CS terminó de confirmar la recepción en Argentina de un modelo híbrido de tutela colectiva. Un modelo fundado en el reconocimiento de ciertas categorías de derechos subjetivos colectivos, al estilo brasileño, pero gobernando al mismo tiempo por un trámite similar al de las acciones de clase previstas en la Regla Federal de Procedimiento Civil estadounidense nro. 23. Se trata, en definitiva, de un modelo similar al del CM ya que este supuso esencialmente una fusión entre las reglas brasileñas y estadounidenses en la materia, tal como se explica en su exposición de motivos:

"El modelo aprobado se inspira, en primer lugar, en aquel que ya existe en los países de la comunidad iberoamericana, completando, perfeccionando y armonizando las reglas existentes, de modo de llegar a una propuesta que pueda ser útil para todos. Evidentemente, se analizaron la sistemática norteamericana de las *class actions* y la brasileña de las acciones colectivas, pero la propuesta ahora presentada se aparta en diversos puntos de los dos modelos, para crear un sistema original, adecuado a la realidad existente en los diversos países iberoamericanos"⁽¹¹⁶¹⁾.

Desde esta perspectiva puede verse una clara influencia del CM sobre el derecho argentino, en el sentido de haber demostrado que era posible construir un esquema de tutela colectiva fusionando las premisas señaladas (derechos subjetivos colectivos / procedimiento de acción de clase). Téngase presente que si bien el precedente "Halabi" no hizo referencia al CM para determinar los contornos procesales de la "acción colectiva" (modelo luego confirmado por el mismo tribunal en "PADEC c. Swiss Medical"), sí se ocupó de invocar tanto el sistema estadounidense de acciones de clase como su par brasileño de defensa del consumidor en lo que hace a la tutela de derechos individuales homogéneos⁽¹¹⁶²⁾.

Por otra parte, cabe destacar que las autoridades públicas, en especial el Congreso y el Poder Ejecutivo Nacional (responsables de impulsar una reforma en este campo) están en pleno conocimiento de la existencia del CM y los alcances de sus previsiones. Esto se desprende de lo sostenido para intentar justificar la eliminación del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. de diversas previsiones de importancia en materia de tutela judicial colectiva de derechos (especialmente, arts. 1745 a 1748).

En tales artículos, el Anteproyecto contemplaba ciertos principios en materia de daños colectivos e individuales homogéneos y regulaba los sujetos legitimados para proceder a su reclamo,

tomando para ello el art. 43, CN como piso y procediendo a la incorporación de diversos sujetos no contemplados en dicha norma constitucional.

Asimismo, establecía los requisitos de admisibilidad de la tutela colectiva tendiente a obtener la reparación del daño, entre los cuales se destacaba el análisis de la representatividad adecuada (respecto del cual, además, se fijaban estándares para su interpretación y administración por parte de los tribunales). Finalmente, el Anteproyecto regulaba el alcance de la cosa juzgada en el marco de estos procesos y traía previsiones relativas a la modalidad de ejecución de sentencias allí dictadas.

La iniciativa era sumamente interesante y relevante, ya que hubiera significado establecer un marco de actuación en la materia aplicable a todo el territorio nacional. Sin embargo, estos cuatro artículos fueron eliminados por el PEN y nunca llegaron a discutirse en el Congreso.

En la página web oficial de la iniciativa se detallaron por escrito todas las modificaciones efectuadas por el PEN a la versión original del Anteproyecto. Sin embargo, no surge de allí ninguna explicación ni argumento de por qué se procedió en tal sentido respecto a estas cuestiones en particular. Simplemente se señala en el apartado VII del documento que "Esta Sección del Anteproyecto fue suprimida por el Poder Ejecutivo Nacional, y se volvió a numerar los correspondientes a las Secciones anteriores"⁽¹¹⁶³⁾.

La única justificación que encontramos fue la declaración del por entonces ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ante la Comisión Bicameral del Congreso, donde sostuvo que "Por el Código Iberoamericano, por la remisión que hace la Corte de la norma 23 de la Ley de Procedimiento de los Estados Unidos, por la afectación al federalismo que pueda significar legislarlas en el Cód. Civil, es que se ha sugerido que estos artículos no estén en el Cód. Civil y sí sean parte de las normas de procedimientos provinciales o federales"⁽¹¹⁶⁴⁾.

También debemos destacar que la influencia del CM ha calado hasta el nivel de ser invocada por alguna jurisprudencia de tribunales inferiores y por el Ministerio Público para argumentar y tomar decisiones sobre cuestiones que carecen de regulación positiva⁽¹¹⁶⁵⁾.

III. EL ART. 43, CN COMO NORMA OPERATIVA

3.1. El reconocimiento del derecho de acceso colectivo a la justicia de los sectores más vulnerables de la población

En "Halabi", la Corte sostuvo la plena vigencia de la garantía de debido proceso colectivo establecida en el art. 43, CN a pesar de la falta de regulación sobre la materia. Asimismo, afirmó la existencia de un deber en cabeza de los jueces para dotarla de eficacia. Todo esto en un contexto de mora legislativa que también se ocupó de subrayar:

"Frente a esa falta de regulación —la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular"⁽¹¹⁶⁶⁾.

Las citas de "Siri" y "Kot" para fundar esta afirmación permiten comprender con claridad el estado de situación en torno al tema, por entonces a 15 años de la reforma constitucional:

"Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos 239:459; 241:291 y 315:1492)"⁽¹¹⁶⁷⁾.

En dicho precedente, la Corte también se refirió especialmente a la necesidad de garantizar el acceso colectivo a la justicia de ciertos grupos o sectores de la sociedad que calificó como "tradicionalmente postergados" o "débilmente protegidos"⁽¹¹⁶⁸⁾, así como también de pretensiones en las cuales cobren preeminencia "otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud"⁽¹¹⁶⁹⁾.

Con anterioridad a expresar tan claramente este principio fundamental en materia de acceso⁽¹¹⁷⁰⁾, la CS ya se había pronunciado en diversos casos colectivos acordando tutela, por ejemplo, a grupos de personas privadas de su libertad en establecimientos penitenciarios y comisaría bajo condiciones indignas⁽¹¹⁷¹⁾, sujetos afectados gravemente en su derecho a la salud por condiciones ambientales deplorables⁽¹¹⁷²⁾, personas privadas de su derecho al sufragio por encontrarse detenidas en establecimientos penitenciarios⁽¹¹⁷³⁾ y enfermos de HIV que no podían acceder a medicamentos⁽¹¹⁷⁴⁾. Se trata de una línea jurisprudencial que ha sido

ratificada por el tribunal en diversos precedentes dictados con posterioridad al caso "Halabi", especialmente en asuntos colectivos de consumo⁽¹¹⁷⁵⁾.

3.2. La admisibilidad del proceso colectivo y las barreras de acceso a la justicia como requisito ineludible: una lectura inconstitucional del art. 43, CN

Tanto en "Halabi" como en "PADEC", así como en sucesivas sentencias pronunciadas desde entonces⁽¹¹⁷⁶⁾, la CS sostuvo que la admisibilidad de acciones colectivas orientadas a tutelar derechos individuales homogéneos requiere el cumplimiento de cuatro requisitos, a saber: (i) una pluralidad relevante de individuos afectados —similar al requisito de la RFPC 23[a][1], denominado *impracticability of joinder*; (ii) una causa fáctica común, explicada como "la existencia de un hecho único o complejo" que causa lesión a tal pluralidad de individuos —similar al requisito denominado *commonality*, regulado por la RFPC 23[a][2]—; (iii) una pretensión "concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede petitionar" —similar en gran medida al recaudo denominado *typicality*, previsto en la RFPC 23[a][3]— y (iv) un interés individual de los miembros del grupo que "considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia" (innovación de la CS, el sistema estadounidense carece de principio o regla alguna en tal sentido)⁽¹¹⁷⁷⁾.

De acuerdo con esta doctrina, plasmada luego en el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos aprobado por la acordada 12/2016, en términos de principio la CS impide el planteo de procesos colectivos cuando los intereses individuales en disputa justifican el planteo de acciones individuales (requisito identificado como [iv]). Sin embargo, no hay fundamentos constitucionales, legales ni de principio para sostener una mirada tan estrecha del litigio colectivo. El art. 43, CN no contiene ningún tipo de restricción en tal sentido. Y lo mismo puede decirse de las leyes en materia de consumo y medio ambiente, así como de los principios jurídicos en general (y los procesales en particular).

El problema con este tipo de aproximación al fenómeno de las acciones de clase, que parece estar alineado con la mirada europea sobre la cuestión⁽¹¹⁷⁸⁾, es que las priva de generar una de las principales ventajas que presentan en el escenario judicial contemporáneo: producir un importante nivel de economía procesal. A pesar de todo esto, la jurisprudencia de la CS no provee explicación alguna sobre por qué la tutela colectiva de derechos en Argentina

solo es admisible cuando se encuentra comprometido el derecho de acceso a la justicia de los miembros del grupo afectado.

Quizás con el objetivo de preservar su discreción en este delicado campo de litigación —que generalmente tiende a involucrar profundas cuestiones sociales, económicas y políticas—, la Corte también estableció en "Halabi" una excepción a la regla del "ejercicio individual no plenamente justificado" como límite para el planteo de procesos colectivos. Una excepción que fue replicada en "PADEC" y todos los precedentes que siguieron sus aguas.

De acuerdo con esta excepción, la tutela colectiva de derechos también será admisible cuando —aun de estar justificada la promoción de acciones individuales— el caso involucre un "fuerte interés estatal" en la protección de los derechos involucrados en la disputa. Dicho interés estatal, entendido como "el de la sociedad en su conjunto", puede surgir tanto de la materia en discusión (la Corte menciona el derecho del consumo, medio ambiente y la salud como ejemplos) como de las particularidades del grupo afectado (la Corte se refiere a "grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos")⁽¹¹⁷⁹⁾.

Como resulta fácil apreciar, la excepción es tan amplia que confiere al tribunal una discreción casi absoluta para tratar conflictos colectivos cada vez que lo desee (aun cuando las acciones individuales se encuentren justificadas). Sostenemos esto debido a que los campos del consumo y medio ambiente son las principales áreas de litigio colectivo en la Argentina. Y si hablamos de sectores de la población desaventajados o débilmente protegidos, el espectro puede incluir numerosos grupos minoritarios que van mucho más allá del consumo o el medio ambiente. Por último, pero no por eso menos importante, ¿qué tipo de conflicto colectivo no demandaría un "fuerte interés estatal" en su pacífica, igualitaria y justa resolución? Tal como fue expresada, la excepción en análisis prácticamente priva a la regla de todo su contenido.

La Corte ya ha utilizado la amplia discreción que le confiere la existencia de un "fuerte interés estatal" en la solución colectiva de los conflictos al expedirse en la causa "ACDAFID c. INSSJP"⁽¹¹⁸⁰⁾, una sentencia donde revocó el fallo de una Cámara Federal de Apelaciones y autorizó el trámite de una acción colectiva en la cual una organización del tercer sector busca tutelar, a través de pretensiones declarativas y de condena patrimonial, los derechos de un grupo conformado por niños, mujeres, ancianos y personas discapacitadas.

En este precedente, la Corte sostuvo que aun cuando las acciones individuales se encontraban justificadas, la tutela colectiva era

igualmente admisible debido a que "no es posible soslayar el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23 de la CN). La protección de los derechos que invocan hacen a la satisfacción de necesidades básicas y elementales a cargo del Estado. Estos aspectos cobran preeminencia por sobre los intereses individuales de cada afectado, al tiempo que ponen en evidencia, por su trascendencia social y las particulares características del sector involucrado, la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto" (consid. 9º).

El tribunal también utilizó el requisito de admisibilidad en análisis en sentido contrario. Esto es, para impedir el acceso al sistema de justicia de un gran sector de la población afectada por los aumentos en la tarifa de gas natural autorizados por el Ministerio de Energía y Minería de la Nación a través de las res. 28/2016 y 31/2016 sin celebrar audiencia pública previa. Nos referimos a lo sucedido en el caso "CEPIS"⁽¹¹⁸¹⁾, donde los tres votos de la sentencia coincidieron en limitar los beneficios derivados de la nulidad de tales actos administrativos exclusivamente a los usuarios residenciales del servicio.

Para arribar a esa conclusión el voto de la mayoría (que en este punto no difiere en sustancia de los votos concurrentes) analizó los requisitos de admisibilidad del proceso colectivo y sostuvo que "el recaudo de estar comprometido seriamente el 'acceso a la justicia' (...) no se encuentra cumplido respecto de todos los miembros del colectivo cuya representación se pretende asumir" (consid. 12).

En este sentido afirmó que "sólo en relación al mencionado colectivo [los usuarios residenciales] cabe acá presumir una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional señalada (consid. 13, párr. 4º del precedente "Halabi" citado). A este respecto, el tribunal ha resaltado en diversos precedentes la importancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia, valor que cobra especial importancia en este supuesto toda vez que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada uno de dichos usuarios podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva. Una interpretación que restringiera a este grupo la posibilidad de demandar de manera colectiva en este caso equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente a un acto lesivo" (consid. 12).

Sobre esas premisas se sostuvo también que "respecto del resto de los usuarios (no residenciales) no se ha demostrado, ni resulta de manera evidente de las constancias de autos, que el ejercicio individual de la acción no aparezca plenamente posible en atención a la entidad de las cuestiones planteadas (sentencia de esta Corte en la causa FMZ 82203891/2012/1/RH1 'Sociedad Rural Río V c. AFIP s/ordinario', dictada el 4/8/2016). Esta circunstancia impide tener por corroborada, con una certeza mínima, que se encuentre comprometida la garantía de acceso a la justicia que, conforme a la doctrina sentada en el precedente citado, resulta necesaria para habilitar la vía intentada respecto de tales usuarios, por lo que los efectos de esta sentencia no pueden alcanzarlos" (consid. 13) (el fallo "Sociedad Rural Río V").

Se advierte así un alto nivel de dogmatismo en los argumentos esgrimidos para rechazar parcialmente la acción colectiva y dejar afuera de los beneficios de la decisión a gran parte del grupo (todos los usuarios "no residenciales") representado por los legitimados colectivos.

La discreción del tribunal en la interpretación de este requisito de admisibilidad tuvo en este caso todas las características de la arbitrariedad, ya que el caso había sido admitido por el juez de primera instancia como comprensivo de todo el grupo de usuarios del servicio (no solo los residenciales) y, además, la propia CS había inscripto la causa en su Registro Público con ese alcance.

Igualmente, porque la conclusión a que arribó el tribunal surgió de oficio y en ausencia de agravios por parte del ENA, que consintió el modo en que fue definida la clase (todos los usuarios del servicio) y nada dijo sobre el requisito de "ejercicio individual no justificado" que aplicó la Corte para restringir el alcance de los efectos de su sentencia.

Y en tercer lugar porque esta exclusión de parte del grupo representado por los actores se fundó invocando un criterio jurisprudencial (el de la causa "Sociedad Rural Río V") con las siguientes características: (i) imprevisible para las partes, ya que fue establecido en un fallo dictado tan solo dos semanas antes; (ii) afirmado a mayor abundamiento, ya que la demanda en aquel caso fue rechazada por defectos probatorios vinculados con la alegada confiscatoriedad que significaba para los asociados de la actora no poder aplicar el ajuste por inflación en sus balances contables (ver consids. 2º y 6º de dicha sentencia); y (iii) establecido en un caso tributario y no de consumo, donde por tanto no resultaba aplicable la excepción al requisito de afectación del derecho individual de acceso a la justicia que ya analizamos (la cual comprende, según vimos, la

materia consumo como una de las que merece fuerte interés estatal en su protección). Como ha explicado con claridad Giannini, la Corte ha convertido (indebidamente) una de las finalidades de los procesos colectivos (facilitar el acceso a la justicia) en un requisito *sine qua non* para su admisibilidad⁽¹¹⁸²⁾.

3.3. Los derechos individuales homogéneos como especie de derechos de incidencia colectiva

La plena operatividad del art. 43, CN y el derecho de acceso colectivo a la justicia pudieron comenzar a hacerse efectivos gracias a tres mudanzas trascendentes operadas en la jurisprudencia de la CS también a partir de "Halabi", por intermedio de las cuales se logró avanzar al mismo tiempo el principio que Pellegrini Grinover denomina "de universalización de la jurisdicción"⁽¹¹⁸³⁾. La primera de ellas fue el reconocimiento de la categoría "derechos individuales homogéneos" como especie del género "derechos de incidencia colectiva" y, como consecuencia de ello, el reconocimiento de la legitimación procesal de los actores sociales y políticos establecidos en el art. 43 CN para actuar en su defensa en sede judicial.

Hasta el dictado del precedente "Halabi", la jurisprudencia de la CS consideraba que esta clase de derechos eran "derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, por encontrarse la protección de esa clase de derechos al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el art. 43 de la CN"⁽¹¹⁸⁴⁾.

Al dictar sentencia en "Halabi", la Corte señaló que para resolver si correspondía o no expandir la cualidad de cosa juzgada de las sentencias judiciales sobre sujetos que no hubieran participado en el proceso (esto es: para resolver si resultaba procedente o no la tutela colectiva), era necesario determinar —entre otras cosas— "cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida" (consid. 8º). Abocada a esa tarea, identificó tres categorías de derechos: (i) derechos individuales; (ii) derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y (iii) derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (consid. 9º).

Según el tribunal, las últimas dos categorías encuadran en la noción de "derechos de incidencia colectiva" receptada por el art. 43, CN. En este aspecto, la Corte parece haber seguido el modelo del Código de Defensa del Consumidor Brasileño, donde fueron establecidas reglamentariamente tres categorías de derechos que

pueden ser objeto de tutela colectiva: difusos, colectivos e individuales homogéneos⁽¹¹⁸⁵⁾.

A pesar de las implicancias beneficiosas que tuvo en términos de acceso al sistema de justicia de conflictos que antes se quedaban afuera, este reconocimiento de una "nueva" categoría de derechos de incidencia colectiva no está exento de aspectos criticables.

Con respecto a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, la Corte comenzó sosteniendo que son aquellos "ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado". Esta primera aproximación al tema puede criticarse por invertir el orden lógico de análisis: en lugar de definir las características de este tipo de derechos para justificar —a partir de allí— quiénes pueden actuar en su defensa, la sentencia comienza por señalar esta última circunstancia como determinante de aquellos. Si la vulneración de derechos de incidencia colectiva actúa como presupuesto para que los legitimados del art. 43, CN puedan accionar ante la justicia, tales derechos no pueden definirse por la actuación de estos sujetos. Estamos en presencia de un razonamiento circular.

Inmediatamente a continuación, el tribunal apuntó que "en estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes". El primero de ellos gira en torno a la necesidad de que la petición tenga por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre —siempre en palabras de la Corte— "cuando este pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna". En el fallo se aclara que tales bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas y que tampoco conforman una comunidad en sentido técnico. Según el tribunal, pertenecen a la esfera social y no son divisibles en modo alguno.

Sin emitir juicio sobre las características que la Corte considera determinantes para definir a un bien como colectivo, podemos ver que el análisis propuesto nos porta fuera del argumento en discusión. Sucede que este primer "elemento de calificación" no brinda precisión alguna sobre la naturaleza jurídica del derecho que el tribunal busca definir, sino exclusivamente respecto de cierto tipo de bienes que habrán de constituir el objeto mediato de la pretensión procesal (porque a esto último se alude, aunque el tribunal utilice el término petición).

Avancemos ahora con el análisis del segundo elemento que, según la Corte, debería servir para catalogar a un derecho como de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos. Aquel estaría configurado por la necesidad de que la pretensión promovida se encuentre "focalizada en la incidencia colectiva del derecho".

Como puede advertirse, nuevamente estamos fuera del argumento. Es que aun cuando la circunstancia a que se refiere la Corte configura un requisito necesario (y hasta indispensable) para que resulte admisible la tutela procesal colectiva, con ella no se califica el derecho en disputa, sino que se impone cierto requisito en la formulación de la pretensión procesal que habrá de ser incluida en la demanda.

Lo expuesto hasta acá permite sostener que la Corte no logró brindar una definición precisa de esta primera categoría de derechos de incidencia colectiva. Y ello sucedió porque las notas que predica como características distintivas de los mismos no se refieren a derechos sino a: (i) los sujetos que se encuentran legitimados para actuar en su defensa; y (ii) el objeto mediato de la pretensión; y (iii) el modo en que debe plantearse esa pretensión.

El intento por definir el alcance de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (noción respecto de la cual la CS ya había hecho alguna referencia al dictar la sentencia de admisibilidad en la causa "Mendoza") admite una crítica similar. Para no tergiversar el contenido de la decisión vale analizar en forma textual el párrafo que la Corte dedicó al efecto: "En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño".

Parecería ser que la causa fáctica homogénea es la nota esencial que permitiría definir este segundo tipo de derechos de incidencia colectiva. No puede interpretarse otra cosa a poco tengamos en cuenta que, según palabras de la propia Corte, si no fuera por ella nos enfrentaríamos cara a cara con derechos individuales enteramente divisibles. Ahora bien, ¿es posible sostener que un derecho de naturaleza individual se transforma en un derecho de incidencia colectiva con motivo de existir otros derechos individuales similares, homogéneos o como se los quiera llamar? Aun para quienes defienden la existencia de naturalezas jurídicas, una respuesta afirmativa al interrogante resultaría por lo menos difícil de justificar.

Si prestamos atención a la doctrina brasileña, podemos encontrar una respuesta posible en la conocida afirmación de que los derechos individuales homogéneos son "accidentalmente colectivos", mientras que los derechos difusos y colectivos propiamente dichos son "esencialmente colectivos"⁽¹¹⁸⁶⁾. No obstante, una respuesta del género no solo esquiva en gran parte el problema, sino que además concurre para sostener que aquello que puede calificarse como de incidencia colectiva y, por tanto, lo que permite justificar la existencia de una tutela diferenciada, es el conflicto que se dispara ante cierto tipo de hechos u omisiones que vulneran derechos en masa. Conflicto que reúne características que lo distinguen del conflicto individual y que (por tal motivo, con independencia de la materia de fondo en discusión) amerita un debate diferente para arribar a su desactivación.

Hecha esta pequeña digresión, cabe analizar el resto del desarrollo argumental que la Corte propuso para definir la segunda categoría de derechos de incidencia colectiva. Explicación que tampoco resulta del todo acertada en la medida que (nuevamente, tal como ocurriera con los derechos de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos) se aparta del objeto que pretende describir para referirse a otras cuestiones.

En efecto, una lectura atenta del fallo permite advertir que al intentar explicar por qué la causa fáctica homogénea tiene relevancia jurídica en estos supuestos, el tribunal se refiere a dos elementos que nada dicen sobre la naturaleza de los derechos que pretende definir. Por el contrario, ambos elementos guardan relación con razones prácticas de economía procesal, a saber: (i) posibilidad de demostrar los presupuestos de la pretensión en forma común y (ii) razonabilidad de llevar adelante solo un proceso, coronado por una cosa juzgada expansiva, para resolver concentradamente todos los conflictos (conflictos que, si hablamos en términos de naturalezas jurídicas, siguen siendo en esencia individuales).

El análisis efectuado hasta acá demuestra que la Corte tampoco logró brindar una definición adecuada de esta segunda categoría de derechos de incidencia colectiva, lo cual entendemos se debe a que las notas consideradas como definitorias de aquellos no permiten diferenciarlos de los derechos individuales por estar referidas a otras cuestiones, a saber: (i) consecuencias que genera el acto u omisión lesiva; (ii) razones de economía procesal que tornan conveniente la tutela procesal colectiva (posibilidad de juzgamiento concentrado, resolución única de los conflictos de todos los integrantes del grupo afectado).

3.4. La redefinición de la noción de "causa o controversia" y sus implicancias sobre el alcance del poder político ejercido por el poder judicial

La segunda mudanza determinante ocurrida en la jurisprudencia de la Corte que permitió consolidar el acceso a la justicia de conflictos colectivos se encuentra estrechamente relacionada con la anterior pero merece un análisis separado. Me refiero a la redefinición del concepto de "causa o controversia", elemento habilitante de la competencia del Poder Judicial en Argentina de acuerdo con lo establecido por el art. 116, CN y la interpretación acordada por la CS a dicho precepto constitucional⁽¹¹⁸⁷⁾.

Para comprender de la mejor manera posible lo que significó esta redefinición es necesario recordar que la CN (desde su formulación original) confiere al Poder Judicial un cúmulo de competencias exclusivas e irrenunciables vinculadas con la resolución de conflictos. En términos de principio, por tanto, la resolución de conflictos colectivos por violación de derechos constitucionales configura una verdadera y propia obligación del Poder Judicial siempre que sean introducidos en su seno en forma de "caso", "causa" o "controversia"⁽¹¹⁸⁸⁾.

Desde esta perspectiva también importa tener en consideración que, a partir del cambio de paradigma que significó la reforma constitucional del año 1994, el potencial escenario de discusión ante los estrados de la justicia fue ampliado por la incorporación al núcleo duro de nuestra Constitución de numerosos derechos económicos, sociales, culturales y políticos en cabeza de todos los habitantes, así como por el reconocimiento de ciertos sujetos legitimados para defenderlos colectivamente.

Derechos que, además, a diferencia de lo que sucedía en nuestro modelo constitucional tradicional, ya no son pensados solo en clave negativa. No son los viejos derechos como límite al Estado, diciendo "el Estado hasta acá", el clásico derecho a la intimidad y a elegir el propio plan de vida. Ahora estamos hablando de derechos entendidos en sentido positivo, que exigen al Estado conductas positivas para ser efectivamente reconocidos y efectivamente implementados⁽¹¹⁸⁹⁾.

Esto produjo una fuerte tensión con los criterios tradicionales sobre la base de los cuales se definía la existencia de "causa o controversia", ya que la afectación del derecho no era más solo personal y directa como tradicionalmente exigió la Corte para abrir las puertas del Poder Judicial⁽¹¹⁹⁰⁾.

El punto de inflexión sobre el tema se dio en "Halabi", donde la CS sostuvo que la "causa o controversia" se configura de manera típicamente diferente según el tipo de derechos que se encuentren en disputa y abrió paso así a la idea de "causa o controversia colectiva"⁽¹¹⁹¹⁾.

En este sentido, el voto de la mayoría afirmó lo siguiente: "Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un 'caso' es imprescindible (...), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el 'caso' tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones" (consid. 9º, citas internas omitidas).

Luego, la Corte profundizó en esta premisa refiriéndose de modo específico a la configuración de "causa o controversia" frente a la violación o riesgo de los distintos tipos de derechos de incidencia colectiva que según hemos visto también identificó en el señalado fallo.

En primer lugar, con relación a los derechos de incidencia colectiva referidos a bienes colectivos dejó en claro que "la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes este representa" (consid. 11).

En segundo lugar, respecto de los derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos señaló que "la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho" (consid. 13).

Esta toma de posición de la CS significó ampliar su poder al expandir drásticamente el espacio de discusión de conflictos colectivos ante sus estrados. Lo que hizo la Corte a partir de "Halabi" fue reconfigurar el poder del Poder Judicial, y especialmente el de la CS en cuanto cabeza política e institucional de dicho departamento de Estado.

Es importante señalar, aunque en parte sea obvio, que la doctrina sobre "causa" y "ausencia de causa" no es más que un instrumento discursivo que históricamente ha utilizado el Poder Judicial para mantenerse al margen de ciertas discusiones o bien, como ha hecho

la CS en los últimos años, para comenzar a involucrarse en las mismas⁽¹¹⁹²⁾. Esto significa, en definitiva y para ponerlo en términos claros, que es el propio Poder Judicial quien determina los alcances de su competencia mediante la interpretación que él mismo acuerda a la señalada noción de "causa".

Desde tal perspectiva puede observarse cómo la doctrina sobre el alcance de "causa o controversia" ha venido a ocupar en nuestras discusiones el lugar que inicialmente tuvo la doctrina de las "cuestiones políticas no justiciables"⁽¹¹⁹³⁾ y que luego pasó a ocupar en gran medida la doctrina de "falta de legitimación activa"⁽¹¹⁹⁴⁾.

La ampliación de la competencia (y del consiguiente poder político) del Poder Judicial mediante esta reinterpretación del art. 116, CN a la luz del art. 43, CN provoca implicancias de distinto tipo que vale tener en consideración. Implicancias derivadas del corrimiento del ámbito de discusión de conflictos que antes se discutían exclusivamente en los poderes del Estado con representación política directa, justamente por ser colectivos, y que ahora han pasado a tener otro espacio de debate dentro del Poder Judicial⁽¹¹⁹⁵⁾.

Este corrimiento, para empezar, impide a los poderes políticos esgrimir razones de mérito, oportunidad y conveniencia para postergar decisiones cuando hay derechos fundamentales en juego. El Poder Judicial, según señalamos, tiene la obligación y el deber funcional de expedirse sobre los asuntos que son traídos a su conocimiento. No puede evitar resolver un caso. Cuando el conflicto colectivo ingresa al sistema de la administración de justicia, los poderes políticos ya no pueden decidir cuándo y a veces ni siquiera cómo enfrentarlo.

También implica una restricción en el manejo del tiempo de las decisiones. No es lo mismo discutir una cuestión colectiva ante el Poder Ejecutivo o ante el Legislativo que hacerlo ante el Judicial, con un proceso gobernado por plazos improrrogables y perentorios.

Además, hay un traslado del poder de decisión sobre asignación de recursos públicos. Los jueces, mediante sus decisiones, cumpliendo su función esencial de resolver casos colectivos para asegurar derechos fundamentales están (cuanto menos indirectamente) asignando presupuesto. Tenemos que hacernos cargo de esto para ver si lo están haciendo a través de mecanismos que permitan el nivel de discusión que merece un asunto de esta gravedad.

Otra clara consecuencia del cambio de escenario de discusión está relacionada con las reglas de debate en base a las cuales discutimos. El hecho de discutir en un proceso judicial, además de contar con plazos de las características que ya señalamos, implica

como principio tener reglas igualitarias. Cuanto menos desde lo formal, dentro del proceso, sabiendo que cada uno lleva a ese proceso la posición en las desigualdades estructurales que padece en la sociedad. Este contexto procesal también determina que la discusión debe darse frente a un tercero independiente e imparcial, ya no en el marco de la relación jerárquica de subordinación frente a la administración pública. Y todo este proceso, además, se desarrolla delante de un tercero independiente e imparcial que debe resolver esa controversia conforme a derecho y no en base a directrices políticas⁽¹¹⁹⁶⁾.

Finalmente, pero no por eso menos importante, hay que tener presente que muchos de los efectos de las decisiones que se toman en este tipo de asuntos por parte del Poder Judicial son inmutables e inmodificables. Esto es algo que no sucede con las decisiones que se toman en el poder administrador y tampoco con las decisiones que se toman en el Congreso.

Lo que queremos subrayar con todo esto es que ha habido claramente un cambio del rol del Poder Judicial en la dinámica de distribución del poder público en nuestro país. Ello sucedió en gran medida gracias al reconocimiento de derechos convencionales y constitucionales con la reforma de 1994, pero también —muy especialmente— gracias a esta redefinición de la noción de "causa o controversia" que ha habilitado que muchos asuntos que tradicionalmente se habían quedado afuera del Poder Judicial hoy estén empezando a ser discutidos allí. El problema es que están siendo discutidos en base a reglas que no están preparadas para procesar, resolver y eventualmente implementar y ejecutar democráticamente decisiones de ese calibre.

3.5. La interpretación de las reglas legales en materia de beneficio de justicia gratuita

Otro aspecto íntimamente ligado con el principio de acceso colectivo a la justicia y con la ampliación de situaciones tutelables por el sistema judicial tiene que ver con las barreras económicas que se presentan en este campo. Sobre el particular podemos encontrar algunas previsiones legales de trascendencia tendientes a enfrentar tales barreras, puesto que la LGA dispone expresamente que "el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie"⁽¹¹⁹⁷⁾, mientras que la LDC establece un "beneficio de justicia gratuita" para las acciones colectivas de consumo⁽¹¹⁹⁸⁾.

También acá la jurisprudencia de la CS ha jugado un rol fundamental al interpretar el alcance de este último beneficio,

dejando en claro que comprende las costas del proceso y no solo la tasa de justicia (como sostenían diversos tribunales inferiores).

En una breve pero terminante decisión, la Corte sostuvo que "en el fallo del 11 de febrero de 2014 [rechazo del recurso extraordinario federal interpuesto por la asociación actora] se omitió valorar que en el caso resultaba plenamente aplicable el art. 55, último párrafo de la ley 24.240, en cuanto otorga a las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva el beneficio de justicia gratuita". En función de ello, dispuso dejar sin efecto "lo resuelto en materia de costas en la sentencia de fs. 462, disponiéndose que en virtud de lo previsto en el art. 55, último párrafo de la ley 24.240, no corresponde en el caso imponer las costas a la parte actora vencida".

El criterio asumido en este precedente cobra mayor trascendencia todavía si tenemos en cuenta que la propia CS consideró que la condena en costas a la Asociación actora había sido un "error manifiesto" ante la vigencia de dicha normativa de orden público, lo cual se desprende de las razones por las cuales consideró admisible la excepcional vía de la reposición contra sus sentencias (ver el consid. 2º de la decisión)⁽¹¹⁹⁹⁾.

Por último, se enrola en esta línea facilitadora del acceso a la justicia la regla establecida por la CS sobre competencia territorial para el juzgamiento de acciones colectivas de consumo que involucran personas domiciliadas en distintas jurisdicciones del país, un fenómeno cada vez más recurrente en Argentina ante la actuación de empresas y del propio Estado que traspasan permanentemente las fronteras determinadas por su organización política y judicial. En esta materia, la Corte determinó que los legitimados colectivos pueden accionar colectivamente en tutela de derecho crediticios ante el juez de cualquier jurisdicción donde la parte demandada cuente con una sucursal o establecimiento y haya celebrado allí contratos con algún miembro de la clase⁽¹²⁰⁰⁾.

IV. PARTICIPACIÓN POLÍTICA A TRAVÉS DEL PROCESO COLECTIVO

Los procesos colectivos han demostrado ser una modalidad muy concreta de intervención y participación política en el sistema democrático. Una modalidad bien diferente del sufragio popular y con gran potencial de impacto concreto en la agenda pública debido a las trascendentes consecuencias sociales, políticas y económicas que genera el corrimiento del ámbito de discusión de conflictos colectivos, especialmente para los departamentos de Estado encargados de diagramar e implementar políticas públicas.

Sobre este punto señalaba Pellegrini Grinover que "mientras en el proceso civil individual la participación se resuelve en la garantía

constitucional del contradictorio (participación en el proceso), en el proceso colectivo la participación se realiza también por el proceso (...) con el acceso de las masas a la justicia grandes parcelas de la población vienen a participar en el proceso, aunque por intermedio de los legitimados a la acción colectiva"⁽¹²⁰¹⁾.

Esto también había sido puesto de resalto por Chayes al afirmar que "así como el concepto tradicional del proceso judicial reflejaba y se relacionaba con un sistema en el cual los acuerdos económicos y sociales eran librados a la acción privada autónoma, el nuevo modelo refleja y se relaciona con un sistema regulatorio donde esos acuerdos son producto de normas de derecho positivo. En un sistema de este tipo, el cumplimiento y la aplicación de la ley es necesariamente la implementación de una política regulatoria. El litigio, así, inevitablemente se convierte en un foro político explícito y el tribunal en un brazo visible del proceso político"⁽¹²⁰²⁾.

En este sentido, cabe destacar que la CS ha resuelto casos colectivos promovidos por la ciudadanía en temas tan trascendentes como acceso a la información pública⁽¹²⁰³⁾, constitucionalidad de reformas legales al sistema de selección de magistrados⁽¹²⁰⁴⁾, condiciones de acceso seguro al aborto no punible⁽¹²⁰⁵⁾, acceso al agua potable⁽¹²⁰⁶⁾, representación sindical de los trabajadores en sede judicial⁽¹²⁰⁷⁾, trato equitativo en el transporte público⁽¹²⁰⁸⁾, constitucionalidad de la ley de democratización de medios de comunicación audiovisual⁽¹²⁰⁹⁾ y derecho de consulta de las poblaciones originarias⁽¹²¹⁰⁾, entre otros.

En paralelo, siendo plenamente consciente de la trascendencia institucional y el interés público que implican estos casos colectivos así como de la insuficiencia del instrumental procesal disponible para abordarlos, la CS estableció —en uso de sus competencias reglamentarias— diversos instrumentos y mecanismos para ampliar y robustecer la participación de la ciudadanía en el debate, mejorar la publicidad de este tipo de casos y fortalecer su transparencia, a saber: tratamiento prioritario de causas de relevancia institucional (acordada CS 36/2003), amigos del tribunal (acordada CS 28/2004, reformada profundamente por la acordada CS 7/2013), audiencias públicas (acordada CS 30/2007), unidad de análisis económico del derecho (acordada CS 36/2009), registro público de procesos colectivos (acordada CS 32/2014) y reglamento de actuación en procesos colectivos (acordada CS 12/2016)⁽¹²¹¹⁾.

En definitiva, se trata del establecimiento de nuevas herramientas para procesar nuevos conflictos y, especialmente, para intentar fortalecer la legitimidad política de las sentencias colectivas a fin de

disminuir las tensiones que ellas suponen en la vinculación del Poder Judicial con el resto de los departamentos de Estado.

V. DETERMINACIÓN TEMPRANA DE LAS REGLAS DEL JUEGO

Una de las cuestiones constitucionales fundamentales que la CS ha dejado en claro en su interpretación del art. 43, CN es la necesidad de determinar en una etapa temprana del proceso si el trámite será desarrollado en clave colectiva o individual. Ello a efectos de permitir a las partes conocer de antemano cuáles serán las reglas del juego y cuál será el eventual impacto de la decisión a tomarse en el caso. Esto ocurrió primero por medio de una norma reglamentaria, cuyos principios fundantes fueron reafirmados poco tiempo después por la propia jurisprudencia de la CS.

La norma reglamentaria a que me refiero es el art. 3º del reglamento del Registro Público de Procesos Colectivos, el cual impuso nuevas pautas procesales en la materia al establecer la "obligación" de los jueces donde esté radicado el pleito de proceder a comunicar la información necesaria "tras haber dictado la resolución que considera formalmente admisible la acción colectiva; identifica en forma precisa el colectivo involucrado en el caso; reconoce la idoneidad del representante y establece el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio".

Como puede advertirse, esta norma regula una suerte de instancia de certificación de la acción colectiva, exigiendo a los tribunales de grado expedirse sobre distintos requisitos de admisibilidad y trámite delineados en "Halabi" antes de otorgarle trámite colectivo a un proceso judicial⁽¹²¹²⁾.

En cuanto al precedente que vino a reafirmar este principio fundamental, me refiero a "Kersich", dictado pocas semanas después de la reglamentación del Registro⁽¹²¹³⁾. Allí, la CS se enfrentó con un expediente en el que el magistrado de primera instancia, a pesar de calificar al proceso como colectivo, generó un litisconsorcio de 2641 afectados e impuso a la demandada la carga de contestar la demanda individualmente frente a cada uno de ellos.

A pesar de tratarse de una decisión procedimental, la Corte abrió su jurisdicción extraordinaria y revocó la decisión sosteniendo, entre otras cosas, que se había violado el derecho de defensa en juicio de la demandada "no solo por la carga que se le impusiera, sino también por el cambio sorpresivo de reglas".

Asimismo, en esta oportunidad, la Corte afirmó que "Las partes deben conocer de antemano las reglas de juego del proceso a las que atenerse, tendientes a afianzar la seguridad jurídica y a evitar

situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales".

Finalmente vinculó esta necesidad de reglas claras con el principio de buena fe, afirmando que "El proceso judicial no puede ser un 'juego de sorpresas' que desconoce el principio cardinal de buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas"⁽¹²¹⁴⁾.

VI. REPRESENTATIVIDAD ADECUADA Y PRECISA IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE AFECTADA

El mecanismo de tutela colectiva de derechos en Argentina es un mecanismo representativo. Según hemos señalado, además, puede caracterizarse como un modelo híbrido fundado en categorías de derechos subjetivos colectivos al estilo brasileño ("derechos de incidencia colectiva") y caracterizado, al mismo tiempo, por un mecanismo de debate similar al establecido en la Regla Federal de Procedimiento Civil nro. 23 (RFPC 23) del sistema estadounidense⁽¹²¹⁵⁾.

Este tipo de mecanismo representativo reviste carácter excepcional por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque su empleo implica una seria limitación a la autonomía individual de los sujetos afectados, miembros del grupo representado⁽¹²¹⁶⁾. En segundo lugar, porque su utilización implica también una redefinición de la idea clásica de debido proceso legal que exige que toda persona tenga su "día en el tribunal" para discutir su caso.

Sucede que el sistema procesal colectivo representativo descansa sobre la ficción de considerar presentes en el debate a los integrantes del grupo a través de un representante que no eligieron voluntariamente y que puede llegar a actuar incluso en desconocimiento o ante la voluntad expresa en contrario de tales miembros del grupo. Es por ello que el derecho a ser oído por el juez se limita acá a ser oído a través de un atípico gestor de intereses ajenos⁽¹²¹⁷⁾.

Ante este cuadro de situación, es evidente la necesidad de establecer alguna forma de control para evitar que los titulares de los derechos ejercidos por el representante colectivo (esto es, los miembros del grupo representado) puedan ver perjudicada su situación por una sentencia judicial dictada en el marco de un proceso en el cual —al menos en principio— no participarán en modo alguno. En los Estados Unidos de América, la RFPC 23(a)(4) se ocupa de proveer un reaseguro procesal en este sentido al exigir, como prerrequisito de las acciones de clase, que quien promueve la demanda pueda proteger de modo justo y adecuado los intereses del grupo que busca representar⁽¹²¹⁸⁾.

La CS abrazó este mismo requisito constitucional cuando se pronunció en "Halabi", afirmando que la idoneidad del representante es uno de los recaudos que hacen a "la admisión formal de toda acción colectiva"⁽¹²¹⁹⁾ y dejando en claro que, gracias a su cumplimiento en ese caso, era posible extender a todo el grupo de personas afectadas los efectos de la sentencia⁽¹²²⁰⁾.

Lejos de tratarse de un hito aislado, la necesidad de controlar la idoneidad del representante colectivo ha sido reiterada por la CS en numerosos precedentes dictados con posterioridad a "Halabi", ya citados, llegando a sostenerse inclusive que es deber de los jueces "supervisar que la idoneidad de quien asumió su representación se mantenga a lo largo del proceso"⁽¹²²¹⁾.

Estrictamente relacionado con la representatividad adecuada, así como también con el eventual alcance de la cosa juzgada colectiva de la sentencia a dictarse, la CS estableció en "Halabi" que "la precisa identificación del grupo o colectivo afectado" configura otro de los recaudos elementales de la acción colectiva⁽¹²²²⁾.

Las razones que sustentan la importancia de este recaudo fueron profundizadas por la Corte en una decisión por medio de la cual rechazó la demanda promovida por una asociación de defensa del consumidor al entender que "el universo de situaciones y supuestos" que se pretendían tutelar era "excesivamente vasto y heterogéneo", además de presentar singularidades que impedían "resolver la cuestión planteada, útilmente y con efecto expansivo, en el marco de un único proceso"⁽¹²²³⁾.

La Corte remarcó allí que "la definición de la clase es crítica para que las acciones colectivas puedan cumplir adecuadamente con su objetivo" en virtud de que "la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta u acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos establecidos en la jurisprudencia de esta Corte para la procedencia de la acción. Solo a partir de un certero conocimiento de la clase involucrada el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encontrará comprometido de no admitirse la acción colectiva"⁽¹²²⁴⁾.

Ambos requisitos (representatividad adecuada y precisa identificación del grupo afectado) son exigidos actualmente como extremos formales de la demanda colectiva en el marco del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos aprobado por la acordada CS 12/2016.

VII. EFECTIVIDAD DEL PROCESO COLECTIVO

Al igual de lo que sucede en los procesos de corte individual, la eficacia de la decisión debe ser considerada como un principio rector en materia de tutela colectiva de derechos. Ello así pues se trata de un componente esencial de la garantía de debido proceso legal y configura un valor fundamental del derecho procesal moderno⁽¹²²⁵⁾.

La normativa argentina sobre procesos colectivos (LGA y LDC) carece de previsiones adecuadas para lograr la efectiva ejecución o implementación de lo decidido en el proceso colectivo, especialmente cuando se trata de sentencias de índole estructural.

En cuanto hace a sentencias colectivas que involucran condenas al pago de daños y perjuicios, la LGA establece en su art. 34 un "Fondo de Compensación Ambiental" que hasta la fecha no se encuentra reglamentado y resulta, por tanto, inoperante. En materia de consumo y para ese mismo tipo de sentencias colectivas, tenemos solo una previsión específica en el art. 54 de la LDC (introducida por la ley 26.361, sancionada en el año 2008), que habilita como modo de distribución de los fondos al método conocido como *cy pres distribution* (o su variable específica de *fluid recovery*). Dicho art. 54 establece que —en el supuesto que no sea posible individualizar a los usuarios o consumidores afectados por la conducta ilícita de la demandada— el juez podrá ordenar que la condena sea instrumentada "en la forma que más beneficie al grupo". Ninguna de las dos normas contempla previsiones relativas a la ejecución o implementación de sentencias estructurales⁽¹²²⁶⁾.

Enfrentada con este vacío normativo, a través de diversos precedentes la CS se ocupó de crear, o bien reinventar, distintos instrumentos con la finalidad de avanzar en el cumplimiento efectivo de lo resuelto en numerosas causas colectivas.

Entre ellos se destaca, por ejemplo, la generación de mesas de trabajo entre los representantes colectivos y las autoridades públicas condenadas a cumplir ciertas decisiones estructurales, con el objeto de tender puentes de diálogo entre las partes a fin de lograr modalidades razonables y eficientes de implementación de las sentencias.

En el caso "Verbitsky", la CS ordenó al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires que, por intermedio de su Ministerio de Justicia, "organice la convocatoria de una Mesa de Diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiae*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones y que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones

consensuadas y sustentables". Igualmente, requirió la elevación de informes periódicos, cada 60 días, de los avances obtenidos en el marco de dicha mesa de diálogo⁽¹²²⁷⁾.

También podemos observar cómo la Corte ha delegado la ejecución en jueces inferiores elegidos *ad hoc*, con el objetivo de generar inmediación con los miembros del grupo afectado y dotar de mayor celeridad a la resolución de las incidencias que pudieran suscitarse en el marco del procedimiento de ejecución de sentencia.

En "Mendoza", sentencia del 8/7/2008, la CS delegó el proceso de ejecución de sentencia en el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes (creado unos pocos años antes), al que también facultó para fijar el valor de las multas diarias derivadas del incumplimiento del programa establecido en la sentencia de mérito dictada en el año 2008. Tres fueron las razones explicitadas por el tribunal para tomar esta decisión: las dificultades e incidencias procesales que con seguridad se presentarían durante el cumplimiento de las numerosas mandas contenidas en el programa; la necesidad de mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe manejar y la búsqueda de un mayor grado de inmediación entre la magistratura y las partes.

El tercer instrumento que podemos mencionar en este campo de la efectividad del proceso colectivo es la imposición de condenas pecuniarias (*astreintes*) en cabeza de ciertos funcionarios a título personal, una herramienta que si bien fue expresamente vedada por la ley 26.854 en materia de medidas cautelares contra el Estado no encuentra impedimento normativo alguno para ser utilizada cuando se trata de compeler al cumplimiento de sentencias de mérito⁽¹²²⁸⁾.

También acá el ejemplo es "Mendoza", en el que la CS impuso las condenas pecuniarias a modo eventual en la propia decisión de mérito sobre el asunto (a pesar de que por lo general su aplicación se produce recién después de haberse verificado algún incumplimiento) y lo hizo específicamente en cabeza del funcionario responsable del órgano obligado a cumplir (esto es, el presidente de la ACUMAR). Más adelante, ya con otra persona a cargo del área, en su sentencia del 31/8/2010 el juez federal a cargo de la ejecución impuso *astreintes* en cabeza del funcionario por incumplimiento de diversas mandas. Este pronunciamiento quedó firme y luego, por decisión de fecha 12/7/2012, el mismo juez dispuso la liquidación colectiva y el destino del dinero recaudado con causa en esas multas.

Finalmente, se destacan la implementación de mecanismos externos de control y participación ciudadana para el monitoreo de la ejecución de la sentencia, con intervención de organizaciones no gubernamentales, organismos y funcionarios públicos.

Nuevamente, el caso "Mendoza" como ejemplo, en el que por un lado, el tribunal designó a la Auditoría General de la Nación a fin de controlar específicamente la asignación de fondos y la ejecución presupuestaria de todo lo que tuviera que ver con el programa a cumplir y, por el otro —con el declarado objeto de fortalecer la participación ciudadana en este proceso—, confirió al Defensor del Pueblo de la Nación el carácter de coordinador de un cuerpo colegiado a conformarse con las diversas ONG presentadas como terceros en la causa. Un cuerpo que tiene por objeto: recoger sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado; recibir información actualizada y formular planteos concretos ante la ACUMAR para el mejor logro del propósito encomendado⁽¹²²⁹⁾.

VIII. CIERRE

De todo lo expuesto hasta acá es posible concluir que el art. 43, CN establece en cabeza de todos los habitantes de la República Argentina el derecho constitucional a un debido proceso colectivo. Un derecho "claramente operativo" según la CS, y cuyos contornos han comenzado a ser definidos por medio de diversos precedentes y normas reglamentarias que, sin embargo, carecen todavía de la sistematicidad que cabe exigir a un modelo procesal de tutela colectiva excepcional como son los de índole representativa.

El análisis de dichos precedentes y reglamentaciones permite afirmar que el derecho al debido proceso colectivo modelado por la CS se encuentra configurado por al menos diez elementos⁽¹²³⁰⁾:

(i) El derecho a un efectivo acceso a la discusión y solución de conflictos colectivos en sede judicial, especialmente de ciertos grupos sociales tradicionalmente relegados de la discusión institucional o débilmente protegidos y de ciertas materias que se consideran como regla merecedoras de un fuerte interés estatal en su protección (salud, consumo, ambiente, entre otras).

(ii) La vigencia de requisitos de admisibilidad y procedencia de la tutela colectiva previsibles y controlables, aunque todavía en pleno curso de desarrollo: afectación de derechos de incidencia colectiva en cualquiera de sus dos variantes, legitimación colectiva de quien promueve la acción, configuración de una "causa o controversia" colectiva, precisa identificación del grupo afectado, idoneidad del representante colectivo, hecho único o complejo que produce la lesión, pluralidad relevante de individuos afectados, pretensión enfocada en los efectos comunes del hecho y demostración de problemas de acceso individual a la justicia (este último, como hemos sostenido, en principio inconstitucional).

(iii) Una temprana determinación de las reglas del juego a través de una sentencia de certificación (admisibilidad) que permita a las partes saber si el proceso tramitará en clave individual o colectiva.

(iv) Una representación del grupo adecuada y acorde con los intereses en disputa, controlada y supervisada por el juez de la causa no solo como requisito de admisibilidad sino también a lo largo de todo el proceso.

(v) El respeto a la autonomía individual y al debido proceso individual de las personas involucradas en tales conflictos que se ven representadas por el legitimado colectivo, con el reconocimiento de su derecho a optar por participar del proceso o excluirse cuando esto sea posible.

(vi) Un debate amplio, público, robusto e informado, que incluye el análisis del impacto económico de las decisiones a tomar, la intervención de expertos sobre el tema en debate y una inclinación por la discusión oral en el marco de audiencias públicas (si bien todavía no suficientemente profundizada).

(vii) Un sistema de notificación razonable para informar a los miembros del grupo sobre la existencia y principales incidencias de trámite del proceso colectivo, así como una amplia difusión hacia la sociedad de toda la información relativa a la existencia y evolución de este tipo de procesos.

(viii) Una cosa juzgada expansiva inherente a este tipo de procesos, que busca ser sistémica y compatible constitucionalmente con los derechos fundamentales de los miembros del grupo afectado utilizando al efecto reaseguros procesales para cuidar el debido proceso y la autonomía individual de esas personas.

(ix) Un proceso efectivo, vinculado con la implementación o ejecución de sentencias colectivas a través de mecanismos acordes con la complejidad de las soluciones que demandan la inmensa mayoría de esta clase de estos conflictos y con las tensiones políticas que supone su solución por parte del Poder Judicial en un sistema republicano de gobierno (mesas de diálogo, delegación, supervisión social y estatal, redefinición de instrumentos para coercionar el cumplimiento, entre otras).

(x) Jueces con fuertes poderes de dirección y gestión del proceso y del conflicto, pero también con fuertes responsabilidades: responsabilidades funcionales y disciplinarias frente a las partes, y responsabilidades institucionales y políticas frente a la sociedad y al resto de los poderes del Estado⁽¹²³¹⁾.

EL HÁBEAS CORPUS

Comentario por Nicolás Gabriel Tauber Sanz

I. OBJETO DEL HÁBEAS CORPUS

El término *habeas corpus* proviene del latín pudiéndose traducir al castellano como "que tengas tu cuerpo", "tendrás tu cuerpo libre" o "eres dueño de tu cuerpo", dando cuenta del objeto del proceso: la protección de la libertad física.

El *habeas corpus* se da en amparo de los derechos que constituyen el elemento dinámico de la libertad (facultad de hacer) y de todas las inviolabilidades que constituyen su elemento estático (seguridad). Lo primero corresponde a la idoneidad humana; lo segundo de la dignidad humana.

La libertad personal es un derecho declarado, el *habeas corpus* es la garantía que asegura su efectividad, que no es un recurso de carácter procesal sino una acción de derecho público, garantía constitucional dada en amparo de los derechos individuales que en su conjunto constituyen la libertad personal⁽¹²³²⁾.

La *efectividad*, la *idoneidad* y la *celeridad* son las características que definen al *habeas corpus*.

II. ORIGEN Y DESARROLLO

El primer antecedente conocido de la actual acción de *habeas corpus* parece ser el interdicto de *homine libero exhibendo*⁽¹²³³⁾ creado durante el Imperio Romano (533 d.C.)⁽¹²³⁴⁾.

A través de esta acción, cualquier ciudadano romano peticionaba al Pretor que ordenara "exhibir al hombre libre que retienes con dolo malo"⁽¹²³⁵⁾, pudiendo ejecutar la orden con el auxilio de la fuerza pública.

Fue en el derecho anglosajón, 600 años después, cuando hizo su aparición el *habeas corpus* tal como hoy lo conocemos. En el *derecho inglés* existían diversos procesos⁽¹²³⁶⁾ para proteger la libertad individual a través de los *writs*⁽¹²³⁷⁾ (mandatos), los cuales fueron superados, en 1154, con la aparición del *writ of habeas corpus*. En 1215 la Carta Magna⁽¹²³⁸⁾, al reconocer el derecho al debido proceso legal, le dio fundamento en derecho sustantivo escrito al *writ*. Posteriormente se perfeccionó su reglamentación a través del "Habeas Corpus Amendment Act" de 1679⁽¹²³⁹⁾.

En 1428, hace su aparición el "juicio de manifestación", en el derecho aragonés, como *proceso especial destinado a la protección de la libertad y la integridad física*⁽¹²⁴⁰⁾.

La revolución estadounidense introdujo esta garantía en América. La Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 admitió el *hábeas corpus* al establecer que "el privilegio del *hábeas corpus* no será suspendido, a menos que en caso de rebelión o invasión, la seguridad pública lo requiera" (art. 1º, secc. 9ª).

III. DESARROLLO EN EL DERECHO FEDERAL ARGENTINO

La acción de *hábeas corpus* fue *constitucionalizada*, a nivel federal, por primera vez en la *CN de 1949* (art. 29).

Antes de la Constitución de 1949, y luego de su derogación hasta la reforma de 1994, la mayoría de la doctrina constitucional (Sánchez Viamonte, Bielsa, Quiroga Lavié, Sagües, Gelli, Nino, entre otros) sostenían que el *hábeas corpus* *surgía del art. 18 de la CN*, que reconoce como antecedentes al Reglamento de la Junta Conservadora y al Decreto sobre Seguridad Individual, ambos de 1811.

El art. 22 del Reglamento de la Junta Conservadora establecía que el Poder Ejecutivo "no podrá arrestar a ningún individuo, en ningún caso, más que cuarenta y ocho horas, dentro de cuyo término deberá remitirlo al juez competente, con lo que hubiere obrado. La infracción a este artículo se considerará como un atentado contra la libertad de los ciudadanos, y cualquiera en este caso podrá elevar su queja a la Junta Conservadora".

El Decreto sobre Seguridad Individual introdujo por primera vez la exigencia de "orden escrita" para que la detención sea válida (arts. 2º y 3º del decreto).

La CN de 1860 estableció, en su art. 18, que "Ningún habitante de la Nación puede ser (...) *arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente*. Es inviolable la defensa en juicio y de los derechos. (...) Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

Fue la *ley 48*, de 1863, la incorporó expresamente el proceso de *hábeas corpus* al derecho federal, previendo en su art. 20 que "cuando un individuo se halle detenido o preso por una autoridad nacional, o a disposición de una autoridad nacional, o so color de una orden emitida por autoridad nacional, o cuando una autoridad provincial haya puesto preso a un miembro del Congreso o cualquier otro individuo que obre en comisión del Gobierno nacional, la Corte

Suprema o los jueces de sección podrán, a instancia del preso o de sus parientes o amigos, investigar sobre el origen de la prisión, y en caso de que esta haya sido ordenada por autoridad o persona que no esté facultada por ley, mandarán poner al preso inmediatamente en libertad".

En 1888, por ley 2372 el hábeas corpus fue incorporado al Cód. Proc. Penal⁽¹²⁴¹⁾ en el art. 617 y ss. y luego reformado por las leyes 16.478, 20.510, 21.312 y 22.383, todas derogadas por la actualmente vigente ley 23.098 (de 1984).

La reforma constitucional de 1949 lo constitucionalizó, a nivel federal, en su art. 29 de la siguiente forma: "(...) Todo habitante podrá interponer por sí o por intermedio de sus parientes o amigos, recurso de hábeas corpus ante la autoridad judicial competente, para que se investiguen la causa y el procedimiento de cualquier restricción o amenaza a la libertad de su persona. El tribunal hará comparecer al recurrente y, comprobada en forma sumaria la violación, hará cesar de inmediato la restricción o amenaza".

La Proclama del 27/4/1956⁽¹²⁴²⁾, efectuada por la dictadura militar impuesta en 1955, derogó la Constitución de 1949⁽¹²⁴³⁾.

La vigencia y efectividad del hábeas corpus fue severamente limitada, a lo largo de varias décadas, a través de la institución del estado de sitio⁽¹²⁴⁴⁾ y las sucesivas dictaduras militares, pero la situación llegó al límite máximo de inoperatividad durante la última dictadura militar.

Frente al Terrorismo de Estado y la complicidad del Poder Judicial de todo el país (cumpliendo un rol protagónico la Corte Suprema de Justicia de la Nación integrada íntegramente por miembros designados por la Junta Militar), salvo honrosas excepciones⁽¹²⁴⁵⁾, los miles de hábeas corpus presentados no fueron eficaces para evitar la desaparición de 30.000 personas durante la última dictadura militar.

El informe *Nunca Más* da cuenta de esta situación al sostener que "Entre los años 1976 y 1983 fueron presentados millares de recursos de hábeas corpus. No una vez, sino repetidamente a favor de cada desaparecido. Ello habla de la fe puesta por los familiares en la intervención judicial. Las estadísticas que brindan los registros de la Cámara Criminal y Correccional Federal son por demás elocuentes. Sin contar ninguna reiteración del pedido, la cantidad de presentaciones efectuadas en el período 1976-1979 solo en ese fuero de la Capital Federal asciende a 5487 recursos, contra 1089 del período 1973-1975 y 2848 del período 1980-1983. La misma proporción, aunque sean diferentes los guarismos, se repiten en las principales ciudades del interior del país. Se debe decir que los

resultados en ningún caso respondieron a tan grandes expectativas"⁽¹²⁴⁶⁾.

Terminada la dictadura, y durante el primer año del primer gobierno constitucional, se sancionó la ley 23.098, *Ley de Hábeas Corpus*, que establece el piso mínimo de protección dentro de toda la República Argentina, y se incorporó al derecho interno el Pacto de San José de Costa Rica. Ambas normas implicaron una profunda ampliación del ámbito de protección y dando herramientas para garantizar su efectividad.

IV. EL HÁBEAS CORPUS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La reforma constitucional de 1994 incorporó, en un mismo artículo, el amparo, el hábeas data y el hábeas corpus siguiendo el temperamento expuesto, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 8/87 cuando estableció que "Si se examinan conjuntamente los dos procedimientos, puede afirmarse que el amparo es el género y el hábeas corpus uno de sus aspectos específicos. En efecto, de acuerdo con los principios básicos de ambas garantías recogidos por la Convención así como con los diversos matices establecidos en los ordenamientos de los Estados Partes, se observa que en algunos supuestos el hábeas corpus se regula de manera autónoma con la finalidad de proteger esencialmente la libertad personal de los detenidos o de aquéllos que se encuentran amenazados de ser privados de su libertad, pero en otras ocasiones el hábeas corpus es denominado 'amparo de la libertad' o forma parte integrante del amparo".

El criterio de la CIDH, que recoge el constituyente del 1994, implica que *a la acción de hábeas corpus, receptada en el cuarto párrafo, le son aplicables, en lo que es compatible, las previsiones del primer y segundo párrafo* "Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio". Será procedente "(...) contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares (...)", sea que afecte derechos individuales como "derechos de incidencia colectiva en general" y "el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

Los arts. 18 y 43 de la CN se integran con los tratados internacionales de derechos humanos incorporados por el art. 75, inc. 22 de la CN que establecen:

Art. 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. 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. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida debe ser informada de las razones de su detención (...) 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario por la ley para ejercer funciones judiciales (...). 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad del arresto, o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona".

Art. 9º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: "1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta. (...) 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (...) 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación".

Art. XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: "Nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad".

El art. 37, inc. d) de la Convención sobre los Derechos del Niño: "Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso

a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción".

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su art. 8º: "Toda persona tiene derecho 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" y en el art 9º "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado".

El art. 10 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas: "En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas. En tales casos, el derecho a procedimiento 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.

En la tramitación de dichos procedimientos o recursos y conforme al derecho interno respectivo, las autoridades judiciales competentes tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivo para creer que se puede encontrar a la persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar".

Los *presupuestos de procedencia* y los *distintos tipos de hábeas corpus*, vigentes en el derecho federal, *surgen de la integración de todas las normas citadas*, que deben ser interpretadas y aplicadas a la luz del principio *pro homine*, a fin de garantizar la protección más eficaz de la libertad y la dignidad humana. Esto por imperio de las siguientes normas: art. 5º Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5º Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 1º.1 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes y art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño⁽¹²⁴⁷⁾.

Comenzaré por analizar los presupuestos de procedencia y las características de la acción para luego ingresar en el análisis de los distintos tipos de hábeas corpus existentes.

V. PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA

Para analizarlos partiremos del art. 43 y desde allí lo integraremos con el resto de las normas del bloque federal de constitucionalidad aplicables:

5.1. Actos u omisiones de autoridades públicas o particulares

El art. 43 establece la procedencia del hábeas corpus contra acciones u omisiones de autoridades públicas o de particulares expresamente.

Los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional no hacen distinción alguna respecto del sujeto responsable de la privación de la libertad.

5.1.1. Autoridades públicas

El concepto de autoridad pública comprende a toda autoridad u órgano nacional, provincial y/o municipal, de carácter o dependiente del Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, del Ministerio Público y/o cualquier otro constitucionalmente establecido, empresas u ente público y cualquier otro ente del que pueda adjudicarse el carácter público.

5.1.2. Hábeas corpus contra decisiones judiciales

5.1.2.1. Ámbito federal

El [art. 43](#), CN, los tratados internacionales de derechos humanos del art. 75, inc. 22 y la ley 23.098 *no realizan ninguna distinción que permita sostener la existencia de un impedimento* a la procedencia del hábeas corpus contra *decisiones judiciales*. Es más, la ley 23.098 derogó normas que sí lo hacían (arts. 618 y 621, Cód. Proc. Penal).

A pesar de lo dicho, los repertorios de jurisprudencia de la CS se encuentran repletos de precedentes donde el tribunal sostuvo que "(...) el hábeas corpus no procede si la privación de la libertad se originó en una causa seguida ante juez competente (...) "⁽¹²⁴⁸⁾, "(...) que en caso de existir agravio constitucional, caben en todo caso los recursos de ley (...) "⁽¹²⁴⁹⁾ y que "Los cuestionamientos tendientes a demostrar lo injustificado de la detención por la autoridad o las falencias en el procedimiento, son ajenos al hábeas corpus e incumben a los jueces de la causa, respecto de cuyas resoluciones, en caso de existir agravio, deberán hacerse valer los recursos legales correspondientes" ⁽¹²⁵⁰⁾.

Entiendo que *esta jurisprudencia se opone* a las razones que llevaron a la CS a dictar dos fallos trascendentales de su historia: "Siri" y "Kot".

En "Siri"⁽¹²⁵¹⁾ sostuvo "Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: 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 solo son requeridas para establecer 'en qué caso y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación', como dice el art. 18CN a propósito de una de ellas".

En "Kot"⁽¹²⁵²⁾ fue más allá, al sostener expresamente la procedencia del hábeas corpus contra decisiones judiciales al sostener que "Con respecto a la protección de la libertad corporal, la interpretación amplia es la que surge del pertinente precepto de la ley suprema: 'Nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente', dice el art. 18 con fórmula muy general, lo que significa establecer que, no tratándose de esa única hipótesis estricta, toda privación ilegítima de la libertad personal, sin distinción alguna acerca de quien emana, autoriza el amparo de la Constitución. Esta amplitud del 'hábeas corpus' es la que corresponde a la tradición del recurso en el derecho angloamericano —fuente inmediata del nuestro, a través de la Carta de los Estados Unidos del Norte— y si bien ha sido indebidamente restringido por la mayoría de los códigos procesales —que han tomado por *ratio* lo que era sólo *ocasio*—, es la que corresponde a la letra y al espíritu de la Constitución. Así lo reconocen diversos tratadistas de nuestro derecho: 'La ley no debe dar una garantía limitada, una protección parcial, diremos así, contra los actos de determinados poderes. Contra todos los poderes, incluso el judicial, contra los avances de los particulares, en cuanto afectan las garantías individuales, debe ella tener el mismo imperio e igual eficacia' (JOFRÉ, Tomás, *Manual de procedimiento criminal*, 1914, n. 164)".

Las razones de "Siri" y "Kot" fueron mantenidas por los votos en disidencia en los fallos "Pucci"⁽¹²⁵³⁾ y "Pucheta"⁽¹²⁵⁴⁾.

En el caso "Pucci", que trata de un hábeas corpus presentado por un obrero ferroviario *contra una sentencia firme de un tribunal militar* que lo había condenado a dos años de prisión por el delito militar de insubordinación, el Dr. Orgaz sostuvo "(...) que como principio, (ha dicho este Tribunal) el hábeas corpus no autoriza a sustituir en las decisiones que les incumben, a los jueces propios de la causa, respecto de cuyas resoluciones, en caso de existir agravio constitucional, caben en todo caso los recursos de ley (Fallos 233:103; 237:8, entre otros). Esta doctrina, sin embargo, es solo general o 'como principio' —según se dijo expresamente en el

primero de los fallos antes citados— y no absoluta: en derecho ninguna lo es. Ella presupone, en materia penal, que la competencia misma del Tribunal no está gravemente cuestionada. Presupone, además, un proceso regular y ordinario, donde el acusado ha podido elegir libremente a su defensor (defensor de confianza) y este defensor ha podido también ejercer libremente su ministerio, sin las trabas jurídicas o solamente morales que resultan de su pertenencia a un orden disciplinario estricto, como el militar. (...) Es suscripto estima que la mera posibilidad verosímil de que un ciudadano haya sido condenado por un tribunal incompetente a sufrir una condena de privación de la libertad, justifica que se dejen de lado las objeciones de carácter formal a fin de examinar la cuestión de inconstitucionalidad que el recurso plantea".

En "Pucheta" se interpuso un recurso de revisión contra la sentencia firme, dictada durante la última dictadura militar, que había impuesto pena de prisión perpetua con fundamento en la confesión del imputado que se tachaba de inválida por haber sido obtenida mediante la aplicación de torturas. El Dr. Baqué, en su voto en disidencia, entendió que el planteo no debía ser resuelto como un recurso de revisión sino como un hábeas corpus sosteniendo "(...) que es posible prescindir válidamente del *nomen iuris* utilizado por la apelante y atender a la real sustancia de la solicitud abriendo las vías legales que realmente correspondan, (...), pues la petición del recurrente resulta equiparable a un recurso de hábeas corpus, ya que lo que allí se requiere es el cese de la privación de la libertad en perjuicio de López, la cual se fundaría a su vez en la confesión inválida, que se alega, fue obtenida a partir de violaciones de derechos humanos fundamentales. Que no es decisiva, por otra parte, a los efectos de desechar la solución arriba delineada, la circunstancia de que la ley 23.098 no prevea expresamente el empleo del hábeas corpus para impugnar las sentencias judiciales. (...) el recurso de hábeas corpus constituye, entonces, la solución idónea al caso de autos ya que es 'el gran baluarte de la libertad personal, dado que es el remedio apropiado para determinar si una persona se encuentra legítimamente confinada y la causa de su confinamiento, y si no aparece una razón suficiente de detención, la parte tiene derecho a la inmediata soltura (...), se aplica a cualquier caso de restricción ilegal, cualquiera este sea dado que cualquier limitación en la libertad de un ser humano es, a los ojos del derecho, una privación de la libertad, sin importar el lugar o la forma con que se efectúa la restricción (...)', Joseph Story, 'Commentaries on the Constitution of the United States', nro. 1339, vol. 2, 3ª ed., 1858. (...) conforme los principios tradicionales del hábeas corpus contenidos

en el antiguo derecho angloamericano, que hace posible el uso del remedio para que los tribunales superiores corrijan actos ilegítimos de otras instancias judiciales (ver en este sentido, el voto del juez Brennan *in re: 'Fay v. Noia'* 372 US 391, p. 403 y sus citas y además David Watson, 'The Constitution of the United States, its history, application and construction', vol. I, 1910, p. 722). (...) No se le escapa al Tribunal la circunstancia de que en la presente ya ha recaído un pronunciamiento condenatorio, pasado en autoridad de cosa juzgada, (...) Sin embargo, existen circunstancias excepcionales en las que la necesidad de corregir graves violaciones al principio constitucional del debido proceso, autoriza a reconocer la validez de resoluciones que formalmente se apartan de lo dispuesto en una sentencia firme, ya que lejos de menoscabar la autoridad de la cosa juzgada la salvaguardan, porque salvaguardan su justicia, sin la cual el más íntimo sentido de dicha autoridad, que es su sentido moral, no es concebible (...)"

Ambos sostuvieron la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales, aun firmes y pasadas en autoridad de cosa juzgada, cuando exista *la mera posibilidad verosímil* de que en el caso exista violación al debido proceso y a la defensa en juicio y actos lesivos a la libertad.

Es criterio consolidado, la jurisprudencia de la CS, el que sostiene la improcedencia del hábeas corpus contra decisiones judiciales, *con una excepción*.

En el ámbito del hábeas corpus correctivo, donde la CS ha admitido el control de decisiones judiciales. En el caso "Gallardo"⁽¹²⁵⁵⁾ *se declaró procedente el pedido de hábeas corpus presentado por un detenido a un juez distinto al que entendía en la ejecución de la pena*, admitiendo la posibilidad de un control judicial "externo" y "adicional", "sin perjuicio de las facultades propias del juez de la causa"⁽¹²⁵⁶⁾.

El *criterio amplio*, que pone el foco en la existencia de soluciones idóneas para garantizar la libertad ambulatoria o la dignidad de la persona privada de su libertad, encuentra luego de la reforma de 1994 un fundamento normativo constitucional expreso habilitando "realizar una relectura del hábeas corpus y sostener que es procedente ante decisiones de autoridades que ostentan una competencia formal pero que han actuado violando derechos fundamentales"⁽¹²⁵⁷⁾.

En esta inteligencia entiendo que corresponde aplicar, en el ámbito federal, el criterio amplio receptado por la CS en "Gallardo", así como en los votos en disidencia en los fallos "Pucci"⁽¹²⁵⁸⁾ y "Pucheta"⁽¹²⁵⁹⁾, de manera que *su procedencia dependerá de si el procedimiento*

penal ordinario ofrece una vía idónea o no para proteger la libertad y la dignidad del privado de su libertad. Si la hay, habrá que estarse a ella; si no la hay o no es eficaz en el caso concreto, el hábeas corpus es plenamente procedente.

Esta posición es sostenida por la Cámara Federal de General Roca que ha concluido que corresponde apartarse del criterio seguido por la CS, que considera improcedente la acción contra actos jurisdiccionales, afirmando que "(...) Por mayor criterio restrictivo que se posea en materia de nulidades, resulta imposible reputar válidas las actuaciones. Menos todavía asignarles el carácter de un verdadero juicio, pues estos no se reducen a incorporar papeles detrás de una carátula. (...) Aun admitiendo que la judicante obró dentro de la esfera funcional que tiene asignada, la pregunta es si la privación que sufre actualmente, pese a sustentarse en una orden escrita de autoridad judicial (...) es legal"⁽¹²⁶⁰⁾.

Alejandro Carrió sostiene que "(...) si por alguna razón (...) un condenado por sentencia firme puede seriamente argumentar que a esa condena se llegó con violación de sus derechos constitucionales, firmemente creo que los tribunales no deberían cerrarle a aquel, como de un portazo, la vía del hábeas corpus"⁽¹²⁶¹⁾.

Resulta de interés el criterio de los tribunales federales de los Estados Unidos de América, donde se admite la procedencia del hábeas corpus a efectos de lograr la revisión de una sentencia firme emitida por tribunales ordinarios. Para decidir respecto de su procedencia analizan "en qué medida el condenado ha tenido una oportunidad para discutir, de manera amplia y adecuada, la constitucionalidad del proceso que se le ha seguido. Si ello ha sido así, no puede invocar ante los tribunales federales que una determinada prueba ha sido obtenida, por ejemplo, por medio de una detención, allanamiento o secuestro ilegal"⁽¹²⁶²⁾.

5.1.2.2. Ámbito provincial

Ante otro panorama nos encontramos en el ámbito provincial, donde dependiendo de la jurisdicción, tanto la legislación como la jurisprudencia admiten la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales. Sin pretender agotar el tema respecto de cada ordenamiento local —me es imposible hacerlo en este trabajo— haré referencia a algunos ámbitos distintos al federal.

En la provincia de Buenos Aires, el art. 164 del Cód. Proc. Penal establece expresamente que se podrá interponer "petición de hábeas corpus" contra la decisión judicial que disponga detención, prisión preventiva o denegare su cese⁽¹²⁶³⁾.

En la provincia de Santa Fe, la Cámara Penal de Rosario lo declaró procedente señalando que "El hábeas corpus contra actos o decisiones judiciales es admisible —aunque no estuviere previsto legalmente— en casos en que aparezca de modo claro y manifiesto una grosera violación de la Constitución directamente derivada de la irregular privación de la libertad, ordenada o convalidada jurisdiccionalmente, y no existiera un procedimiento expeditivo para soslayar el daño grave e irreparable"⁽¹²⁶⁴⁾.

Las Constituciones de Buenos Aires, Santa Fe, Catamarca, La Pampa, Mendoza, Corrientes, Misiones, Tucumán, Río Negro, Santa Cruz⁽¹²⁶⁵⁾ y Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevén el hábeas corpus sin hacer distinción alguna que permita sostener su improcedencia contra decisiones judiciales.

Las Constituciones de Santiago del Estero, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Salta, Chubut y Córdoba⁽¹²⁶⁶⁾, establecen expresamente que la acción procede "(...) sin detrimento de las facultades del juez del proceso (...)", al prever la procedencia de la acción en caso de agravamiento de las condiciones de detención.

Las Constituciones de San Juan, La Rioja, San Luis, Neuquén⁽¹²⁶⁷⁾ declaran la procedencia de la acción remarcando que el juez "ejerce su potestad jurisdiccional por sobre todo otro poder o autoridad pública".

Por su parte, prevén expresamente la procedencia del hábeas corpus contra decisiones judiciales, las Constituciones de Jujuy, Entre Ríos, Chaco y Formosa⁽¹²⁶⁸⁾.

Donde la norma constitucional o legal expresamente prevé la procedencia del hábeas corpus contra decisiones judiciales no existe discusión posible respecto al punto.

5.1.2.3. *Ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

El texto constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires admite expresamente el hábeas corpus contra decisiones judiciales. El art. 13 inc. 1º de la CCABA exige orden judicial fundada, y el art. 15, CCABA declara procedente el hábeas corpus cuando la libertad física es afectada "en cualquier situación y por cualquier motivo".

De la lectura de ambos artículos surge claramente la procedencia de la acción frente una orden judicial arbitraria, o sea *no fundada*.

En razón de ello, la jurisprudencia de los tribunales locales de la Ciudad de Buenos Aires, ha declarado la procedencia del hábeas corpus contra decisiones del Ministerio Público Fiscal del Poder Judicial⁽¹²⁶⁹⁾ entendiendo "Que debe considerarse que la práctica denunciada, materializada por las agencias de prevención, es dirigida

por los agentes del Ministerio Público Fiscal, cuanto menos con la ratificación, pues son los Fiscales los que disponen las medidas que debe llevar adelante la policía, cómo y cuándo deben hacerlo, respetando y teniendo presente en cada acto los estándares legales y de garantía que el plexo constitucional ordena. (...).

Esto es, la práctica que se quiere prevenir y hacer cesar, es la de los integrantes del Ministerio Público Fiscal, y precisamente la que llevaría a que niñas, niños y adolescentes sufran restricción de libertad en el ámbito de la sede policial".

Frente al planteo realizado por el Ministerio Público Fiscal respecto de la imposibilidad de entablar la acción en su contra se resolvió que "si bien es cierto que la ley orgánica de ese Ministerio propone la actuación de un Fiscal de Instancia ante sus pares de la jurisdicción, debe comprenderse que la citación como autoridad requerida del representante del órgano, no es ya en el ámbito funcional como poder público, sino como órgano jerárquico respecto del cual se requiere una explicación de una política o práctica que ha sido considerada negativa y discordante con el ordenamiento en el marco de una acción como la que nos ocupa.

Que no se desconoce que quien suscribe es un juzgador de Primera Instancia, y que ante la instancia concurren los actores del sistema judicial de igual jerarquía. Sucede que, en el presente, no se dispuso que el Fiscal General comparezca (o se haga representar) frente a esta instancia en su carácter funcional como actor del sistema judicial, sino que, nuevamente reitero, se dispuso que lo haga como representante y autoridad del órgano requerido para dar cuenta de lo que la potestad jurisdiccional le ha mandado a explicar; nadie, que ocupe el cargo que ocasionalmente detente puede ser excluido del imperio del Poder Judicial"⁽¹²⁷⁰⁾.

El texto constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires admite expresamente el hábeas corpus contra decisiones judiciales. En efecto, el art. 13 inc. 1º de la CCABA exige orden judicial fundada, y el art. 15, CCABA declara procedente el hábeas corpus cuando la libertad física es afectada "en cualquier situación y por cualquier motivo".

De la lectura de ambos artículos surge claramente la procedencia de la acción frente una orden judicial arbitraria, o sea *no fundada*.

5.1.2.4. Ámbito de los tribunales nacionales con jurisdicción en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Una situación merecedora de comentario se da en el ámbito de los juzgados nacionales con competencia en la Ciudad de Buenos Aires. Los arts. 13 y 15 de la *Constitución local rigen en todo el ámbito de*

la CABA y deben ser aplicados por la totalidad de los jueces que ejerzan jurisdicción dentro su ámbito territorial. Esto es así por la sencilla razón de que los juzgados "nacionales" son juzgados con competencia territorial en la CABA (exclusivamente) de carácter ordinario que aplican derecho común.

Dado el imperio de los arts. 13 y 15 de la Constitución de la CABA y la obligación respetarla y hacerla respetar por parte de todos los jueces ordinarios (dependan del Poder Judicial de la Nación o de la Ciudad) es que los jueces "nacionales" con competencia en materia de hábeas corpus cuentan con una norma constitucional que funda la procedencia de la acción contra decisiones judiciales arbitrarias ("no fundadas" en los términos del art. 13) que lesionen, restrinjan, alteren o amenacen la libertad física *en cualquier situación y por cualquier motivo* (art. 15).

Esta solución también la impone el art. 1º de la ley 23.098 cuando, receptando el principio *pro homine*, establece que "(...) no obstará a la aplicación de las constituciones de provincia o de leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan más eficiente protección de los derechos a que se refiere esta ley".

Por otra parte, el criterio restringido sostenido por la CS no constituye un precedente de obligatorio seguimiento⁽¹²⁷¹⁾ para los tribunales inferiores ordinarios que aplican derecho ordinario y/o local.

En primer lugar, la regla del valor obligatorio de los precedentes de la CS rige en toda su extensión en el ámbito federal. En el ámbito local, su valor se encuentra relativizado por el contenido del derecho local que los tribunales nacionales, con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, se encuentran obligados a aplicar.

En segundo término, y vinculado al anterior, la aplicación de los principios *pro homine*⁽¹²⁷²⁾ y *pro actione* impone interpretar y aplicar las normas susceptibles de gobernar el caso de la manera de proteger de manera más sincera, abierta y efectiva los derechos fundamentales de acceso a la justicia, a la libertad física y la dignidad humana.

En tercer lugar, debemos siempre tener presente que el criterio de la CS respecto de la obligatoriedad de los precedentes ha sido errático "a veces, la Corte ha admitido explícitamente la obligatoriedad⁽¹²⁷³⁾; en otras ha dicho que sus fallos deciden únicamente el caso concreto sometido a su conocimiento y no obligan sino en él⁽¹²⁷⁴⁾; otras veces y refiriéndose al acatamiento de su jurisprudencia por parte de los demás tribunales, ha sostenido que los jueces tienen la obligación "moral"⁽¹²⁷⁵⁾ de conformar sus decisiones a la jurisprudencia del Alto Tribunal"⁽¹²⁷⁶⁾.

5.1.2.5. Particulares

En el derecho comparado, la acción contra particulares fue expresamente admitida en el derecho inglés desde 1816⁽¹²⁷⁷⁾. En el ámbito nacional la doctrina constitucional la consideraba implícitamente receptada en el art. 18CN⁽¹²⁷⁸⁾. Resulta plenamente aplicable la doctrina establecida por la CS en "Kot" cuando estableció que "Admitido que existe una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual (art. 33, CN), ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto y a priori toda restricción que emane de personas privadas. (...) Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados 'derechos humanos' —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada —que es, desde luego, la del 'hábeas corpus' y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc.— por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos"⁽¹²⁷⁹⁾.

En cuanto al procedimiento que debe seguirse en caso de hábeas corpus contra actos u omisiones de particulares no existe ley reglamentaria. La ley 23.098 reglamenta únicamente la acción contra actos de autoridades públicas (art. 2º). Ante esta carencia, Sagües entiende "que la judicatura dé trámite también a la acción, empleando analógicamente la mencionada ley 23.098, sin perjuicio de su adaptación a las peculiaridades de una pretensión contra sujetos privados"⁽¹²⁸⁰⁾.

5.2. Arresto o detención arbitraria o con ilegalidad manifiesta

El hábeas corpus es procedente contra un arresto o detención arbitraria (art. 43, CN y arts. 8º y 9º, DUDH) o ilegal (art. 43, CN, art. 7º.6., CADH, art. 9º.4, PIDCP, art. 25, DADDH y art. 35, inc. d], CDN).

Según el diccionario de la Real Academia Española, *arrestar* significa "Retener a alguien y privarlo de su libertad"⁽¹²⁸¹⁾. La doctrina y la jurisprudencia han entendido el término "arrestado", utilizado por el art. 18, CN, en sentido amplio: como cualquier grado de restricción a la libertad ambulatoria. El término abarca: demora⁽¹²⁸²⁾, "detención, prisión o reclusión (preventiva o punitiva) en cárcel, domiciliaria o en cualquier otro lugar con

apoderamiento físico de la persona, o por su confinamiento o internación en un espacio —más amplio—, pero limitado al fin de cuentas"⁽¹²⁸³⁾. Esta es la interpretación más respetuosa de la literalidad del texto constitucional y de los principios *pro homine* y *pro libertate*⁽¹²⁸⁴⁾.

¿Cuándo un *arresto o detención es arbitrario o ilegal*? La respuesta dada históricamente, antes de la sanción del art. 43, CN es que el arresto es ilegal o arbitrario cuando viola el art. 18 de la CN que establece que nadie puede ser privado de su libertad sino es a través de "orden escrita de autoridad competente"⁽¹²⁸⁵⁾.

Con la reforma constitucional de 1994, el art. 43 y los tratados internacionales del art. 75, inc. 22 de la CN se amplían los supuestos de arresto o detención arbitraria o ilegal hacia nuevos horizontes abriendo la puerta de procedencia del hábeas corpus ante decisiones arbitrarias o no fundadas dictadas por escrito por autoridades competentes.

El art. 25 de la DADDH en línea con el art. 18 de la CN exige que los casos y las formas establecidas para privar de la libertad sean establecidas previamente por la ley (en sentido formal y material)⁽¹²⁸⁶⁾.

De esta forma, para que una detención o arresto sea legal deben cumplirse los siguientes requisitos:

5.2.1. Debe fundarse en ley previa⁽¹²⁸⁷⁾

Resulta ineludible la existencia de ley previa que establezca en forma clara y precisa en qué casos y en qué forma puede llevarse a cabo una detención.

La calificación como autoridad competente y el establecimiento en forma clara y precisa de los casos en que se imponga efectuar un arresto deben ser fijados en forma *previa por una ley*, en sentido formal y material, por imperio del arts. 18 y 75, inc. 22 de la CN.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos "(...) ha dicho que nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal) (...) "⁽¹²⁸⁸⁾.

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que el art. 7º.2 de la CADH obliga que la Constitución o las leyes *definan clara, precisa y pormenorizadamente las condiciones en que una detención puede llevarse a cabo*.

La Comisión entendió que *una ley entra en contradicción con la CADH cuando utiliza términos vagos, ambiguos, poco claros, indeterminados o imprecisos dejando (de hecho o de*

derecho) *librada la determinación de las causas de detención al libre arbitrio del agente policial*⁽¹²⁸⁹⁾.

Robusteciendo este requisito, la CS ha reconocido que "resulta obvio que la 'competencia' para efectuar arrestos a que se refiere la norma constitucional sólo puede provenir de un expreso mandato legislativo y debe, además, ejercerse en las formas y condiciones fijadas por esa disposición legal. (...) *No basta la existencia de una ley para autorizar indiscriminadamente el empleo de la coacción estatal sino que esta debe limitarse a los casos en los que aparece fundadamente necesario restringir ciertos derechos de quien todavía aparece como inocente ante el sistema penal ya que de lo contrario las garantías del art. 14 serían letra muerta*"⁽¹²⁹⁰⁾.

5.2.2. Quien resuelva detener a una persona sea autoridad competente

El principio básico del Estado de Derecho impone "que entre el individuo y la coacción estatal se interponga siempre un juez"⁽¹²⁹¹⁾.

El primer requisito para ser competente es que la autoridad sea *de iure*, jamás podrá ser competente una *de facto*. Autores como Sagüés (aun después de la reforma constitucional) y Romero afirman que "la autoridad puede ser de *iure* o *de facto*".

No comparto su criterio, aun antes de la reforma de 1994, mas el [art. 36](#) de la CN zanja definitivamente la cuestión cerrando cualquier posible discusión al respecto al establecer que todos los actos de autoridades *de facto* "serán insanablemente nulos" otorgando a todos los ciudadanos "el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo".

La CN autoriza a detener, en forma expresa a la "autoridad competente" (art. 18) y al presidente de la Nación, única y exclusivamente, durante el estado de sitio (art. 23).

Nino, al reflexionar sobre el concepto de "autoridad competente", del art. 18 de la CN sostenía "(...) ella no puede ser el presidente o algún funcionario que dependa de él, salvo en caso de estado de sitio, de acuerdo con el art. 23, ya que ello implica ejercer funciones judiciales que le está prohibido por el art. 95. Además, la detención (...) es, a los efectos relevantes, una pena, y el presidente, según el mismo art. 23 interpretado *a fortiori*, no puede imponer penas. Tampoco puede imponerla el Congreso, salvo en los casos restringidos en que las Cámaras ejercen poderes disciplinarios; por lo tanto, el único poder autorizado para emitir una orden de detención legítima es el Judicial, salvo el caso de estado de necesidad, o la excepción ya mencionada del estado de sitio"⁽¹²⁹²⁾.

La Constitución al referirse a "autoridad competente", a secas, permite al legislador definirla teniendo siempre presente que "(...) no cualquiera puede ser 'autoridad competente', según el espíritu de la ley suprema; es decir el Congreso no puede válidamente autorizar a quien quiera para arrestar. (...) los autorizados para arrestar según la Constitución son o el Poder Ejecutivo durante el estado de sitio, o a los fines del debido proceso del art. 18 de la CN, los órganos jurisdiccionales y sus auxiliares, como los de instrucción sumaria"⁽¹²⁹³⁾.

Carrió, Vélez Mariconde, Maier, entre otros, sostienen que la "autoridad competente" son los jueces, pertenecientes al Poder Judicial, dado que una orden de arresto solo puede ser emitida por el poder que la propia Constitución estableció para impartir justicia⁽¹²⁹⁴⁾.

La razón para poner en cabeza de los jueces la decisión respecto de la procedencia del arresto ha sido hallada en que se encuentran en una mejor situación para garantizar que la restricción a la libertad de las personas responde a razones y no al accionar arbitrario del poder.

Así se le han reconocido el carácter de autoridad competente a:

— Los jueces con competencia civil, comercial, laboral, contencioso administrativa y otras; por vía legislativa también cuentan con competencia para arrestar en determinados supuestos (arts. 35, inc. 3º, 217 y 431, Cód. Proc. Civ. y Com., art. 24, Ley 23.098).

— *Salas del Congreso.* A pesar de que la Constitución no le otorga a ninguna de las cámaras del Congreso la potestad de arrestar en ningún caso, la jurisprudencia de la CS la admitió en el caso "De la Torre, Lino"⁽¹²⁹⁵⁾, para luego modificar su criterio a partir del caso "Acevedo, Eliseo"⁽¹²⁹⁶⁾, cuando sostuvo que el Senado de la Nación no es autoridad competente para juzgar el delito de desacato y, por consiguiente, para constituir en prisión a la persona a quien se le atribuye. Jurisprudencia de tribunales inferiores ha establecido que las Cámaras del Congreso solo tienen facultades disciplinarias para que el cuerpo pueda sesionar⁽¹²⁹⁷⁾, y así como tienen atribuciones para mantener el orden y la disciplina en sus recintos y contar con el auxilio policial a tales efectos, no son competentes para arrestar a personas por haber ofendido al Poder Legislativo o a sus miembros, temas estos que están únicamente reservados a los jueces en lo penal⁽¹²⁹⁸⁾.

La CS en "Pelaez"⁽¹²⁹⁹⁾ estableció que el Senado carece de competencia para arrestar por acciones que no signifiquen entorpecimiento u obstrucción a las funciones de la Cámara. Esta línea fue reafirmada por la CS en el caso "Soaje

Pinto"⁽¹³⁰⁰⁾ agregando que la acción debía obstruir o entorpecer en forma "directa" el funcionamiento Legislativo.

— *Fuerzas de seguridad*. Los Códigos Procesales en lo Penal contienen normas que dan competencia a los integrantes de fuerzas seguridad para realizar arrestos con carácter excepcional en casos de extrema urgencia, debiendo dar inmediata intervención a la autoridad judicial (p. ej.: arts. 184, incs. 3º y 8º; 284 del Cód. Proc. Penal).

El supuesto, por excelencia, en el cual las fuerzas policiales pueden proceder a detener sin orden judicial es en caso de flagrancia. Es el único de los supuestos, legalmente previstos, del cual se puede pregonar fundamento constitucional: el [art. 69](#) de la CN.

Para que la actuación policial sea constitucionalmente válida debe estar fundada en supuestos previamente determinados con precisión por ley, necesarios, y únicamente cuando existan motivos objetivos previos al accionar policial.

— *Capitanes de buques o aeronaves*. La [ley 20.094](#) en su [art. 121](#) establece que ejerce funciones de policía, correspondiéndole mantener el orden interior del buque, reprimir las faltas cometidas a bordo por tripulantes o pasajeros e imponer allí las sanciones establecidas por leyes y reglamentos, así como instruir, en caso de delito, la prevención según el Cód. Proc. Penal ([art. 122](#), [ley 20.094](#)). La CS, en el caso "Franzese, Marino s/hábeas corpus" reconoció a los capitanes de buques a detener a quien habría delinquido en alta mar, hasta someterlo a sus jueces naturales⁽¹³⁰¹⁾. Las mismas atribuciones tiene el comandante de aeronave en virtud de los arts. 81 y 204 del Código Aeronáutico, el cual establece que debe poner al arrestado a disposición de la autoridad competente del lugar del primer aterrizaje.

Por su parte, se ha resuelto que *no son autoridades competentes*:

— Los funcionarios administrativos llamados "jueces administrativos": El [art. 44](#) de la [ley 11.683](#) (hoy derogado) daba competencia a los "jueces administrativos" para disponer arrestos. Si bien la norma fue derogada, conserva actualidad e interés lo sostenido por el Poder Judicial respecto de dichas competencias atribuidas por ley. Si bien existió jurisprudencia que dio validez a la detención por parte de funcionarios administrativos⁽¹³⁰²⁾ lo cierto es que la mayoría de la jurisprudencia declaró la inconstitucionalidad de tales atribuciones entendiendo que solo los jueces del Poder Judicial están habilitados para imponer penas privativas de libertad⁽¹³⁰³⁾ y que tales atribuciones violaban los arts. 23 y 109 de la CN en tanto le impiden al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales, arrogarse el

conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas, ni aún durante el estado de sitio⁽¹³⁰⁴⁾.

5.2.3. Prohibición absoluta de delegación

En todos los casos en que la CN, los tratados o las leyes otorgan competencia para arrestar *no se encuentra admitida la delegación* a otras personas u organismos.

Estrada sostenía que la Constitución "(...) prohíbe implícita, pero claramente, que los magistrados competentes deleguen la potestad que les confieren"⁽¹³⁰⁵⁾.

Su opinión fue compartida por la CS, que estableció respecto de las detenciones dispuestas por el PEN, durante el estado de sitio que "(...) esta facultad es indelegable por naturaleza (...) "⁽¹³⁰⁶⁾ y que el derecho a arrestar "(...) debe materializarse a través de actos que emanen directamente del presidente de la Nación"⁽¹³⁰⁷⁾.

5.2.4. La orden de detención debe ser formalizada por escrito

Es condición de validez del arresto que se funde en una "orden escrita" previa.

La orden debe existir materialmente a efectos de acreditar su existencia y permitir el necesario control judicial.

No es válida una orden de detención verbal⁽¹³⁰⁸⁾.

Tampoco son válidas las detenciones ejecutadas alegando órdenes o normas secretas⁽¹³⁰⁹⁾.

Debe cumplir con todos los requisitos formales propios del documento (firma, fecha del acto) y las que acrediten su autenticidad, según sea la autoridad que lo dicte.

Debe incluir el nombre de la persona a detener, siendo nulas las órdenes de detención "en general o en blanco"⁽¹³¹⁰⁾.

Debe estar motivada y fundada en causa legal. Al respecto Bielsa sostenía que "(...) limitar la significación de la palabra escrita (según la Constitución) a la forma material de expresar la voluntad por oposición a la oral, sería disminuir el valor de la expresión en el derecho. Lo escrito es como lo actuado, algo documental, fundado, explicado. No es solamente prueba material, sino jurídica"⁽¹³¹¹⁾.

Por esta razón es que el legislador ha fijado las condiciones que el juez debe cumplir para dictar una orden de detención válida (p. ej.: arts. 282 y 283 del Cód. Proc. Penal)⁽¹³¹²⁾.

La orden original debe ser exhibida al detenido y debe ser agregada (en su materialidad misma)⁽¹³¹³⁾ al expediente de hábeas corpus por parte de la autoridad pública requerida (art. 11 ley 23.098).

5.2.5. Detención fundada (no arbitraria)

Bielsa ve claramente el problema que trae aparejado realizar un análisis formal en el marco del hábeas corpus respecto de la legalidad de la detención.

Como cualquier otro acto jurídico, el arresto debe estar fundado en los hechos del caso y en el derecho aplicable, siempre teniendo como máxima interpretativa el principio *pro homine*⁽¹³¹⁴⁾ y *pro libertate*.

El art. 43, CN establece expresamente que el hábeas corpus procede contra cualquier decisión que con arbitrariedad lesione, restrinja, altere o amenace, abriendo los horizontes a límites más amplios que los previstos por la ley 23.098 y el art. 18 de la CN, pudiendo interponerse en casos en que exista detención con orden escrita de autoridad competente actuando en base a ley previa pero con arbitrariedad, siendo aplicable aquí la doctrina de la arbitrariedad desarrollada por la CS.

No tiene ninguna importancia el modo en que se ha dispuesto el arresto o la detención, sino que medie una situación de privación de libertad física, que haya sido dispuesta sin orden escrita o sin base en una ley anterior que establezca los casos y las formas de la detención, resuelta por autoridad incompetente⁽¹³¹⁵⁾ *o en forma arbitraria.*

Donde existe mayor riesgo de arbitrariedad es en las detenciones ejecutadas sin orden judicial, esto es, las llevadas a cabo por las fuerzas de seguridad.

Las fuerzas de seguridad únicamente pueden detener con fundamento en los casos previa y precisamente determinados por ley, únicamente cuando existan motivos objetivos previos suficientes, y sea necesario proceder sin previa orden judicial.

La exigencia relativa a la presencia efectiva de motivos previos implica la imposibilidad de fundamentar la detención a partir del resultado obtenido posteriormente. *El fundamento de la detención debe existir previamente.*

Este requisito se le aplica igualmente a las detenciones ordenadas judicialmente, y por tanto debe robustecerse cuando la policía actúa en forma autónoma. En estos casos, los actos de las fuerzas policiales deben controlarse aplicando el estándar de exigencia más elevado, ya que no se cumple con la existencia de orden judicial tal como la Constitución requiere. Entiendo que esto es obvio, ya que si la actuación policial fuera evaluada con el mismo estándar que rige para un juez, o lo que es lo mismo, si la policía puede hacer lo mismo que un juez, el art. 18 de la Constitución no tendría ningún sentido.

En esta inteligencia se ha sostenido que "La flagrancia que permite prescindir de orden judicial se da solo en tanto y en cuanto la comisión del delito sea exteriormente reconocible (...); es a todas

lucen incorrecto hablar de flagrancia cuando la comisión del hecho solo pudo ser advertida como consecuencia de la requisa. Dicho de otras palabras, si hubo que recurrir a la requisa fue, justamente, porque no era posible saber desde lo externo qué era lo que R. tenía vinculado a un delito, o si en suma, 'tenía algo'. En consecuencia, no puede ser esta la justificación para quebrar la regla que exige orden judicial para requisar"⁽¹³¹⁶⁾.

Al respecto, la CS ha sostenido que *la norma que autoriza la detención con fines de identificación no implica una autorización en blanco para detener personas al antojo de las autoridades policiales, sino que requiere razones que justifiquen la razonabilidad de la detención*. Si no existen esas razones la detención será ilegal⁽¹³¹⁷⁾.

La detención al solo efecto de determinar su identidad o la existencia de antecedentes es inconstitucional por vulnerar el principio de inocencia⁽¹³¹⁸⁾ e implica una privación de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente⁽¹³¹⁹⁾.

Esta doctrina sufrió un retroceso a partir del caso "Fernández Prieto" (1999), en el que la CS avaló una detención aplicando el estándar de la "actitud sospechosa" juzgada por la autoridad policial.

El criterio de "Fernández Prieto", confirmado en otros fallos, fue objeto de duras y fundadas críticas ya que bajo la alegación de "actitud sospechosa" se suelen esconder la inexistencia de motivos objetivos previos que funden la detención. De esta forma se avalan detenciones sin orden judicial, sin conocer cuáles fueron las circunstancias en concreto que llevaron a la policía a dicha conclusión.

Sobre estas fórmulas utilizadas para fundar detenciones policiales, Petracchi entendió, en su voto en disidencia, que "(...) el recurso a una fórmula estereotipada como la 'actitud sospechosa' remite a una *opacidad indescifrable* que no satisface la exigencia de la debida fundamentación de los actos estatales, y, por tanto, carece de relevancia cuál sea la autoridad de la que estos emanen. Cuando existen instrumentos destinados al control de las decisiones, y a fin de que dicho control no se torne una mera ficción, en ellas deben expresarse las características particulares del caso que llevan a la aplicación de una determinada consecuencia jurídica, y no es suficiente con invocar una razón que, sin cambio alguno, podría servir de comodín para ser utilizada en cualquier otro supuesto"⁽¹³²⁰⁾.

En "Peralta Cano"⁽¹³²¹⁾, la CS se alejó del criterio sentado en "Fernández Prieto" sosteniendo que la "mera existencia de una denuncia anónima" y la alegación del policía de que el joven portaba un elemento (en el caso: un destornillador) no eran razones

suficientes para fundar una detención, debiendo la autoridad policial fundar su accionar en circunstancias objetivas que hayan ocurrido.

Resulta plenamente aplicable y vinculante el estándar establecido por la Comisión IDH en el caso "Dayra María Loveyer Jiménez vs. Ecuador" ya referido al tratar el requisito de ley previa⁽¹³²²⁾.

Respecto de esta práctica policial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Torres Millacura y otros vs. Argentina"⁽¹³²³⁾ estableció que "(...) para los efectos del art. 7º de la Convención, una 'demora', así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación a la libertad física de la persona y, por lo tanto, toda limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando esta sea compatible con la Convención. (...) el Tribunal observa que el art. 10, inc. b), de la ley 815 vigente a la fecha de los hechos autorizaba a la policía de la provincia del Chubut a '[d]emorar', esto es, a restringir la libertad física de cualquier persona cuyos antecedentes '[fuera] necesario conocer (...) en circunstancias que lo justifi[caran]'. Por lo tanto, esta disposición no precisaba concretamente los supuestos por los cuales los policías podían 'demorar' a una persona con la finalidad de identificarla o averiguar sus antecedentes. (...) Para la Corte, al no establecer causas concretas por las cuales una persona podía ser privada de su libertad, el art. 10, inc. b) de la ley 815 permitió a los policías de la Provincia del Chubut interferir con la libertad física de las personas de forma imprevisible y, por lo tanto, arbitraria. Consecuentemente, la Corte considera que dicha disposición fue contraria a los arts. 7.3 y 2 de la Convención Americana".

Esta inteligencia del art. 7º de la CADH y el carácter arbitrario de las detenciones policiales realizadas sobre la base de normas que no establezcan causas concretas que habiliten la privación de libertad, resultan obligatorios para todos los funcionarios y jueces del país, no solo por imperio del art. 75, inc. 22 de la CN, en cuanto establece su jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia", conforme la jurisprudencia de la CS⁽¹³²⁴⁾, sino también porque la República Argentina fue condenada en dicho fallo.

5.2.6. Orden originalmente válida que deviene ilegal

En todos los casos, la CN y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos del art. 75, inc. 22, CN imponen como requisito esencial para que el arresto sea legal que la persona privada de su libertad sea puesta a disposición del juez penal competente en forma inmediata.

Si la autoridad competente según la Constitución o las leyes, mediante orden escrita efectiviza un arresto y no pone a la persona privada de su libertad a disposición del juez, el arresto deviene en ilegal y el hábeas corpus resulta procedente.

VI. CARÁCTER ESENCIAL DE LA ACCIÓN: EFICACIA

En atención a la experiencia histórica tanto a nivel nacional como internacional, el principal problema al que debe dar respuesta la acción de hábeas corpus es su efectividad.

En vista al desafío para el que está llamado a poner remedio, tanto la CN, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la ley 23.098, las Constituciones provinciales, la doctrina y la jurisprudencia (sobre todo de la CIDH) contienen disposiciones expresas a fin de garantizar la efectividad de la garantía. A saber:

6.1. Rapidez

Es su cualidad propia y distintiva. Así lo reconoció la CS en la causa "Recurso de hábeas corpus a favor de Pedro Aguirre y otros, alistados en el ejército de línea"⁽¹³²⁵⁾ de 1891, cuando definió al hábeas corpus como "completamente sumario en todos los casos". El art. 43 de la CN dispone que el juez "resolverá de inmediato".

Es jurisprudencia consolidada el criterio que ordena reducir al mínimo las cuestiones de competencia que obstaculicen la rapidez del proceso⁽¹³²⁶⁾, que la lentitud en la tramitación de la acción "constituye una trasgresión a las disposiciones legales vigentes"⁽¹³²⁷⁾ y que la celeridad es esencial⁽¹³²⁸⁾. En esta inteligencia, la CS sostuvo que "No condice con las características propias del hábeas corpus, la actuación del funcionario policial que trasladó a conocimiento del juez, la nota que recibió, sólo dieciocho días después. (...) No condice con las características propias del hábeas corpus, la actuación del juez que, pasados tres días de recibida la denuncia, dispuso oír al beneficiario en audiencia a celebrarse cuatro días después, desnaturalizando el procedimiento sumario previsto por la ley 23.098", razón por la cual dispuso un llamado de atención al juez interviniente⁽¹³²⁹⁾.

La ley 23.098 da cuenta de esta cualidad esencial al disponer un procedimiento regido por la urgencia. Formulada la denuncia, inmediatamente la autoridad debe presentar al detenido el informe circunstanciado y la orden escrita de autoridad competente (art. 11). En caso de rechazar la denuncia debe elevar inmediatamente el expediente a la Cámara de Apelaciones, la que tiene que resolver "a más tardar dentro de las 24 horas" y, en caso de que la Cámara tenga

su asiento en sede distinta, deberá remitir testimonio completo por el medio más rápido posible (podría ser vía informática) para que en caso de que el superior revoque la decisión continúe de "inmediato" el procedimiento (art. 10). La prueba se produce en una única audiencia oral (art. 14), la cual en caso de necesidad de producir alguna prueba debe continuar en un plazo que no exceda las 24 horas (art. 15). Concluida la audiencia, el juez debe resolver inmediatamente (art. 17). Esta resolución puede ser apelada en el plazo de 24 horas, y la cámara resolver dentro de las 24 horas, término en el que las partes pueden fundar el recurso o mejorar fundamentos. Debe repararse que el plazo de 24 horas es máximo "a más tardar" (art. 10), razón por la cual, el juez o la Cámara deben resolver antes del cumplimiento del mismo. La ley utiliza la expresión "de inmediato" o "inmediatamente" en 9 oportunidades a lo largo de su texto.

6.2. Informalismo

La acción no está sujeta a formalidades que dilaten o afecten su eficacia u operatividad. El proceso es sumarísimo y básicamente sencillo⁽¹³³⁰⁾. El pedido de hábeas corpus puede plantearse oralmente (art. 9º), encontrándose prohibido al juez rechazar la denuncia por defectos formales (art. 10 *in fine*, ambos de la ley 23.098).

Así se ha resuelto que cualquiera sea el medio a través del cual se realice la denuncia de hábeas corpus presentado, por fax o mediante un trozo de papel parcialmente legible, el juez debe hacer comparecer personalmente al denunciante a fin de verificar la seriedad de la presentación o la identidad de su autor⁽¹³³¹⁾.

6.3. Inmediación

Otra característica esencial que impone la obligación al juez de requerir la presencia física de la persona privada de la libertad ante él (art. 11, ley 23.098), así como la obligación de la autoridad o el particular a presentarlo ante el juez (art. 12, ley 23.098). Obviamente es también un derecho de la víctima de la privación de la libertad (art. 14, ley 23.098).

El cumplimiento de la inmediación es esencial porque es la única forma de que el juez pueda evaluar los hechos con plenitud, permitiéndole al mismo tiempo preservar la integridad psíquica y física del detenido y garantizar el cumplimiento del auto de hábeas corpus⁽¹³³²⁾.

6.4. Legitimación

Para garantizar la protección de los derechos amparados por el hábeas corpus se otorga una legitimación amplísima, constituyendo una verdadera acción popular. "Toda persona" puede plantearlo en beneficio de cualquier persona o colectivo, sin tener que acreditar vínculo o relación alguna entre ellos.

6.5. Inconstitucionalidad de la norma

El art. 43, CN establece que "el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva" y el art. 6º de la ley 23.098 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".

6.6. Los jueces son la única autoridad competente para resolver hábeas corpus

La totalidad de las normas con jerarquía constitucional fijan exclusivamente en los *jueces* la atribución de resolver las acciones de hábeas corpus. La Corte IDH, en el caso "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador"⁽¹³³³⁾ estableció expresamente que "El art. 7º.6 de la Convención es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del 'arresto o detención' tiene que ser 'un juez o tribunal'. Con ello la Convención está resguardando que el control de la privación de la libertad debe ser judicial".

6.7. Potestades de los jueces para garantizar la efectividad de la acción

La Corte IDH, en el caso "Cesti Hurtado"⁽¹³³⁴⁾ sostuvo que "Esta Corte comparte la opinión de la Comisión en el sentido de que el derecho establecido en el art. 7º.6, es obtener una decisión pronta 'sobre la legalidad del arresto o la detención' y, en caso de que estos fuesen ilegales, la ejecución, también sin demora, de una orden de libertad. Asimismo, la Corte ha declarado que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No

pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones".

A fin de otorgar eficacia a la acción el art. 10 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. establece que "(...) las autoridades judiciales competentes tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivo para creer que se puede encontrar a la persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar".

En la misma línea y a los mismos fines, la ley 23.098 establece expresamente:

— El principio *pro homine, pro actione y pro libertate* en su art. 1º cuando establece que la vigencia de la ley "no obstará a la aplicación de las constituciones provinciales o de leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan más eficiente protección de los derechos a que se refiere esta ley".

— La competencia de cualquier juez o tribunal cuando se "ignora la autoridad de quien emana el acto denunciado como lesivo" (art. 2º).

— La potestad de juzgar sobre la legitimidad de la declaración del estado de sitio y las demás atribuciones establecidas en el art. 4º, en línea con el [art. 43](#), CN cuando establece que la garantía del hábeas corpus rige aun durante el estado de sitio.

— La obligación de las autoridades públicas de presentar ante el juez al detenido con un informe circunstanciado del motivo que funda la medida, la forma y las condiciones en que se cumple si ha obrado por orden escrita de autoridad competente, caso en el cual deberá acompañarla, y si el detenido hubiese sido puesto a disposición de otra autoridad, a quién, por qué causa y en qué oportunidad se efectuó la transferencia (art. 11, párr. 1º).

— La facultad del juez de constituirse personalmente en el lugar donde se encuentre el detenido, caso en el cual podrá emitir el auto de hábeas corpus oralmente (art. 11, párr. 4º).

— La potestad de emitir auto de hábeas corpus de oficio (art. 11, párr. 5º).

— La atribución de dar orden a quien tiene al detenido, a cualquier comisario, policía u otro funcionario, a que tome al detenido y lo traiga en su presencia (art. 11 *in fine*).

— El poder para autorizar a un familiar o persona de confianza para que vea y tome contacto con el detenido presencialmente (art. 12).

— El derecho del detenido a tener contacto directo con el juez y declarar ante él (arts. 13, 14 y conchs.).

— La facultad del juez de ordenar los exámenes que correspondan sobre el detenido (art. 14).

— La obligación de las autoridades nacionales y los organismos de seguridad de realizar los actos que fueran necesarios poniendo a disposición del tribunal todos los medios a su alcance para el efectivo cumplimiento de la ley y la orden judicial (art. 26).

6.8. Obligatoriedad de agotar diligencias antes de disponer el rechazo *in limine*

El art. 10 de la ley 23.098 permite al juez disponer el rechazo *in limine* de hábeas corpus, única y exclusivamente si los hechos son extraños a los supuestos establecidos por los arts. 3º y 4º de la ley 23.098.

La doctrina es conteste en que "un rechazo *in limine* exige una evaluación cautelosa y prudencial del hábeas corpus interpuesto; tiene que tratarse de una clara y nítida improcedencia; esto es, una denuncia notoriamente inubicable dentro de los supuestos de los arts. 3º y 4º de la ley 23.098 o palmariamente injustificada (...) De haber dudas, corresponderá tramitar el hábeas corpus, y no descartarlo inicialmente"⁽¹³³⁵⁾.

La CS en el caso "Cafassi" interpretó el art. 10 de la ley 23.098 y estableció como criterio obligatorio que "el procedimiento de hábeas corpus exige que se agoten las diligencias tendientes a hacer efectivo su objeto (confr. causa C. 232. XX. "Creature, Laura N. s/hábeas corpus", del 14/2/1985). En el caso, dicho cometido consiste en determinar la existencia o no de un acto u omisión de funcionario o autoridad pública que amenace en la actualidad, sin derecho, la libertad personal del recurrente"⁽¹³³⁶⁾.

El criterio fue reiterado en el caso "Haro" cuando sostuvo "Que la acción de hábeas corpus exige el agotamiento de las diligencias necesarias para hacer efectiva su finalidad, que no puede ser otra que la cesación del acto lesivo. Si bien el alcance que deba tener en cada caso la investigación conduce a una cuestión en principio ajena a la instancia extraordinaria, corresponde que la Corte intervenga para resguardar la vigencia del instituto cuando la adopción de un criterio determinado puede llegar a frustrar su esencia (Fallos 306:448) (...)" agregando que *resulta ilegítimo retrotraer el procedimiento a etapas anteriores una vez iniciado* y que el carácter

sumarísimo del procedimiento no puede ser alegado en perjuicio del beneficiario de la acción⁽¹³³⁷⁾.

La CS ha establecido que "la resolución de fs. 6 que requería informes ya constituía un auto de hábeas corpus en los términos del art. 11 de la ley pues importaba poner en marcha el proceso, de modo tal que no se podía retrotraer el procedimiento a la situación del art. 10"⁽¹³³⁸⁾, lo que implica la imposibilidad de retrotraer el procedimiento una vez que el juez da curso requiriendo tipo de informes, teniendo la obligación de convocar a la audiencia del art. 14 de la ley 23.098.

El juez está obligado a agotar todas las diligencias posibles a fin de determinar si la existencia o no del hecho denunciado.

6.9. Derecho al recurso

La ley 23.098 dispone de varias normas a fin de garantizar la revisión de las decisiones adoptadas por los tribunales inferiores. En su art. 7º establece que las sentencias dictadas por los tribunales superiores serán consideradas definitivas a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante la CS quitando uno de los requisitos propios de los recursos extraordinarios para los procesos de hábeas corpus.

El art. 10 establece un sistema de control obligatorio, directo y de oficio por parte de la Cámara de Apelaciones frente al rechazo de la denuncia de hábeas corpus o la declaración de incompetencia por parte del juez o tribunal de primera instancia.

Dispone que el recurso de apelación siempre tendrá efecto suspensivo, salvo cuando dicho efecto implique que el detenido permanezca privado de su libertad o la continuación del acto lesivo a la libertad o dignidad de la persona (arts. 17, inc. 4º y 19).

El recurso puede ser presentado por escrito u oralmente, fundado o no (art. 19).

Este último art. 19 ha sido objeto de fundadas críticas en cuanto establece que podrán recurrir la sentencia de primera instancia el amparado, su defensor, la autoridad requerida y el denunciante solo respecto de la sanción por costas que se le hayan impuesto. La exclusión fue fundada en la inteligencia de que el amparado ya habría tomado participación en el proceso en oportunidad de la audiencia del art. 14⁽¹³³⁹⁾. Baigún criticó duramente la exclusión ya que en el hábeas corpus por desaparición de persona, el amparado no tuvo ninguna participación y es el denunciante el protagonista principal de la acción, debiendo por tanto estar legitimado para apelar.

La imposibilidad de recurrir por parte del denunciante cuando el sujeto amparado por alguna razón no puede ejercer sus derechos contraviene el espíritu de la ley 23.098 y la voluntad del legislador

(que lo excluyó en virtud de la toma de intervención del detenido). Además, viola la garantía a tutela judicial efectiva (art. 25 CADH) y el art. 7º.6 *in fine* de la CADH, el que establece que "Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona", y el art. 10 de la CIDFP, que tiene como sujeto activo del proceso al denunciante, todos los cuales son aplicables en virtud de su jerarquía constitucional sino también por la aplicación del principio *pro homine* y *pro actione* reconocido en el art. 1º de la ley 23.098.

Frente a esta situación, la CS admitió la apelación de un denunciante no beneficiario del hábeas corpus cuando no se había dado intervención al amparado ni al defensor oficial⁽¹³⁴⁰⁾.

Entendemos que en caso de no reconocerse el derecho a recurrir al denunciante frente al supuesto de ausencia o desaparición del beneficiario de la acción se estaría violando los arts. 1º y 2º de la CADH en tanto y en cuanto, el Estado no estaría garantizando mínimamente la efectividad de los derechos y las garantías reconocidos por el tratado, incurriendo en un supuesto de responsabilidad internacional⁽¹³⁴¹⁾.

Por las mismas razones, y a pesar de que la ley 23.098 no prevé la posibilidad de recurrir ante la Cámara Federal de Casación, dicho recurso ha sido habilitado pacíficamente por la jurisprudencia en tanto y en cuanto existe planteada una cuestión federal⁽¹³⁴²⁾.

6.10. Imposibilidad de restringirlo. Vigencia aun en estado de sitio⁽¹³⁴³⁾

El art. 43, CN y el art. 4º de la ley 23.098 establecen expresamente la *vigencia* del hábeas corpus *durante el estado de sitio*. El art. 27, inc. 2º de la CADH establece que en ningún caso podrá suspenderse bajo ningún pretexto, excusa o circunstancia⁽¹³⁴⁴⁾. La CIDH ha establecido que "Estas garantías, cuyo fin es evitar la arbitrariedad y la ilegalidad de las detenciones practicadas por el Estado, están además reforzadas por la condición de garante que corresponde a este, con respecto a los derechos de los detenidos, en virtud de la cual, como ha señalado la Corte, el Estado 'tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con lo que suceda al detenido'"⁽¹³⁴⁵⁾.

6.11. Competencia

Si el acto lesivo de la libertad ambulatoria emana de autoridad nacional serán competentes: 1. En la Capital Federal, los jueces nacionales en lo criminal de instrucción, esto es, la justicia nacional

ordinaria. 2. En territorios nacionales o provinciales, los jueces federales de sección que correspondan según el territorio⁽¹³⁴⁶⁾.

Cuando el acto lesivo emane de autoridades provinciales, la acción debe ser interpuesta ante los jueces provinciales ordinarios o los de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya sean pertenecientes al Poder Judicial de la Nación (nacionales) o pertenecientes al Poder Judicial de la CABA.

La CS ha establecido que "No es competente la justicia federal para conocer en el recurso de hábeas corpus, si los actos lesivos que motivaron la presentación emanaron de autoridades provinciales"⁽¹³⁴⁷⁾.

El art. 10 de la ley 23.098 establece que en caso de que el juez se declare incompetente, debe elevar *de inmediato* la causa en consulta a la Cámara de Apelaciones, la que deberá resolver dentro de las 24 horas. En caso de confirmar la resolución de incompetencia deberá remitir el expediente al juez que considere competente. La ley obliga a la Cámara de Apelaciones a decidir expresamente qué juez considera competente, no pudiendo simplemente confirmar la decisión sin remitirle a este la causa para su tramitación. En caso de que la Cámara de Apelaciones tenga asiento en distinta localidad que el juez de primera instancia, este debe remitirle testimonio y la Cámara informarle lo resuelto por telegrama, a fin de que el juez continúe el procedimiento *de inmediato*.

En este punto es dable reiterar que *la rapidez es consustancial con la efectiva vigencia de la garantía*. Esto impone a los magistrados intervinientes la obligación de utilizar el medio más rápido disponible para cumplir con el trámite (sea e-mail, oficios informáticos, fax, teléfono, etc.).

VII. TIPOS DE HÁBEAS CORPUS

La CN y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos del art. 75, inc. 22, reconocen distintos tipos de hábeas corpus, sin que dicho reconocimiento implique un *numerus clausus*, a saber:

7.1. Reparador o clásico

Tiene como fin restablecer la libertad ambulatoria de la persona privada de su libertad por particular o autoridad pública sin causa legítima o razonable.

La jurisprudencia habilitó el procedimiento del hábeas corpus clásico, entre muchos otros, en los siguientes casos:

7.1.1. Arresto dispuesto por el presidente (art. 23, CN)

Este tema se encuentra tratado en extenso en el capítulo dedicado al comentario del art. 23 referido a estado de sitio.

7.1.2. Detención dispuesta por fuerzas de seguridad

Sobre lo ya dicho sobre este asunto, en el punto V.2.2, corresponde referir a precedentes jurisprudenciales de interés.

El Superior Tribunal de Entre Ríos, en el fallo "Ferroud"⁽¹³⁴⁸⁾, hizo lugar a un hábeas corpus e invalidó el arresto de una mujer, acusada de violar el Código Contravencional local, sosteniendo que "(...) por encima de las conclusiones formales, la verdad real emergente (...) exhibe una clara situación de privación de libertad (...) en la vía pública por funcionarios policiales carentes de competencia para concretarla (...), porque en la especie no se acreditaron ninguno de los supuestos habilitantes".

A pesar de no ser un caso de hábeas corpus, el caso "Heredia" resulta de interés. A la salida de un local bailable, la policía requirió sin motivo a Heredia que exhiba sus documentos, luego de lo cual fue requisado. Al ser palpado de armas se le requisó un elemento considerado ilegal. El Tribunal Oral Criminal nro. 23 de la Capital Federal hizo lugar a un planteo de nulidad formulado por la defensa, sosteniendo que una detención policial, sin orden judicial previa, únicamente es válida:

1. Si el sujeto arrestado está realizando un acto típico para el derecho penal.

2. Si el arresto debe llevarse a cabo con urgencia.

En la misma línea se ha sostenido que la detención policial, sin orden judicial es ilegal por fuera de un supuesto de flagrancia, no existir indicios vehementes de culpabilidad y no estar presentes las "circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que se cometió o se está por cometer un delito"⁽¹³⁴⁹⁾.

La CS, en el precedente "Daray" estableció un *estándar* para considerar válida una detención policial sin orden judicial. El estándar exige que existan razones que justifiquen la razonabilidad de la detención⁽¹³⁵⁰⁾.

Resulta plenamente aplicable el precedente "Torres Millacura y otros vs. Argentina"⁽¹³⁵¹⁾, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando sostuvo que una detención policial, sin orden judicial, debe ser *necesaria y basada en circunstancias que la justifiquen*.

Alejandro Carrió, en opinión que comparto plenamente, sostiene que "Los funcionarios de la policía han sido dotados de 'competencia' para arrestar, siempre y cuando se den determinadas circunstancias. (...) No es motivo suficiente que esta haya sido detenida por quien

tiene una competencia 'genérica' para arrestar. Es necesario que esa atribución haya sido bien ejercida en el caso en particular. Para decirlo más simplemente, un policía no tiene competencia para arrestar arbitrariamente"⁽¹³⁵²⁾.

La detención sin orden judicial será ilegal cuando la autoridad policial no pueda justificar, en circunstancias concretas, la razonabilidad de la privación de la libertad.

7.1.3. Privación de la libertad ordenada por autoridad administrativa, policía y fuerzas armadas

La CS en el caso "Di Salvo" ha declarado procedente el hábeas corpus contra decisiones administrativas que ordenan penas de arresto. Para así decidir por unanimidad entendió que "El hábeas corpus se presenta como la única vía idónea para cuestionar la privación de la libertad de quien fue condenado a cumplir pena de arresto por la Justicia Municipal de Faltas de la Capital Federal, organismo administrativo cuya ley de procedimientos no contempla garantías fundamentales para la defensa en juicio, menoscabo que no puede subsanar una posterior revisión judicial toda vez que carece del recurso ordinario ante un tribunal de justicia. (...) Entre las limitaciones que se han establecido a la actividad jurisdiccional de los organismos administrativos figura, ante todo, la que obliga a que sus pronunciamientos queden sujetos a un control judicial suficiente, a fin de impedir que aquellos ejerzan un poder absoluto discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior. (...) El recurso de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (...) no constituye un control judicial suficiente (...) en tanto está previsto al sólo efecto devolutivo"⁽¹³⁵³⁾.

En cambio, *se han rechazados hábeas corpus contra sanciones impuestas a personal policial o militar por parte de sus respectivas instituciones*, entendiendo que el ingreso a la institución implica la asunción y aceptación de las normas que regulan la actividad y su régimen disciplinario⁽¹³⁵⁴⁾.

Resulta de interés el voto de la disidencia, en el caso "Cnel. Horacio P. Ballester y Cnel. Augusto Rattenbach", que sostuvo la procedencia del hábeas corpus citando al precedente "Di Salvo"⁽¹³⁵⁵⁾ "(...) pues el apelante carece de otra vía de control judicial que no sea el hábeas corpus para cuestionar la decisión administrativa que le impuso 40 días de arresto. En tal sentido, conviene recordar que el recurso previsto en el art. 445 bis del Cód. de Justicia Militar no procede contra decisiones disciplinarias —como la del caso— aplicadas por organismos castrenses (...) "⁽¹³⁵⁶⁾. En cuanto al fondo, el voto de la disidencia hizo lugar a la pretensión

entendiendo que la norma del Código de Justicia Militar, cuya violación motivó la imposición de la sanción de 40 días de arresto, era inconstitucional por restringir indebidamente el derecho a la libertad de expresión e implicar un acto discriminatorio.

En los fallos "Salort"⁽¹³⁵⁷⁾ y "Capranzano"⁽¹³⁵⁸⁾, la CS sostuvo la improcedencia de la vía del hábeas corpus para controvertir judicialmente decisiones condenatorias pronunciadas por la Policía Federal Argentina por infracciones a los edictos policiales⁽¹³⁵⁹⁾.

El Máximo Tribunal, en "Salort", sostuvo que la vía del hábeas corpus no era la idónea ya que existía orden escrita de autoridad competente, la decisión del Superintendente de Asuntos Jurídicos de la PFA, y una vía de revisión judicial suficiente a través del recurso previsto en el art. 587 y ss. del Cód. Proc. Penal⁽¹³⁶⁰⁾. Dejando una puerta abierta al sostener que la acción "(...) sólo sería válida en tanto se demostrase concretamente la ineficacia de aquel recurso (...) "⁽¹³⁶¹⁾.

En "Capranzano", el voto mayoritario⁽¹³⁶²⁾ adhirió al criterio sentado en "Salort", y la disidencia se apartó, confirmando la sentencia de Cámara que hizo lugar al hábeas corpus y ordenó la libertad, sosteniendo "(...) que resulta constitucionalmente imperativo que la autoridad policial asegure la intervención de un letrado, ya sea este particular o de oficio, en ocasión de notificarse al condenado el pronunciamiento dictado por la citada autoridad, a fin de otorgar a este la oportunidad (...) de interponer oportunamente el recurso de apelación ante la justicia correccional. De tal forma, la omisión en el sub lite de la autoridad policial de dar cumplimiento al mencionado requisito constitucional, impidió al condenado obtener la 'revisión judicial suficiente' (...) la cual constituye el requisito indispensable de validez constitucional de las sanciones aplicadas por organismos administrativos (... 'Di Salvio, Octavio'...). La citada omisión dejó al condenado —en palabras del *a quo*— en una situación de 'desamparo real'. (...) Sería, en verdad, un inexcusable rigor formal de esta Corte, ante tal comprobación, desestimar la acción intentada por la sola razón de que su defensor no agotó las vías normales de impugnación previstas en el Código de Procedimientos"⁽¹³⁶³⁾.

En "Ferroud"⁽¹³⁶⁴⁾, el Superior Tribunal de Entre Ríos, hizo lugar a un hábeas corpus interpuesto en favor de una mujer condenada a pena de arresto por el Jefe de Policía por violar normas contravencionales, sin que la mujer tuviera acceso a una defensa técnica. La condena quedó firme dado que no apeló dentro del plazo legal. El tribunal falló declarando la procedencia del hábeas corpus sosteniendo "(...) la simple lectura del expediente contravencional

demuestra que estamos frente a un aparente procedimiento legal y, en particular, a un mero disfraz de circunstancias con el objeto de abonar una competencia de excepción para arrestar, que en realidad faltó en la ocasión".

Carrió, al comentar respecto de la jurisprudencia de la CS, llama la atención respecto a que "Un individuo detenido y *juzgado* por la autoridad policial, presenta ya de arranque un cuadro que debería encendernos una luz roja respecto del siempre afirmado (pero muchas veces ignorado) principio de la división de poderes. Y si ese individuo así juzgado, puede llegar a perder su derecho de apelación a la justicia porque dejó trascurrir el exiguo plazo que la ley le marca para apelar (en el ordenamiento vigente, 24 horas), parece mucho más sensato el criterio de la minoría en el caso "Capranzano"⁽¹³⁶⁵⁾.

7.1.4. Detención ordenada por una de las Cámaras del Congreso

En "De la Torre, Lino", la CS entendió que la Cámara de Diputados era autoridad competente para disponer el arresto de quien incurrió en desacato, a juicio de la propia Cámara (un director de un diario publicó una sesión secreta de la Cámara) entendiendo que constituye una facultad implícita del cuerpo legislativo para "repeler el insulto y mantener incólume la propia autoridad y dignidad"⁽¹³⁶⁶⁾. El criterio fue modificado al resolver el caso "Acevedo" cuando entendió que "El Senado de la Nación es incompetente para juzgar el delito de desacato (...) y, por consiguiente, para constituir en prisión a la persona a quien se le atribuye"⁽¹³⁶⁷⁾. Esta jurisprudencia fue mantenida en el fallo "Peláez" cuando sostuvo que "Es inválido el arresto impuesto al sujeto que suscribió una publicación periodística que no obstruyó ni impidió de modo serio y consistente la existencia o el ejercicio de las funciones propias del Senado"⁽¹³⁶⁸⁾.

7.1.5. Prisión dispuesta por autoridad extranjera por delitos políticos sobre personas que ingresaron a la República Argentina

En "Tripulantes sublevados del buque de guerra chileno "La Pilcomayo", la CS dispuso la libertad de los marineros chilenos ante el hábeas corpus que los mismos presentaron una vez que pisaron territorio argentino, fundando tal resolución en que estando acusados "de delitos políticos o de delitos conexos con delitos políticos", la legislación argentina y los principios del derecho internacional público, "colocan a sus autores bajo la garantía moral del Estado sobre el territorio del cual se encuentran". No habiendo sido

arrestados en virtud de norma escrita de autoridad competente del país, dispuso su libertad⁽¹³⁶⁹⁾.

7.1.6. Internación hospitalaria contra su voluntad

En "Duba de Moracich María", la CS resolvió que "resulta insostenible reconocer la facultad de un director de un hospicio de alienados para juzgar por sí solo, de la insanía de las personas internadas en el establecimiento y para mantenerlas recluidas por su propia autoridad". Solo un juez tiene facultades para ordenar la internación en el marco del procedimiento de insania⁽¹³⁷⁰⁾.

La CS profundizó este criterio en "Tufano" cuando, ante la existencia de una internación involuntaria efectuada sin resolución fundada ni control respecto de su legalidad y condiciones en las que se cumplía, resolvió "Que en nuestro sistema constitucional resulta inconcebible que una persona sea restringida en su libertad sino en virtud de resolución adoptada por los jueces designados por la ley (...) en los procesos donde se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva, es esencial el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales de las personas sometidas a aquélla. (...) Estas reglas deben, con mayor razón, ser observadas en los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica coactiva en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esta índole, erigiéndose por ende, como esencial el control por parte de los magistrados de las condiciones en que aquélla se desarrolla"⁽¹³⁷¹⁾.

El Tribunal estableció que deben cumplirse acabadamente los "Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de salud mental"⁽¹³⁷²⁾ de las Naciones Unidas, que fueron aplicados por la Comisión de Derechos Humanos en el precedente "Víctor Rosario Congo v. Ecuador"⁽¹³⁷³⁾, que exigen "(...) la designación de un defensor para que lo asista y represente, la obtención de un dictamen independiente sobre la posible enfermedad mental, previéndose la posibilidad de detención (la que se desarrollará por un período breve y en tanto sea la opción menos restrictiva) cuando exista un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros. En todos los casos, los motivos de la admisión y la retención se comunicarán sin tardanza al paciente y al órgano de revisión (Principio 16, admisión involuntaria), quien deberá examinar a la persona 'lo antes posible', decisión que podrá ser apelada ante un tribunal superior (Principio 17, órgano de revisión)"⁽¹³⁷⁴⁾.

El mismo criterio es sostenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando sostuvo la necesidad de la realización de una audiencia inmediata con el presunto enfermo (caso "Winterwerp v. The Netherlands")⁽¹³⁷⁵⁾ teniendo las autoridades la obligación de revisar las causas y condiciones de la internación sin demora, debiendo organizarse el sistema judicial de tal forma que garantice la revisión periódica de la detención y del estado de salud del paciente, única forma de garantizar dignas condiciones de internación y evaluaciones psiquiátricas que se correspondan a la actual situación del paciente (caso "X. v. United Kingdom")⁽¹³⁷⁶⁾.

Estos mandatos se fundan en la necesidad de garantizar un control eficaz que garantice que la detención del paciente es fundada en razones actuales y que la misma no se extienda más allá de lo estrictamente necesario.

A tales fines la CS, en "Tufano", entiende que resulta competente para entender respecto de la internación del paciente el juez que corresponda al lugar del establecimiento donde se encuentra la persona afectada por la medida a fin de garantizar el "(...) contacto directo y personal del órgano judicial con el afectado por la medida (...)" lo que "(...) favorece la concentración en ese marco de todas las diligencias médicas destinadas a determinar su estado de salud, y finalmente propende a eliminar trámites procesales superfluos u onerosos y la prolongación excesiva de los plazos en la adopción de decisiones vinculadas a la libertad ambulatoria"⁽¹³⁷⁷⁾.

7.1.7. Detención con fin de expulsión

Refiere al arresto con fin de deportarlo. La CS declaró procedente el hábeas corpus a favor de un extranjero detenido en virtud de haberse dispuesto su expulsión sin garantizarle el derecho de defensa o si la orden de expulsión no adquirió firmeza⁽¹³⁷⁸⁾.

Siguiendo este criterio, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata hizo lugar al hábeas corpus promovido a favor de un ciudadano de nacionalidad china, quien luego de partir desde el Aeropuerto Internacional de Ezeiza reingresó sin visa consular a nuestro país al haber sido rechazada su entrada a la República de Chile, y dispuso su inmediata libertad y ordenó a la Dirección Nacional de Migraciones que le expida una constancia para que pueda permanecer en el país hasta tanto se resuelva definitivamente su situación⁽¹³⁷⁹⁾.

La Cámara Federal de General Roca, en "T.E.O. s/pedido de hábeas corpus a favor de V.Y.G.G.", hizo lugar al hábeas corpus y ordenó la libertad de una persona detenida por orden judicial, generada a raíz de un pedido de extradición procedente de la República de Chile, afirmando que correspondía abandonarse el

criterio de la Corte según el cual la acción no autoriza a sustituir a los jueces propios de la causa.

En el caso, el juez federal a cargo de la causa de extradición ordenó la detención del imputado para ser extraditado, sin notificarle ni especificarle qué delito motivaba el pedido de extradición desde la República de Chile, ni su derecho a designar abogado defensor, ni su derecho a ofrecer pruebas, llegando el juez a fundar su decisión de extraditarlo a Chile en el Convenio que rige entre la Argentina y Brasil⁽¹³⁸⁰⁾.

El tribunal hizo eje en una idea sencilla, pero no por eso menos importante: el hábeas corpus es una herramienta al servicio del derecho a la libertad. Si por efecto de alguna ley el hábeas corpus no resulta útil para solucionar un caso de flagrante violación a la libertad del afectado, es responsabilidad de los jueces dar una respuesta eficaz.

7.1.8. Impedimento de ingreso al país

La CS declaró procedente la garantía en beneficio de ciudadano argentino a quien se impidió el ingreso al país⁽¹³⁸¹⁾.

En el caso "Solari Yrigoyen", la CS entendió procedente la acción para permitir el ingreso al país de un ciudadano que se encontraba exiliado (producto de haber ejercido el derecho a salir del país cuando fue detenido a disposición del PEN) ya "que el extrañamiento forzoso importa restricción a la libertad ambulatoria en tanto le impide entrar y permanecer en territorio argentino"⁽¹³⁸²⁾.

También lo declaró procedente en favor de extranjeros que fueron deportados sin garantizar su derecho a la defensa en juicio permitiéndoles regresar al país. Para así resolver, la CS sostuvo que "Debe hacerse lugar al recurso de hábeas corpus interpuesto por el extranjero radicado en la República y expulsado de la misma por el P.E. en ejercicio de la facultad establecida por la ley 4144, si en el procedimiento seguido para ello no se dio al recurrente oportunidad alguna para defenderse, con mayor razón si la exactitud de los hechos en que se fundó la medida no ha sido comprobada"⁽¹³⁸³⁾.

La garantía también ampara a extranjeros a quienes no se les permita el ingreso sin causa fundada en ley⁽¹³⁸⁴⁾.

7.1.9. Demora o falta de entrega del pasaporte

También llamado hábeas corpus documental⁽¹³⁸⁵⁾, tiene por objeto la obtención de la documentación necesaria para transitar, salir del país, etcétera.

7.1.10. Sanciones disciplinarias impuestas por autoridad judicial no penal

En autos "Mignani, Edgardo" se concedió el hábeas corpus en beneficio de un contador que fue arrestado por orden de un juez a raíz de dichos efectuados fuera del juicio, entendiendo que el magistrado había excedido de sus facultades.

7.2. Restringido

Se encuentra expresamente reconocido por el art. 43 que prevé la garantía frente a restricciones y alteraciones, así como por la ley 23.098 cuando en su art. 3º se refiere a limitaciones a la libertad ambulatoria.

Es procedente ante toda forma de molestias que alteren o turben la libertad ambulatoria, sin que se verifique una privación de la libertad como ser seguimientos, vigilancia, escuchas telefónicas, interceptación de correspondencia, restricción de acceder a determinados lugares, etcétera.

Ante supuesto de vigilancia o seguimientos realizado por fuerzas policiales, la jurisprudencia presenta matices. En "Niego, Oscar Rodolfo" se presentó hábeas corpus con motivo de que fue seguido por un automóvil particular cuyos ocupantes se identificaron como miembros de la Policía Federal. A pesar de que se determinó que el vehículo se encontraba asignado a la Dirección Operaciones Federales y que el seguimiento se habría efectuado en el marco de una causa en la que se investigaba una infracción a la Ley de Estupefacientes, el Tribunal resolvió que "la ausencia de certificación fehaciente del proceso de naturaleza federal en que se habrían ordenado tales diligencias, para establecer si en él se dispuso medida alguna restrictiva de la libertad relativa al accionante, y de requerimiento a la totalidad de las dependencias de la Policía Federal Argentina para precisar si pesa sobre (...) orden de detención, exhiben la falta de andamiaje de la decisión que se eleva en consulta e impiden su homologación"⁽¹³⁸⁶⁾.

Por el contrario, en el caso "Lafón, Héctor" se resolvió denegar el hábeas corpus entendiendo que la vigilancia policial se practicaba sin menoscabo a la libertad de locomoción y con intervención del juez competente⁽¹³⁸⁷⁾.

7.3. Preventivo

Procede ante amenaza cierta e inminente que ponga en peligro la libertad ambulatoria, esto es, cuando existan fundados indicios o

sería posibilidad de una futura privación de la libertad, entendiendo la doctrina que en caso de duda corresponde otorgar protección⁽¹³⁸⁸⁾.

El art. 43, CN lo reconoce con el término "amenazado"; el art 3º, inc. 1º de la ley 23.098, al preverlo ante "amenaza actual" y el art. 7º.6 de la CADH, en su segundo párrafo, al ampliar la procedencia de la acción cuando la libertad estuviere "amenazada".

En el caso "Maciá, Francisco y Gassol, Ventura s/hábeas corpus", la CS estableció que "no es pues necesario que la persona afectada por la orden o el procedimiento se halle detenida, presa o confinada: basta que de cualquier manera su libertad se encuentre restringida sin derecho; o amenazada por una orden o un procedimiento tendiente a restringirla"⁽¹³⁸⁹⁾.

En "Garbich de Todres, Margarita y otros" resolvió que el hecho de que las peticionantes estuviesen en libertad no las priva de la protección en tanto se encontraba pendiente la ejecución de la orden de arresto dispuesto por el PEN⁽¹³⁹⁰⁾.

En el caso "Cafassi" entendió procedente el hábeas corpus planteado por quien sostuvo que sujetos que invocaron ser de la Policía Federal interrogaron al encargado del edificio del domicilio donde vive el presentante acerca de sus actividades y costumbres, en procura de individualizar la supuesta investigación criminal y ante el riesgo cierto de que, sin orden escrita de autoridad competente, pudiera ver amenazada su libertad ambulatoria pues ello constituye motivo suficiente para atender al reclamo en los términos previstos en el art. 3º, inc. 1º y 11, párr. 2º, de la ley 23.098⁽¹³⁹¹⁾.

Se ha declarado procedente un hábeas corpus preventivo frente a la citación para tomarle fotos a una persona a fin de incorporarla al "álbum de malvivientes" en virtud de la existencia de una causa penal en donde había sido sobreseído. La CS entendió que existió una amenaza actual y permanente a la libertad ambulatoria⁽¹³⁹²⁾.

Es una herramienta al servicio de enfrentar casos de hostigamiento, interceptación y detenciones arbitrarias policiales cometidas en reiteradas oportunidades, en especial sobre jóvenes o menores de edad, ordenándose, por ejemplo "al Ministerio de Gobierno y específicamente al Jefe de Departamento 911 de la Policía de la Provincia de Chaco que adopten los recaudos pertinentes a fin de que cesen los hechos denunciados por esta vía, asegurando a L.W.G.B el pleno goce de su libertad ambulatoria o de desplazamiento (...) sin perjuicio de las responsabilidades que como cualquier ciudadano le corresponde (...)". Asimismo, y "a fin de garantizar que se respeten al amparado los derechos *supra* enunciados, la suscripta supervisará el cumplimiento

de lo aquí resuelto como garantía de la tutela judicial efectiva, (...), a cuyo fin la accionada deberá informar en el término de 48 hs. las medidas adoptadas al respecto"⁽¹³⁹³⁾.

El hábeas corpus preventivo ha sido declarado procedente para proteger la integridad física de ciudadanos argentinos en el exterior. Tal fue el caso "Abatti" en donde a raíz del planteo en favor de dos ciudadanas argentinas cuyo regreso al país corría peligro, por no retornar de República Árabe de Egipto, se hizo lugar y se solicitó a la Cancillería que informe las medidas se adoptaron para salvaguardar la integridad física de los ciudadanos que se encuentran en dicho país, en especial de las dos ciudadanas en cuestión, y cuáles para garantizar su regreso al país⁽¹³⁹⁴⁾.

7.4. Correctivo

Protege a la persona privada de su libertad contra cualquier tipo de "agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención".

La tutela no se refiere a la libertad ambulatoria sino a la dignidad humana de la persona privada de la libertad legalmente.

Es procedente *contra toda mortificación o amenaza de sufrir un empeoramiento* de sus condiciones de detención.

Es reconocido por el art. 18 cuando consagra que "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas"; en el art. 43, cuando lo declara procedente "en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención"; en el art. 25 de la DADDH, al establecer que el detenido "tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad" y en el art. 3º, inc. 2º de la ley 23.098, que tiene una redacción similar al [art. 43](#), CN.

La ley 26.695 incorporó el art. 142 a la ley 24.660 estableciendo que "Los obstáculos e incumplimientos en el acceso al derecho a la educación podrán ser remediados por los jueces competentes a través de la vía del hábeas corpus correctivo, incluso en forma colectiva".

Así se han declarado procedentes hábeas corpus interpuestos a fin de garantizar el derecho a estudiar de los detenidos⁽¹³⁹⁵⁾, para dejar sin efecto un traslado a una unidad lejana al domicilio familiar⁽¹³⁹⁶⁾, ante la ausencia de un adecuado control y tratamiento médico o el empeoramiento del estado de salud⁽¹³⁹⁷⁾, ante la falta de provisión de alimentos⁽¹³⁹⁸⁾, a fin de garantizar la comunicación con sus familiares o amigos (tanto telefónica como presencialmente)⁽¹³⁹⁹⁾, para solucionar situaciones de hacinamiento⁽¹⁴⁰⁰⁾, poner fin a arrestos prologados en comisarías⁽¹⁴⁰¹⁾, para controlar y revocar sanciones en celdas de aislamiento⁽¹⁴⁰²⁾, para terminar con prácticas vejatorias al

momento de realizar revisiones médicas⁽¹⁴⁰³⁾, ante la interrupción del pago de pensiones asistenciales en favor de un detenido⁽¹⁴⁰⁴⁾, entre otros supuestos.

7.5. Colectivo

El art. 43, 2º párrafo de la CN habilita a interponer hábeas corpus a fin de proteger derechos de incidencia colectiva.

La CS así lo reconoció cuando entendió que "Pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla"⁽¹⁴⁰⁵⁾.

Este tipo de proceso colectivo es la vía idónea para encarar soluciones a situaciones que vulneren el derecho a la libertad ambulatoria (cualquiera sea su forma o intensidad: privación, restricción, amenaza de la libertad) o a la dignidad del trato carcelario de un número indeterminado de personas y/o a toda aquella que se encuentre en igual situación.

"La eficaz prestación de justicia hace a la concreción del acceso a la jurisdicción. Habilitar las vías idóneas a tal fin es un deber del Estado y acceder a la jurisdicción es un derecho inalienable de los ciudadanos"⁽¹⁴⁰⁶⁾.

La Corte IDH en su OC 09/90 señaló que "garantizar" implica "el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces del asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos". En la misma línea, la CS entendió que "garantizar" hace al deber del Estado de "remover los obstáculos que puedan existir" o que impidan a los individuos gozar de sus derechos⁽¹⁴⁰⁷⁾.

La obligación de los Estados de "garantizar" el efectivo goce de los derechos fundamentales implica reconfigurar el concepto de "caso" a fin de dotar al Poder Judicial de una herramienta efectiva para cumplir sus funciones.

Los procesos colectivos y el abandono de la tradicional definición de existencia de un caso han abierto al Poder Judicial una intervención más activa en la resolución de violaciones masivas y/o estructurales a derechos fundamentales.

Cualquier persona se encuentra legitimada para promover hábeas corpus colectivo en atención a lo establecido por el [art. 43](#) de la CN y el art. 5º de la ley 23.098.

En "Mignone", la CS sostuvo "Más allá del *nomen juris* empleado, mediante el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 3º, inc. d), del Cód. Electoral Nacional la actora pretende la modificación de una situación legal en la que se encuentran quienes están detenidos sin condena, en lo que hace al ejercicio de su derecho constitucional a votar. Si bien la actora inició la presente acción invocando las normas del amparo del art. 43, primer párrafo de la CN, cabe recordar que la misma norma dispone en el párrafo cuarto 'cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuere la libertad física o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención (...) la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor (...) ' (art. 43, párr. 4º, CN), situación compatible con lo que es objeto de decisión. Que en este marco, corresponde concluir que la actora se encuentra legitimada para demandar como lo ha hecho, pues los beneficiarios de la presente acción son personas en condiciones de detención y la lesión al derecho que buscan tutelar se integra con la restricción provisoria de la libertad"⁽¹⁴⁰⁸⁾.

En el caso "Lavado", más conocido como "Penitenciarias de Mendoza", la CS interviene ante una denuncia directa presentada por un grupo de abogados, ante el incumplimiento del Estado nacional y provincial de una decisión de la Corte IDH, sin resolver respecto de su competencia, en atención a considerar que "La gravedad de la situación sucintamente descripta, y la advertencia de la Corte Interamericana sobre las consecuencias que puede traer aparejadas el desconocimiento del carácter obligatorio de las 'medidas provisionales' adoptadas por ella, y el consiguiente incumplimiento (ver consid. 71 de esta decisión), imponen a esta Corte la obligación de adoptar medidas conducentes, que, sin menoscabar las atribuciones de otros poderes, tiendan a sostener la observancia de la CN"⁽¹⁴⁰⁹⁾. Con posterioridad y dado que la situación de violación de derechos y de la orden internacional continuaba, el Máximo Tribunal entendió que "(...) el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y en atención a la falta de resultados obtenidos con relación a la orden dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ve en la ineludible obligación de, intimar al Estado Nacional a que en el plazo de veinte días adopte las medidas que pongan fin a la situación que se vive en las unidades carcelarias de la Provincia de Mendoza, y de tomar las medidas que se indicarán en la parte dispositiva de esta sentencia"⁽¹⁴¹⁰⁾.

La CS consideró procedente la vía para proteger al colectivo de niños, niñas y adolescentes en el caso "García Méndez"⁽¹⁴¹¹⁾ ordenado "Que, en tales condiciones, corresponde requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación en la materia a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales incorporados a la CN y a que, los poderes Ejecutivos Nacional y local, a través de sus organismos administrativos competentes implementen efectivamente las medidas que son de su resorte. En consecuencia, se impone revocar la sentencia apelada, lo cual en nada impide y en todo exige, naturalmente, que los jueces con competencia en causas relativas a menores no punibles en la situación de la [ley 22.278](#), dicten, cuando correspondiere, las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que este es acreedor, con arreglo a la CN y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos".

En este camino, la jurisprudencia entendió que *la vía del amparo y el hábeas corpus son aptas no solo ante situaciones actuales sino también potenciales*, ponderando aun en abstracto hacia el futuro. Así lo entendió la CS en el caso "Rivera Vaca"⁽¹⁴¹²⁾ referido a la situación de los detenidos existente en el Escuadrón 52 de Gendarmería Nacional de Tartagal. El juez de primera instancia rechazó la acción, argumentando que en forma previa se había dispuesto el traslado de las personas en beneficio de quienes se accionó y que se habían realizado reformas edilicias. La decisión fue confirmada por Casación que consideró abstracta a pesar de notar que la situación de las personas actualmente alojadas allí era inadecuada y violatoria del art. 18 de la CN, remitiendo oficio a diferentes autoridades a efectos de que "dispongan las medidas a su alcance para facilitar una solución al caso, eviten la reiteración de situaciones similares y mejoren las condiciones de detención en la dependencia". La CS, haciendo suyos los fundamentos expuestos por el Procurador, revocó la sentencia por considerar que "la decisión que consideró que los agravios expuestos para dar sustento al planteo habían perdido virtualidad, pues los circunscribió exclusivamente a quienes se hallaban alojados en la dependencia cuestionada al momento de su interposición, otorgó un alcance inadecuado a la tutela, que impidió analizar la lesión constitucional con la magnitud con la que se invocó".

Si bien CS no lo dijo expresamente, su pronunciamiento implica que no resulta relevante la identidad de las personas que se encuentran sufriendo condiciones de detención contrarias al art. 18

de la CN en un momento determinado, sino que cabía fallar a favor de las personas que "hoy o mañana" se encontraran en las mismas condiciones, tal como lo estableció la Cámara Federal de Casación Penal respecto del mismo lugar de detención al año siguiente (fallo del 24/2/2010) en el caso también caratulado "Rivera Vaca"⁽¹⁴¹³⁾.

Así se abre paso un criterio jurisprudencial que ante una situación estructural entiende que la única forma de dar eficacia a la garantía de protección de la dignidad de las personas detenidas es actuar para terminar con la mora del Estado en la solución de la problemática sobre la que fue llamada a fallar.

Un caso novedoso y de singular importancia es el hábeas corpus preventivo en favor de la Comunidad Lof Campo Maripe (Loma de Campana), iniciado por la Defensoría Pública Oficial, a fin de lograr la protección de sus derechos ambulatorios y sobre tierras ancestrales, que se encuentran dentro del yacimiento "Vaca Muerta", frente a la voluntad de YPF de explotar recursos petrolíferos dentro de las tierras de la comunidad⁽¹⁴¹⁴⁾.

La comunidad se oponía al ingreso de YPF y de otras empresas petroleras, pues entienden que las tareas de explotación y explotación de recursos hidrocarburíferos "implican un uso irracional de la tierra", función que pretenden resguardar.

En ese marco, la Defensoría interpuso un hábeas corpus denunciando que la Gendarmería Nacional y la Policía de Neuquén ingresaron a la Comunidad con violencia, los días 21 y 22 de junio de 2017, sin orden judicial, impidiendo que los miembros de la comunidad transiten libremente dentro del predio, cortando dos de sus entradas, e impidiendo salir a los miembros del grupo que se hallaban dentro del territorio por los lugares habituales, debiendo realizar, si optaban por hacerlo, un rodeo por caminos alternativos y recorrer así una distancia de 50 kilómetros. Asimismo, se denunció que los efectivos de Gendarmería afirmaron que al día siguiente desalojarían a aquellos que ocupaban una de las torres de perforación.

Fundaron la acción en el entendimiento que el accionar de las fuerzas de seguridad "(...) fue ilegal por carecer de sustento en una orden escrita de la autoridad competente y que se configuraba una amenaza de la libertad ambulatoria, de circulación y a la integridad física de los afectados —personas mayores y menores de edad— (...) el mal mayor que se trata de conjurar, con la interposición de hábeas corpus preventivo, es la detención sin orden de autoridad competente, que va de suyo necesariamente implica la afectación al derecho de ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio (...) [e]l carácter de latencia o actualidad de la amenaza de afectación a la

libertad ambulatoria, no está dada por la presencia o ausencia de la Gendarmería Nacional, sino por la vigencia de la incertidumbre que se consolida ante la falta de definición de la determinación de la propiedad según los términos de la [ley 26.160](#) y las sucesivas prórrogas: ley 26.554, 26.894 y 27.400" y solicitaron que "(...) se ordene a la Gendarmería Nacional que se abstenga de llevar adelante cualquier operativo y detención sin mediar orden judicial de autoridad competente en el territorio de la Comunidad Lof Campo Maripe".

Tanto el juez federal como la Cámara Federal de General Roca rechazaron el hábeas corpus por considerar que la vía idónea era el amparo, no el hábeas corpus y que no correspondía transformar el proceso en un amparo en atención a que la situación que motivó el inicio de la acción había devenido abstracta, ya que hacía 8 meses que no se verificaban nuevos hechos protagonizados por las fuerzas de seguridad.

La Cámara Federal de Casación Penal anuló la sentencia de Cámara Federal entendiendo que el *hábeas corpus preventivo y colectivo* debía ser otorgado fundado su temperamento en las siguientes razones.

Respecto al rechazo de la acción por entender que la vía idónea era el amparo sostuvo que " (...)debido a la condición de sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del *nomen iuris* específico de la acción intentada (...) la Corte IDH sostuvo que "[d]ebido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre este es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el art. 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y

tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados" (cfr. "Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", Fondo, cit., y "Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay", párrs. 118 y 121). (...).

La cuestión de la vía idónea se encuentra íntimamente vinculada a la efectiva protección judicial dado que "[L]a relevancia y la delicadeza de los aludidos bienes deben guiar a los magistrados no solo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también, por cierto, de los vinculados con la 'protección judicial' prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), que exhibe jerarquía constitucional, máxime cuando los denominados recursos de amparo, especialmente en el terreno sub examine, no deben resultar 'ilusorios o inefectivos' (...).

De este modo, el Tribunal ha declarado que 'la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar (...)'".

En cuanto a la distinción, efectuada por la Cámara Federal, respecto del derecho a la libertad ambulatoria y la libertad de tránsito el fallo sostuvo que "(...) En virtud del art. 18CN las personas no pueden ser privadas de su libertad sin que medie una orden escrita de autoridad competente y de conformidad con el art. 14CN tienen derecho a circular libremente por el territorio nacional, lo que implica que no pueden ser excluidas del acceso a determinados lugares sino mediante orden judicial, máxime aún si se trata, como en la especie, del territorio donde ejercen posesión (...)".

En cuanto al requisito de actualidad del art. 3º, inc. 1º de la ley 23.098, el tribunal entendió que "(...) De adverso a lo sostenido por el *a quo*, considero después de un examen profundo de las cuestiones debatidas a la luz de las normas convencionales que deben observarse, que la causa que ocasionó la lesión al derecho de los accionantes no ha perdido virtualidad, antes bien se encuentra latente.

Los antecedentes fácticos del conflicto que reviste un alto grado de contingencia evidencian que no hay elementos suficientes para garantizar que no se verifique un arresto o una limitación a la libertad física de los miembros de la comunidad sin orden de autoridad competente, por lo que el hábeas corpus preventivo se erige así como el mecanismo idóneo para evitar que esto se efectivice, es decir, para impedir posibles afectaciones a la libertad ambulatoria, de circulación y a la integridad física de los miembros de la comunidad.

La arbitrariedad de la decisión del *a quo* no resulta menor si se atiende al contexto de vulnerabilidad en el que se encuentran los miembros de la comunidad de pueblos originarios debido a su condición —forman parte de un colectivo estructuralmente excluido— y de la especial naturaleza de los tópicos involucrados, en virtud de los compromisos asumidos por el Estado Argentino ante la comunidad internacional, no debiendo soslayarse el extenso lapso transcurrido en el trámite del presente sin que se haya garantizado la tutela judicial efectiva a los peticionantes (...) corresponde analizar la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13/9/2007, que establece el nuevo estándar mínimo para la protección de los derechos humanos de los pueblos y las personas indígenas, y representa un cambio de paradigma con respecto a la visión tradicional de los derechos humanos. (...) En su art. 10 establece que '(...) Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso (...)'

Así, el Tribunal hizo lugar al recurso de casación, anulo la sentencia y remitió la causa para el dictado de una nueva resolución respetuosa de acuerdo con los lineamientos establecidos por Casación.

Este caso me pareció especialmente interesante en virtud de que muestra la íntima vinculación entre la efectividad de la garantía con la vigencia efectiva del derecho, así como la posibilidad de utilizar el hábeas corpus para proteger la libertad, dignidad, integridad física, identidad cultural y los derechos territoriales de los pueblos originarios.

7.6. Por desaparición forzada de persona

Se encuentra legislado expresamente en el [art. 43](#) de la CN y en el art. 10 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Procede a fin de localizar y restituir la libertad de la persona desaparecida, así como para procurar información conducente sobre su destino.

Este tipo especial fue incorporado en virtud de la siniestra práctica genocida utilizada por la última dictadura militar, y de la falta absoluta de protección brindada por parte del Poder Judicial a las víctimas, familiares y abogados.

El informe *Nunca Más* concluyó que "El Poder Judicial, que debía erigirse en freno del absolutismo imperante, devino en los hechos en un simulacro de la función jurisdiccional para cobertura de su imagen externa. (...) Seriamente afectada la asistencia jurídica por la prisión, extrañamiento o muerte de los abogados defensores⁽¹⁴¹⁵⁾; la reticencia y aún la misma complacencia, de gran parte de la judicatura completó el cuadro de desamparo de los derechos humanos. (...) En conclusión, durante el período en que se consumó la desaparición masiva de personas, la vía judicial se convirtió en un recurso casi inoperante"⁽¹⁴¹⁶⁾.

Al respecto, Gil Domínguez sostiene que "Un antecedente jurisdiccional en la materia lo podemos encontrar en el caso 'Perez Smith'⁽¹⁴¹⁷⁾, donde la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de analizar la política de desapariciones forzadas pergeñada por la dictadura militar. En dicho fallo, el Alto Tribunal puso de manifiesto que la escueta información dada por las autoridades requeridas sobre el paradero de las personas desaparecidas constituía un claro ejemplo de privación de justicia. Si bien desde lo formal este fallo ha sido ponderado, desde el punto de vista sustancial sólo actuó como un mero consejo o 'llamado de atención', porque —a diferencia de lo que sucedió con el Informe de la Comisión Interamericana de 1979— la espiral de desapariciones no disminuyó ni la actuación del Poder Judicial significó un valladar al accionar de las fuerzas armadas"⁽¹⁴¹⁸⁾.

La práctica de las autoridades públicas en casos de desaparición forzada de personas es negar el hecho de la detención, razón por la cual resulta indispensable que el juez extienda la investigación adoptando las medidas necesarias para esclarecer los hechos denunciados, haciendo lugar a las pruebas que ofrezca el denunciante⁽¹⁴¹⁹⁾, ya que "sería inapropiado —por no decir farisaico— cerrar un expediente de hábeas corpus por el mero hecho de que las autoridades públicas a las que se requiere informe contesten negativamente sobre la detención, si existen medidas probatorias que pueden demostrar otra cosa"⁽¹⁴²⁰⁾.

En razón de esta práctica, el art. 15 de la ley 23.098 admite expresamente el ofrecimiento de pruebas después de contestado el informe por parte de la autoridad pública para controvertirlo.

Asimismo, y más allá de la prueba que el denunciante pueda ofrecer, *el juez tiene la obligación de realizar todos los actos necesarios para esclarecer los hechos*, contando con todas las atribuciones legales, en especial tiene "libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivo para creer que se puede

encontrar a la persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar" (art. 10, CIDFP).

Respecto de la procedencia del hábeas corpus en amparo de personas que permanecen desaparecidas desde la última dictadura militar, la jurisprudencia recientemente en la causa "Morales de Cortiñas, Nora Irma s/Recurso de Casación"⁽¹⁴²¹⁾ hizo lugar al hábeas corpus y estableció que "No caben dudas de que, desde la incorporación del art. 43 a nuestra CN, ha quedado expresamente plasmado en el texto constitucional que esta es la acción pertinente para garantizar a los familiares de las víctimas por desaparición forzada de personas un recurso eficaz ante la justicia. (...) Ello importa concluir que la investigación acerca de la posible responsabilidad penal de los autores y partícipes en el hecho que tuvo por víctima a Carlos Gustavo Cortiñas no obsta a la sustanciación del presente hábeas corpus, sino que se trata de procesos concurrentes y complementarios, atento a las ostensibles diferencias en el trámite y alcance que caracterizan a cada uno".

En el caso referido cabe mencionar que, a pesar de la resolución de la Cámara Federal de Casación en el año 2013, la denunciante Nora Irma Morales de Cortiñas debió nuevamente recurrir en Casación en el año 2015 ante el rechazo a convocar a la audiencia del art. 14 de la ley 23.098 por parte del juez de Instrucción. Ante esta situación, la CNCasación Penal admitió el recurso "con miras a garantizar la obligación del Estado argentino de garantizar el derecho de acceso a la justicia que, por tratarse de una desaparición forzada, (...) incluye que en la investigación de los hechos se procure determinar la suerte o paradero de las víctimas" (CIDH, "Torres Millacura")⁽¹⁴²²⁾.

En este caso, ante la falta de eficacia demostrada del proceso de hábeas corpus, interpuesto en 2012 y sin resolución en 2015, entendemos que correspondía ordenar directamente las medidas necesarias para garantizar el derecho vulnerado y no reenviar el trámite a la Cámara de Apelaciones para que resuelva el recurso de apelación incorrectamente denegado, ya que la Constitución obliga no solo a la procedencia formal de la garantía sino a dar cuenta de las personas desaparecidas⁽¹⁴²³⁾.

Otro caso de interés es la acción interpuesta en beneficio de Luciano Arruga, cuando el Tribunal de Casación resolvió que "[A]tento al carácter imprescriptible de los delitos denunciados, el titular del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional nro. 1 de Morón, debe desplegar toda actividad investigativa conducente al esclarecimiento de los mismos, removiendo al efecto todo obstáculo, administrativo o judicial, que impida una acabada y efectiva

reconstrucción histórica de los hechos, permita una pertinente sanción de los responsables, y en virtud de la acción promovida por las recurrentes, deberá adoptar todas las medidas correspondientes a fin de conocer el destino o paradero [de la persona desaparecida]".

"[E]n el marco de la sustanciación de la acción deben tenerse particularmente en cuenta las diversas medidas probatorias sugeridas por las denunciantes, como así también —si fuese el caso— las consideraciones del Ministerio Público Fiscal a quien debe darse la intervención prevista legalmente (...). Ello, en procura de obtener el fin perseguido a través de garantizar la maximización del rendimiento de este tipo de procedimientos, atento su amplitud probatoria y de asegurar la efectiva adopción de todas las medidas posibles y la puesta a disposición de los recursos necesarios para acceder al conocimiento de lo ocurrido al beneficiario de la acción"⁽¹⁴²⁴⁾.

7.7. De oficio

El art. 11, párr. 5º dio reconocimiento expreso al hábeas corpus de oficio el cual procede en beneficio de la persona arrestada como de aquella amenazada de serlo ante el temor de que sea transportada fuera de la jurisdicción del juez o tribunal o que se le haga sufrir un perjuicio irreparable⁽¹⁴²⁵⁾.

Puede disponerlo un juez de primera instancia o un tribunal de alzada.

La ley impone como requisito de admisibilidad la existencia de "prueba satisfactoria", término indeterminado, pero que pareciera significar que si la prueba es dudosa o incierta no sería procedente. La prueba puede surgir del expediente o fuera de él, no siendo requisito que se conozca la identidad de la persona detenida o amenazada⁽¹⁴²⁶⁾.

La lesión o amenaza debe provenir de autoridad pública, es una potestad del juez (que se transforma en obligación cuando la prueba "sea satisfactoria") y su trámite es sumarísimo, debiendo el juez dictar la orden al sujeto activo de la detención a que traiga a la persona detenida en presencia del juez para resolver de inmediato.

VIII. CONCLUSIONES

1. El hábeas corpus tiene como objeto la eficaz protección de la libertad física y la dignidad humana.
2. Su nota distintiva y esencial es la eficacia.
3. Su antecedente más remoto se remonta al interdicto de *homine libero exhibendo* creado durante el Imperio Romano (533 d.C.),

siguiendo su desarrollo por el derecho aragonés y anglosajón, donde recibió su denominación actual.

4. En nuestro derecho federal hizo aparición por primera vez en el [art. 20](#) de la [ley 48](#). Fue constitucionalizado por primera vez en la reforma constitucional de 1949 y, por segunda vez, por la reforma constitucional de 1994 juntamente con el amparo y el hábeas data (siempre a nivel federal).

5. La CN solo reconoce el carácter de autoridad competente para ordenar la detención de una persona a los jueces en lo penal (art. 18) y, excepcionalmente, al presidente durante el estado de sitio (art. 23). No cualquiera puede ser considerado autoridad competente en los términos del art. 43 para detener personas. Cualquier restricción a la libertad que no fuera ordenada mediante decisión judicial fundada, debe ser objeto de un escrutinio estricto.

6. El proceso de hábeas corpus debe ser aplicado a la luz del principio *pro homine*, *pro actione* y *pro libertatis*, integrando sus disposiciones con las normas contenidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

7. En el caso de acciones de hábeas corpus tramitadas ante los tribunales nacionales con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, las normas de la CN, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la ley 23.098 deben ser integradas con las normas de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La cual que protege en forma más amplia y generosa la libertad física estableciendo específicamente que solo se puede privar de la libertad por orden estricta y fundada de autoridad judicial competente, salvo caso de flagrante delito con inmediata comunicación al juez.

8. El hábeas corpus no puede ser limitado por razón alguna cobrando mayor importancia su efectiva vigencia durante el estado de sitio.

9. La CN no hace ninguna distinción respecto del sujeto responsable de la privación de la libertad. Procedente contra toda autoridad pública, ejecutiva, legislativa y/o judicial, o particular.

10. A fin de lograr la efectividad de la protección a la libertad física, la acción tiene las siguientes características: rapidez, informalismo, inmediación, legitimación amplísima, la posibilidad de decretar la inconstitucionalidad de la norma o acto en que se funda la privación de la libertad, la competencia exclusivamente judicial para resolver el hábeas corpus, se le otorgan al juez las más amplias potestades para lograr su cometido, el juez está obligado a agotar todas las diligencias necesarias para lograr su objeto y la imposibilidad de rechazar *in limine* de la acción sin agotarlas, se reconoce un amplio derecho al

recurso y la imposibilidad de restringir la vigencia efectiva de la acción.

11. La CN reconoce la totalidad de las clases de hábeas corpus, entre las que se encuentran el clásico, restringido, preventivo, correctivo, colectivo y cualquier otro tipo que fuera necesario reconocer para garantizar su efectiva vigencia.

12. El hábeas corpus es procedente no solo ante situaciones actuales sino también potenciales.

INDÓCIL HÁBEAS CORPUS: ALGUNOS USOS Y LUGARES

Comentario por Miguel Ángel Benedetti(1427)

Me interesa recuperar aquí parte de la historicidad del célebre remedio del hábeas corpus en la tradición constitucionalista argentina con bastante antelación a su segunda constitucionalización federal(1428). Según entiendo, volver a mirar ciertos tramos de la controversial trayectoria trazada por su judicialización en parte de aquel largo tiempo, puede ilustrar también algunos de los problemas de interpretación inherentes al control judicial de constitucionalidad(1429).

Cuando la histórica Constitución argentina ni siquiera mentaba esa añeja y canónica expresión y solo se la podía entender como garantía innominada, puede advertirse un persistente desacuerdo interpretativo en torno a cuál debía ser su/s objeto/s de protección con solo echar un atento vistazo a la parte de la voluminosa colección oficial de "Fallos" de la Corte Federal. En ese autorizado registro — al margen de ciertos desacuerdos entre algunos jueces supremos— parecen convivir dos antitéticas interpretaciones acerca de aquel silencio constitucional en dos desiguales niveles. Por un lado, el "arriba" oficial conformado por la más alta y última interpretación en manos de la Corte al resolver los variados casos caratulados como hábeas corpus (a secas o como "recurso de" o "interdicto de" o "amparo de"). Por otro lado, desde "abajo", los múltiples usos perseguidos por sus impulsores al golpear las puertas de los tribunales denunciando sufrir todo tipo de maltratos institucionales — directa o indirectamente sobre los cuerpos— al no encontrar otro medio jurídico disponible a su alcance con semejante informalidad. Mientras el centralizado alto nivel judicial "confinó" al hábeas corpus en un restringido alcance a partir de cierta lectura constitucional, el inorgánico bajo nivel mostró una sucesiva polivalencia táctica que — aprovechando la simplificación de sus formas— pujaba por su

ampliación, en desafío a aquella última palabra en manos de los jueces supremos.

Durante aquellos tiempos, no se podía soslayar la temprana y duradera legislación adjetiva que regulara el hábeas corpus como remedio pronto y simplificado ante detenciones o arrestos indebidos en el ámbito federal/nacional⁽¹⁴³⁰⁾. Si bien esos textos legales no inhibían explícitamente otros usos para la preciada garantía, máxime si se la entendía desde la amplia base suprema añadida en 1860 (art. 33, CN), lo cierto es que desde entonces se estableció un consenso en la jurisprudencia de la Corte Federal para "encerrar" el hábeas corpus en aquella legislación ritual. Lo relevante a tener en cuenta aquí es que esa lectura estricta de la ley se sostenía en una estrecha visión constitucional que solo encontraba como excluyente anclaje supremo de dicha garantía a la cláusula contra arrestos sin "orden escrita de autoridad competente" (art. 18, parte 2ª, CN)⁽¹⁴³¹⁾. Con esa interpretación se intentaba acotar al hábeas corpus a aquel único "lugar" (solo contra ciertos arrestos indebidos y nada más)⁽¹⁴³²⁾.

Como anticipara, ese oficial entendimiento constitucional fue enfrentado por una notable gama de usos de esa única vía acelerada y flexible ante jueces federales o nacionales, en busca de otros necesarios "lugares" para el hábeas corpus, para resistir también otras vulneraciones de derechos, menos o más alejadas del arresto arbitrario. Con brevedad y sin pretensión de exhaustividad, basta recordar algunos de esos extensivos usos resueltos en última instancia por la Corte hasta mediados del siglo XX: a favor de extranjeros ya deportados por aplicación de la ley de "residencia" ("Transporte Chaco" de 1932, "Doregger" de 1944, "Becker" de 1946), amenazados de expulsión ("Codovila" de 1950) o próximos a serlo por la Ley de Migraciones ("Pedro Miguel, Esteban Juan" de 1913); contra prohibiciones policiales de reuniones públicas ("González Maceda" de 1929; "Aguiar Vázquez" de 1951), de circulación o publicación de periódicos ("Bertotto" de 1932, "San Miguel" de 1950, "La Hora" de 1956); por denegaciones de empleo estatal ("Malval" de 1933) o de reválida de título universitario ("Hinze" de 1939); vigilancia policial de un estudio de abogado ("Alocatti" II de 1950); investigación de comisión presidencial contra una asociación ("Casa de la Cultura" de 1957). Incluso, cuando ni se pensaba en el hábeas corpus colectivo, hubo peticiones que llegaron a la Corte en favor de indeterminados pero homogéneos afectados por una causa común: retiro compulsivo de kollas de la capital ("Dionisio Viviano" de 1946), vigilancia en sede de asociación de abogados ("Alocatti" I de 1950).

Claro que lo problemático de esa desigual disputa acerca del significado estrecho o amplio de esa garantía innominada en la histórica Constitución es que allí se jugaba la crucial y efectiva posibilidad de atender —o no— las urgentes adversidades denunciadas. De hecho, esos indóciles usos del hábeas corpus, al arribar ante la mismísima autoridad judicial final, fueron sucesiva y simplemente denegados por considerarlos "erróneamente encausados", salvo aisladas excepciones o disidencias⁽¹⁴³³⁾. Por su parte, la doctrina de los autores hubo valorado de modo disímil esos extensivos usos⁽¹⁴³⁴⁾. Aunque por entonces también se frustró —hay que decirlo— la mayoría de aquellos hábeas corpus que se movían dentro del estrecho "lugar" de las detenciones ilegales⁽¹⁴³⁵⁾, al menos se llegó a admitir cierta apertura formal en materia de constitucionalidad, hoy receptada por la normativa vigente: en ese abreviado cauce procesal se pudo plantear la invalidez constitucional de la norma en que se fundara la alegada lesión ("Nemesio González" de 1899 y "Corti de Montesano" de 1903).

Volviendo a los reiterados rechazos de aquellos insumisos hábeas corpus que requerían sobrepasar los arrestos arbitrarios, también como proyección de aquella estrecha interpretación, por entonces se decía o suponía que los jueces no podían arbitrar otras rápidas vías ante la imprevisión legal de otro remedio sumarísimo para proteger el ejercicio de los restantes derechos. Y cuando finalmente esta última argumentación fue abandonada por la Corte Federal para dar nacimiento pretoriano al amparo y prestar atención a un puntual reclamo ("Ángel Siri" de 1957), tampoco se descartó aquella visión constitucional que le asignaba un estrecho significado al hábeas corpus⁽¹⁴³⁶⁾. Muy por el contrario, se la reafirmó al seguir considerando que como esta garantía solo era contra arrestos (art. 18, parte 2ª, CN), precisamente por ello era necesario "crear" otra acción (el amparo), tan simplificada como aquella⁽¹⁴³⁷⁾.

Así, a partir de entonces, la interpretación estrecha del hábeas corpus parecía definitivamente solidificada y su único "lugar" reducido a lo no alcanzado por el tardío como nuevo remedio⁽¹⁴³⁸⁾. Sin embargo, ante ese nuevo estado de cosas, bien pronto vuelven a emerger otros indóciles usos del hábeas corpus, que nuevamente suponen una interpretación un tanto más amplia que la aceptada: para atacar una condenada militar firme por "insubordinación" de un huelguista ferroviario ("Pucci" de 1959); contra el agravamiento ilegítimo de las formas de detención dispuestas por estado de sitio ("Tieffemberg" de 1971; "Pujadas" de 1973). Y durante la última dictadura militar, paradójicamente se los acepta aisladamente para quienes estaban arrestados a disposición del PEN por estado de

sitio, para cuestionar su razonabilidad por vez primera ("Zamorano" de 1977; "Timerman" de 1978) o la negativa a conceder el llamado derecho de opción; y a la par de eso —cómo no recordarlo— el "diligenciamiento inútil" de los miles de hábeas corpus por desaparición forzada de personas para saber adónde/quiénes las retenían y en extrema defensa de sus vidas e integridad ("Pérez de Smith" de 1977, 1978, 1980). Para continuar —y empezar a concluir— esta parcial mirada retrospectiva, también luego de la ya citada ampliación legislativa federal del regreso a la democracia⁽¹⁴³⁹⁾, vuelven a llegar ante la Corte otras peticiones por la indócil vía: contra sanciones de arresto por un edicto policial ("Salort" de 1986) o por un tribunal municipal ("Di Salvo" de 1988).

Si por razones de espacio detengo aquí este abreviado repaso del controvertido itinerario del hábeas corpus pre-reforma constitucional de 1994, en principio, se podría decir que —a excepción de su inigualable falta de formalidades y correlativa indocilidad— esta garantía no ha permanecido inmutable "a los ojos del derecho", ni en los tardíos y parciales reconocimientos oficiales ni en sus urgentes y multiplicadas prácticas. Habiendo hecho hincapié en estas últimas, sus polivalentes usos registrados en los fallos recordados admiten variadas lecturas complementarias. Por un lado, pueden verse como memoria de las despóticas maneras de la gubernamentalidad, *de iure* o *de facto*, con o sin estado de sitio (donde la detención arbitraria es solo una manifestación) así como de la galería de sus infortunadas víctimas, en general pertenecientes —de modo estructural o circunstancial— a sectores más o menos vulnerables o subalternos. Por otro lado, resulta notable volver a constatar que la vía de mayor sencillez técnica y formal para ocurrir ante los jueces —incluso los de la Alta Corte— sea la que porte tanta vitalidad para intentar abrir el debate constitucional. Una y otra vez, fracaso tras fracaso, el indócil hábeas corpus —usado según la ley adjetiva y más allá de ella— al pujar con tenacidad por ampliar el minimalista "lugar" asignado por la interpretación última de la Corte, también puede verse como que estaba reclamando la Constitución para los afectados mismos. Con el paso del tiempo, la costosa futilidad inmediata de la mayoría de aquellos álgidos reclamos, más tarde que temprano, parece trocarse en algún tipo de nuevo entendimiento oficial; el cual, vuelve a cuestionarse y así el ciclo parece recomenzar.

Aquí y ahora, con el ampliado marco constitucional para el "hábeas corpus" desde 1994, los desacuerdos interpretativos son indudablemente otros. Nada impide seguir pensado que habrán de renovarse los indóciles usos del hábeas corpus.

PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES: EL HÁBEAS DATA Y SU REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

Comentario por Ornella Mazza Gigena

I. CONCEPTO Y REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

Luego de la reforma de 1994, se incorporó al texto de la CN el Capítulo Segundo, denominado "Nuevos derechos y garantías" el que incluye el art. 43 que regula la acción de amparo, el hábeas corpus y el hábeas data.

El hábeas data permite que cualquier persona pueda interponer una acción judicial con el fin de tomar conocimiento de los datos a ella referidos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes, y de la finalidad de estos datos, así como exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de tales datos, en caso de falsedad o discriminación.

Entre los fundamentos por los cuales esta acción específica fue constitucionalizada, se hizo referencia a "(...) un ámbito de derechos personales del mundo contemporáneo, donde el procesamiento de la información, la acumulación y la circulación han generado amenazas reales a la libertad y a otros derechos personales de los argentinos", a un "(...) antídoto contra la discriminación, la persecución o la presión ejercida mediante la confección de registros" y a "(...) la protección de la intimidad, la privacidad, la honra, la integridad psicofísica, la integridad e intimidad familiar, los propios datos de las personas y las reservas del hombre en sus aspectos más íntimos", entre otros⁽¹⁴⁴⁰⁾.

Nuestra Corte Suprema ha sostenido desde los primeros casos que resolvió en la materia que la acción de hábeas data constituye una dimensión del derecho a la intimidad, en conexión de sentido con el art. 19 de la CN⁽¹⁴⁴¹⁾, y resulta un instrumento destinado a evitar injerencias extrañas en la vida privada, pero también a proteger el honor, el derecho a la identidad y a la propia imagen⁽¹⁴⁴²⁾.

Este recurso presupone que la persona que lo interpone tiene derecho a acceder a sus propios datos personales y a mantener su privacidad y su honor, a través de la protección específica para casos de falsedad o discriminación. Asimismo, se constituye como un "(...) derecho procesal constitucional (...), una garantía constitucional destinada a tutelar los derechos de fondo mencionados"⁽¹⁴⁴³⁾.

Sin embargo, debido a su introducción como parte del texto del art. 43 de la CN, existe discusión sobre si la acción de hábeas data debe cumplir con los mismos presupuestos de admisibilidad que cumple el amparo, es decir, que exista un acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que lesione, restrinja, altere o amenace con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo.

Esta discusión surge del párrafo que regula el hábeas data, puesto que comienza con la expresión "Toda persona podrá interponer esta acción (...)", refiriéndose a aquella que se menciona en los párrafos precedentes, esto es, la acción de amparo. En base al dicho texto, algunos autores consideran que la acción de hábeas data solo procede en los casos en que exista violación del derecho y que ella se haya realizado con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta⁽¹⁴⁴⁴⁾, mientras otros han entendido que no es necesario que la persona que exige judicialmente la supresión de sus datos personales de un banco o registro demuestre lesión a derecho alguno, sino que es suficiente con que sea un dato sensible o falso para que pueda exigir tal supresión⁽¹⁴⁴⁵⁾. Dentro de esta última postura, algunos autores agregan como requisito para que la acción quede expedita que el dato erróneo se trasmita con negligencia⁽¹⁴⁴⁶⁾.

En otro sentido, hay autores que entienden a la acción de hábeas data como un proceso constitucional autónomo, independiente del amparo, por lo que no debe considerársele subalterno o una subespecie de este. Siguiendo esta idea, "el principal objetivo protector del hábeas data es el derecho fundamental de autodeterminación informativa, al que se concibe como un derecho sustancial, con materialidad propia, y, a su vez, como derecho instrumental de otras facultades y libertades"⁽¹⁴⁴⁷⁾.

Nuestra Corte Suprema de Justicia se ha expedido sobre el tema en un voto en minoría, al afirmar que "si bien el tratamiento de la acción de amparo y la acción de hábeas data se ubica en la misma norma de la CN, esta última —a diferencia del amparo— tiene un objeto preciso y concreto que consiste básicamente en permitir al interesado controlar la veracidad de la información y el uso que de ella se haga (...) Ante esta relevante distinción, no cabe sujetar la procedencia de la acción de hábeas data a la comisión de conductas arbitrarias e ilegítimas, recaudos propios de la acción de amparo, pero no de aquélla"⁽¹⁴⁴⁸⁾.

Entendemos que el requisito de arbitrariedad o ilegalidad tornaría ilusorias algunas de las finalidades para las que fue creada la figura. Así, por ejemplo, algunos tipos de hábeas data⁽¹⁴⁴⁹⁾, como ser el que

permite a cualquier persona conocer qué datos están incluidos en alguna base o registro, solo buscan averiguar cuáles son esos datos, sin ninguna otra intención. En este sentido, el conocimiento de esos datos resulta ser un presupuesto necesario para controlar la veracidad de los mismos e impedir su utilización con fines discriminatorios⁽¹⁴⁵⁰⁾. Este pareciera ser el criterio que siguió nuestro Máximo Tribunal en un caso en el que, pese a haberse demostrado que la parte demanda actuó sin arbitrariedad manifiesta, consideró cumplidos los requisitos de procedencia de la acción de hábeas data⁽¹⁴⁵¹⁾.

II. ANTECEDENTES EN LA CONVENCION CONSTITUYENTE

La ley 24.309⁽¹⁴⁵²⁾, que declaró la necesidad de reforma constitucional, habilitó a la Convención Constituyente para discutir acerca de la "Consagración expresa del hábeas corpus y del amparo por incorporación de un artículo nuevo en el capítulo segundo de la Primera Parte de la CN" (inc. n], art. 3º). Si bien la ley no hizo referencia expresa a la acción de hábeas data, ella fue tratada por los constituyentes como una especie dentro del amparo y fue plasmada en el tercer párrafo del art. 43, el que fue aprobado por 201 votos afirmativos contra 12 negativos.

La discusión acerca del art. 43 se llevó a cabo durante tres reuniones de la 3ª Sesión Constituyente, y tuvo dos dictámenes: uno en mayoría y otro en minoría, originados en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, cuya diferencia principal estuvo centrada en la extensión del texto propuesto, ya que la minoría criticó que el texto propuesto por el dictamen de mayoría no concordaba con la técnica legislativa de la Constitución debido a que no describía los institutos en forma breve y tenía demasiado detalles reglamentarios⁽¹⁴⁵³⁾.

Más allá de esta discusión, los principales argumentos que alegaron nuestros constituyentes para consagrar constitucionalmente la acción de hábeas data, se vinculan con diversos episodios de intromisión estatal y violación de la intimidad, sucedidos en la historia de nuestro país. Así, algunos constituyentes han hecho mención en el debate de la reforma a períodos oscuros de la historia argentina y a la manipulación y acumulación de datos sobre las personas⁽¹⁴⁵⁴⁾; a la memoria histórica de los argentinos⁽¹⁴⁵⁵⁾; a la necesidad de consagrar una norma constitucional que defienda a los ciudadanos frente a todo tipo de arbitrariedad o en materia de registros ideológicos, políticos, sindicales, personales o familiares que puedan afectar el derecho a la dignidad y a la propia imagen de las personas en nuestro país⁽¹⁴⁵⁶⁾; y a la búsqueda de información

para dar con el paradero de muchas personas desaparecidas en Argentina⁽¹⁴⁵⁷⁾.

Otro de los argumentos desarrollados por algunos constituyentes hizo referencia a la era de las nuevas tecnologías y la proliferación de la información a través de herramientas como Internet. Así, se mencionó que el hábeas data sería capaz de poner un freno a la tecnología, a la informática y a la violación natural de cualquiera de esos remedios de la alta tecnología que pueden afectar o violentar el derecho a la intimidad⁽¹⁴⁵⁸⁾.

Por último, se incorporaron algunos argumentos referidos a una nueva relación entre el Estado y los ciudadanos, al considerarse que el hábeas data forma parte de un conjunto de instrumentos, herramientas y disponibilidades que le permitirán a los ciudadanos afirmar sus propios derechos individuales⁽¹⁴⁵⁹⁾.

Con respecto a antecedentes constitucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinarios, se hizo referencia en el debate constituyente a la Constitución española de 1978, a la legislación estadounidense de 1980, a la Constitución portuguesa de 1976, a la Constitución brasileña de 1988, a la Constitución colombiana de 1991 y a la Constitución de la República del Paraguay, de 1992. Asimismo, se mencionaron algunos antecedentes de la legislación europea, como ser la ley 78 sobre informática, ficheros y libertades de la República Francesa de 1978; la ley de Irlanda sobre protección de datos de 1988, que dio ejecución a la Convención de Estrasburgo del 28/5/1981; la ley noruega sobre registro de datos personales, de 1978; y la ley inglesa sobre protección de datos, de 1984.

Finalmente, se mencionaron antecedentes del ámbito nacional y ejemplos de normativas locales, como ser la Constitución de Córdoba y la de Río Negro⁽¹⁴⁶⁰⁾.

III. TIPOS DE HÁBEAS DATA

Para establecer los tipos de hábeas data que regula la CN, hemos seguido la clasificación efectuada por Sagüés⁽¹⁴⁶¹⁾:

1. *Hábeas data informativo*: es aquel que procura recabar información obrante en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes. Dentro de estos, el mencionado autor incluye tres subespecies: a) Hábeas data exhibitorio, que tiene por fin solo tomar conocimiento de qué datos están registrados; b) hábeas data finalista, cuyo objeto es saber para qué y para quién se registran los datos y c) hábeas data autoral, el que tiene como fin averiguar quién obtuvo los datos obrantes en los registros o bancos.

2. *Hábeas data aditivo*: su propósito es agregar más datos a los que deberían constar en el respectivo banco o registro. Para el autor, el ejemplo más común es el que busca actualizar la información, por ejemplo, "(...) si alguien aparece como deudor, habiendo satisfecho su obligación; o si figura como procesado, habiendo sido en definitiva sobreseído".

3. *Hábeas data rectificador*: tiene como fin corregir errores de los datos consignados en los registros o bancos.

4. *Hábeas data reservador*: tiene como finalidad exigir la confidencialidad de los datos sobrantes en los registros o bancos.

5. *Hábeas data cancelatorio o exclutorio*: tiene por objeto solicitar la supresión de los datos obrantes en los registros o bancos. Para el autor, este se vincula con la idea de datos sensibles⁽¹⁴⁶²⁾.

6. *Hábeas data mixto*: cuando comprende a más de uno de los descriptos anteriormente.

Menciona Sagüés que nuestra CN contempla de modo explícito el hábeas data exhibitorio, el finalista, el aditivo, el rectificador, el reservado y el cancelatorio. Sin embargo, vale aclarar que el texto del art. 43 de la CN permite los cuatro últimos solo en caso de que la información sea falsa o discriminatoria. Así, la parte pertinente del texto establece que "Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad (...) y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos (...)".

La Corte Suprema ha delimitado el alcance del término "falsedad de la información" en oportunidad de expedirse sobre un caso referido a una empresa privada que prestaba servicios de información crediticia. Así, estableció que los datos registrados por este tipo de empresas deben ser exactos y completos, no siendo suficiente con que la información haya sido registrada y transmitida sin arbitrariedad manifiesta, sino que tiene que ser precisa. En este sentido, decidió que lo expresado en el art. 43 de la CN con relación al derecho del afectado en obtener la supresión o rectificación de toda información personal que incurra en falsedad "(...) debe ser interpretado conforme a los términos de la respectiva ley reglamentaria. Según esta, no basta con que lo registrado como verdadero sea tal si, al tomar razón de los datos relevantes al objeto y finalidad del registro de manera incompleta, la información registrada comporta una representación falsa. Al respecto, el art. 33 de la ley 25.326 confiere la acción de protección de los datos personales toda vez que la información registrada sea incompleta o inexacta, por lo que su procedencia debe ser juzgada conforme a estos parámetros (...) En efecto, no basta con decir una parte de la

verdad y con proceder a registrarla para quedar exento de responsabilidad, si la información registrada (por ser falsa o incompleta) afecta la intimidad, privacidad, o la reputación de terceros (...)”(1463).

Por último, el autor citado entiende que nuestra CN incorpora de modo implícito el hábeas data autoral porque el texto constitucional declara que mediante una acción de hábeas data "No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística", por lo que sí le parece factible preguntar por las fuentes de información no periodística(1464).

IV. ALCANCE DEL ART. 43 DE LA CN

El hábeas data encuentra su límite en el derecho a la libertad de expresión, al disponer el art. 43 de la CN que "No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística". Esto se mencionó en el seno de la Convención Constituyente como una protección que no debe vulnerar la libertad de prensa ni "(...) la protección del derecho profesional del periodismo”(1465). La ley 25.326 de protección de datos personales(1466) reforzó esta protección constitucional al establecer que "(...) en ningún caso se podrá afectar la base de datos ni las fuentes de información periodística".

Algunos autores opinan que, ante tal amplia protección otorgada por el art. 43 de la CN a las fuentes periodísticas, solo queda a los titulares de datos personales encontrar amparo en el derecho de rectificación o respuesta, el que siempre operará una vez que la noticia se haya difundido(1467).

Nuestra Corte Suprema de Justicia se ha expedido sobre esta parte del art. 43, considerando que ella debe ser interpretada en función del objetivo que se quiso tutelar con dicha norma, que es el de favorecer el derecho a la información de los ciudadanos y permitir un debate libre y desinhibido de las cuestiones de interés público, "(...) mas dicha disposición legal no debe ser entendida como un artificio para que los órganos de prensa puedan eludir las consecuencias que eventualmente pudieran corresponder por la difusión de noticias inexactas o agraviantes cuyo origen se desconoce”(1468).

V. REGLAMENTACIÓN DEL HÁBEAS DATA: LA LEY DE PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

Luego de la incorporación del art. 43 en nuestra CN, el primer proyecto de reglamentación del hábeas data fue sancionado por el

Congreso en el año 1996⁽¹⁴⁶⁹⁾, pero posteriormente fue vetado por el Poder Ejecutivo mediante el dec. 1616/1996⁽¹⁴⁷⁰⁾.

Según los considerandos del decreto de veto, determinados aspectos de la ley sancionada alteraron la unidad del Proyecto de ley original. Entre ellos, se mencionan que la ley creó una Comisión Bicameral de Seguimiento de Protección Legislativa de Datos pero no especificó ni delimitó qué facultades tendría dicha Comisión; que omitió la previsión de supuestos de excepción a la prohibición de ceder o transmitir datos entre la República Argentina y otros Estados, o con organismos internacionales o supranacionales; que se extralimitó asignando nuevas funciones al Defensor del Pueblo; entre otras. Sin embargo, se ha dicho que el veto tuvo su causa en las presiones realizadas por empresas y capitales transnacionales interesados en el tráfico y uso ilimitado de los datos de carácter personal⁽¹⁴⁷¹⁾.

En 1998, la Cámara de Senadores le dio media sanción al proyecto por segunda vez, pero no fue sino hasta el año 2000 que la ley se sancionó y promulgó. Desde algunos medios periodísticos y sectores políticos se atribuyó la demora en su tratamiento al fuerte *lobby* que realizaba determinado sector empresarial⁽¹⁴⁷²⁾.

Durante los seis años que el hábeas data estuvo sin reglamentación, la Corte debió resolver los primeros casos en la materia. Uno de ellos fue el caso "Urteaga, Facundo Raúl c. Estado Nacional-Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. s/amparo ley 16.986"⁽¹⁴⁷³⁾. Allí, Facundo Raúl Urteaga dedujo acción de hábeas data con sustento en el art. 43 de la CN contra el Estado Nacional, el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas y la Provincia de Buenos Aires con el objeto de obtener información que existiera en distintos bancos de Servicios de inteligencia de las Fuerzas Armadas y de Seguridad de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires, sobre su hermano Benito Jorge Urteaga, supuestamente abatido en el año 1976 en un departamento ubicado en la localidad de Villa Martelli, provincia de Buenos Aires.

En instancias judiciales anteriores, se había rechazado la acción interpuesta por el actor en base a dos fundamentos: 1. la falta de legitimación activa, "en tanto los datos que pretende recabar no están referidos a su persona"; y 2. la finalidad que se perseguía, la que "no se compadece con lo que surge del texto constitucional".

La Corte analizó, entonces, si la vía elegida fue procedente a la luz del texto constitucional, considerando que, a falta de reglamentación legal, le correspondía delinear los alcances de la garantía mencionada con razonable flexibilidad, "(...) a fin de otorgar al peticionario la plena protección que ella establece, sin condicionar el

ejercicio de aquella potestad reglamentaria que hasta el presente no ha sido ejercida por el Congreso Nacional"⁽¹⁴⁷⁴⁾. En este sentido, el Tribunal reiteró la doctrina sentada en precedentes anteriores al sostener que "(...) como principio, corresponde recordar la doctrina de esta Corte según la cual la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna (Fallos 315:1492). Esta conclusión armoniza con la antigua doctrina del Tribunal conforme con la cual 'las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias' (Fallos 239:459)"⁽¹⁴⁷⁵⁾.

Sobre el fondo del asunto, admitió la legitimación invocada por el apelante en su calidad de hermano de quien se supuso fallecido, "(...) toda vez que la habilitación para accionar de un familiar directo con sustento en el derecho a que se proporcione información, aparece en las circunstancias del caso, como una de las alternativas de reglamentación posibles en el marco de una discreta interpretación del texto constitucional". En cuanto al argumento referido a la finalidad que perseguía la acción, el Máximo Tribunal entendió que la pretensión del actor incluía la de obtener la información existente en registros o bancos de datos públicos que le permitiera establecer el fallecimiento de la persona desaparecida y, en su caso, conocer el destino de sus restos, es decir, acceder a datos cuyo conocimiento hace al objeto de la garantía del hábeas data⁽¹⁴⁷⁶⁾.

Finalmente, en el año 2000 fue sancionada la ley 25.326 de Protección de datos personales que reglamentó el hábeas data, regulando los principios generales en la materia, los derechos de los titulares de esos datos; el régimen aplicable a usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos; la autoridad de aplicación y control en materia de protección de datos personales; los tipos de sanciones y distintos aspectos concernientes a la acción judicial.

5.1. Sujetos protegidos y obligados por la ley

La ley 25.326 establece como objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean públicos o privados, destinados a dar informes, tanto de personas físicas (humanas, en la denominación del nuevo Cód. Civ. y Com.), como de personas jurídicas, en cuanto resulte pertinente⁽¹⁴⁷⁷⁾.

En este sentido, otorga legitimación activa amplia en cuanto faculta a interponer la acción de hábeas data al afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado. Cuando la acción sea ejercida por personas jurídicas, deberá ser interpuesta por sus representantes legales, o apoderados que estas designen al efecto.

La ley estableció que en el proceso podrá intervenir en forma coadyuvante el Defensor del Pueblo⁽¹⁴⁷⁸⁾.

En relación con la legitimación pasiva, la acción procederá respecto de los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a proveer informes.

5.2. Principios generales relativos a la protección de datos

El art. 4º de la ley establece una serie de estándares en materia de calidad de los datos asentados en bases o registros:

— Los datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido.

— La recolección de datos no puede hacerse por medios desleales, fraudulentos o en forma contraria a las disposiciones de la ley.

— Los datos objeto de tratamiento no pueden ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención.

— Los datos deben ser exactos y actualizarse en el caso de que ello fuere necesario.

— Los datos total o parcialmente inexactos, o que sean incompletos, deben ser suprimidos y sustituidos, o en su caso completados, por el responsable del archivo o base de datos cuando se tenga conocimiento de la inexactitud o carácter incompleto de la información de que se trate.

— Los datos deben ser almacenados de modo que permitan el ejercicio del derecho de acceso de su titular.

— Los datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados.

5.3. Tipos de datos

La ley brinda protección a dos tipos de datos: los datos personales y los datos sensibles. Los primeros consisten en información de

cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables, mientras que los segundos son datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

Ambos tienen un tratamiento diferente. Así, el tratamiento de datos personales es lícito pero requiere el consentimiento previo y libre de su titular, efectuado de modo expreso e informado, el que deberá constar por escrito o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo con las circunstancias. Cuando se recaben datos personales se deberá informar previamente a sus titulares la finalidad para la que serán tratados y quiénes pueden ser sus destinatarios o clase de destinatarios; la existencia del archivo, registro, banco de datos, electrónico o de cualquier otro tipo de que se trate y la identidad y domicilio de su responsable; el carácter obligatorio o facultativo de las respuestas al cuestionario que se le proponga; las consecuencias de proporcionar los datos, de la negativa a hacerlo o de la inexactitud de los mismos y la posibilidad del interesado de ejercer los derechos de acceso, rectificación y supresión de los datos⁽¹⁴⁷⁹⁾.

La norma exceptúa de requerir el consentimiento al titular de los datos solo en los siguientes supuestos: 1. Cuando los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto; 2. Cuando se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal; 3. Cuando se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio; 4. Cuando deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento; y 5. Cuando se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme las disposiciones de la Ley de Entidades Financieras⁽¹⁴⁸⁰⁾.

En materia de datos sensibles, en cambio, la ley brinda una protección más amplia, en tanto establece otras reglas que rigen su tratamiento, como ser que ninguna persona puede ser obligada a proporcionar este tipo de datos; que estos solo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley, así como con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares; que queda prohibida la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles; y que los datos relativos a antecedentes penales o contravencionales solo pueden ser objeto de tratamiento

por parte de las autoridades públicas competentes, en el marco de las leyes y reglamentaciones respectivas⁽¹⁴⁸¹⁾.

5.4. Bancos y bases de datos contempladas

La reglamentación alcanza a dos tipos de archivos, registros, bases o bancos de datos: los públicos, y los privados destinados a proveer informes. Con respecto a los primeros, es importante definir qué significa que un archivo, base, registro o banco sea público. Una primera acepción puede referirse a que los datos allí contenidos sean de uso público, mientras que una segunda refiere a que el titular de ese banco o registro sea el Estado Nacional. La primera acepción ha dado lugar a malas interpretaciones, en tanto se sostuvo que la información obrante en las fuerzas y organismos de seguridad no reviste carácter público por "obvias razones de seguridad"⁽¹⁴⁸²⁾. Sin embargo, nuestro Máximo Tribunal ha entendido que "(...) en principio, la obtención de información sobre datos personales obrantes en los organismos y fuerzas de seguridad halla adecuación legal en la acción de hábeas data; ello sin perjuicio de 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. Al ser ello así, la decisión del a quo de rechazar la acción deducida por considerar que los particulares no pueden tener acceso a la información obrante en las fuerzas armadas y organismos de seguridad del Estado 'por obvias razones de seguridad pública', constituye una afirmación dogmática carente de razonabilidad (...)"⁽¹⁴⁸³⁾.

Esta discusión ameritó la incorporación del art. 23 de la Ley de Datos Personales, referido exclusivamente a datos almacenados o registrados por fuerzas de seguridad o defensa. Así, estableció que quedarán sujetos al régimen de la ley 25.326 los datos personales que por haberse almacenado para fines administrativos, deban ser objeto de registro permanente en los bancos de datos de las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, organismos policiales o de inteligencia; y aquellos sobre antecedentes personales que proporcionen dichos bancos a las autoridades administrativas o judiciales que los requieran en virtud de disposiciones legales. Asimismo, se estableció que el tratamiento de datos personales con fines de defensa nacional o seguridad pública por parte de las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, organismos policiales o inteligencia, sin consentimiento de los afectados, queda limitado a aquellos supuestos y categoría de datos que resulten necesarios para el estricto cumplimiento de las misiones legalmente asignadas a

aquellos para la defensa nacional, la seguridad pública o para la represión de los delitos. Los archivos, en tales casos, deberán ser específicos y establecidos al efecto, debiendo clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad. Por último, el art. 23 ordena que los datos personales registrados con fines policiales se cancelen cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento.

Con respecto a los bancos, registros, archivos o ficheros privados, tanto la cláusula constitucional como la ley requieren que estén destinados a proveer informes. Esta disposición ha sido criticada por algunos doctrinarios por considerarla restrictiva de los derechos amparados mediante la acción de hábeas data, exigiendo la extensión de su aplicación a cualquier otro tipo de registro de datos personales (sea manual, mecánico o electrónico) que, al difundirse, perjudiquen a terceros o puedan trascender con facilidad a terceros, aun cuando su finalidad no sea la de proveer informes, es decir, independientemente de su destino⁽¹⁴⁸⁴⁾.

Dentro de las bases o registros privados, la ley otorgó un tratamiento especial a algunas categorías:

1. Prestación de servicios informatizados de datos personales: la norma establece que cuando por cuenta de terceros se presten servicios de tratamiento de datos personales, estos no podrán aplicarse o utilizarse con un fin distinto al que figure en el contrato de servicios, ni cederlos a otras personas, ni aun para su conservación. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos personales tratados deberán ser destruidos, salvo que medie autorización expresa de aquel por cuenta de quien se prestan tales servicios cuando razonablemente se presuma la posibilidad de ulteriores encargos, en cuyo caso se podrá almacenar con las debidas condiciones de seguridad por un período de hasta dos años.

2. Prestación de servicios de información crediticia: en la prestación de servicios de información crediticia solo pueden tratarse datos personales de carácter patrimonial relativos a la solvencia económica y al crédito, obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento y solo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos cinco años. Dicho plazo se reducirá a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar dicho hecho. La ley aclara que los bancos de datos prestadores de servicios de información crediticia deberán suprimir, o en su caso, omitir asentar, todo dato referido al incumplimiento o mora en el pago

de una obligación, si esta hubiere sido cancelada al momento de su entrada en vigencia.

La limitación en la cantidad de años en que la información puede estar registrada, archivada o ser cedida, vino a romper con una vieja tradición en materia financiera. Lo que sucedía en la práctica era que existía información referida a deudores que se encontraba disponible de modo permanente en registros y bases de datos sobre información crediticia, a pesar de que las deudas contraídas legalmente estaban prescritas. Sin embargo, como la información seguía estando al alcance de cualquier entidad bancaria o financiera, se les negaba cualquier posibilidad de aprobación de nuevos créditos, apertura de cuentas bancarias, o tarjetas de crédito a las personas titulares de dicha información, lo que las obligaba a saldar previamente sus deudas prescritas para que sus datos pudieran ser eliminados de la base o registro y así poder acceder a aquellos servicios.

3. Archivos, registros o bancos de datos con fines de publicidad: en la recopilación de domicilios, reparto de documentos, publicidad o venta directa y otras actividades análogas, se podrán tratar datos que sean aptos para establecer perfiles determinados con fines promocionales, comerciales o publicitarios, o permitan establecer hábitos de consumo, cuando estos figuren en documentos accesibles al público o hayan sido facilitados por los propios titulares u obtenidos con su consentimiento. En este caso, el titular de los datos tendrá derecho de acceso a los datos sin cargo alguno y podrá solicitar en cualquier momento el retiro o bloqueo de su nombre de dichos bancos o registros.

4. Archivos, registros o bancos de datos relativos a encuestas: quedan exceptuados de la aplicación de la ley 25.326 las encuestas de opinión, mediciones y estadísticas relevadas conforme a la ley 17.622 (que crea el Instituto Nacional de Estadística y Censos), trabajos de prospección de mercados, investigaciones científicas o médicas y actividades análogas, en la medida que los datos recogidos no puedan atribuirse a una persona determinada o determinable. Si en el proceso de recolección de datos no resultara posible mantener el anonimato, se deberá utilizar una técnica de disociación, de modo que no permita identificar a persona alguna.

Tanto los archivos, registros, bases y ficheros de carácter público, como aquellos privados destinados a proveer informes, deben inscribirse en el registro creado por el organismo de control de la ley. El registro de archivos de datos debe comprender como mínimo la siguiente información: a) Nombre y domicilio del responsable; b) Características y finalidad del archivo; c) Naturaleza de los datos

personales contenidos en cada archivo; d) Forma de recolección y actualización de datos; e) Destino de los datos y personas físicas o de existencia ideal a las que pueden ser transmitidos; f) Modo de interrelacionar la información registrada; g) Medios utilizados para garantizar la seguridad de los datos, debiendo detallar la categoría de personas con acceso al tratamiento de la información; h) Tiempo de conservación de los datos; i) Forma y condiciones en que las personas pueden acceder a los datos referidos a ellas y los procedimientos a realizar para la rectificación o actualización de los datos.

5.5. Cuestiones procesales

La Ley de Datos Personales regula ciertos aspectos procesales de la acción de hábeas data, como ser cuestiones de legitimación, requisitos de procedencia de la acción, jurisdicción y competencia, y procedimiento aplicable.

Con respecto a la legitimación, como ya se ha hecho mención en el punto I del presente acápite, la norma establece legitimación activa amplia en cuanto faculta a interponer la acción de hábeas data al afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado. Cuando la acción sea ejercida por personas jurídicas, deberá ser interpuesta por sus representantes legales o apoderados que estas designen al efecto. En relación con la legitimación pasiva, la acción procederá respecto de los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a proveer informes.

Como requisitos de procedencia de la acción, la ley 25.326 establece que la misma procederá: 1) para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos; y 2) en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización.

En relación con la competencia y jurisdicción, se estableció que será competente para entender en esta acción el juez del domicilio del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar en el que el hecho o acto se exteriorice o pudiera tener efecto, a elección del actor. Con respecto a la jurisdicción, la ley contempló la federal en dos casos concretos: cuando la acción se interponga en contra de archivos de datos públicos de organismos nacionales, y cuando los

archivos de datos se encuentren interconectados en redes interjurisdicciones, nacionales o internacionales.

Antes de ser sancionada la ley 25.326, la Corte Suprema de Justicia había resuelto en un caso que corresponde a la justicia provincial entender en una acción de hábeas data contra Cablevisión S.A. con el fin de conocer los datos personales y antecedentes que dicha entidad posee, a fin de defender su honor y privacidad a raíz de un documental que se había emitido públicamente, ya que no se estaba poniendo en tela de juicio ninguna materia relativa a cuestiones regidas por la Ley Nacional de Telecomunicaciones, ni el accionar de la entidad podría haber comprometido eventualmente la responsabilidad del Estado⁽¹⁴⁸⁵⁾.

Respecto al procedimiento aplicable, la norma estableció que la acción de hábeas data tramitará según las disposiciones de la propia Ley de Datos Personales y por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común, y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo. De este modo, la ley 25.326 incorporó una serie de requisitos formales que debe cumplir la demanda, el trámite llevado a cabo en el juzgado correspondiente, los requisitos de las contestaciones de las personas demandadas, las acciones que debe llevar a cabo el juez al dictar sentencia, etc.⁽¹⁴⁸⁶⁾.

En particular, dentro de aquellos requisitos, vale mencionar los de admisibilidad de la demanda: el art. 38, punto 2, establece que "(...) el accionante deberá alegar las razones por las cuales entiende que en el archivo, registro o banco de datos individualizado obra información referida a su persona; los motivos por los cuales considera que la información que le atañe resulta discriminatoria, falsa o inexacta y justificar que se han cumplido los recaudos que hacen al ejercicio de los derechos que le reconoce la ley". Esta disposición resulta confusa, en tanto no tiene en cuenta las diferentes finalidades que se persigue con la acción de hábeas data; así, entendemos que si la acción busca conocer los datos que un registro o banco posee, el accionante solo deberá alegar razones por las cuales entiende que en dicho registro o banco obran datos sobre la persona y justificar que se han cumplido los recaudos necesarios que hacen al ejercicio de su derecho.

Por último, resta mencionar que ni en el texto de la CN ni en las disposiciones de la ley reglamentaria, se hace mención a la necesidad de agotar la vía administrativa previo a la demanda judicial. Sin embargo, en la práctica, el funcionamiento de los registros públicos suele funcionar de acuerdo con su propia reglamentación interna, la que en muchos casos exigen el

cumplimiento de requisitos formales e incluso de pago de aranceles al momento de solicitar información propia en sede administrativa. Entendemos que cualquier reglamentación que exija el cumplimiento de tales requisitos como condición previa a la interposición de la acción de hábeas data resulta incompatible con el texto constitucional y con las disposiciones de la ley reglamentaria, siendo limitativa del derecho que se pretende tutelar por medio de esta vía.

5.6. Autoridades de aplicación, control y sanción

La ley creó una autoridad de aplicación y control con facultades para realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos y demás disposiciones que ella establece. Entre dichas facultades se encuentran la de asistir y asesorar a las personas que lo requieran acerca de los alcances de la ley y de los medios legales de que disponen para la defensa de los derechos que esta garantiza; dictar las normas y reglamentaciones correspondientes a las actividades de dicha ley; realizar un censo de archivos, registros o bancos de datos y mantener el registro permanente de los mismos; controlar la observancia de las normas sobre integridad y seguridad de datos por parte de los archivos, registros o bancos de datos; solicitar información a las entidades públicas y privadas; imponer las sanciones administrativas que correspondan por violación a las disposiciones de la ley y de las reglamentaciones que se dictan en su consecuencia; constituirse como querellante en las acciones penales que se promovieran por violaciones a la ley; y controlar el cumplimiento de los requisitos y garantías que deben reunir los archivos o bancos de datos privados destinados a suministrar informes, para obtener la correspondiente inscripción en el registro creado por la ley.

Vale mencionar que la ley otorgó facultades al órgano de control para aplicar sanciones administrativas de apercibimiento, suspensión, multa, clausura o cancelación del archivo, registro o banco de datos, aunque dejó librado a la reglamentación las condiciones y procedimientos para su implementación. Por último, modificó el Cód. Penal, incorporando nuevos tipos penales: "insertar o hacer insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales"; "proporcionar tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales"; "acceder, de cualquier forma, a un banco de datos personales a sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos"; y "revelar a otro información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley"⁽¹⁴⁸⁷⁾.

Actualmente, la autoridad de aplicación y control de la Ley de Datos Personales es la Agencia de Acceso a la Información Pública del Poder Ejecutivo Nacional⁽¹⁴⁸⁸⁾.

VI. PROTECCIÓN DE DATOS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Uno de los grandes desafíos en materia de datos personales es superar la tensión que se da en algunos casos entre el régimen de protección de datos personales y el derecho de acceso a la información pública. Este derecho comprende la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información pública⁽¹⁴⁸⁹⁾ y obliga al Estado a impulsar medidas de transparencia activa, esto es, publicar información en sus portales web sin que nadie se la pida.

En el año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dictó el fallo "Claude Reyes y otros vs. Chile"⁽¹⁴⁹⁰⁾, en el que consideró que del art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos surge el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, dado que la información pública pertenece a las personas y no es propiedad del Estado. Este tiene la información solo en cuanto representante de los individuos, por lo tanto, el Estado y las instituciones públicas deben estar comprometidos a respetar y garantizar el acceso a la información a todas las personas, constituyendo entonces un derecho humano fundamental.

En el año 2010, la CIDH se volvió a expedir sobre la materia en el precedente "Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil" y ratificó su postura señalando que resulta esencial que, para garantizar el derecho a la información, los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho. Asimismo, destacó la obligación de garantizar la efectividad de un procedimiento adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados. Por último, agregó que, ante la denegación de acceso a determinada información bajo su control, el Estado debe garantizar que exista un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita determinar si se produjo una vulneración del derecho de acceso a la información y en su caso, ordenar al órgano correspondiente la entrega de la misma.

Estos fallos fueron clave para nuestro ordenamiento jurídico, ya que sirvieron de base a la Corte Suprema argentina en precedentes "ADC c. PAMI" (2012); "CIPPEC" (2014); "Giustiniani c. YPF" (2015).

Nuestro Máximo Tribunal consideró que el derecho de acceso a la información pública "(...) consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios se desempeñan"⁽¹⁴⁹¹⁾. Asimismo, remarcó la diferenciación entre datos personales y datos sensibles, conforme la ley 25.326 para la Protección de Datos Personales, respecto de los casos que exceptúan al Estado del deber de informar. En primer lugar, y en virtud del art. 2º de la ley citada, se define como "datos personales" a la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables, y como "datos sensibles" aquellos datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical o información referente a la salud o a la vida sexual⁽¹⁴⁹²⁾. En este sentido, resolvió que el Estado nacional está obligado a responder aquellas solicitudes de acceso a la información pública, en tanto no se refiera a "datos sensibles" cuya publicidad constituya una vulneración del derecho a la intimidad o al honor de las personas. En base a la decisión de nuestro Máximo Tribunal, en los casos en que exista una tensión entre una solicitud de acceso a la información pública y la protección de datos sensibles, deben primar estos últimos.

En el año 2016, se sancionó en nuestro país la ley 27.275 de Acceso a la Información Pública. Antes de esta ley, existía el dec. 1172/2003, mediante el cual se aprobó el Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional. Dicha norma considera el derecho de acceso a la información pública como un prerequisite de la participación ciudadana que permite controlar la corrupción, optimizar la eficiencia de las instancias gubernamentales y mejorar la calidad de vida de las personas. Sin embargo, este decreto solo rigió para el Poder Ejecutivo Nacional, por lo que no se aplicaba a los otros poderes del Estado, es decir, al Poder Legislativo y al Poder Judicial de la Nación, como así tampoco a otros órganos extra-poder creados constitucionalmente, como ser el Ministerio Público y el Consejo de la Magistratura de la Nación.

Pese a haberse presentado diversos proyectos legislativos que fracasaron⁽¹⁴⁹³⁾, el tema se instaló definitivamente en la agenda pública en el año 2016, lo que concluyó en la sanción de la ley 27.275. Esta norma consagra excepciones a la obligación del Estado de proveer información, una de las cuales es la "(...) información que contenga datos personales y no pueda brindarse aplicando procedimientos de disociación, salvo que se cumpla con las condiciones de licitud previstas en la ley 25.326 de protección de datos personales y sus modificatorias"⁽¹⁴⁹⁴⁾.

Por su parte, el dec. 1172/2003 ya contenía como excepción a la entrega de la información la referida a datos personales de carácter sensible, en los términos de la ley 25.326, cuya publicidad constituyera una vulneración del derecho a la intimidad y al honor, salvo que se contare con el consentimiento expreso de la persona a que refiere la información solicitada⁽¹⁴⁹⁵⁾.

¿Qué pasa, entonces, cuando el Estado debe publicar información que contiene datos sensibles o personales? De acuerdo con lo antedicho, con respecto a los datos personales, estos pueden ser publicados si cumplen con las condiciones de licitud previstas en la ley 25.326, desarrolladas en el acápite anterior, punto III.

Con respecto a los datos sensibles, dado que ellos tienen una protección jurídica mayor⁽¹⁴⁹⁶⁾, no pueden ser publicados, por lo tanto deben reservarse. Sin embargo, no basta con que el Estado afirme la mera privacidad para exceptuarse de la obligación de entregar información pública "(...) pues no puede admitirse la negativa fundada en la necesidad de resguardar la privacidad de los beneficiarios ya que esta mera referencia, cuando no se vincula con datos personales sensibles cuya divulgación está vedada, desatiende el interés público que constituye el aspecto fundamental de la solicitud de información efectuada que no parece dirigida a satisfacer la curiosidad respecto de la vida privada de quienes los reciben sino a controlar eficazmente el modo en que los funcionarios ejecutan una política social (...), sin perjuicio de que si ulteriormente con base en esta información no sensible, se verificase por parte de un tercero un comportamiento discriminatorio respecto de un beneficiario de un plan social, se le deberá garantizar a este el recurso a las vías legales adecuadas para —en su caso— impedirlo, hacerlo cesar y obligar a brindar la correspondiente reparación"⁽¹⁴⁹⁷⁾.

En el caso aludido, la Fundación Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC) había requerido al Estado nacional —Ministerio de Desarrollo Social—, los padrones de personas físicas y jurídicas beneficiarias de "Ayuda Social a las personas" y las "Transferencias a otras Instituciones Culturales y Sociales sin fines de lucro", otorgadas durante los años 2006 y 2007.

El Estado nacional había rechazado el pedido afirmando que "la individualización de los beneficiarios de subsidios puede involucrar aspectos íntimos de la persona que el cedente debe resguardar", y señaló que la medida se encontraba alcanzada por el art. 16, inc. 1º del anexo VII del dec. 1172/2003, por constituir información de carácter sensible cuya publicación vulneraría el derecho al honor y a la intimidad de las personas físicas involucradas⁽¹⁴⁹⁸⁾.

La Corte entendió que dicha argumentación resulta enteramente dogmática porque plantea un riesgo a la privacidad de las personas de forma abstracta y conjetural y asume tal riesgo como un dato cierto cuando en realidad no resulta obvio que, de brindar esa información, se vulnere la privacidad de personas en situación de vulnerabilidad social o económica. De esta manera, para rechazar un pedido de acceso a la información pública, el Estado debe demostrar que satisfacer tal requerimiento implicará otorgar datos sensibles en los términos de la Ley de Datos Personales.

VII. PROTECCIÓN DE DATOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

Con el auge de Internet en la década de los '90 y las nuevas tecnologías de la información y comunicación, la inmediatez en el flujo y traspaso de datos han atravesado todo tipo de fronteras y han hecho casi imposible que los datos personales no se encuentren interconectados y a disposición en la *web*. Frente a esto, el derecho debe dar respuestas adecuadas de protección de nuestros datos evitando el uso de fórmulas viejas, entendiendo que vivimos en un mundo globalizado en el que nuestra información personal puede estar al alcance de cualquier persona haciendo un *click*.

Así, se presentan nuevas formas de extracción, almacenamiento y descarga de grandes volúmenes de información a través de la red. Algunos de los casos más conocidos son el *datamining* (minería de datos) y los servicios de la nube. El *data mining* es un proceso de extracción de información significativa de grandes bases de datos que persigue el descubrimiento automático de patrones, perfiles y tendencias a través del análisis de los datos utilizando tecnologías de reconocimiento de redes neuronales, lógica difusa, algoritmos genéticos, patrones y otras técnicas avanzadas de análisis de datos⁽¹⁴⁹⁹⁾. Dicha técnica permite indagar en distintas bases de información en las que las personas consintieron su tratamiento, con el objeto de obtener a su vez, una nueva base de datos como resultante del entrecruzamiento de las anteriores⁽¹⁵⁰⁰⁾.

Por su parte, los servicios de la nube, o *cloud computing* han sido definidos como "Un modelo que permite el acceso bajo demanda a través de la red a un conjunto compartido de recursos de computación configurables (como, p. ej., red, servidores, almacenamiento, aplicaciones y servicios) que pueden ser rápidamente aprovisionados con el mínimo esfuerzo de gestión o interacción del proveedor de servicio"⁽¹⁵⁰¹⁾. Esta herramienta permite subir, almacenar y manipular archivos y aplicaciones informáticas por medio de Internet, siendo así una alternativa a la ejecución en una computadora personal o servidor local.

En nuestro país no existe una regulación específica para los dos casos mencionados, pero podemos afirmar que ambos sistemas almacenan y manipulan datos personales, por lo que les resultan aplicables las disposiciones de la Ley Nacional de Protección de Datos Personales. En este sentido, entendemos que, en caso de que se pretenda hacer uso de datos de personales mediante estas herramientas, es necesario requerir el consentimiento previo del titular de esos datos y, si contuvieran datos de carácter sensible, ellos deben mantenerse reservados debido a que, como se ha mencionado, gozan de una mayor protección legal.

Ahora bien, en casos de violaciones a datos personales en la web, no siempre es sencillo identificar a la persona concreta que le dio tratamiento a esos datos, es decir, que los subió, transfirió, difundió o alteró. Cuando ello es posible, podemos iniciar acciones de protección de datos personales y buscar la responsabilidad jurídica de aquella persona. Pero, por lo general, accedemos a muchos datos mediante buscadores genéricos de Internet, es decir, intermediarios. Entonces cabe preguntarnos si estos buscadores son responsables por la información que se encuentra disponible en la web. La Corte ha tenido la oportunidad de expedirse sobre este tema en el fallo "Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/daños y perjuicios"⁽¹⁵⁰²⁾. En primer lugar, señaló que el derecho de expresarse a través de Internet fomenta la libertad de expresión tanto desde su dimensión individual como colectiva. Así, "(...) a través de Internet se puede concretizar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar —o no hacerlo— sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc. Desde el aspecto colectivo, Internet constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública"⁽¹⁵⁰³⁾. Sin embargo, consideró que puede existir responsabilidad subjetiva de los buscadores de Internet si "(...) una vez notificados válidamente de la infracción, no actuaran con la debida diligencia"⁽¹⁵⁰⁴⁾, aclarando que en el caso no se estaba juzgando la responsabilidad que podría atribuirse a una página de Internet por la indebida publicación o reproducción de imágenes sino a un mero intermediario cuya única función es servir de enlace con aquella.

En un fallo reciente, la Corte delimitó el alcance de esta doctrina al señalar que, cuando el buscador deja de actuar como un mero intermediario del contenido proveniente de un tercero y adopta una postura activa con relación a él, ya sea modificándolo, editándolo o, directamente, creándolo, la responsabilidad no encuentra razón de ser en la mayor o menor posibilidad de evitar el daño producido por

el contenido de un tercero, sino en una conducta antijurídica propia que suscita la obligación de reparar el daño por ella ocasionado⁽¹⁵⁰⁵⁾.

En nuestro país no existe una legislación que regule este tipo de casos y, en este sentido, la ley 25.326 ha quedado desactualizada, debido a que no contempla regulación acerca del resguardo de los datos personales que se transmitan mediante la web ni establece el régimen de responsabilidades para sitios de Internet e intermediarios de información.

En el marco de la Unión Europea comenzó a regir recientemente el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)⁽¹⁵⁰⁶⁾, el que derogó una vieja directiva en la materia que regía desde el año 1995. Dicho Reglamento aborda varios aspectos fundamentales sobre protección de datos. En primer lugar, enumera los derechos de los titulares de esos datos y establece la obligatoriedad de solicitar un consentimiento claro a la persona respecto del tratamiento de sus datos personales, el fácil acceso del interesado a sus propios datos, el derecho de rectificación, supresión y "derecho al olvido", el derecho de oponerse al uso de datos personales a efectos de elaboración de perfiles, y el derecho a la portabilidad de los datos de un prestador de servicios a otro.

Para garantizar estos derechos, el Reglamento prescribe la obligación de los responsables y de quienes realizan tratamiento sobre esos datos (encargados de tratamiento) de establecer un método basado en riesgos, esto es, aplicar medidas de seguridad adecuadas en función del riesgo derivado de las operaciones de tratamiento de datos que realicen. Así, a mayor riesgo de vulnerar la protección de datos, mayor deben ser las medidas de seguridad que se implementen respecto de esos datos. Además, se estableció la obligación para los estados miembros de crear una autoridad de control independiente a nivel nacional y de establecer estándares comunes, en particular, en los casos transfronterizos importantes en que estén implicadas varias autoridades nacionales de control.

Esta reglamentación no solo impacta en los sistemas normativos e institucionales de los distintos países integrantes de la Unión Europea sino también en las empresas que lleven a cabo determinadas operaciones arriesgadas de tratamiento de datos, las que deberán nombrar un delegado de protección de datos. Por otro lado, establece un reclamo directo de los ciudadanos que encuentren vulneración de sus datos personales, y sistema de responsabilidad e indemnización, con multas de hasta veinte millones de euros o el 4% del volumen de negocios total anual de la persona que infringió la norma.

Por último, en materia de transferencia de datos, el Reglamento establece que el flujo de datos personales hacia terceros países u organizaciones internacionales podrá hacerse libremente cuando esos países y organizaciones cuenten con legislación o normativa que garantice, a juicio de la Comisión Europea, un nivel de protección adecuado. Es por ello que este Reglamento, a pesar de haber sido aprobado en el marco de la Unión Europea impacta de modo significativo a nivel global.

Esta nueva reglamentación sirvió de base para que se elaboraran los "Estándares de protección de datos personales para los estados iberoamericanos"⁽¹⁵⁰⁷⁾, en el marco de la Red Iberoamericana de Protección de Datos, con el fin de adoptar directrices orientadoras "(...) que contribuyan a la emisión de iniciativas regulatorias de protección de datos personales en la región de los países que aún no cuentan con estos ordenamientos, o en su caso, sirvan como referente para la modernización y actualización de las legislaciones existentes, favoreciendo la adopción de un marco regulatorio armonizado que ofrezca un nivel adecuado de protección de las personas físicas respecto al tratamiento de sus datos personales y garantizando, a su vez, el desarrollo comercial y económico de la región".

VIII. CONCLUSIONES

El hábeas data permite el resguardo de la intimidad y el honor a través de una herramienta constitucional rápida y expedita de protección de los datos personales. Si bien la reglamentación establece los principales lineamientos y normas procesales que rigen la materia, resulta indispensable actualizar la normativa vigente con el fin de incorporar regulaciones adecuadas a los tiempos que corren, principalmente con el auge de Internet, las nuevas tecnologías de información y comunicación, y la inmediatez en el flujo y traspaso de datos que han atravesado todo tipo de fronteras.

Ello requiere una adecuada protección de los datos personales que esté en concordancia con otros derechos fundamentales, como ser el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información pública, de modo tal que las nuevas herramientas tecnológicas puedan ser aprovechadas para expansión del conocimiento, comunicaciones y desarrollo de los países pero se encuentre vedado su uso ilegítimo, con fines de persecución y vigilancia estatal personalizada.

Los lineamientos establecidos tanto por la Unión Europea como por la Red Iberoamericana de Protección de Datos parecieran brindarnos un marco más actualizado y compatible con los fines para

los que fue sancionado el art. 43 de nuestra CN. Esperamos, entonces, que estas normas sean un faro para actualizar la reglamentación del hábeas data en la Argentina.