CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

COMENTADA Y CONCORDADA

CUARTA EDICIÓN AMPLIADA
Y ACTUALIZADA
TOMO I
— ARTS. 1 A 43 —

MARÍA ANGÉLICA GELLI
Abogada. Especialista en Sociología Jurídica.
Profesora de Derecho Constitucional en los Posgrados
de las Universidades de Buenos Aires, Austral y San Andrés.
Profesora en el Instituto de Servicio Exterior de la Nación (1994-2007)

Gelli, María Angélica
Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 4ta edición ampliada y actualizada. - 4a ed. 4a reimp. - Buenos Aires: La Ley, 2011.
v. 1.720 p.; 24x17 cm.
ISBN 978-987-03-1342-7
1. Derecho Constitucional. I. Título
CDD 342.02

1ªedición 2001
2ªedición 2003
2ªedición, 1ªreimpresión 2004
2ªedición, 2ªreimpresión 2004
3ª edición 2005
3ªedición, 1ªreimpresión 2006
3ªedición, 2ªreimpresión 2007
3ª edición, 3ª reimpresión 2008
4ª edición 2008
4ª edición 2008, 1ª reimpresión 2008
4ª edición 2008, 2ª reimpresión 2010

4ª edición 2008, 3ª reimpresión 2011
4ª edición 2008, 4ª reimpresión 2011
Copyright © 2011 by La Ley S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Tirada: 800 ejemplares
I.S.B.N. 978-987-03-1341-0 (Tomo I)
I.S.B.N. 978-987-03-1340-3 (Obra Completa)
30070207
30073156 (SET)

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

COMENTADA Y CONCORDADA

CUARTA EDICIÓN AMPLIADAY ACTUALIZADA

TOMO I

— ARTS. 1 A 43 —

MARÍA ANGÉLICA GELLI

Abogada. Especialista en Sociología Jurídica.
Profesora de Derecho Constitucional en los Posgrados
de las Universidades de Buenos Aires, Austral y San Andrés.
Profesora en el Instituto de Servicio Exterior de la Nación (1994-2007)

Constitución comentada. Tomo I

Dedicatoria . . . . . Pág: 3
Índice General . . . . . Pág: 4
Prólogo a la cuarta edición . . . . . Pág: 18
Agradecimientos con motivo . . . . . Pág: 21
Preámbulo . . . . . Pág: 21

A Eduardo,
por la alegría de haberlo conocido
y de compartir su vida;
por el amor, la inteligencia, los
sueños que me regaló

A la memoria querida de mis padres,
Aurelio Gelli, y
Máxima Angélica Palavecino de Gelli

Indice General

PRÓLOGO A LA CUARTA EDICIÓN
PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

PREÁMBULO

1. Concepto y contenido
2. Sujeto del poder constituyente
3. Objetivos
4. Significado de la invocación de Dios
5. Destinatarios
6. Valor jurídico del Preámbulo
7. Jurisprudencia

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO PRIMERO

DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTÍAS

ARTÍCULO 1º

1. Forma de gobierno y forma de Estado. Interpretación generalde la norma
2. Concepto de Nación
3. Distinción entre forma de gobierno y de estado
4. Democracia representativa
4.1. Relaciones entre sistema representativo, partidos políticos, régimen electoral y cuerpo electoral
4.2. Elecciones periódicas y representatividad
5. Sistema republicano
5.1. Finalidad de la división de poderes
5.2. La división de poderes en el Estado moderno. División de poderes, emergencia y decretos de necesidad y urgencia
5.3. Publicidad de los actos de gobierno
5.4. Responsabilidad de los funcionarios públicos
5.5. Periodicidad de los cargos electivos
5.6. Igualdad ante la ley
6. Federalismo

6.1. Principios generales

6.2. Alcance de la supremacía federal

6.3. División de competencias

6.3.1. Códigos de fondo y constituciones provinciales

6.3.2. Autonomía provincial y división de poderes

6.4. Obligaciones y responsabilidades internacionales del gobierno federal, respecto de los estados locales

ARTÍCULO 2º

Sostenimiento del culto católico

ARTÍCULO 3º

Capital de la República

ARTÍCULO 4º

1. Recursos del Estado Federal. Interpretación general de la Norma

2. Finalidad adicional de los tributos

3. Principio de legalidad en materia tributaria

3.1. Improcedencia de la creación por el Poder Ejecutivo

3.2. Improcedencia del incremento por el Poder Ejecutivo de una alícuota establecida legalmente

3.3. Improcedencia de la alteración de la base de cálculo, legalmente establecida, por parte del Poder Ejecutivo

3.4. Improcedencia de la extensión del impuesto a otros hechos imponibles por decreto

3.5. Improcedencia de la exclusión de exenciones establecidas por ley, mediante resolución de la ANA

3.6. Improcedencia de la exclusión de exenciones, expresamente establecidas en la ley, por vía de interpretación

3.7. Improcedencia de la concesión de preferencias tributarias en zona franca por decreto de necesidad y urgencia

4. Tasas

5. Inconstitucionalidad de la delegación del Congreso de materia tributaria

6. Facultades concurrentes de las provincias

7. Los tributos del Estado Federal

7.1. Derechos de importación y exportación

7.2. La venta o locación de tierras de propiedad nacional

7.3. La renta de correos

7.4. Las contribuciones que imponga el Congreso

7.5. Los empréstitos y operaciones de crédito para urgencias de la Nación o empresas de utilidad nacional

ARTÍCULO 5º

1. El principio de supremacía y la garantía federal. Interpretación general de la norma

2. Atribuciones de las Provincias

3. Obligaciones de las Provincias

3.1. Sistema de gobierno

3.2. Declaración de derechos

3.3. Administración de justicia

3.4. Régimen municipal

3.5. Educación primaria

ARTÍCULO 6º

1. La intervención federal. Interpretación general de la norma

2. Causales de intervención

3. Sujetos de la intervención

4. Efectos de la intervención

4.1. Alcance de la intervención. Los poderes afectados

4.2. Atribuciones y responsabilidades del interventor

5. Control judicial de la intervención

ARTÍCULO 7º

Finalidad de la norma. Validez de los actos públicos y procedimientos judiciales de las provincias

ARTÍCULO 8º

Derechos ciudadanos en las provincias

ARTÍCULO 9º

1. Las aduanas nacionales. Origen y finalidad de la norma

2. Alcance de la prohibición

3. Poder de policía local y tasas por servicios

ARTÍCULO

Circulación económica por el interior de la República

ARTÍCULO

Prohibición de los derechos de tránsito interprovinciales

ARTÍCULO

Igualdad portuaria

ARTÍCULO

1. Finalidad de la norma

2. Alcance de las transformaciones posibles en la federación

ARTÍCULO

1. La declaración de derechos. Interpretación general

2. A quiénes se reconocen los derechos. La condición de habitante

3. Quién reglamenta los derechos constitucionales

4. La reglamentación de derechos constitucionales y la relatividad en el ejercicio de los derechos

4.1. Legitimidad y conveniencia de la reglamentación de derechos constitucionales. Reglamentación ordinaria y reglamentación de emergencia

4.2. Límites a la reglamentación de los derechos

4.3. La atribución reglamentaria y el poder de policía en sentido estricto y en sentido amplio

4.4. La expansión de los derechos constitucionales y convencionales vs. la limitación de los derechos constitucionales y convencionales

4.5. Control judicial de la reglamentación de los derechos

5. Derecho de trabajar y ejercer industria lícita. Derecho de navegar y comerciar

6. El derecho a ejercer industrias lícitas y el control de precios

7. Derecho de propiedad y derechos adquiridos

8. Libertad de contratar, su raíz constitucional

9. Derecho de peticionar a las autoridades

10. Gestión de intereses. La reglamentación del lobbying

11. Derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional

12. Tasas y peajes

13. Libertad de expresión

13.1. Razón y fundamento de la libertad expresiva

13.2. La reglamentación constitucional de la libertad de expresión

13.3. Alcance de la prohibición de censura previa

13.4. Libertad de expresión y responsabilidad posterior: sus límites

13.5. La libertad informativa

13.5.1. El derecho a transmitir lo conocido por diversas fuentes y el derecho al honor. La doctrina "Campillay"

13.5.2. El derecho a informar y el honor de los funcionarios públicos. La doctrina de la "real malicia"

13.5.3. Convergencia de las doctrinas "Campillay" y de la "real malicia" en la protección del derecho a informar

13.5.4. Cuestiones probatorias, libertad informativa y cuestión federal

13.5.5. Libertad de expresión y límites temporales a la información electoral

13.6. Derecho de rectificación o respuesta

13.6.1. La Opinión Consultiva 7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de rectificación o respuesta

13,7. Libertad de expresión por Internet

13,8. Protección de las fuentes de información periodística

13,9. Colegiación obligatoria de los periodistas

13.10. Las restricciones indirectas a la libertad expresiva

13.11. La distribución de publicidad oficial y las interferencias sutiles a la libertad expresiva

14. Derecho de asociación

14.1. Fuentes constitucionales del derecho de asociación

14.2. Derechos que integran la libertad de asociación

15. Libertad de culto

15.1. Libertad de conciencia

15.2. Libertad de conciencia e intereses de la sociedad

15.3. Libertad religiosa en ámbitos públicos

15.3.1. El caso de los crucifijos en las escuelas

15.3.2. El caso de la Virgen en Tribunales

15.3.3. La eliminación de los signos religiosos en las personas que concurren a escuelas públicas

15.4. Libertad religiosa y derecho a casarse

15,5. Derecho a la identidad religiosa y adopción

15.6. Derecho a emplazar religiosamente a los hijos

16. Derecho de enseñar y aprender. Obligaciones estatales y niveles de enseñanza

16.1. Principio de gratuidad y equidad de la educación pública estatal

16.2. Derecho a una educación bilingüe e intercultural

16.3. Derecho a la enseñanza religiosa

16.4. Derechos de los institutos privados

16,5. Derecho de aprender y objeción de conciencia

16.6. Derecho de aprender y enseñar y aptitudes personales

16.7. Derecho a la educación y cambio en los planes de estudio

16.8. Derecho a la educación y facultades disciplinarias

17. Nuevos derechos y perfiles nuevos de antiguos derechos

ARTÍCULO 14 BIS.

1. Los derechos sociales. Origen e interpretación general de la norma

2. Derechos individuales del trabajador

2.1. Condiciones dignas y equitativas de trabajo

2.2. Jornada limitada y descanso y vacaciones pagados

2.3. Retribución justa. Salario mínimo vital móvil

2.4. Igual retribución por igual tarea

2.5. Participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección

2.6. Protección contra el despido arbitrario

2.7. Protección contra los infortunios laborales

2.8. Estabilidad del empleado público

2.9. Derecho a la sindicalización libre y democrática

3. Derechos colectivos del trabajo

3.1. Convenios colectivos de trabajo

3.2. Conciliación y arbitraje

3.3. Derecho de huelga

3.4. Garantías de los representantes gremiales

4. Derechos de la seguridad social

4.1. Seguro social obligatorio

4.2. Jubilaciones y pensiones móviles

4.3. Protección integral de la familia

4.4. Compensación económica familiar

4.5. Acceso a la vivienda digna

5. Los derechos sociales en las emergencias

ARTÍCULO 15

Abolición de la esclavitud

ARTÍCULO 16

1. La igualdad. Interpretación general de la norma

2. La garantía de la igualdad en la doctrina de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Criterios aplicables

3. Igualdad formal e igualdad material en la Constitución Nacional

4. Prohibición de fueros personales en la Constitución argentina

5. Igualdad tributaria y ante las cargas públicas

6. Prohibición de discriminar. La ley 23.592

7. Acciones positivas

8. El problema de la discriminación basada en el sexo, para el ingreso del cónyuge a la obra social

9. Derecho a una duración razonable del proceso e igualdad

10. La protección por riesgo del trabajo e igualdad (art. 39 de la ley 24.557)

ARTÍCULO 17

1. Los derechos propietarios. Interpretación general de la norma

2. Contenido constitucional de la propiedad

3. Garantías de la propiedad

4. La expropiación, requisitos y límites

4.1. La expropiación irregular o inversa

4.2. La retrocesión

4.3. La ocupación temporánea

4.4. La Expropiación Judicial

5. Protección de la propiedad intelectual

6. Prohibición de la confiscación, de los servicios personales y de las requisiciones

ARTÍCULO 18

1. El debido proceso legal. Principios e interpretación general

2. Valor de los informes, recomendaciones y opiniones consultivas de los Tribunales Internacionales y sus efectos en las garantías de la libertad

2.1. La doble instancia en el proceso penal

2.2. Privación de libertad y derecho a una duración razonable del proceso

2.3. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable

2.4. La revisión de sentencias firmes por aplicación de las recomendaciones de la Comisión Americana de Derechos Humanos y por la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

3. El debido proceso legal en el proceso penal

4. La garantía del juez independiente e imparcial

5. Legalidad de la prueba frente a la necesidad social de aplicar sanciones. La regla de exclusión y la teoría del fruto del árbol venenoso

5.1. Derecho a no declarar contra sí mismo. La confesión en sede policial

5.2. Derecho a no declarar contra sí mismo y prueba de alcoholemia

5.3. Inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados

5.4. Requisa de pertenencias personales. Causa probable de registro

5.5. Derecho a la intimidad, escuchas telefónicas y control de los mails

6. Derecho a disponer de un abogado defensor

7. Garantía contra el doble juzgamiento

8. La prohibición de la pena de muerte

9. Finalidad de las cárceles y garantías de los detenidos

10. El problema de la constitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado y la cuestión de la peligrosidad como criterio de prevención especial

11. El derecho a una acusación y la condena penal pese al pedido de absolución formulado por el Fiscal

12. Los derechos del querellante en la acusación penal

13. La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y el principio de irretroactividad de la ley penal

ARTÍCULO 19

1. La privacidad y el principio de legalidad. Interpretación general de la norma

2. La privacidad como principio de no interferencia

2.1. El problema de la protección estatal de la vida humana y la autonomía personal

2.2. El problema de la tenencia de estupefacientes para uso personal

2.3. Las imposiciones estatales y la seguridad personal

2.4. La objeción de conciencia y el derecho a la objeción de conciencia

2.5. Los intereses estatales en materia educativa, la libertad de conciencia y la preservación de la propia cultura

2.6. Los intereses estatales en materia de salud reproductiva y procreación responsable y el derecho a la intimidad e identidad familiar

2.7. El derecho a la no interferencia estatal en las creencias religiosas de las minorías, en los ámbitos públicos

3. Principio de intimidad

3.1. Intimidad y libertad de información

3.2. Intimidad, protección de la imagen y derecho a la opinión crítica

3.3. Intimidad, derecho a la imagen y tomas fotográficas no consentidas

3.4. Intimidad y análisis médicos no anunciados

3.5. Intimidad y prueba hemática compulsiva

3.6. Intimidad y registro de datos personales

3.7. Intimidad e intervenciones telefónicas

3.8. Privacidad e intimidad del correo electrónico y en Internet

3.9. Privacidad e intimidad del correo electrónico en el ámbito laboral

4. Principio de legalidad

ARTÍCULO 20

1. Los derechos de los extranjeros. Finalidad e interpretación general de la norma

2. El alcance de los derechos reconocidos a los extranjeros

3. Los extranjeros y la ciudadanía

ARTÍCULO 21

1. La defensa de la patria. Interpretación general de la norma

2. El servicio militar obligatorio y la objeción de conciencia

ARTÍCULO 22

1. Democracia y peticiones populares. Interpretación general de la norma

2. El derecho a peticionar y sus límites en una república democrática

3. Los atentados y delitos contra la soberanía popular

4. las protestas populares y las instituciones políticas

ARTÍCULO 23

1. Concepto y orígenes del estado de sitio

2. Interpretación general del art. 23

3. Empleo del estado de sitio en la historia constitucional argentina

4. El estado de sitio como atribución federal

5. Estado de sitio y decreto de necesidad y urgencia impostergable

6. Efectos del estado de sitio

6.1. Derechos y garantías afectados

6.2. Atribución presidencial para arrestar personas

6.3. La opción para salir del país

7. El control judicial durante el estado de sitio

7.1. Regulación del estado de sitio. Ley 23.098

7.2. Evolución de la jurisprudencia

8. Suspensión de las garantías durante las emergencias según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 8/87 y Opinión Consultiva 9/87

ARTÍCULO 24

1. La reforma de la legislación y el juicio por jurados. Finalidad de la norma

2. El juicio por jurados

ARTÍCULO 25

Políticas públicas en materia inmigratoria

ARTÍCULO 26

Libertad de navegación por los ríos interiores de la República

ARTÍCULO 27

1. El gobierno federal y las relaciones internacionales

2. El gobierno federal y los tratados internacionales

3. Los límites a la celebración de tratados. El principio de supremacía

ARTÍCULO 28

1. El principio de razonabilidad y el Estado de Derecho

2. El principio de razonabilidad como norma operativa

3. La razonabilidad o el debido proceso sustantivo, como límite al poder estatal

4. Criterios o pautas de razonalilidad

5. Razonabilidad e inconstitucionalidad sobreviniente

6. Criterios o pautas de razonabilidad en materia de igualdad

ARTÍCULO 29

1. La prohibición de las dictaduras. Razón histórica y finalidad de la norma

2. Delitos institucionales y funcionales

3. Efectos de los actos prohibidos

4. Derechos especialmente protegidos

ARTÍCULO 30

1. Poder constituyente reformador o derivado. Interpretación general. Características del problema.

2. Problemas interpretativos del art. 30

2.1. Alcance de la reforma. La cuestión de los contenidos pétreos

2.2. Los requisitos de la declaración de la necesidad de reforma

2.3. Atribuciones del Congreso Federal

2.4. Atribuciones de la Convención Constituyente

2.5. El carácter excluyente del procedimiento del art. 30 de la Constitución Nacional para producir la reforma

3. Control de la reforma constitucional. Problemas

3.1. Control judicial de una reforma constitucional y proceso democrático

3.2. Los controles posibles de una reforma constitucional

3.3. Precedentes jurisprudenciales sobre control judicial de la reforma constitucional

3.4. El caso "Polino"

3.4.1. Cuestiones relevantes en el caso "Polino". Doctrina de la Corte Suprema y disidencias

3.4.1.1. La cuestión política ausente, en el voto de la mayoría

3.4.1.2. Legitimación, caso concreto y agravio

3.4.1.3. Forma y alcance de la declaración de necesidad de reforma constitucional

3.5. El caso "Romero Feris"

3.5.1. La decisión de la mayoría y el voto en concurrencia

3.5.2. La disidencia del ministro Fayt

3.5.3. Atribuciones de la Convención Reformadora

3.6. El caso "Fayt". La nulidad de la reforma constitucional. Efectos

ARTÍCULO 31

1. La jerarquía en el ordenamiento jurídico argentino. Interpretación general de la norma

2. Supremacía constitucional. Consecuencias

3. El control de constitucionalidad

4. Alcance, límites y efectos del control de constitucionalidad en la Argentina

5. El proceso de desconstitucionalización y la ruptura del principio de supremacía constitucional. La Acordada de reconocimiento de los gobiernos de facto

6. El problema de las fuentes y la jerarquía constitucional

7. Interpretación del art. 31 después de la reforma constitucional de 1994

8. La supremacía constitucional y la integración regional

9. La reserva de la Provincia de Buenos Aires

ARTÍCULO 32

1. La defensa de la libertad de imprenta. Origen e interpretación general de la norma

2. La competencia reglamentaria y jurisdiccional sobre la prensa

ARTÍCULO 33

1. Los derechos implícitos. Origen y finalidad de la norma

2. Alcance de los derechos implícitos: problemas interpretativos

3. El paradigma de los derechos implícitos en la Argentina

3.1. Derecho a la vida

3.2. Derecho a la salud

3.3. Derecho a la dignidad humana: derecho a casarse ya formar una familia

3.4. El derecho a la verdad

3.5. Derecho de reunión

ARTÍCULO 34

Incompatibilidades judiciales

ARTÍCULO 35

Nombres Oficiales del Estado Argentino

CAPÍTULO SEGUNDO

NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS

Características de la reforma constitucional de 1994. El paradigma de la defensa de la democracia y de los derechos humanos

ARTÍCULO 36

1. La defensa de la constitución. Interpretación general y origen histórico de la norma

2. Los golpes de estado en la República Argentina. Efectos jurídicos sobre la supremacía constitucional

3. Ineficacia de las interrupciones constitucionales. Efectos sobre los autores o partícipes de los hechos de fuerza

4. El derecho de resistencia

5. Corrupción pública y sistema democrático

6. La ley de ética pública

7. La Oficina Anticorrupción

ARTÍCULO 37

1. Derechos políticos. Interpretación general de la norma

2. Los derechos electorales

2.1. Características del sufragio

2.2. Derecho a elegir

2.3. El derecho a elegir y ser elegido de los detenidos sin condena

2.4. Derecho a ser elegido gobernador de provincia

2.5. Derecho a elegir y certeza en la competencia electoral

3. Deber de votar y libertad de conciencia

4. La igualdad política. Alcance. Ley de cupo femenino

ARTÍCULO 38

1. Los partidos políticos y el sistema democrático. Interpretación general de la norma

2. Significado de los partidos políticos

3. La personalidad jurídica del partido político, instrumento del sistema democrático

4. Nacimiento y extinción de los partidos políticos

5. Atribuciones de los partidos políticos. La postulación de candidatos

6. Deberes de los partidos

6.1. Competencia para la postulación de cargos electivos. Las internas abiertas

6.2. La representación de las minorías

6.3. El sostenimiento estatal de los partidos políticos y la publicidad del origen y destino de los fondos partidarios y del patrimonio

6.4. Limitaciones a las contribuciones y gastos de las campañas electorales

6.5. La limitación temporal de las campañas electorales

7. La crisis del sistema de partidos políticos y las alquimias electorales

8. Los partidos políticos y la defensa del orden democrático. Los problemas del control estatal y los partidos antisistema

ARTÍCULO 39

1. El sistema representativo y las formas semidirectas de democracia

2. La iniciativa popular: alcance y límites constitucionales

3. La ley reglamentaria 24.747

ARTÍCULO 40

1. Significado de la consulta popular

2. Consulta popular vinculante

3. Consulta popular no vinculante

ARTÍCULO 41

1. Importancia de la cuestión ambiental

2. Interpretación general de la norma

3. La distribución de competencias en materia ambiental

4. La legitimación activa en materia ambiental

5. Alcance de los derechos reconocidos. El desarrollo humano y la igualdad

6. Los deberes en materia ambiental

ARTÍCULO 42

1. La autonomía de la voluntad y la defensa de los consumidores

2. Textura constitucional de los derechos de usuarios y consumidores

3. Objetivos y medios en la protección de usuarios y consumidores

3.1. Derechos que comprende la protección de usuarios y consumidores

3.2. Medios de protección de usuarios y consumidores

3.3. La Ley de defensa de la competencia y el abuso de posición dominante

3.4. La defensa de la competencia y el caso de los servicios jurídicos pre pagos

3.5. Educación del consumidor, publicidad y propaganda

4. Líneas ideológicas y principios jurídicos en los derechos de usuarios y consumidores

5. Legitimación activa y extensión del amparo

6. La prestación de los servicios públicos. Control de razonabilidad y control social

7. Los entes de regulación y control de los servicios públicos

ARTÍCULO 43

1. Las garantías constitucionales

2. Amparo

2.1. Orígenes jurisprudenciales del amparo. De "Siri" y "Kot" al art. 43 de la Constitución Nacional

2.2. El amparo del art. 43. Interpretación general

2.3. Problemas interpretativos del amparo en el art. 43

2.3.1. Naturaleza del amparo

2.3.2. El amparo en las emergencias económicas y sociales

2.3.3. Los tipos de amparo y la amplitud de la legitimación

2.3.3.1. Amparo individual

2.3.3.2. Amparo individual con efecto colectivo

2.3.3.3. Amparo colectivo

2.3.3.4. Acciones de clase

2.3.3.5. Las acciones populares

2.3.4. Efectos jurídicos de la sentencia en amparos colectivos, respecto de los particulares afectados

2.4. Jurisprudencia

2.4.1. Intendente municipal

2.4.2. Ciudadano, ex diputado y concejal

2.4.3. Vecino

2.4.4. Defensor del Pueblo

2.4.5. Representante gremial

2.4.6. Legisladores

2.4.7. Afiliada al INSSJ

2.4.8. Centro de Estudios Legales y Sociales

2.4.9. El Asesor Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires y el acceso a la educación como derecho de incidencia colectiva

2.4.10. Colegio de Fonoaudiólogos

2.4.11. Asociaciones y fundaciones

2.4.12. Médicos de un hospital público y asociaciones profesionales médicas

2.4.13. Asociación en defensa de la vida desde la concepción

2.5. Las inconstitucionalidades sobrevinientes de la Ley 16.986

2.6. Funcionalidad del amparo como control económico y político

3. Hábeas data

3.1. Texto y contexto del hábeas data en la Constitución argentina

3.2. Naturaleza del hábeas data: la garantía que destila derechos sustantivos
3.3. Los sujetos protegidos
3.4. Los bancos de datos afectados
3.4.1. Registros o bancos de datos públicos
3.4.2. Registros o bancos de datos privados, destinados a proporcionar informes
3.4.3. Bancos de datos de información crediticia, públicos o privados
3.4.4. La protección de los datos de titulares y beneficiarios de tarjetas de crédito
3.4.5. Fuentes de información y registros periodísticos
3.5. Derechos tutelados por el hábeas data
3.6. Alcance de la tutela. Datos públicos y privados. Calidad de los datos
3.7. La ley 25.326 de protección de datos personales
4. Hábeas Corpus
4.1. Orígenes e importancia
4.2. Las detenciones o arrestos constitucionales
4.3. El hábeas corpus contra sentencias judiciales
4.4. Regulación del hábeas corpus. Ley 23.098
4.4.1. Hábeas corpus clásico
4.4.2. Hábeas corpus preventivo
4.4.3. Hábeas corpus correctivo
4.4.4. Hábeas corpus restringido
4.4.5. Hábeas corpus colectivo y correctivo
4.5. El hábeas corpus en la desaparición forzada de personas

PRÓLOGO A LA CUARTA EDICIÓN

Veinticinco años, un cuarto de siglo, ya casi una generación de argentinos nacidos bajo el imperio de la Constitución Nacional y el traspaso reglado del poder de unos gobernantes a otros, elegidos en elecciones competitivas y libres.

El hecho constituye una victoria sobre los quiebres institucionales que asolaron la República Argentina en el siglo XX. El tiempo transcurrido, extenso en la vida individual de las personas es, en cambio, breve para las instituciones y la historia de un país. El regreso a las formas ya las rutinas electorales para dirimir las

preferencias políticas consolidó el sistema e inició el ocaso de las propuestas e idearios que rechazaban la que llamaron *democracia burguesa* .

Aún más, después de las primeras irradiaciones de 1983 cuando con algo de ingenuidad muchos ciudadanos y ciudadanas proclamaban que "estábamos en democracia" —los mayores lo recordarán— para justificar algunas transgresiones menores y creer que todo era posible bajo el sistema recuperado, la Argentina resolvió —con sus más y con sus menos— los conflictos que emergían bajo las reglas de la Constitución. Resultó notable observar que en una sociedad impaciente y poco propensa a examinar sus propias responsabilidades en las crisis y los desvíos institucionales germinaba algo más que el respeto por la democracia incuestionada: *el valor de la Constitución* . Ocurrió que la *ley de todos*fue percibida como el compendio de los derechos, el límite al poder, el paradigma que debía alcanzarse en la institucionalización efectiva de la organización estatal.

Pero la Constitución argentina también es un llamado a hacer grandes cosas —basta con leer el preámbulo y sus objetivos— ; desecha, por ello, la mediocridad como actitud, requiere gobernantes constructores que exijan y se exijan en el cumplimiento de las atribuciones y los deberes, un pueblo que se someta a la ley y dirima sus conflictos por los cauces judiciales.

Aun en los tonos grises que en algunas circunstancias depara el ejercicio de la democracia, la Constitución interpela siempre, demanda compromiso con sus normas y con el modo en que esas normas se cumplieron o incumplieron a lo largo de la historia, próximo ya a cumplirse doscientos años del inicio del proceso emancipador. Si miramos esa historia y el país que se forjó a través de ella vemos algo más que fracasos, inconsistencias o crímenes. Hay allí un espíritu de libertad que ayudó a construirla en América, una gesta de civilización que llevó a cabo la escuela, en igualdad y responsabilidad, una solidaridad tangible en los momentos de crisis, la idea de progreso hecha carne en los hijos de inmigrantes que llegaron al país con sus propias derrotas y sus sueños.

Alcanzado el cuarto de siglo del retorno al sistema democrático, la Constitución argentina fue reformada en gran parte, sin alterar su ideario esencial. La continuidad resulta visible en la preservación de las*declaraciones*, los*derechos*y las*garantías*históricas, más allá de las dificultades, también notorias, para armonizarlos con los nuevos derechos, tarea, en especial, de jueces y tribunales.

En 1994 se procuró suturar las heridas a la legitimidad constitucional que la Ley Suprema exhibía como señas jurídicas de los desencuentros políticos. En ese sentido las enmiendas fueron exitosas. También lo fueron —aunque no sólo en ello— al incluir el control de constitucionalidad de modo expreso, asignado a todos los jueces de la República en materia de amparo. Esa enmienda consolidó el control de constitucionalidad difuso e instituyó en la Ley Suprema el debate interjurisdiccional acerca de cuestiones constitucionales trascendentes, hayan tenido o no cabal conciencia de ello quienes fueron convencionales constituyentes en 1994. Dicho de otro modo, el control difuso de constitucionalidad permitió —permite— que antes de que las controversias lleguen a la Corte Suprema se haya desplegado un robusto debate jurídico en la sociedad, a partir y en ocasión de las decisiones que al respecto tomen las instancias anteriores a la del Tribunal.

La cuarta edición de estos*Comentarios*examina, hasta agosto de 2008, aquellos debates que se sucedieron en los órganos de decisión política, en la doctrina y en la jurisprudencia, en este caso, en particular, la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación elaboró.

En los casi cuatro años transcurridos desde que se publicó la tercera edición de esta*Constitución Comentada*se produjeron varias modificaciones legales y jurisprudenciales. Esas reformas son examinadas en los contextos sociales, económicos y políticos en los que se emitieron. Entre las modificaciones legales se analizan las que se introdujeron al Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento; las que reglamentaron atribuciones del jefe de Gabinete de Ministros; las que crearon la Comisión Bicameral de Control de los decretos de necesidad y urgencia, de los decretos delegados y de los decretos de promulgación parcial de leyes; las enmiendas a la ley de usuarios y consumidores; la modificación del número de integrantes de la Corte Suprema; la reforma al Código de Justicia Militar. Entre la doctrina jurisprudencial novedosa —o de gran impacto en el momento que se la emitió— se examinan cuestiones de igualdad en extranjeros; el problema de la movilidad en materia de seguridad social; las limitaciones convencionales a las amnistías y a los indultos; los bordes establecidos en materia de legitimación del Defensor del Pueblo; la estabilidad del empleado público; la relectura constitucional de los contratos y su aseguramiento o límites durante las emergencias; el impacto de la protección del ambiente; las atribuciones de las Cámaras del Congreso en materia del examen de los títulos de los legisladores; las garantías de la defensa en juicio y el papel constitucional del Ministerio Público; los nuevos alcances

de la jurisdicción administrativa; en fin, el papel de la Corte Suprema en los entresijos de la historia argentina y frente al impacto que en el orden interno genera la responsabilidad estatal en materia de violación de derechos humanos.

La regla constitucional, norma y promesa, es ley de todos y debe de amparar a todos, lejos de historias oficiales, parciales y sucesivas. En los comentarios a los artículos de la Ley Suprema emerge esa tensión que es también un anhelo de resolver los conflictos —aun los más dolorosos— con justicia y equidad.

MARÍA ANGÉLICA GELLI

Agosto de 2008

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.

Concordancias: Arts. 2º; 4º; 19; 20; 21; 33; 37; 45; 129; CN y art. 22, ap. 6 a 8, CADH.

1. CONCEPTO Y CONTENIDO

El Preámbulo de la Constitución Nacional es una declaración formal y solemne que motiva y otorga fundamento a la Ley Suprema. En tal sentido, en la República Argentina, constituye expresión del *estado de derecho* en tanto da razón de su origen y fines y liga a los que ejercen ya los destinatarios del poder con igual fuerza normativa.

El contenido del Preámbulo indica el titular del poder constituyente; señala la continuidad histórica y política que da nacimiento al Estado Argentino; enuncia los objetivos de la Constitución, manifestando sus valores esenciales y su filiación iusnaturalista; establece el destino, amplio y generoso de la Ley Suprema; formula una peculiar invocación a Dios y

dispone de la plena juridicidad del texto constitucional, adelantándose, con ello, al paradigma del Estado Constitucional de Derecho.

2. Sujeto del poder constituyente

En el Preámbulo se mencionan tres sujetos de los que emana poder constituyente y que tienen un lugar significativo en la construcción histórica e ideológica del poder en la República Argentina.

En primer lugar, en el Preámbulo se expresa la declaración, en primera persona del plural, de los representantes del *pueblo,* depositario y fuente de legitimación democrática del poder. El mismo principio fundamenta el reconocimiento de los derechos implícitos que surgen de la *soberanía del pueblo* (art. 33). Concepción que prevaleció en la reforma constitucional de 1994, pues en el nuevo art. 37 se confirman los derechos políticos conforme al principio de *soberanía popular* .

No obstante, el término pueblo posee otras significaciones constitucionales —las únicas aceptables, según *Bidart Campos*— de *población* y *cuerpo electoral* (1) . En efecto, la Constitución Nacional se refiere a la población como el conjunto de las personas que conforman la sociedad, en el art. 4º —norma, ésta, que establece los recursos del Estado Federal— y, como cuerpo electoral, en el art. 45, disposición que establece la integración de la Cámara de Diputados con representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias. De todos modos, en el Preámbulo y en la Constitución, el término pueblo se cubre de significación política, ligado a la democracia del modo en que la tomó de su modelo norteamericano (2)y al liberalismo francés, tan unido a la idea de nación. Este último criterio no fue abandonado del todo por los constituyentes de 1994, pues, por ejemplo, según dispone el art. 40, la consulta popular establecida requiere el voto afirmativo del *pueblo* de la Nación y, en el art. 129, al declararse la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires se prescribe que su jefe de Gobierno será elegido directamente por el *pueblo* de la Ciudad.

En segundo lugar, el pueblo mentado en el Preámbulo lo es de la *Nación* Argentina. Sin duda, en el texto de la Constitución, la palabra nación es empleada como sinónimo de Estado, de organización jurídica de la sociedad. En el art. 1º, sobre la forma de gobierno, la identificación es clara. En el art. 4º, en cambio, la Nación indica al Estado Federal, para diferenciarla de los Estados locales. En fin, en los arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 26, 31 de la Constitución histórica de 1853/60 (3) y en el 41 de la Constitución, introducido por la reforma de 1994, el vocablo nación se emplea en uno u otro de los sentidos indicados.

Desde luego, la reiterada apelación al término nación en el texto constitucional no es jurídicamente afortunada. Pero indica una tradición histórica y la filiación política del país, reunida en la Constitución *Nacional* , la *ley que une* a todos, pese a la diversidad, en una sociedad plural. Con ese significado, ajeno a los nacionalismos de peor cuño (4) , cobra especial

relevancia lo sostenido por el Procurador General ante la Corte Suprema, acerca de que "... la *Nación* Argentina —en cuanto integrado conjunto humano— está entrañable e inseparablemente unida, por mandato de su historia, a la *República*Argentina —en cuanto estilo de vida— con sus propios valores, simbolizados por la Constitución Nacional y los derechos por ella protegidos " (5) .

En lugar, el Preámbulo se refiere a las *provincias* que componen la Nación. He ahí, nuevamente, una identificación de nación con Estado Federal. No obstante, cobra importancia la mención de las provincias —de la preexistencia histórica (6) y jurídica de ellas— y de los pactos preexistentes por aquellas celebrados (7) , a la hora de resolver uno de los problemas interpretativos del art. 30 sobre reforma constitucional. En efecto, aun cuando las provincias no ejercieron directamente el poder constituyente, pues otorgaron mandato para que el pueblo de la Nación lo desempeñara, esa *procuración originaria* no debe diluirse cuando se computen los dos tercios del Congreso, requeridos para declarar necesaria una reforma constitucional: el cómputo debe realizarse en ambas Cámaras por separado, también por disposición del Preámbulo de la Constitución.

3. OBJETIVOS

Los objetivos del Preámbulo denotan, en primer lugar, una voluntad —constituir la unión nacional— en torno a los valores, principios y normas constitucionales. Lejos, pues, de la uniformidad en el pensamiento o la unanimidad en la toma de decisiones (8) . La Constitución misma, ya antes de la reforma constitucional de 1994 que acentuó esas notas, es expresión de la libertad más alta al consagrar, en el art. 19, un área de reserva personal ajena a la intromisión estatal.

Los restantes objetivos constituyen un programa valorativo, cuya realización depende del cumplimiento de la Constitución Nacional, desarrollando sus principios. Los objetivos enunciados son de carácter general y su alcance se establece tanto por el contenido que las políticas públicas definidas por el Congreso le asignen, cuanto por la interpretación judicial, en especial de la Corte Suprema, en los casos concretos que se le sometan. Todos ellos resumen el ideal axiológico de los constituyentes y permiten la concreción situada, en el tiempo y en el espacio, de esos valores propios del derecho natural. En particular, el objetivo de *afianzar la justicia* , interpretado y aplicado por la Corte Suprema en los casos particulares denotó esa raíz iusnaturalista y sirvió, también, para otorgar valor operativo al Preámbulo.

Pero, como es sabido, no hay una sino varias corrientes iusnaturalistas. Lo que todas esas líneas de pensamiento tienen en común es que reconocen un principio de justicia anterior al Estado, que éste está obligado a respetar. Entre las principales nociones sobre derecho natural cabe destacar la *realista* , originada en el pensamiento de *Aristóteles* y desarrollada

por *Tomás de Aquino* —quien la ligó a la teología cristiana— y la *racionalista* , propia del liberalismo francés (9) . Existe discrepancia en la doctrina argentina acerca de cuál de ellas hizo suya la Constitución Nacional y, en especial, el Preámbulo de la Ley Suprema (10). En mi opinión, en la Constitución argentina se cruzaron ambas líneas ideológicas, fruto de las diversas concepciones de los convencionales constituyentes, pero, en el Preámbulo, prevaleció la liberal teísta (11) como se advierte en el tipo de invocación a Dios que se formula .

4. Significado de la invocación de Dios

En la invocación a Dios está presente la concepción teísta —ni atea, ni neutra (12) , tampoco confesional (13) - aunque los constituyentes tuvieran, en lo personal, una creencia religiosa. Es la fe en un Dios, único, personal y providencial, *fuente de toda razón y justicia*el que se invoca al momento de dictar la ley de leyes y que se convierte, así, en fundamento del orden legal pero sin sujeción a ninguna iglesia en particular. Así pues, la Constitución no es indiferente a lo religioso —en su significado de religazón del mundo con Dios— ni agnóstica, pues no suspende el juicio acerca de si Dios existe o no existe, ya que afirma todo lo contrario, aunque, desde luego , ello no implica menoscabo para ninguna ideología religiosa o filosófica desde que los arts. 14 y 19 reconocen la libertad de culto y la libertad de conciencia, respectivamente (14) .

5. Destinatarios

El Preámbulo proclama los objetivos de la Constitución Nacional para beneficio de la generación constituyente, para su posteridad y *para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino* . Esta frase sintetiza tanto la generosidad de los propósitos como la idea de *contrato social abierto,* al que podrían unirse a quienes lo desearan. Toda una novedad para la época, que favoreció las políticas inmigratorias y —pasadas las décadas— el progreso de la diversidad social en la República Argentina.

No obstante, esa invitación no genera derechos subjetivos absolutos para los extranjeros que quieran aceptarla. El Estado argentino puede limitar sus políticas inmigrantes, conforme a las leyes *razonables* que reglamenten su ejercicio. Tal lo decidido por la Corte Suprema en " *Scheimberg (los deportados en el" Transporte Chaco "de la Armada Nacional* " (15) . Ello es consistente con lo dispuesto en la primera frase del art. 14, en tanto se declaran derechos de los habitantes, conforme a las leyes que los reglamentan y sería absurdo sostener que los extranjeros que aún no son habitantes tienen más derechos que son.

La invitación del Preámbulo proporciona mayor amplitud, si cabe, a lo preceptuado por las artes. 20 y 21 de la Constitución Nacional en tanto estas disposiciones reconocen, respectivamente, expresos derechos a los extranjeros y, a los que obtienen la ciudadanía, los exime de cumplir con las obligaciones militares (16) .

Así, al interpretar el alcance de las obligaciones que el Estado argentino asume para con los extranjeros que han ingresado legalmente al país, esta parte del Preámbulo exige un mayor *control de razonabilidad* de los requisitos que, eventualmente, se impongan a aquéllos (17) .

En otros términos, los beneficios de la libertad constitucional se proporciona a todos los extranjeros que quieran habitar el suelo argentino y sean *aceptados* en esa calidad por el Estado, de acuerdo a las políticas razonables que establezca el Congreso de la Nación ya las prioridades, circunstancias y posibilidades concretas de dar respuesta a las demandas sociales que las inmigrantes suscitan. En consecuencia, la apertura a la inmigración debe ser compatible con los términos amplios del Preámbulo, con las garantías de los derechos humanos —clausurando el tráfico de personas, a que en ocasiones aquélla da lugar— y con el caudal de riqueza y desarrollo con el que cuente, en cada etapa, el país.

6. Valor jurídico del Preámbulo

Es la cuestión más controvertida y sustancial respecto al Preámbulo y está unida a un interrogante anterior acerca de si, aquél, integra, forma parte, de la Constitución.

Desde una perspectiva normativista el Preámbulo parece no constituir, en sí mismo, una disposición jurídica dado que carecería de sanción. Así se le ha negado hasta el ser parte de la Constitución y constituir sólo una guía acotada de interpretación (18) . Sin embargo, respecto al Preámbulo, debe tenerse en cuenta que en su parte final contiene una disposición expresa: *"ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución".* La frase indica el valor jurídico del Preámbulo y de la Constitución, ésta también con fuerza normativa (19) .

Por otro lado, el derecho judicial —también derecho positivo— ha evolucionado desde el reconocimiento del valor interpretativo —en ocasiones limitadas— de sus cláusulas (20) hasta la aceptación de su valor legal, otorgando a sus objetivos —en especial el de *afianzar la justicia* - plena operatividad.

En mi opinión, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha expandido los derechos constitucionales, o reconocidos otros, mediante la aplicación situada del principio de justicia, en sus tres variantes clásicas de justicia conmutativa, distributiva y social.

Según se ha sostenido, diversas tradiciones acerca de la *equidad* anidan en sentencias de la Corte Suprema para la resolución de *casos*

difíciles . *Rabbi - Baldi Cabanillas* ha identificado cuatro: a) la desarrollada por la filosofía griega, en especial por Aristóteles, en la que la equidad *completa* y *corrige* lo que el legislador no prever pudo, "por la propia naturaleza de las cosas", diría por la singularidad y peculiaridad que pueden presentar aquellos casos difíciles; b) la propia de la tradición romana clásica, en la que el derecho se identifica con la justicia, en términos que recoge Aquino, *la misma cosa justa.*En esta tradición, los jueces disciernen, en los casos concretos, el derecho que no puede ser sino justo; c) la equidad romana en la tradición que desarrolla el cristianismo aportando la piedad y la benignidad corrigiendo, para asegurar estas virtudes, no ya la ley, sino el derecho mismo impregnado de la moral judeo-cristiana; yd) la equidad en el control de constitucionalidad de las leyes. En otros términos —y en lo que constituye un análisis poco frecuente y muy interesante de la cuestión— *Rabbi-Baldi Cabanillas* incluye el control de constitucionalidad dentro de los "juicios de equidad" (21) .

Al mismo tiempo, los tribunales de justicia han intensificado las obligaciones del Estado en el logro del bienestar general —interpretándolo como parte de la justicia social— a fin de que todos y cada uno de los miembros de la comunidad participan de los bienes materiales y espirituales de la civilización. En ese sentido, se ordenó al Estado el cumplimiento del compromiso que él mismo había asumido —a través del Ministerio de Salud y Acción Social— de producir la vacuna contra la fiebre hemorrágica, en el entendimiento de que se había probado la eficacia del medicamento contra la mencionada enfermedad (22) .

7. JURISPRUDENCIA

La Corte Suprema reconoció un derecho constitucional de los acreedores a recibir la equivalencia de la contraprestación, al admitir la actualización monetaria de la indemnización por despido ilegítimo en el empleo público. El Tribunal sostuvo que en situaciones regidas por los principios de la *justicia conmutativa* ha de estarse a la igualdad estricta de las prestaciones recíprocas conforme a las circunstancias del caso [pues] *el principio de afianzar la justicia [del] Preámbulo* exige la referida equivalencia (23) . En idéntico sentido, aunque sin mencionar el Preámbulo pero haciendo mérito de la justicia conmutativa, la Corte Suprema reconoció la actualización monetaria por mora culpable en el pago de alquileres en*"Vieytes de Fernández c. Provincia de Buenos Aires* " (24) .

El valor normativo del Preámbulo y la obligación de todos los poderes del Estado de cumplir con sus objetivos —en el caso, afianzar la justicia— fue reconocido por la Corte Suprema en una acción directa por desaparición de personas. El Tribunal, que claramente no tenía competencia en el caso, proclamó en *"Pérez de Smith, Ana M. y otros s / pedido* ", sus poderes implícitos para salvaguardar la *administración de justicia* y, a la vez, *afianzar la justicia*. En consecuencia, la Corte Suprema decidió oficiar al Poder

Ejecutivo a fin de que urgiera las medidas adecuadas para que el Poder Judicial pudiera cumplir con aquel objetivo del Preámbulo —y resguardara, así, la libertad de las personas— sin por ello preterir los otros objetivos de unión nacional, paz interior y defensa común (25) .

El carácter operativo del Preámbulo y la identidad entre el objetivo de *afianzar la justicia* y el *valor justicia* fue declarado expresamente en una causa - *"Saguir y Dib, Claudia G. s / autorización"* - en la que los padres de una menor de dieciocho años , hermana del paciente enfermo, solicitaban autorización judicial para que la primera donara un órgano al segundo. La ley entonces vigente autorizaba los trasplantes de donantes vivos mayores de dieciocho años, con determinado grado de parentesco. Al hacer lugar al pedido, la Corte Suprema también invocó los principios del derecho natural para reinterpretar las normas aplicables conforme a los efectos de la sentencia de los que no cabía desentenderse al Tribunal (26) .

También del Preámbulo han emanado deberes de los poderes políticos. Así, en *"Barrionuevo, César C. y otro* ", se ha reconocido que la atribución de declarar el estado de sitio derivado de la obligación de tutelar uno de los valores fundacionales del orden institucional, reflejado en las *pautas orientadoras del Preámbulo,* proveer a la paz interior y promover el bienestar general (27) .

Del mismo modo, del propósito de afianzar la justicia incorporado al Preámbulo de la Constitución Nacional, se ha derivado el derecho al acceso gratuito e irrestricto a los tribunales judiciales, aunque ello no implícita que —finalizado el proceso— quien resulte vencido deba pagar la tasa respectiva, entre otras cosas, para resarcir a la comunidad los gastos irrogados por quien litigó sin derecho (28) .

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO PRIMERO - DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTÍAS

El capítulo primero de la primera parte de la Constitución Nacional distingue tres tipos de normas: las que contienen *declaraciones* , las que expresan *derechos* y las que disponen de *garantías* . Todas ellas con igual valor jurídico.

Pueden definir las *declaraciones* como las manifestaciones políticas, económicas, sociales, religiosas, culturales que configuran y perfilan la Nación argentina como entidad social (arts. 15 y 16); la forma de gobierno y Estado (arts. 1º, 5º, 6º y 22); los recursos económicos y financieros de éste (art. 4º); la relación con la Iglesia Católica (art. 2º); el establecimiento de la Capital del Estado Federal (art. 3º); la importancia de la agricultura, la industria y las ciencias y las artes (art. 25).

Los *derechos* enunciados se identifican con las facultades de obrar, de no hacerlo y de exigir el proceder o la omisión del Estado y de terceros para lograr el disfrute de los derechos personales y sociales, reconocidos en sendas etapas de la historia constitucional argentina. La declaración de derechos emana de varias de las disposiciones de esta primera parte, tales como los arts. 14; 14 *bis* y 33.

Las *garantías* se conforman con una serie de instrumentos de protección de los derechos de las que derivan, también, otras facultades personales o colectivas (29) y se abren en varias direcciones.

En principio se declaran las protecciones específicas que aseguran la libertad personal en sentido amplio (art. 18). De ellas se han derivado dos garantías en sentido estricto: el *hábeas corpus* , regulado por ley y el *amparo* , en principio una creación jurisprudencial. Del mismo modo, el art. 17 enumera una serie de garantías de la propiedad, declarada como derecho en el art. 14.

En segundo término, de las declaraciones y derechos subjetivos pueden inferirse *garantías institucionales* , tales como las que limitan el estado de derecho. En esa línea deben anotarse, la *división de poderes* en sus tres modalidades: la clásica de la república, entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (art. 1º); (30) la federal, entre el gobierno central y los gobiernos locales (arts. 1º y 5º) (31) y la constitucional, entre el poder constituyente originario, el poder reformador y los poderes constituidos (art. 30); (32) el *derecho a la jurisdicción* (art. 5º); el *principio de razonabilidad* , que debe presidir —con la motivación y la fundamentación— todo acto de poder (art. 28); el *principio de legalidad y limitación del poder* (arts. 19 y 29) y la *libertad de prensa* (arts. 14 y 32) garantía, ésta, del proceso democrático (33) .

En suma, el primer capítulo de la primera parte de la Constitución Nacional, condensa la ideología y los valores propios de las democracias liberales en la formulación de 1853/60, cuando se sancionó la constitución histórica de la República Argentina (34) .

Así pues, en el liberalismo personalista (35) por un lado, se consagraron con igual jerarquía los principios de igualdad (art. 16) y de autonomía personal al establecerse límites a la acción del Estado en los derechos a la privacidad y a la intimidad (art. 19). Esta última norma es de tal importancia que si sólo ella se hubiese sancionado, sería posible construir sobre la base de esa disposición una teoría de los derechos personales que respetara la libertad y dignidad humanas.

El art. 19 garantiza, a la vez, el principio de legalidad —lo que no está prohibido por ley está permitido— y el derecho a la privacidad, al reconocer un núcleo personal ajeno a la intervención de los órganos del Estado (36) . Esa norma constituye el núcleo duro de la libertad en la República Argentina, pues asegura que no basta con el dictado de una ley legítimamente sancionada para cumplir con el mandato constitucional. Consagra, expresamente, un área de privacidad e intimidad reservada a la elección personal de los habitantes del país, ajena a las interferencias del poder.

El desarrollo doctrinario y jurisprudencial del art. 19 de la Constitución argentina amplió los horizontes de la libertad y del respeto a las *opciones* de las personas en la sociedad democrática —la libertad de elegir el propio plan de vida, en palabras de la Corte Suprema— no sólo frente al Estado sino también ante las acciones de terceros (37) .

La igualdad garantizada en este primer capítulo es la *formal* ante la ley, de todos los habitantes del país, sin prohibir, expresamente, discriminaciones por categorías legales creadas en base a las condiciones o características de las personas, salvo la protección especial reconocida a los extranjeros en el art. 20. Categorías, aquéllas, que, de todos modos, deben pasar el test de razonabilidad para ser constitucionales.

Por otro lado, la libertad y la igualdad se refuerzan con la abolición absoluta de la esclavitud —quizá una forma implícita y temprana de igualdad material— y, la igualdad, con el reconocimiento a los extranjeros de los mismos derechos civiles que a los ciudadanos (38) .

Sin embargo, debe decirse que pese al ofrecimiento formulado *a todos los hombres del mundo,* del disfrute de los derechos y garantías constitucionales proclamado en el Preámbulo, la Ley Suprema privilegió el fomento de la inmigración *europea* (art. 25).

Al mismo tiempo que se declaran los derechos de la igualdad y la libertad personal, se consagran, expresamente, el derecho de propiedad (arts. 14 y 17) e, implícitamente, la libertad contractual (arts. 14 y 33) como dos pilares fundamentales del sistema político y económico de la República.

La declaración y reconocimiento de derechos y libertades civiles, llamados de la primera generación, admiten la limitación en su ejercicio por medio de la reglamentación legal o *poder de policía* . La sanción de esas leyes por el Congreso Federal —en virtud de lo dispuesto por la primera parte del art. 14— garantizan el cumplimiento del principio de legalidad.

A fin de evitar la extralimitación reglamentaria, la Constitución estableció un límite expreso —aunque de contornos no siempre nítidos— imponiendo al Poder Legislativo —y por extensión a los demás poderes— la obligación de*no alterar* los derechos y garantías constitucionales (art. 28).

El desarrollo interpretativo de esa norma por los tribunales argentinos —y en especial por la Corte Suprema de Justicia de la Nación— dio alcance y extensión al llamado control de *razonabilidad* empleado para declarar inaplicables normas —no sólo leyes— y actos gubernamentales que vulneraban derechos constitucionales.

Por cierto, la delimitación de las reglamentaciones razonables o irrazonables —y por tanto inconstitucionales estas últimas— constituye una cuestión problemática. La Corte Suprema argentina ha elaborado diferentes *standards* de razonabilidad, a fin de examinar la relación entre los medios elegidos por el legislador y el fin buscado por la ley; la proporcionalidad de aquellos medios e, incipientemente, un análisis de los intereses en juego; un balance entre todos ellos; y un escrutinio estricto de los intereses estatales invocados, en conexión con el menor daño posible a los derechos reglamentados (39) .

A partir de 1957 —con la sanción del art. 14 *bis* — en el diseño normativo de la Constitución argentina confluyeron los principios del liberalismo personalista y del estado social de derecho, en una difícil síntesis que no siempre se trasladó al ámbito de las normas operativas (40) .

En los hechos, varias de las declaraciones del art. 14 *bis* se transformaron —por medio de las decisiones que dictaban los jueces— en derechos programáticos sin vigencia efectiva alguna (41) y, al mismo tiempo, las libertades económicas se desdibujaron por la intensa regulación estatal sobre ellas, dictadas hasta fines de la década de 1980. A comienzos de 2002 la crisis económico financiera que estalló en el país dio paso a una normativa de emergencia que afectó no sólo las libertades económicas sino también las garantías judiciales. Cuando el pico de la crisis pasó y sus consecuencias sociales se amortiguaron —en parte debido a los términos del intercambio comercial que favorecieron a la República Argentina en el año 2003— la discusión acerca de las responsabilidades por la emergencia del *default* declarado en el país (42) dio paso al debate sobre el papel del Estado y la extensión reglamentaria de los derechos constitucionales, en especial de los económicos y sociales. La cuestión de los límites al poder y el alcance de los derechos y garantías se intensifica en épocas de crisis. No obstante, aunque en sordina, las discrepancias permanecen, también por motivos ideológicos.

Artículo 1º — La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 5º; 6º; 16; 22; 23; 29; 30; 31; 33; 36; 37; 38; 39; 40; 44; 50; 53; 54; 56; 59; 75, incs. 12, 19, 24; 76; 80; 83; 99, inc. 3; 109; 110; 115; 116, 124; C.N., art. 28C.A.D.H.

1. Forma de gobierno y forma de Estado. Interpretación general de la norma

Una expresión y una frase del texto constitucional son particularmente importantes para la hermenéutica de este artículo. En efecto, los constituyentes de 1853 no crearon una forma de gobierno sino que —según los miembros informantes de la Comisión que redactó el proyecto, Gorostiaga y Gutiérrez— la *adoptaron* , tomándola del modelo norteamericano. Pero la elección de ese modelo —representativo, republicano y federal— lo fue conforme lo establecido por la misma Constitución (43) .

Esa decisión constituyente de adoptar un sistema de gobierno ya creado, pero otorgándole perfiles propios, ha constituido el fundamento para que la Corte Suprema argentina, en sus orígenes, haya interpretado la Constitución a la luz de la jurisprudencia creada por la Suprema Corte de los Estados Unidos elaborando, al mismo tiempo, una doctrina propia a partir de las demás disposiciones constitucionales y en armonía con ellas(44) .

De ese modo, el gobierno de la república democrática en la Argentina tiene las notas y características que emanan de la Constitución Nacional y el Estado Federal está diseñado a través de las relaciones establecidas entre la Nación y las provincias, en el texto de la Ley Suprema originaria y en las normas incorporadas por las sucesivas reformas. Por eso, una regla hermenéutica, establecida por la Corte Suprema y mantenida a través de sus diferentes integraciones, exige que al examinarse el alcance y límites de las atribuciones de los poderes establecidos por la Constitución se interpreten en armonía con todo el ordenamiento constitucional, de modo tal que ninguno de aquéllos resulte anulado por los otros.

Si bien es cierto que, en principio, el art. 1º es formalmente una declaración que no crea derechos subjetivos para las personas (45) , esta norma se ha constituido como una fuente relevante en el desarrollo de los derechos y en el afianzamiento de las garantías constitucionales, pues ha marcado los límites del poder en la reglamentación de aquéllos. Así pues, pueden alegarse los principios y notas de la república y las demarcaciones de competencias del federalismo en la defensa administrativa o judicial de derechos y garantías.

2. Concepto de Nación

El término Nación no designa, estrictamente, un concepto jurídico. Remite a una realidad histórico-sociológica que se define por contraposición a la extranjería y que está muy relacionada, fundamentalmente en América, con los procesos de independencia y la búsqueda de identidad(46) .

En el art. 44 de la Constitución la nación sociológica o numérica está representada en la Cámara de Diputados, y la nación histórica, formada por las provincias, se revela en la Cámara de Senadores, por lo menos en la Constitución histórica (47) .

El reconocimiento y respeto de esas dos realidades —la numérica y la histórica— reviste importancia —tal como se expresó al examinar el Preámbulo— a la hora de interpretar el procedimiento de enmienda

constitucional establecido en el artículo 30 de la Constitución, imponiendo que la declaración de necesidad de la reforma sea votada en cada una de las Cámaras por separado con el objeto de no diluir la representación provincial en el Senado.

3. Distinción entre forma de gobierno y de estado

Aunque la Constitución no diferencia la forma de gobierno de la forma de Estado, puede afirmarse que la primera responde a la pregunta sobre quién ejercita el poder y la segunda acerca de cuántos centros territoriales de decisión política existen en un estado.

4. Democracia representativa

La Constitución argentina no menciona el término democracia en este artículo. Tampoco lo hacía en las demás disposiciones hasta que, con la reforma constitucional efectuada en 1957, la palabra se incorporó en el artículo 14 *bis* que asegura al trabajador la organización sindical libre y *democrática* .

A partir de la reforma constitucional de 1994, el término democracia adquiere especial significación y, con variantes expresivas, se encuentra en algunas disposiciones nuevas. En el art. 36 se menciona la expresión *sistema democrático* en dos oportunidades: para referirse a la validez de la Constitución —aunque se realicen actos de fuerza contra ese sistema— y al caracterizar al enriquecimiento ilícito como un ataque contra ese régimen; en el art. 38 se declara a los partidos políticos como instituciones fundamentales del *sistema democrático* y se garantiza su *organización y funcionamiento democrático* ; en el art. 75, inc. 19 —nueva cláusula para el progreso— se atribuye al Congreso Federal la función de dictar leyes de organización y de base de la educación que, entre otros objetivos, promuevan los *valores democráticos* ; en el art. 75, inc. 24 se atribuye al Congreso Federal la facultad de aprobar tratados de integración que, entre otras condiciones, respeten el *orden democrático* .

El sistema de gobierno diseñado en la Constitución histórica —y no sólo en el art. 1º— es representativo. Pero, a partir de la reforma constitucional de 1994 se incorporaron formas de democracia semidirecta en el art. 39 —iniciativa popular para proyectar leyes— y el art. 40, con dos modalidades de consulta popular, vinculante y no vinculante. Con ello, el sistema representativo se mantiene vigente pero se ha morigerado, por lo menos en la letra de la Constitución.

Con esas dos excepciones debe leerse e interpretarse el alcance del artículo 22, en tanto dispone explícitamente que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la

Constitución. En consecuencia, como la soberanía radica en el pueblo a través de sus representantes, según lo expresa el Preámbulo, la democracia representativa requiere, para hacerse efectiva, de instrumentos tales como el sufragio, los sistemas electorales y los partidos políticos. La reforma constitucional de 1994 garantizó expresamente los derechos políticos, estableciendo las notas del sufragio (art. 37) y declaró los derechos y obligaciones de los partidos políticos (art. 38).

4.1. Relaciones entre sistema representativo, partidos políticos, régimen electoral y cuerpo electoral

La Corte Suprema, antes de la reforma constitucional de 1994 sostuvo, con cita de Maurice Duverger, *que el sistema representativo y el sistema de partidos han llegado a ser sinónimos*(48) .

También el Tribunal elaboró varios principios acerca de las relaciones entre el sistema representativo, los partidos políticos, el régimen electoral y el cuerpo electoral. Éstos mantienen su vigencia, pese a las modificaciones operadas por aquella reforma en los modos de elegir a los integrantes de los poderes ejecutivo y legislativo.

En efecto, en un caso en el que estaba en juego la manera de computar los sufragios obtenidos por los candidatos a electores presidenciales en las elecciones de 1989, la Corte Suprema elaboró varios principios (49) .

Dijo el Tribunal que a): "en la forma representativa de gobierno consagrada por los arts. 1º y 22 de la Ley Fundamental, el pueblo, como entidad política, es la fuente originaria de la soberanía, y el modo de ponerla en ejercicio es la elección de los representantes por el cuerpo electoral sobre la base de la representación libre; b) de ese modo, el sufragio es la base de la organización del poder, y el derecho que tienen los ciudadanos de formar parte del cuerpo electoral y, a través de éste, constituir directa o indirectamente a las autoridades de la Nación".

Para la Corte, las elecciones permiten la *relación* entre quienes aspiran a ser elegidos —los candidatos— y quienes con su voto —el cuerpo electoral— realizan la designación. Los partidos políticos organizados nacieron del régimen representativo, convirtiéndose en órganos indispensables para el sistema que les otorgó, por medio de la ley, el monopolio de las candidaturas. Noción cuya consagración constitucional surge, para algunos, del nuevo art. 38 (50) .

Sin embargo, el hecho de que los sistemas electorales están relacionados con el régimen de los partidos políticos y que éstos sean órganos intermedios y necesarios entre gobernantes y gobernados significa que los partidos políticos existen por la democracia representativa y para ella misma y no a la inversa.

4.2. Elecciones periódicas y representatividad

El sistema representativo exige la realización periódica de elecciones. Estas son un presupuesto de aquél y del sistema republicano.

En consecuencia, tal como lo resolvió la Corte Suprema constituye *agravio concreto* que están obligados a examinar los tribunales (51) —más allá de reconocer o no reconocer la violación a un derecho subjetivo— el cuestionamiento que un ciudadano efectúa al sistema de partidos, cuando este sistema le impide presentar una candidatura independiente a diputado, después de celebradas las elecciones en las que pretendió presentarse (52) .

Dado que en la Constitución Nacional está prevista la realización periódica de elecciones de diputados nacionales como el único medio apto para designar a los representantes del pueblo, ese mecanismo está llamado a repetirse mientras se mantenga la vigencia del orden constitucional. Sólo cuando éste fue violentado se convirtieron en abstractos los temas que hacen a la renovación de los titulares de los poderes políticos(53) .

Aunque después de examinar el caso se concluyó en que es constitucional el monopolio partidario de las candidaturas (54) , la extensión del concepto de *agravio concreto* que surge del voto del ministro *Petracchi* implica la necesidad de analizar las eventuales restricciones del derecho a ser elegido, con independencia del tiempo electoral, porque la periodicidad de las elecciones es un presupuesto del sistema.

5. Sistema republicano

La república clásica se define como un sistema político de división y control del poder. Las otras notas que la caracterizan son la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios, la periodicidad de los cargos electivos y la igualdad de todos ante la ley.

En la Constitución argentina la separación de los poderes se expresa de tres modos diversos. En primer lugar la clásica división tripartita entre los *poderes* Legislativo, Ejecutivo y Judicial. En segundo lugar, la división federal, que reconoce, en principio, dos órbitas territoriales de poder: el central, federal o *nacional* , tal como lo denomina la Constitución, y los locales o provinciales. Debe aclararse, sin embargo, que la reforma constitucional de 1994 ha dado nacimiento a un nuevo ente político —la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— que es menos que una provincia, pero más que un municipio (55) . Por último, la Constitución Nacional establece la división entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

Estas separaciones del poder —en realidad entre los órganos— implican atribuciones propias y cooperación compartida entre todos ellos. La finalidad perseguida no es otra que evitar el desborde del poder y el peligro para las libertades personales que suscitaría la centralización en la toma de

decisiones públicas. Por eso la concentración del poder es rechazada enérgicamente en el art. 29 de la Constitución argentina. En esa norma se crea el delito de traición a la patria, caracterizando de *infames traidores a la patria* a los integrantes del Congreso Federal o de las legislaturas provinciales que otorguen al ejecutivo nacional o a los gobernadores de provincias la suma del poder público o facultades extraordinarias por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o personas. Razones históricas llevaron a la sanción de la cláusula mencionada. La experiencia institucional de la República Argentina registra —en el período preconstitucional— la concesión de facultades extraordinarias y la suma del poder, bien es cierto que por plazos limitados, a los gobernadores de la Provincia de Buenos Aires (56) .

Después de aquellas prácticas, los Constituyentes de 1853 tomaron sus recaudos y todo el sistema institucional se anudó en torno a atribuciones limitadas y a relaciones de poder que generarían controles recíprocos.

Dos normas establecidas en la Constitución de 1853/60, impusieron prohibiciones expresas en orden a evitar la acumulación de poder. En ambos casos impidiendo al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales, conocer en causas pendientes o restablecer las fenecidas (art. 109, de la actual numeración) y condenar por sí o aplicar penas, aun durante la vigencia del estado de sitio (art. 23).

Desde luego, la violación del principio republicano por extralimitación en el ejercicio de las atribuciones concedidas por la Constitución a los órganos del Estado puede provenir de cualquiera de los tres poderes pero, en los hechos, ha sido el ejecutivo el que ha concentrado mayor cuota de potestades. En la última década, el dictado de los llamados decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial de leyes han constituido los eslabones de aquella concentración por la que el Congreso perdió competencias. Sin embargo, con anterioridad, la delegación de facultades legislativas del Congreso Federal en el Poder Ejecutivo había atenuado la división del poder e incrementado las atribuciones presidenciales.

Por esa experiencia institucional, la reforma de 1994 comenzó por negar al Poder Ejecutivo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, la posibilidad de emitir disposiciones de carácter legislativo (art. 99, inc. 3º), aunque luego moderó la prohibición institucionalizando la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia bajo determinados requisitos (57) . También le impidió, como principio, promulgar parcialmente las leyes fijando las excepciones a esa prohibición (art. 80). Por fin, la reforma proscribió al Congreso la delegación legislativa, del mismo modo que estableció sendas excepciones a ese impedimento (art. 76).

Si, en expresión de *Viroli,* el republicanismo "...identifica la verdadera libertad con la ausencia de dependencia de la voluntad arbitraria de una o varias personas", (58) se comprende la necesidad de diluir la concentración del poder y de exigir a éste la justificación de las decisiones que tome. En otros términos, se colige de ello la relación directa entre república y razonabilidad.

5.1. Finalidad de la división de poderes

En el sistema de la república democrática, la separación de poderes fue dispuesta para controlar el poder, posibilitar la libertad y garantizar los derechos de las personas.

No obstante, la Corte Suprema reconoció otras finalidades del sistema de división del poder. Dijo el Tribunal que "la doctrina de la división de los poderes o de la separación de las funciones, especialmente en nuestras sociedades modernas, halla su causa y finalidad en la especialización que pide el cumplido ejercicio de las diversas funciones que deben satisfacer los Estados. La distribución de dichas funciones en órganos, cuya integración personal y medios instrumentales está pensada con arreglo a la especificidad de aquéllas, es prenda de un mejor acierto de sus proyectos y realizaciones". Establecida la doctrina, el Tribunal rechazó un amparo a fin de que se suministrara el complejo Crotoxina A y B para el tratamiento de un enfermo de cáncer. La Corte sostuvo que no habiéndose acreditado por la autoridad competente la necesidad y eficacia de aquel tratamiento médico para la preservación de la vida, el criterio administrativo no podía ser suplido por el judicial (59) .

5.2. La división de poderes en el Estado moderno. División de poderes, emergencia y decretos de necesidad y urgencia

El principio de la división de poderes en el Estado moderno mantiene su funcionalidad y razones. Pero el Estado mínimo, propio del primer liberalismo dio paso al Estado de bienestar en el que las funciones de éste se incrementaron a favor de múltiples papeles que aquél debía cumplir para garantizar los derechos de la segunda generación o derechos sociales.

Por otro lado, las crisis económicas y sociales con su secuela de quiebras y desocupación generaron mayores demandas sobre el Estado. Este, entonces, asumió un sinnúmero de funciones que no cabían en la clásica tripartición del poder. De éstos, fue el Poder Ejecutivo, por múltiples razones, el que ensanchó el ejercicio de sus atribuciones. El fenómeno se dio, con diferentes matices, en todas las democracias liberales. En la Argentina, además, se cristalizó en el proceso de desconstitucionalización vivido por el país a partir de 1930, con el primer golpe de estado del siglo XX.

Aunque la existencia de situaciones de necesidad económica o social llevó a la Corte Suprema a admitir la regulación más estricta de los derechos personales, en una primera etapa esa reglamentación fue efectuada por el Poder Legislativo en ejercicio del poder de policía (60) .

Sin embargo, el problema mayor para el sistema republicano se suscitó no ya con el dictado de leyes intensamente restrictivas de los derechos personales —fundamentalmente de los de origen patrimonial— sino con la sanción de decretos denominados de necesidad y urgencia que, siendo materialmente leyes, fueron emitidos por el Poder Ejecutivo invocando aquella emergencia y sin disposición constitucional que expresamente lo autorizara (61) .

La compatibilidad de los decretos de necesidad y urgencia con el sistema republicano fue examinada en la Argentina en el caso "*Peralta"*(62) y, en mi opinión, la Corte Suprema elaboró, en esa sentencia, una nueva idea de Estado, culminación de una línea argumental de antigua data, en la que dio una nueva lectura al principio de división de poderes, situándolo en el tiempo y en el espacio. Ello condujo, a mi entender, a una interpretación de varias cláusulas constitucionales referidas a la organización del sistema republicano que hacía caer el peso del mayor poder en el Ejecutivo, pero con control —tenue, por cierto— del Congreso y, a su turno, de la Corte Suprema.

Efectivamente, fue en el caso "*Peralta"* donde la Corte Suprema desarrolló la idea acerca de la necesidad de interpretar el principio de la división de poderes como *categoría histórica* y 'por ello' en términos que "no equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente, en detrimento de la unidad nacional" (63) . A criterio del Tribunal, la separación de poderes no puede poner en peligro la continuidad y supervivencia de la Nación ante el descalabro económico que la sociedad vivía por los efectos de la hiperinflación, desde luego, sin sostener la peligrosa doctrina de que el fin justifica los medios. Precisamente, al analizar los medios empleados en el decreto, la Corte concluyó que significaban una restricción a los derechos patrimoniales justificada por la emergencia —calificada ésta de descalabro económico— pero no una supresión de aquellos derechos. Por otro lado, la Corte entendió que mediaba en el caso una convalidación tácita por parte del Congreso, órgano que pudiendo hacerlo no había rechazado, expresa o tácitamente, el decreto.

5.3. PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE GOBIERNO

La Constitución Nacional no dispone, en una norma general, la publicidad de todos los actos de gobierno. En cambio establece que, en caso de revisión del veto presidencial a un proyecto de ley, por ambas Cámaras del Congreso, se publique inmediatamente por la prensa el nombre de los sufragantes y los fundamentos expresados, así como las objeciones efectuadas por el Poder Ejecutivo (art. 83, antes art. 72 de la C.N.). La norma revela, en la concepción de los constituyentes, la importancia que reviste para el sistema la tensión entre los poderes Legislativo y Ejecutivo en la toma de decisiones legislativas, y la necesidad de que la opinión pública del país sea anoticiada de ello, para que conociéndola pueda controlar los actos de gobierno a través del voto, las peticiones y las eventuales acciones judiciales (64) .

De su lado, el art. 99, inc. 3º de la Constitución Nacional atribuye al Poder Ejecutivo la participación de éste en la formación de las leyes, disponiendo que las promulga y *hace publicar.* Aunque el deber expreso de dar a publicidad las leyes se impone al presidente de la Nación, el Poder Legislativo no está autorizado para dispone el secreto de las leyes ni para bloquear esta atribución deber presidencial.

También el art. 33 —sobre derechos implícitos— proporciona fundamento suficiente a la obligación de dar a publicidad todos los actos de gobierno, dado que esa norma reconoce los derechos que emanan de la soberanía del pueblo.

Por otro lado, el art. 42 de la Constitución Nacional habilita la participación de las asociaciones de usuarios y consumidores en los organismos de control de los servicios públicos, actividad que requiere el acceso a la información.

A partir de ese principio y sus múltiples aplicaciones debe interpretarse restrictivamente y como excepción cualquier límite que tenga por objeto restringir el acceso de los habitantes de la República a los actos de gobierno, producidos por cualquiera de los poderes del Estado o por los denominados órganos *extrapoderes* .

En consecuencia, resulta inconstitucional lo dispuesto por la Ley de Procedimiento Administrativo 19.549 acerca de la *reserva* o *secreto* de determinadas actuaciones administrativas y las limitaciones para tomar vista de las actuaciones, establecidas en el artículo 38 del decreto reglamentario 1759/72 (65) .

En cambio, va en dirección con la necesaria publicidad de los actos de gobierno la Resolución aprobada por el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, por medio de la cual establece un régimen de Audiencias Públicas para informar a la población de lo actuado por el Consejo. El Reglamento prevé tres tipos de audiencias: las periódicas de información; b) las temáticas extraordinarias y c) las de información extraordinaria (art. 2º).

Como es sabido, existen varias formas de publicidad que constituyen, en principio, modos de participación de los administrados en la resolución de asuntos de interés público (66) .

No obstante, uno de los requerimientos mayores para instrumentar efectivamente el acceso de los habitantes de la Nación al conocimiento de las decisiones que se toman por los órganos del Estado, se refiere a la publicidad del modo en que votan —o no lo hacen— los legisladores nacionales o locales. Dado que en el Congreso reside la representación del cuerpo electoral de la República y de los entes locales, resultan inconstitucionales los mecanismos que tienden a ocultar las decisiones que toman, individualmente, los legisladores. Tanto para controlar la eventual corrupción, identificar las presiones de los poderes sociales o económicos, hacer efectiva la responsabilidad político-electoral, o para que los ciudadanos conozcan y obren en consecuencia, el registro y la identificación de los votos de cada legislador devienen materializaciones concretas de la publicidad republicana. "...Si no hay ciudadanos dispuestos a mantener la vigilancia y a

comprometerse, capaces de resistir a los arrogantes y de servir al bien público, la república muere y se convierte en un lugar donde unos pocos dominan y los demás sirven" (67) . Claro que, para ello, el sigilo y el secreto de los que gobiernan debe desaparecer.

En consecuencia, constituyó una reforma positiva la dispuesta por la Cámara de Diputados de la Nación quién, al reformar el art. 190 del Reglamento Interno de ese Cuerpo, estableció que será nominal la votación en general de los proyectos de ley (68) . Del mismo modo, fue en la dirección correcta la sanción de la ley 26.134 en tanto dejó sin efecto el carácter secreto de toda ley que hubiera sido dictada con ese efecto, a partir de la entrada en vigencia de la norma y prohibió que se dictaran leyes secretas o reservadas en el futuro (69) . No obstante no se dispuso lo mismo para los decretos secretos o reservados.

Dado que la Corte Suprema es cabeza de uno de los poderes del Estado y tribunal de resolución de conflictos, sus decisiones influyen de manera directa o indirecta en los intereses públicos y en el afianzamiento o debilidad de la república democrática. Por eso, uno de los modos necesarios —pero no suficientes— de garantizar la independencia y ecuanimidad en lo que resuelve el Tribunal está vinculado a la publicidad de su funcionamiento y de las sentencias y resoluciones que emite, y al conocimiento por parte de la opinión pública de los actores, representantes y asesores legales que intervienen en los conflictos que se suscitan ante sus estrados. En ese sentido, la Corte Suprema, en orden a dar satisfacción a la demanda pública de transparencia en su obrar, dictó sendas acordadas por las que dispuso el carácter público de los registros que llevan las respectivas secretarías del Tribunal, y de la circulación de los expedientes de cualquier naturaleza, entre los jueces de la Corte Suprema. Del mismo modo decidió que en las sentencias del Tribunal, aquella información se indique precediendo los respectivos fallos(70) .

5.4. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Está establecida, expresamente, para los integrantes del Congreso Federal y de las legislaturas provinciales, en caso de que violen el principio republicano otorgando la suma del poder público o supremacías o sumisiones al Poder Ejecutivo de la Nación o de las provincias (art. 29 de la C.N.); para el Poder Judicial federal, a través del juicio político a los miembros de la Corte Suprema (arts. 53, 59 y 110 de la C.N.) y del Jurado de Enjuiciamiento, para los jueces de las restantes instancias (art. 115 de la C.N.); para el presidente, vicepresidente, jefe de Gabinete de Ministros y ministros (arts. 53 y 59 de la C.N.) (71) , también mediante juicio público de destitución.

Por otra parte, el art. 36, sancionado por la Convención Constituyente de 1994, dispuso una serie de responsabilidades por la participación en actos contra el imperio de la Constitución y por enriquecimiento ilícito contra el

Estado, que comprende tanto a los habitantes de la Nación como a los funcionarios públicos (72) .

5.5. PERIODICIDAD DE LOS CARGOS ELECTIVOS

La Constitución Nacional dispone la periodicidad de los cargos surgidos del mandato popular, aunque admite la reelección de Diputados y la reelección *indefinida* de los Senadores (arts. 50 y 56 de la C.N.). Así lo expresan las normas pero, en ambos casos no existe límite para las reelecciones sucesivas de los legisladores.

En cambio, para los cargos de presidente y vicepresidente de la Nación la limitación es mayor: sólo se admite la reelección inmediata por un período consecutivo (art. 90). En el análisis de esta norma y la de las cláusulas transitorias Novena y Décima se examinan los problemas interpretativos que se plantearon al respecto.

La prohibición de la reelección presidencial indefinida no viola el principio democrático y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, pues el límite no implica discriminación alguna dado que se aplica a todos los eventuales aspirantes a ese cargo por igual. Tampoco la prohibición de la reelección lisa y llana afecta esos principios, pues ella constituye una opción de los constituyentes nacionales o, en su caso, de los provinciales para estructurar el poder. La Corte Suprema tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la eventual inconstitucionalidad de una constitución provincial que impedía la reelección del gobernador. En el caso*"Partido Justicialista c. Provincia de Santa Fe",* el Tribunal rechazó los agravios referidos a la supuesta violación de la igualdad y del sistema representativo, establecidos en la Constitución Nacional, y no consideró aplicable al caso el Pacto de San José de Costa Rica (73) . Por otro lado, la reelección de los ejecutivos —del orden nacional o local— no constituye una característica diferencial del sistema republicano ni se opone a éste, aunque no hay duda que la periodicidad de los mandatos se encuentra más cerca del espíritu que anima a los arts. 1º, 5º y 123 de la Constitución Nacional que el eventual derecho a la reelección del Poder Ejecutivo (74) .

5.6. IGUALDAD ANTE LA LEY

En el art. 16 se consagra la igualdad formal —todos los habitantes son iguales ante la ley, sin prerrogativas de sangre o nacimiento— propia del demoliberalismo del siglo XVIII. La reforma constitucional de 1994 incorporó la garantía de la igualdad material y acciones positivas que plantean una serie de problemas al principio de la igualdad formal, entre otros, a la libertad contractual (75) . Además, la reforma de 1994, en el art. 43, dispuso la acción de amparo como una de las garantías contra la discriminación.

6. Federalismo

6.1. Principios generales

Jurídicamente, el Estado federal supone la existencia de más de un centro territorial con capacidad normativa, en el que se equilibran la unidad de un solo Estado con la pluralidad y autonomía de muchos otros.

Este sistema, que en la Constitución argentina tiene perfiles propios que lo diferencia de su modelo norteamericano, plantea varios interrogantes referidos a los tres tipos de relaciones que se establecen en la estructura federal. *Relación de subordinación* de los Estados locales —provincias— al Estado Federal, según se define en los arts. 5º y 31 de la C.N.; *relación de participación* , cuyo ejemplo más claro es la composición del Senado que representa el equilibrio de los Estados pequeños y grandes, defendiendo en un pie de igualdad sus intereses y colaborando en el gobierno legislativo de la Nación (76) ; y *relaciones de coordinación* que hacen a la distribución de competencias, exclusivas, delegadas, reservadas y concurrentes.

Para responder los múltiples interrogantes que plantean estas relaciones en la acción política concreta puede partirse de la finalidad del federalismo. Concebido, históricamente, como una transacción de Estados pequeños y grandes que desean constituir la unión nacional —política— y la federación jurídica, puede interpretárselo, también, como una de las formas de división del poder para mejor asegurar el ejercicio de las libertades públicas (77) .

6.2. Alcance de la supremacía federal

Es posible distinguir las facultades que corresponden con exclusividad al Estado federal y en consecuencia invalidar actos de las legislaturas provinciales en aquellos casos en que: 1) la Constitución concede al Congreso Federal, en términos expresos, un exclusivo poder; 2) el ejercicio de idénticos poderes ha sido prohibido expresamente a las provincias o, 3) haya una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de esos poderes por parte las provincias.

Ese criterio distintivo para resguardar la supremacía de la Constitución por sobre la legislación local fue elaborado por la Corte Suprema en un viejo precedente en el que, por primera vez, declaró inconstitucional una disposición contenida en una norma provincial. En el caso —"*Don Domingo Mendoza c. Provincia de San Luis s/Derechos de exportación"* — se trataba de una ley de esta provincia que disponía derechos sobre los productos que

salían del territorio local. La Corte Suprema consideró que se estaba ante la creación de una aduana interior, prohibida por la Constitución Federal (78) .

6.3. DIVISIÓN DE COMPETENCIAS

6.3.1. Códigos de fondo y constituciones provinciales

El alcance y extensión del federalismo en la Constitución Nacional se diferencia de su modelo norteamericano —éste *más* federal—, pues toda la legislación sustantiva o de fondo se delegó, en el caso argentino, al Congreso Federal (art. 75, inc. 12, antes art. 67, inc. 11 de la C.N.). Es ésta una facultad expresamente delegada por las provincias, cuyo ejercicio le es prohibido a los Estados locales.

La Corte Suprema tuvo ocasión de declarar la supremacía de la legislación emanada del Congreso Federal por sobre las constituciones provinciales en "*González, Modesto c. Provincia de Santiago del Estero s/Cobro de alquileres"*(79) . En el caso, se trataba de una norma de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero que establecía plazos de cumplimiento de las obligaciones del estado local, diferentes a los dispuestos en el Código Civil. Ante la petición de un particular que reclamaba a la provincia el cobro de una deuda por alquileres, sostuvo el Tribunal "que consagrada [en la Constitución] la unidad de la legislación civil como consecuencia de la unidad política de la república, no cabe admitir que los Estados autónomos puedan destruir aquélla, al dictar sus instituciones, concediéndose ellos mismos privilegios o exenciones al margen de la legislación general".

6.3.2. Autonomía provincial y división de poderes

La reforma constitucional de 1860 suprimió de la atribución jurisdiccional federal, los conflictos de poderes provinciales que contemplaba el art. 97 de la Constitución histórica de 1853 (80) . Tal atribución había sido duramente criticada por *Vélez Sarsfield,* quien dijo de ella que destruía completamente el sistema federal, pues un poder extraño, el Poder Judicial Nacional, se entrometía en las cuestiones interiores de los poderes públicos de una provincia (81) .

Sin embargo, la interpretación del hoy art. 116 (antes art. 100 de la C.N.) —con la supresión anotada— en concordancia con el art. 1º, en tanto dispone la forma republicana de gobierno, y el 5º que obliga a las provincias a respetar aquella forma de gobierno en sus respectivas constituciones, ha dado lugar a mucho debate, sobre todo cuando se invoca, en casos concretos, la violación de las garantías constitucionales o puntos regidos por la Constitución (82) .

Por su parte es doctrina de la Corte Suprema que la eventual violación del régimen republicano de gobierno no justifica la intervención del Tribunal fuera de los supuestos a que legal y constitucionalmente alcanza su jurisdicción, porque la determinación de la existencia de aquella violación es propia de los poderes políticos del gobierno nacional. Los artículos 1º y 5º de la Constitución Nacional no autorizan la revisión, en recurso extraordinario, de un conflicto de poderes local, en virtud de la reforma constitucional de 1860 que excluyó de la jurisdicción de la Corte Suprema a los conflictos entre los poderes públicos de una misma provincia (83) .

Según se ha sostenido, "el federalismo encierra un reconocimiento y respeto hacia las identidades de cada provincia; empero, dicha identidad no encuentra su campo de realización solamente dentro del ámbito comprendido por los poderes no delegados al gobierno federal (art. 104 —hoy art. 121— y concordantes de la Constitución Nacional), sino también en el de la adecuación de sus instituciones a los requerimientos del art. 5º citado [de la C.N.].Esto último, asimismo, configura una fuente de vitalidad para la república, en la medida en que posibilita una pluralidad de ensayos y búsquedas por las diferentes provincias de caminos propios para diseñar, mantener y perfeccionar los sistemas republicanos locales"(84) .

6.4. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES INTERNACIONALES DEL GOBIERNO FEDERAL, RESPECTO DE LOS ESTADOS LOCALES

El art. 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece las obligaciones del gobierno nacional, cuando el Estado parte se constituya en un Estado Federal. La cláusula del Pacto dice: "1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerza jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención. 3. Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado las normas de la presente Convención".

De la cláusula transcripta surgen nítidas las obligaciones del Estado argentino y sus eventuales responsabilidades internacionales. Cabe al Estado Federal colaborar con los Estados locales y remover los obstáculos que pudieran impedir o bloquear a las provincias las seguridades que se deben a los habitantes de cada una de ellas, conforme los derechos y

garantías declarados en el Pacto. De su lado, de la interpretación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emana la responsabilidad del Estado parte por los actos realizados por los entes locales (85) . Como consecuencia de ello, graves violaciones a los derechos humanos que no cesen por imperio de las instituciones provinciales —ni encuentren reparación en las acciones de las autoridades locales o, al menos, el encauce de ellas— habilitarían un motivo de intervención federal, a fin de garantizar la forma republicana de gobierno, según lo dispone el art. 6º de la Constitución Nacional.

Art. 2º — El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 5º; 14; 16; 19; 20; 28; 75, inc. 22; 99, inc. 11, C.N.

SOSTENIMIENTO DEL CULTO CATÓLICO

La sanción de esta norma dio lugar a intensas discusiones en el seno de la Convención Constituyente de 1853. La cláusula fue el fruto de una transacción que dejó de lado la alternativa propiciada —y una tradición histórica iniciada en 1815— de entronizar la religión católica como religión oficial del Estado. La libertad de culto que se reconoció en el art. 14 y la república secular no se compadecían, estrictamente, con un Estado confesional(86) . Por otra parte, la comparación del art. 2º con lo que dispusieron a su turno las Constituciones de 1819 y 1926 que consagraron a la religión católica, apostólica, romana como religión del Estado o de la Nación, respectivamente, denota claramente que en la Constitución histórica de 1853/60 no se estableció una religión oficial (87) .

En consecuencia, del artículo 2º se infiere con claridad que la católica es la religión*preferida* , pues el gobierno federal se obliga a sostener su culto. De todos modos, la amplitud del *sostenimiento* ha dado lugar a dos interpretaciones. Una de ellas, en armonía con la invocación a Dios efectuada en el Preámbulo —teísta pero no confesional— y con la libertad de cultos para todos los habitantes, identifica el sostén debido por el Estado, con la primera acepción de *sustento económico,* materializado en la inclusión de una partida para el clero secular en el presupuesto nacional (88) .

La otra interpretación extiende la intervención estatal desde el sostenimiento económico del culto, al amparo, la defensa y apoyo de los dogmas y creencias propias del catolicismo, traducidas en legislación y políticas acordes, a las que estaría obligado el Estado nacional y a las que no podrían oponerse —en virtud de las exigencias del art. 5º de la C.N.— los gobiernos provinciales (89) . Esta interpretación —siempre que no comprometiera la libertad de conciencia y el principio de privacidad, consagrados en los arts. 14 y 19— pudo ser aceptable en tanto rigió el

sistema del patronato. Tal régimen implicaba una intromisión estatal en la organización de la Iglesia Católica —quien nunca la aceptó formalmente— y en la difusión, entre los fieles, de la normativa emanada del papado. A partir de 1966, en virtud del concordato celebrado con la Santa Sede que atenuó los efectos del patronato, tal hermenéutica perdió justificación. Mucho menos viable se tornó después de 1994, en que la reforma constitucional suprimió la intervención estatal en el nombramiento de obispos y en el pase de los decretos de los Concilios y demás documentos emanados del Sumo Pontífice de Roma; derogó la imposición a los candidatos a presidente y vicepresidente de la Nación de pertenecer al culto católico, apostólico y romano —y el consecuente juramento por los evangelios que éstos debían prestar— y eliminó la atribución del Congreso de promover la conversión de los indios al catolicismo (90) .

Sin embargo, aun admitiendo que la obligación del Gobierno Federal se circunscribe al sostenimiento económico del culto católico, resultan incompatibles con el art. 2º disposiciones que de alguna manera entorpezcan la práctica religiosa de los católicos y la administración, a éstos, de los sacramentos y no sólo por el reconocimiento que el art. 14 hace de la libertad de culto. El control de razonabilidad sobre las leyes reglamentarias que limiten las prácticas religiosas de ese credo debe ser más estricto, porque resultaría contradictorio que el Estado sostuviese un culto cuyos sacramentos o creencias no respetase. Tal el caso en el que un sacerdote católico fue penado por administrar el sacramento del matrimonio a una pareja que no había celebrado el matrimonio civil y, por ende, sin tener a la vista el acta respectiva del Registro Civil (91) . En el caso, la Corte Suprema en voto dividido, declaró la constitucionalidad del art. 118 de la ley de matrimonio civil que imponía responsabilidad penal a los ministros, sacerdotes y pastores de cualquier religión o secta que celebrasen el matrimonio religioso sin tener a la vista el acta de la celebración del matrimonio civil. En su defensa, el sacerdote argumentó que la Iglesia era un poder constitucional de existencia necesaria, como los otros poderes; que el art. 2º obligaba a los poderes públicos a respetar sus dogmas y sus leyes referidas a la celebración del matrimonio; que la ley de matrimonio civil era atea, antievangélica y anticristiana solicitando, en su consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad de aquella disposición (92) .

Por el contrario, en los considerandos del voto de la mayoría se sostuvo que, aun siendo innegable la preeminencia otorgada en la Constitución al culto católico, apostólico romano, al disponerse en el art. 14 la libertad de culto, no puede afirmarse que la Iglesia Católica constituya un poder político en la organización de la Argentina; que la Constitución organiza el Gobierno Federal de la Nación en tres altos poderes, sin designar ningún otro con atribuciones para dictar leyes generales; que corresponde al Congreso regular el matrimonio civil; que la norma cuestionada no vulnera el dogma religioso, pues permite el matrimonio según los ritos del culto; que siendo constitucional la disposición que ordena el matrimonio civil no puede negarse al Congreso la atribución de penar su incumplimiento(93) . Pero, como con sutileza lo señala *Valiente Noailles* , la médula de la cuestión pasa por la consistencia de la ley civil con otras disposiciones constitucionales entre las

que se destacan el art. 19 (94) el 14 y, en mi opinión, el art. 28 que habilita el control de *razonabilidad* en términos de *relación entre fines* — la regulación civil del matrimonio y sus efectos— y *medios* —la incriminación penal de la administración de sacramentos, antes de realizado el matrimonio civil, y de *proporcionalidad* de la medida —la sanción impuesta al sacerdote— a fin de favorecer la celebración civil de los matrimonios para regular sus efectos y proteger legalmente a las familias. En estos términos, la Ley de Matrimonio Civil imponía un medio inconducente y desproporcionado y, por lo tanto, irrazonable.

Aceptada la interpretación restrictiva del término *sostener,* se plantea otra cuestión. En efecto, ¿el solo hecho de que los poderes públicos coincidan con algún principio o parecer de la Iglesia Católica y lo utilicen como criterio de decisión para reglamentar los derechos constitucionales, convierte a la norma dictada en consecuencia en inconstitucional? Evidentemente no, puesto que muchos de los valores del catolicismo son comunes no sólo a las grandes religiones monoteístas sino que forman la axiología común de la humanidad, plasmada, además, en la concepción de los derechos humanos que, según lo entiendo, constituye una nueva lectura del iusnaturalismo.

No obstante, la opinión contraria sobrevuela en el voto en concurrencia del ministro *Petracchi* en el caso "*Sejean c. Zacks de Sejean* " sobre la inconstitucionalidad de la cláusula de la ley de Matrimonio Civil, que prohibía el divorcio vincular (95) . El magistrado, afirmó que el art. 2º —como otras normas de tónica cristiana— constituyó una decisión política de orden transaccional, y que la libertad de cultos establecida en la Constitución podría resultar antagónica con la consagración, aunque sea parcial, de los principios de una religión determinada (96) . Estimo, en cambio, que el foco de la cuestión radica en examinar la razonabilidad de la norma para limitar un derecho constitucional. En principio, resultaría indiferente que los medios elegidos por el legislador fuesen compatibles con las creencias de una determinada religión. Porque discutir la pertinencia constitucional de una ley que impida el divorcio vincular en términos de violación de la libertad de culto, llevaría a plantear la inconstitucionalidad de una disposición que impidiese otorgar efectos jurídicos a un sistema voluntario de matrimonio indisoluble alegando, del mismo modo, restricciones a la libertad de cultos.

Ese último caso llegó ante la Corte Suprema quien, por mayoría, rechazó la tacha de inconstitucionalidad de la norma que dispone la nulidad de cualquier renuncia de los cónyuges a solicitar el divorcio vincular. Acerca del art. 2º de la Constitución Nacional, el Tribunal dijo que el sostenimiento, por parte del Estado, del culto católico no resulta suficientemente demostrativo de que los redactores de la Constitución hayan contemplado *una absoluta identidad del Estado con los postulados y modo de reglamentación del matrimonio religioso* , al modo de impedir de un modo genérico y absoluto toda disolución del vínculo matrimonial por causa de divorcio (97) . De esta doctrina parece surgir que la Corte Suprema no encuentra incompatible con la libertad de culto alguna *relativa identidad* de los criterios adoptados por el Estado en la legislación y los postulados del catolicismo.

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.

Concordancias: Arts. 13; 44; 45; 54; 75, inc. 30; 94; 99, inc. 18; 129, C.N.

CAPITAL DE LA REPÚBLICA

La cuestión de la Capital de la República Argentina fue una cuestión problemática que tardó en resolverse favorablemente.

La Constitución de 1853 había dispuesto que la Ciudad de Buenos Aires sería residencia del gobierno federal, que se declara Capital de la Confederación por una ley especial (98) . Pero, la circunstancia política de la Provincia de Buenos Aires, separada de la Confederación en 1852, y el hecho de que por ello no enviase diputados al Congreso Federal Constituyente de Santa Fe, impidió que la disposición se cumpliese (99) .

La reforma de 1860, con buen criterio, sancionó la cláusula hoy vigente mediante la cual *no designa* la ciudad o distrito que será Capital de la República, dejando tal decisión a cargo del Congreso Federal, previa cesión de las legislaturas provinciales del territorio a federalizarse. Con esa solución se recogió la experiencia histórica y se tuvo en cuenta la voluntad de las provincias para ceder o no su territorio. De este modo, la mudanza de la Capital Federal a otro distrito es posible sin necesidad de recurrir a la reforma constitucional. Se convierte así en una cuestión de oportunidad y conveniencia que definen los poderes políticos centrales —el traslado puede originarse en un proyecto de ley del Poder Ejecutivo, tal como sucedió en 1987 (100) — con acuerdo de las provincias involucradas.

Como una peculiaridad del federalismo argentino, la Constitución histórica de 1853/60 otorgó a la Capital Federal representación en el Senado de acuerdo a lo dispuesto en los entonces arts. 36 y 46. Esa singularidad se mantuvo en las reformas constitucionales que se sucedieron (101) .

En 1994, en cambio, la Capital Federal perdió la representación en el Senado y ésta fue adquirida por la Ciudad de Buenos Aires, conforme lo dispuesto por los arts. 44 y 45. En consecuencia, en caso de traslado de la Capital Federal a cualquier otro distrito, la Ciudad de Buenos Aires continuará teniendo su representación en el Senado, no así la Capital de la República. Por lo tanto, aunque los límites territoriales de una y otra sean los mismos, en el Senado, los legisladores representan los intereses locales de la Ciudad de Buenos Aires.

Por el contrario, el pueblo de la Capital Federal —en caso de traslado de ésta a otra ciudad— mantiene su derecho a enviar sus representantes a la

Cámara de Diputados al igual, en esa hipótesis, que el pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (art. 45).

Finalmente, debe señalarse que, en tanto la Ciudad Autónoma de Buenos Aires siga siendo capital de la República Argentina, una ley especial debe garantizar los intereses del Estado nacional, por disposición del art. 129 de la Constitución Nacional. Esta norma ha generado problemas interpretativos acerca de la delimitación de atribuciones entre el Estado Federal y la Ciudad de Buenos Aires (102) .

Ahora bien, en caso de un eventual traslado de la Capital Federal a otro distrito y en razón de que la reforma constitucional de 1994 suprimió el inc. 3º del entonces art. 86, que atribuía al Presidente de la Nación la calidad de*jefe inmediato y local de la Capital Federal* , esta *nueva ciudad Capital* tendría, a lo menos, autonomía suficiente como para elegir a su jefe municipal, manteniéndose como legislatura local la del Congreso Federal.

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 decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.

Concordancias: Arts. 9º; 10; 11; 12; 16; 17; 20; 52; 75, incs. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 14; 126, C.N, art. XXXVI, DADDH.

1. Recursos del Estado Federal. Interpretación general de la Norma

El cumplimiento de las funciones indelegables del Estado —en sentido estricto, educación, justicia, salud, seguridad— y el desarrollo de las políticas públicas previstas en el art. 75, incs. 18 y 19 —poder de policía de progreso y bienestar— originan una serie de "gastos" sobre cuya previsión trata el art. 4º de la Constitución Nacional, incluyendo a las "contribuciones", cuyas características están señaladas en los arts. 16, 17 y 75, inc. 2º de la Ley Suprema.

Esas normas constituyen un conjunto interrelacionado en el que deben incluirse directa o indirectamente otras disposiciones constitucionales referidas a funciones y competencias otorgadas o prohibidas a los poderes públicos, como, por ejemplo, la prohibición de establecer aduanas interiores o las que vedan al Poder Ejecutivo dictar decretos de necesidad y urgencia

en materia tributaria o promulgar parcialmente proyectos de ley en esa materia que produzcan, como efecto, la creación de impuestos. En realidad, el sistema impositivo argentino ha sido determinado a partir de 1994, básicamente en el art. 75, inc. 1º y 2º de la Constitución Nacional. Pero, el art. 4º señala los principios constitucionales de la tributación y la enunciación de los impuestos nacionales, adoptando el criterio sustentado por la Comisión redactora y su miembro informante, *Gorostiaga* , sobre la necesidad de otorgar a la Nación la atribución de crearlos para cumplir sus fines, sin depender para la formación del presupuesto general, de impuestos soportados por las provincias (103) .

Las contribuciones al Tesoro nacional pueden hacerse efectivas mediante impuestos o cargas públicas establecidas por el Estado Federal obligando a quienes resulten contribuyentes, conforme a las normas dictadas en ejercicio de los poderes conferidos por la Constitución.

En ejercicio de esas atribuciones, el Poder Legislativo tiene un amplio margen discrecional para elegir el tipo de impuestos, los objetos y actividades imponibles y aun las alícuotas respectivas respetando, desde luego, el sistema de distribución de competencias tributarias entre la Nación y las provincias. La competencia otorgada y los principios de no confiscatoriedad que impone límites al porcentual establecido en el tributo(104) , y de igualdad (105) , constituyen el marco dentro del cual corresponderá ejercer la función legislativa en materia tributaria.

Como consecuencia de aquella facultad privativa del Poder Legislativo, la Corte Suprema ha sostenido que los jueces no deben pronunciarse sobre la conveniencia y equidad de los impuestos o contribuciones (106) . Así, de los principios que deben informar la política tributaria, los que posibilitan el control de constitucionalidad son los principios de legalidad; de igualdad, dentro de la categoría; de proporcionalidad y de razonabilidad a fin de que no se conviertan en confiscatorios, o en instrumentos de persecución económica, o, indirectamente, de persecución política.

2. Finalidad adicional de los tributos

Pese a la discusión doctrinaria y político tributaria que existe al respecto y a las objeciones que desde la ortodoxia liberal podrían formularse, la Corte Suprema ha reconocido que los tributos, además de su propósito esencial de allegar fondos al Tesoro público, son un valioso instrumento de regulación de la economía, complemento necesario del principio constitucional que prevé atender al bienestar general. En aplicación de este criterio consideró que el "*ahorro obligatorio* " conducía a la finalidad señalada (107) . El Tribunal, al ocuparse de su tratamiento, determinó con precisión que las cuestiones de política económica son privativas de los otros poderes del Estado, reiterando lo que la Corte Suprema considera que son los límites de la revisión judicial en la materia. En esa dirección, el Tribunal afirmó que la "Corte tiene dicho que no le compete a ella considerar la bondad de un sistema fiscal para

buscar los tributos que necesita el erario público y decidir si uno es más conveniente que otro; sólo le corresponde declarar si repugna o no a los principios y garantías contenidos en la Constitución Nacional (*Fallos* 223:233). Asimismo ha definido ese Tribunal que el Poder Judicial no tiene por función clasificar los sistemas económicos y rentísticos según su conveniencia y eficacia, sino simplemente la de pronunciarse sobre su conformidad con los arts. 4º y 67, inc. 2º de la Constitución Nacional (modificado por el art. 75, inc. 2º) (*Fallos* 187:495 y 223:233). Es que salvo el valladar infranqueable que suponen las limitaciones constitucionales a las facultades del Congreso Nacional para crear impuestos o contribuciones, aquellas atribuciones son amplias y discrecionales, de modo que el criterio de oportunidad o acierto con que las ejerza el Congreso no es revisable por cualquier otro poder (*Fallos* 314:1293, considerando 59, y sus citas)" (108) .

El diseño de la política tributaria como herramienta de política económica, en el ámbito de competencia nacional, es función privativa del Congreso de la Nación, actuando el Poder Ejecutivo solamente en ejercicio de sus funciones referidas a la promulgación de leyes, reglamentación de las mismas, o en cumplimiento de funciones delegadas y en tanto la delegación no afecte el principio de legalidad tributaria al establecer la ley, con claridad, el parámetro impositivo. Ello sin perjuicio de la elaboración de proyectos de ley, para la ulterior consideración por el Congreso mediante los cuales, de manera creciente, el Poder Ejecutivo propone políticas públicas, en especial, en materia tributaria.

No obstante, debe señalarse que entre la dimensión de los deberes de las personas —para consigo mismas, para con la familia, para con la comunidad y para con la humanidad— que incluyen varios tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional desde 1994, se declara que toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la ley, *para el sostenimiento de los servicios públicos*(109) . Como se advierte, el deber tributario tiene una específica finalidad contributiva y no económica.

3. Principio de legalidad en materia tributaria

El principio de legalidad o de reserva de ley en materia tributaria es absoluto —por lo que no admite excepción alguna— y alcanza tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones, como a la modificación de los elementos esenciales que lo componen: hecho imponible, alícuota, base de cálculo, sujetos alcanzados y sujetos exentos. La competencia del Congreso es exclusiva en la materia, no puede ser ejercida por ninguno de los otros dos poderes, ni siquiera en situaciones de emergencia.

3.1. Improcedencia de la creación por el Poder Ejecutivo

La Corte Suprema ha dicho que: "Los principios y preceptos constitucionales son categóricos en cuanto prohíben a otro poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas". En el caso se cuestionaba el gravamen de emergencia a los activos financieros, existentes al 9/7/89 establecido por dec. 560/89, y que fue declarado inconstitucional (110) .

3.2. IMPROCEDENCIA DEL INCREMENTO POR EL PODER EJECUTIVO DE UNA ALÍCUOTA ESTABLECIDA LEGALMENTE

La Corte Suprema, con cita del precedente "*Video Club Dreams"* sostuvo que "El aumento de la alícuota fijada legalmente es incompatible con el principio de reserva o legalidad. El principio de legalidad no se limita a la creación del tributo, sino a la modificación de los elementos sustanciales. En el caso se discutía la validez del art. 34 del dec. 435/90 en tanto dispuso el incremento de la alícuota prevista por el art. 13 de la ley de impuesto a los capitales —1,5 % del capital imponible— al 3 % (111) .

3.3. IMPROCEDENCIA DE LA ALTERACIÓN DE LA BASE DE CÁLCULO, LEGALMENTE ESTABLECIDA, POR PARTE DEL PODER EJECUTIVO

Es inconciliable con el principio de legalidad que rige en materia tributaria el dec. 435/90 que introdujo un mecanismo de actualización no previsto en la ley de impuestos internos (que establecía plazos para la cancelación del impuesto cuando el pago y la comprobación se efectuaba por estampillas), modificando "un elemento determinante de la cuantía de la obligación impositiva, que resultaba de las normas legales aplicables", que no habían fijado el reajuste dentro de los plazos establecidos(112) .

En el mismo sentido, se pronunció la Corte Suprema en *"Banco Holandés Unido c. MCBA"* , con relación al decreto del intendente municipal 1184/90 que estableció un régimen similar al dec. 435/90, para el impuesto local a los ingresos brutos (113) .

3.4. IMPROCEDENCIA DE LA EXTENSIÓN DEL IMPUESTO A OTROS HECHOS IMPONIBLES POR DECRETO

La interpretación extensiva o analógica queda absolutamente desestimada en materia tributaria. En línea con ese criterio, la Corte Suprema dijo que " cualquier extensión analógica, aun por vía reglamentaria, de los supuestos

taxativamente previstos en la ley... se exhibe en pugna con el principio constitucional de legalidad del tributo"; "...no cabe aceptar 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, habida cuenta de la reiterada doctrina en el sentido de que atendiendo a la naturaleza de las obligaciones fiscales, rige el principio de reserva o legalidad —arts. 4º y 67, inc. 2º, de la Constitución Nacional" (114) .

En un caso en que se había cuestionado la extensión del impuesto del art. 24, inc. a) de la ley 17.741 a otros hechos imponibles, mediante el decreto —de necesidad y urgencia— 2736/91, modificado por dec. 949/9, la Corte Suprema dijo que la extensión analógica de supuestos taxativamente previstos por la ley se encuentra en pugna con el principio constitucional de legalidad del tributo y declaró inconstitucional aquel impuesto (115) .

3.5. Improcedencia de la exclusión de exenciones establecidas por ley, mediante resolución de la A.N.A.

Ni el Poder Ejecutivo ni los organismos de la Administración Pública pueden violar el principio de legalidad a través de las dos modalidades posibles, pues ese principio "impide que se exija un tributo en supuestos que no están contemplados por la ley" y, de la misma manera, "también veda la posibilidad de que se excluyan de la norma que concede una exención, situaciones que tienen cabida en ella con arreglo a los términos del respectivo precepto". En el caso se discutía si la Resolución de la A.N.A. 1509/89 podía desconocer la exención otorgada por el art. 20 de la ley 19.640 (116) .

3.6. Improcedencia de la exclusión de exenciones, expresamente establecidas en la ley, por vía de interpretación

Una aplicación más estricta del principio de legalidad tributaria ha llevado a la Corte Suprema a vedar la exclusión de exenciones expresamente establecida en la ley, por vía de interpretación. La pauta es muy importante porque los órganos administrativos de aplicación, antes la Dirección General Impositiva o, ahora, la Administración Federal de Ingresos Públicos, suelen ampliar los criterios de interpretación a favor del Fisco. En aquella dirección el Tribunal ha decidido que "el propósito de evitar una posible elusión del tributo que inspira, a su vez, a la decisión apelada, no puede llevar por la vía interpretativa a establecer restricciones a los alcances de una exención, que no surgen de los términos de la ley ni pueden considerarse implícitas en ella, pues tal pauta hermenéutica no se ajusta al referido principio de legalidad o reserva". Este principio "veda la posibilidad de que se excluyan de la norma que concede una exención, situaciones que tienen cabida en ella con arreglo a los términos del respectivo precepto"(117) .

3.7. IMPROCEDENCIA DE LA CONCESIÓN DE PREFERENCIAS TRIBUTARIAS EN ZONA FRANCA POR DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

El principio absoluto de legalidad tributaria que ha mantenido la Corte Suprema se extendió hasta la declaración de inconstitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia que creaba una zona franca a favor de la Provincia de La Pampa, modificando, con ello, el Código Aduanero (ley 22.415). La demandante, afectada en lo que consideró sus derechos adquiridos resultantes de la adjudicación de una zona franca en la Provincia de Córdoba, interpuso acción de amparo que fue acogido por la mayoría de la Corte Suprema y dos concurrencias(118) . En este punto, como bien se ha señalado, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha indicado una línea doctrinaria *firme* —y por cierto, consistente con el sistema constitucional— que veda al Poder Ejecutivo, en forma absoluta, incursionar en materia tributaria (119) .

4. TASAS

Las tasas se diferencian de los impuestos en que suponen una contraprestación por el servicio que el Estado, por sí mismo o por intermedio de otros, presta. En ocasiones, las tasas constituyen pagos por servicio de control, por ejemplo, en ejercicio del poder de policía de sanidad.

De su lado, el Procurador General, en dictamen que hizo suyo la mayoría de la Corte Suprema, definió a la tasa, según expresiones de *Giuliani Fonrouge,* en el sentido de que constituye una "categoría tributaria también derivada del poder del imperio del Estado, con estructura jurídica análoga al impuesto y del cual se diferencia únicamente por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que en este caso consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado" (120) . La caracterización de la tasa se efectuó a propósito de la inconstitucionalidad planteada por la deducción de un porcentaje —que debería recaer sobre las aseguradoras de riesgo de trabajo— sobre el monto de los recursos de la Seguridad Social recaudados por la AFIP, a fin de atender el gasto que demandaran las funciones encomendadas a este organismo fiscal. Quizás por el tipo de tasa involucrada en el caso *"Berkley"* , se sostuvo, por el Procurador y la Corte, que "en caso de la tasa, desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, éste no puede rehusar el pago aun cuando no haga uso de aquél, o no tenga interés en el mismo, ya que el servicio tiene en mira el interés general". De todos modos, esas definiciones constituyeron otros tantos *dicta,* desde que la tasa en cuestión se declaró inconstitucional por violación del principio de legalidad tributaria, pues su fuente normativa había sido un decreto de necesidad y urgencia.

Sin embargo, y en general, el monto de las tasas equivale aproximadamente al costo del servicio (121) . Pero no se trata de una equivalencia estricta (122) y puede tenerse en cuenta la capacidad contributiva a fin de equilibrar el costo total del servicio público.

5. Inconstitucionalidad de la delegación del Congreso de materia tributaria

El principio de legalidad tributaria fue mantenido por la Corte Suprema al examinar la constitucionalidad de disposiciones normativas de fuente legal. Después de reiterar que según su doctrina "surge con nitidez que*ni un decreto del Poder Ejecutivo, ni una decisión del jefe de Gabinete de Ministros* pueden crear válidamente una carga tributaria, ni definir o modificar, *sin sustento legal* , los elementos esenciales de un tributo", el Tribunal, en el caso "*SELCRO S.A."* y con invocación del art. 76 de la Constitución Nacional, afirmó que "por lo demás, no pueden caber dudas en cuanto a que *los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional* (art. 76) *autoriza, como excepción y bajo determinadas excepciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo* " (123) . La importancia de la sentencia, radica en que la Corte Suprema, manteniendo el principio de legalidad tributaria, parece dispuesta a examinar la constitucionalidad de los dos tipos de fuentes que concurren en la delegación legislativa: la ley delegante y los decretos delegados.

De todos modos, la Corte Suprema confirmó la sentencia de Cámara en tanto ésta declaró la inconstitucionalidad de una disposición de la ley 25.237, que delegaba la facultad de fijar valores o, en su caso, las escalas aplicables para determinar el importe de las tasas a percibir por la Inspección General de Justicia, en el jefe de Gabinete de Ministros, pero lo hizo porque esa ley no fijó, al respecto, límite o pauta alguna, ni una clara política legislativa para el ejercicio de tal atribución. En otros términos, lo que se descalificó en el caso "*SELCRO S.A."* fue la delegación de la atribución tributaria como tal, sin establecer los marcos precisos y los límites acotados que denoten la voluntad impositiva del Congreso (124) .

6. Facultades concurrentes de las provincias

Conforme al principio federal en virtud del cual todas las atribuciones no delegadas por los entes locales en el gobierno central, han sido reservadas por las provincias (art. 121 de la C.N.), éstas pueden establecer libremente impuestos sobre todas las materias no otorgadas a la Nación en la Constitución Nacional.

Las facultades provinciales son amplias y discrecionales dentro de esos límites; el criterio, oportunidad y acierto con que los entes locales las ejercen no son revisables, salvo el control de constitucionalidad acerca del cumplimiento de la distribución de competencias tributarias. Las provincias tienen competencias diversas tanto de orden tributario como institucional, procesal y de promoción general (125) .

Una nota esencial de la autonomía provincial está constituida por la competencia primordial de imponer contribuciones y percibirlas sin intervención alguna de autoridad extraña (126) .

7. Los tributos del Estado Federal

El art. 4º de la Constitución Nacional enumera los tributos cuyo establecimiento está atribuido al Estado Federal para sufragar los gastos de la Nación. La norma debe leerse a la luz de lo dispuesto por el art. 75, inc. 1º y 2º de la Constitución Nacional. A partir de la sanción de este artículo el federalismo fiscal, ya maltrecho, y la responsabilidad fiscal de las provincias, desaparecieron de la Constitución Nacional.

7.1. Derechos de importación y exportación

En concordancia con la decisión política de establecer sólo aduanas nacionales, a fin de unificar el país y derribar barreras internas, el art. 4º enuncia lo que refuerzan el art. 9º y el 75, inc. 1º de la Constitución Nacional, en el sentido de que las aduanas son únicamente exteriores y nacionales (127) . El producto de esos impuestos está destinado al gasto público, pero también puede significar una determinada política económica, de apertura o de protección de la producción e industria nacionales. Ello estaría autorizado por el art. 75, incs. 18 y 19 de la Constitución Nacional en el marco de los eventuales acuerdos firmados por la República Argentina, en materia de integración, conforme lo dispuesto por el art. 75, inc. 24 de la Ley Suprema, pero, siempre, respetando los principios de la tributación, sobre todo en materia de retenciones a la exportación.

7.2. La venta o locación de tierras de propiedad nacional

De acuerdo al art. 75, inc. 5 de la Constitución, corresponde al Congreso disponer el uso y la enajenación de las tierras de propiedad nacional. El ejercicio de esta atribución del Poder Legislativo puede orientarse con finalidad diversa, en armonía con otras atribuciones tales como el fomento de la inmigración o la colonización de esas tierras, previstas en el art. 75, inc. 18 de la Constitución. En cambio, en el art. 4º, el objetivo de la locación o venta

de tierras públicas es el de obtener recursos para aplicarlos a los gastos nacionales. No obstante, nada impide la armonización de ambos objetivos, privilegiando uno u otro según las necesidades generales, internas y externas.

Aunque el art. 4º menciona la renta proveniente de la *tierra* pública —l a riqueza incuestionable para los constituyentes de 1853— también podría obtenerse de la venta de otros bienes del Estado.

7.3. La renta de correos

Este recurso, limitado en 1853 a la renta de correos, está en vías de extinción y, en realidad, implicaba el pago de una tasa por la prestación de un servicio público, que se transfirió a la gestión privada en la década de 1990. Debió eliminarse como renta en 1994, pero, de todos modos, la privatización del servicio no es inconstitucional, porque los convencionales históricos la incluyeron cuando el correo era de gestión pública, al igual que las tierras de propiedad nacional(128) . Desde luego, puede discutirse la conveniencia u oportunidad de estatizar o privatizar el correo, cuestión que debiera resolverse teniendo en cuenta la experiencia en uno u otro sentido y las prioridades sociales en cada circunstancia.

7.4. Las contribuciones que imponga el Congreso

El art. 4º señala como rentas nacionales "las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso general" y es el que ha dado lugar a las mayores controversias. A partir de 1994, el art. 75, inc. 2, proporciona el alcance interpretativo de aquella norma.

El Estado Federal puede establecer impuestos indirectos como facultades concurrentes con las provincias, excepto los aduaneros por disposición expresa de varias normas de la Constitución Nacional, incluido el art. 4º. Respecto a los impuestos directos, como ya lo disponía el anterior art. 67, inc. 2 (hoy primer párrafo del art. 75, inc. 2) puede imponerlos, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales —no con una igualdad matemática— en toda la Nación, con el objeto de proveer a la defensa, seguridad común y bien general del Estado (129) . Estos impuestos directos estaban y están previstos en la Constitución Nacional, como recursos de excepción, pero, como ha ocurrido con el impuesto a los réditos —hoy impuesto a las ganancias— creado en la década de 1930, el Congreso ha reiterado anualmente el tributo hasta convertirlo en ordinario. Debe tenerse en cuenta que una de las finalidades de ese impuesto, el bienestar general, es de tal amplitud como para justificar la constitucionalidad de esa rutina tributaria.

7.5. LOS EMPRÉSTITOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO PARA URGENCIAS DE LA NACIÓN O EMPRESAS DE UTILIDAD NACIONAL

Este recurso, pensado en 1853 como un medio extraordinario para verdaderas urgencias, se ha convertido en un instrumento ordinario de financiación del gasto público, con la distorsión que ello genera. Los empréstitos que toma el Estado pueden provenir del ahorro interno que se capta mediante la emisión de Bonos de la deuda pública, de adquisición voluntaria por los interesados en general, o de capitales externos que invierten en el país. Conforme al art. 75, inc. 4 (antes, art. 67, inc. 3) de la Constitución Nacional, contraer estos empréstitos es una competencia del Poder Legislativo.

Ahora bien, cuando estos empréstitos se imponen obligatoriamente a la población, bajo la forma de *ahorro forzoso* , cabe preguntarse si se constituyen en impuestos, en verdaderas cargas tributarias o mantienen las características de un préstamo al Estado (130) .

La cuestión no es sólo académica, pues el Congreso Nacional sancionó sendas leyes, la 23.256 (131) y la 23.549 (132) por las que impuso la *obligación de ahorrar,* en función de la renta y en función del patrimonio, a diversas personas físicas y jurídicas. La primera de las leyes fue poco resistida, aunque algunos casos llegaron a la justicia, pero la segunda produjo la reacción de los obligados al pago y un fuerte debate doctrinario. Más allá de la conveniencia, oportunidad o eficacia de estos ahorros obligatorios como medios de resolver crisis económicas o solucionar siquiera transitoriamente, el problema del déficit fiscal —cuestiones acerca de las cuales los tribunales no tienen jurisdicción— es importante determinar si constituyen o no atribuciones estatales. Su naturaleza de carga tributaria —cualquiera que fuese el nombre que asuma— deriva de la obligatoriedad con la cual se la impone y de que, al no preverse la actualización monetaria, parte del egreso del *ahorrista forzoso* ingresa definitivamente al Estado. En consecuencia de ello, corresponde examinar si el instrumento tributario viola el principio de legalidad, el de irretroactividad o es confiscatorio (133) . La Corte Suprema, por su parte, ha admitido la amplitud de las finalidades tributarias, para dar cabida en ella al ahorro obligatorio (134) .

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.

Concordancias: Arts. 1º; 6º; 31; 33; 121; 122; 123; 124; 125; 126; 128 y 129, C.N., Art. 25 C.A.D.H.

1. El principio de supremacía y la garantía federal. Interpretación general de la norma

Conforme al art. 1º de la Constitución Nacional, la Argentina adopta la forma de Estado federal. Este sistema, en la estructura de la Constitución, admite la existencia de distintos entes territoriales con poder político —en la acepción amplia del término— en sus respectivas jurisdicciones (135) . En la Constitución histórica de 1853 el reparto de competencias se distribuía entre el Estado Federal, creado con la sanción de la Constitución, y los Estados federados, denominados provincias.

El principio federal supone que son las provincias las que delegan en el poder central atribuciones determinadas y acotadas. El tipo, cantidad y calidad de esas atribuciones depende del Estado nacional concreto, quien puede recibirlas, ampliadas o restringidas. Se diría que no existe un modelo de Estado federal sino tantos como los países que lo adopten. Por eso la Constitución de la República Argentina en el art. 1º dispone la adopción de una forma de gobierno —y Estado— conforme lo establecido por la misma Ley Suprema. Es decir que para medir el alcance del federalismo —como del sistema representativo o republicano— se requiere examinar las normas siguientes a aquel artículo, que lo reglamentan y definen.

La reforma constitucional de 1860 incorporó a este artículo mayores signos de federalismo, restando atribuciones al Gobierno Federal en materia de control político de las constituciones locales, que efectuaba el Congreso Nacional antes de que esas normas fuesen promulgadas (136) y suprimiendo el deber de *gratuidad* de la educación primaria que se obligaban a suministrar las provincias (137) . Después de la reforma constitucional de 1994, esta última obligación volvió a imponerse a los Estados locales, indirectamente y matizada por la equidad (138) , en tanto esa característica admite algún grado de retribuciones no necesariamente en dinero, por parte de los alumnos que gocen de recursos económicos suficientes (139) .

El art. 5º constituye, junto con el art. 31 de la Constitución Nacional, una expresión del principio de supremacía del derecho federal, pues subordina la capacidad normativa de las provincias al respeto del denominado *bloque de constitucionalidad* , en general, y a los principios que aquella norma impone especialmente (140) . Al mismo tiempo garantiza la autonomía provincial y su poder constituyente derivado (141) .

2. Atribuciones de las Provincias

Las provincias dictan sus constituciones que ya no están sujetas a la revisión política por parte del Congreso Federal, pero sí al control de constitucionalidad de la Corte Suprema y a la eventual intervención federal para restablecer la forma republicana de gobierno.

Después de restaurado el sistema democrático en 1983, varias provincias comenzaron un proceso de reforma de sus constituciones que adelantaron muchas de las enmiendas que, en 1994, fueron incorporadas a la Constitución Nacional en materia de nuevos derechos y garantías(142) ; en la creación de nuevos órganos como el Consejo de la Magistratura o el Defensor del Pueblo; en el reconocimiento de mayores atribuciones legislativas al Poder Ejecutivo y en el establecimiento de la reelección de los jefes de gobierno.

Esa realidad —la precedencia en el tiempo de las instituciones locales sobre las federales— fue reconocida por el voto concurrente de los ministros *Lorenzetti* y *Zaffaroni* en *"Chiara Díaz"* . En ese fallo los magistrados dijeron -siguiendo los precedentes de *Fallos* 311:460 y 315:2780- que "por lo demás, si la Constitución Nacional, para la época de su dictado, fue establecida como causa ejemplar de las instituciones locales, los posteriores desarrollos del constitucionalismo provincial configuran una rica fuente para el desarrollo y progreso aun de las instituciones nacionales" (143) .

La autonomía provincial se constituye con las atribuciones de naturaleza política, en virtud de las cuales eligen las modalidades propias del sistema democrático y republicano que escojan; en materia económica, con facultades tributarias; de sustancia legislativa, con el ejercicio del denominado poder de policía. Las atribuciones reservadas por las provincias en el art. 5º de la Constitución Nacional conforman, al mismo tiempo, obligaciones derivadas a las que se han sujetado.

Tal como sostuvo la Corte Suprema, la Constitución Nacional garantiza a cada provincia —cumpliendo éstas las obligaciones impuestas por el art. 5º— el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades, sin intervención del gobierno federal. En otros términos, los entes locales diseñan sus poderes y el acceso a ellos por parte de los ciudadanos, según sus particulares opciones, respetando el *sistema representativo republicano* . En consecuencia, cualquier discusión acerca del diseño institucional que no involucre directamente al sistema representativo republicano constituye cuestión local que no abre la instancia federal, ni la originaria y exclusiva de la Corte Suprema en el caso de que por aquel debate se demande a una provincia. Ese criterio de respeto por la autonomía provincial y el sistema de la federación fue mantenido por la Corte Suprema en *"Partido Justicialista Distrito Electoral de Catamarca c/ Provincia de Catamarca"*(144) . En el caso, el partido político mencionado había interpuesto una acción declarativa de certeza ante el Tribunal —i nvocando la competencia originaria y exclusiva de la Corte— solicitando la interpretación de normas de la Constitución local que exigían, para ser elegido gobernador o vicegobernador, la residencia inmediata de cuatro años en la Provincia para los nativos de ésta. El demandante sostuvo la incompatibilidad de ese requisito con la Constitución

Nacional y con Tratados de Derechos Humanos. La mayoría de la Corte Suprema rechazó la demanda por falta de competencia —y la medida cautelar de no innovar— sosteniendo que la autonomía provincial requiere que se reserve a los jueces locales el conocimiento de las materias propias del derecho local, dictado en ejercicio de los arts. 121 y 122 de la Constitución Nacional. Por cierto, de esta doctrina no se sigue que la Corte Suprema no pueda conocer en el caso —de corresponder— por la vía del recurso extraordinario federal y más allá de que el requisito no luce, en principio, como irrazonable (145) . El criterio fue mantenido por la Corte Suprema, por mayoría, en "*De Narváez Steuer"* . En el caso, el actor planteó la inconstitucionalidad del art. 121, inc. 1 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en tanto la norma dispone que para ser elegido gobernador de la provincia es necesario haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo, si ha nacido en el exterior. La mayoría del Tribunal consideró que el caso no abría la competencia originaria y directa de la Corte pues la cuestión no resultaba predominantemente federal, más allá de que le correspondiera expedirse por vía de apelación una vez resulto el conflicto en sede local, e hizo mérito de que esa competencia originaria no procedía "...por tratarse en la especie de un cuestionamiento atinente a la elección y nombramiento de la máxima autoridad provincial..." (146) .

3. Obligaciones de las Provincias

3.1. Sistema de gobierno

El sistema de gobierno que estructuren las provincias debe ser representativo y republicano. Es decir que deben asegurar la participación popular en la elección de las autoridades, garantizando el derecho al sufragio con las calidades que establece el art. 37 de la Constitución Nacional, pudiendo establecer formas semidirectas de democracia. El sistema republicano les exige organizar la división de las funciones en diferentes órganos; el control del poder; la periodicidad en los cargos; la responsabilidad de los funcionarios, pero no les impone un solo modelo de república democrática.

En ese sentido y acerca del alcance de la autonomía provincial en materia de estructura y funcionamiento de los órganos de poder local, la Corte Suprema en *"Partido Justicialista c. Provincia de Santa Fe* " estimó que no incumplía la obligación provincial de adecuar la Constitución local al sistema republicano y a los principios y declaraciones de la Constitución Nacional, la opción que la Provincia de Santa Fe había hecho por la no reelección del gobernador. Dijo el Tribunal que los deberes impuestos a las provincias por el art. 5º exigen una adecuación de las instituciones locales al diseño

constitucional, pero no requieren que sean idénticas a éste, pudiendo aquéllas consagrar una diversidad de modelos compatibles (147) .

El deber de garantizar los principios de la república democrática incluyen, desde luego, el respeto por la pluralidad política, el aseguramiento de la libertad expresiva y la pureza del sufragio.

3.2. DECLARACIÓN DE DERECHOS

La obligación de las provincias de sancionar sus constituciones de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, suscita el interrogante acerca de si aquellas constituciones pueden reconocer derechos más allá de la declaración efectuada por la Ley Suprema. Sobre la cuestión, la doctrina ha sostenido que en tanto se respete el piso de derechos y garantías declarados en la Constitución Nacional nada impide que, en el orden local, esa declaración sea ampliada (148) como, en los hechos, ha ocurrido. De todos modos debe señalarse que la ampliación de los derechos —por la incorporación de nuevos o por el mayor alcance dado a los antiguos— puede limitar *inconstitucionalmente* otros derechos declarados en la Ley Suprema y suscitar el consecuente control mediante el recurso extraordinario federal.

3.3. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La obligación de las provincias de asegurar su administración de justicia comprende la creación y establecimiento de tribunales; la asignación a éstos de competencias y el dictado de los códigos procesales respectivos. Aplicando la doctrina de la Corte Suprema en*"Pérez de Smith, Ana"* corresponde también a las provincias evitar el eventual bloqueo de la justicia en términos de disponer respuestas jurisdiccionales hábiles para las demandas interpuestas por los habitantes de las entidades locales (149) . Del mismo modo, los entes locales están obligados a proveer la tutela judicial efectiva, por imperio de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en especial, el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En este sentido, cabe señalar la decisión del Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero. El tribunal sostuvo que en virtud de la reforma a la constitución local, carecía de competencia originaria en materia de acción de amparo. Sin embargo y a fin de resguardar la vigencia del principio superior de la tutela judicial efectiva decidió no archivar las actuaciones y "...otorgar al actor la opción para que indique a qué juez o tribunal debe ser giradas las presentes actuaciones, a efectos del entendimiento de la cuestión de fondo articulada" (150) .

3.4. RÉGIMEN MUNICIPAL

El régimen municipal garantiza otro modo de descentralización territorial y otro núcleo de poder en el sistema federal. Al mismo tiempo, desarrolla y acerca la democracia a los ciudadanos para la decisión de cuestiones directamente relacionadas con la vida en la ciudad.

La naturaleza del municipio —ente autárquico o autónomo— fue materia de discusión jurisprudencial. Hasta 1989 la Corte Suprema había sostenido que los municipios constituían entes autárquicos territoriales de las provincias, definidas como delegaciones de los mismos poderes provinciales, circunscriptos a fines y límites administrativos, que la Constitución ha previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su propia legislación(151) . Pero, en 1989, el Tribunal mudó su doctrina y en *"Rivademar c. Municipalidad de Rosario"* se pronunció por la autonomía municipal, señalando las diferencias de ésta con los entes autárquicos (152) .

En esa línea argumentativa, la Corte Suprema sostuvo en 1991 que las provincias no sólo estaban obligadas a establecer el régimen municipal, sino que no debían privarlo de las atribuciones mínimas en materia tributaria para desempeñar su cometido. En ese sentido, el Tribunal dijo—e n doctrina concordante con el rasgo federal que luego tomó la reforma constitucional de 1994— que si los municipios se encontraran sujetos en esos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña, aunque fuesen las provincias, éstas podrían desarticular las bases de su organización funcional (153) .

A partir de 1994 la cuestión se resolvió constitucionalmente, pues las provincias asumieron una nueva obligación en materia de organización del régimen municipal dado que, en concordancia con el art. 123 de la Constitución Nacional, ese régimen debe *asegurar* la autonomía y su alcance debe comprender el orden institucional, político, administrativo y financiero (154) . Así, armonizando los arts. 5º, 123 y 6º de la Constitución Nacional, corresponde que los lineamientos de la estructura municipal autónoma se fijen en cada constitución local, con el grado y amplitud que ésta determine. Por otro lado, el incumplimiento de la obligación autonómica constituye una de las causales de la intervención federal.

3.5. EDUCACIÓN PRIMARIA

Es deber ineludible de los Estados locales proveer la educación primaria —o la que haga sus veces como ciclo de enseñanza obligatorio—, cuya duración puede prolongarse de acuerdo a las necesidades educativas de la población y a los requerimientos de las nuevas tecnologías y la adecuada preparación para la posterior incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo. La educación pública primaria puede ser de gestión estatal o privada y debe respetar los principios de la libertad de enseñar y aprender (155) . Pero, los Estados provinciales están obligados a asegurar que la educación primaria, elemental o básica, llegue a todos sin discriminación alguna,

removiendo los obstáculos económicos, sociales o culturales que bloquean el acceso a la enseñanza.

La obligación específica de proveer la educación primaria por parte de las provincias no impide que puedan prestarla los municipios o que las provincias, a su vez, organicen los otros ciclos de la educación siendo ésta una facultad concurrente con la del Estado Federal.

Art. 6º — El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantir 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.

Concordancias: Arts. 1º; 5º; 22; 31; 75, inc. 31; 99, inc. 20; 123; 126; 127; 128; 129, C.N.; art. 4.1 P.I.D.C.P. y art. 27, C.A.D.H.

1. La intervención federal. Interpretación general de la norma

La intervención federal constituye un instrumento institucional de excepción y de emergencia, en ocasiones apoyada en el uso de la fuerza pública, atribuida al gobierno nacional sobre las provincias y, a partir de 1994, también sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en virtud de lo dispuesto por los arts. 75, inc. 31 y 99, inc. 20.

La decisión de intervenir las provincias o la ciudad de Buenos Aires tiene como finalidad mantener la supremacía de la Constitución Nacional, de los Tratados de Derechos Humanos que integran el bloque de constitucionalidad y de las leyes federales —en tanto la eventual vulneración de esa supremacía no encuentre remedio en los mecanismos internos o en el control de constitucionalidad— y, también, de las instituciones políticas provinciales —en especial, la vigencia de las respectivas constituciones— y la paz y la integridad de los entes locales. En suma, es posible afirmar que la intervención federal, reglada por el art. 6º, procura resguardar las autonomías locales, las que, a su vez, se subordinan a la supremacía constitucional por mandato del art. 5º. Es, desde luego, una medida extrema porque suspende con diferente alcance, según sean los poderes intervenidos, la autonomía local en torno a la elección de los funcionarios por los procedimientos de elección propios y, en consecuencia, limita el sistema representativo.

No obstante la excepcionalidad que debe tener la medida, la historia institucional de la República Argentina registra a las intervenciones federales como una rutina política causada por razones partidarias más que institucionales. Después del retorno de la democracia en 1983 la práctica de

la intervención volvió a sus cauces acotados y, por ende, constitucionales. La reticencia del gobierno federal para decretar la intervención a una de las provincias argentinas —bien es cierto que gobernada por la representante del partido político del presidente de la Nación— llevó a la paradoja de que un sector de la oposición en el orden nacional solicitara la intervención a la Provincia de Santiago del Estero, en tanto que ministros del Poder Ejecutivo sostenían que aún no estaban dadas las condiciones para esa intervención. Finalmente, y ante la repercusión que la grave situación local tomó en los medios periodísticos, el Congreso sancionó la ley 25.881, interviniendo los poderes constituidos, ordenando la caducidad de los mandatos legislativos y ejecutivos y la puesta en comisión del Poder Judicial, por ciento ochenta días prorrogables por el Poder Ejecutivo por igual período. La norma delegó en el Presidente de la Nación la designación del interventor federal (156) .

Tal como está redactado, el art. 6º de la Constitución Nacional presenta varios interrogantes, algunos de los cuales fueron resueltos por la reforma constitucional de 1994. En efecto, nada dice la norma acerca de los órganos federales que están atribuidos para decretar la medida; ni quién designa al interventor federal; ni sobre los poderes locales que pueden intervenirse; ni sobre las eventuales medidas que puede tomar el interventor, los límites de su actuación y los efectos consecuentes de ella. Pero, después de 1994, los arts. 75, inc. 31 y 99, inc. 20 aclararon definitivamente la cuestión en el sentido de que constituye una medida que corresponde, en principio, al Congreso Federal.

Por otro lado, las causales de intervención suscitan dudas acerca de cuándo se configuran y, sobre todo, cuándo aquella debe llevarse a cabo para *garantizar la forma republicana de gobierno,* en tanto una de las notas de ésta es la división de poderes. Dado que a partir de la reforma constitucional de 1860 quedó vedado al Poder Judicial federal el conocimiento y decisión de los conflictos entre poderes públicos de una misma provincia a fin de acentuar la autonomía provincial, en principio y empleando una interpretación armónica y finalista de las disposiciones constitucionales, la intervención por aquella causal debe darse cuando el conflicto sea de tal envergadura que impida el funcionamiento o trabe la independencia de algún poder local.

Finalmente, cabe señalar como uno de los problemas sustantivos de la intervención federal el referido al posible control judicial y los eventuales alcances de éste sobre aquel instrumento, sus causas, ejercicio y efectos.

Sobre el problema del control judicial de una intervención —y es el primer precedente en el que la Corte Suprema argentina hizo mérito de las cuestiones políticas no justiciables— la mayoría del Tribunal en*"Cullen c. Llerena"* sostuvo que la Corte Suprema carecía de *jurisdicción* para examinar la interpretación que las Cámaras del Congreso dan al art. 71 de la Constitución Nacional (hoy art. 81 de esa norma) sobre el procedimiento de sanción de leyes. La controversia se había suscitado entre el gobierno provisorio de la Provincia de Santa Fe —emanado de una revolución triunfante— y el interventor federal que lo había sustituido en virtud de una ley de intervención federal. La demandada había alegado que en el

procedimiento de sanción de aquella ley se habían incumplido las reglas establecidas en la Constitución Nacional. Al rechazar la demanda, la Corte Suprema interpretó que *no existía un verdadero caso judicial, pues* [con la demanda] *se pretendía el restablecimiento de un gobierno provisorio y la suspensión de una intervención realizada por el Poder Ejecutivo en cumplimiento de una ley del Congreso* . Para la Corte Suprema *la intervención es del resorte de los poderes políticos y sus decisiones, al respecto, no pueden ser controvertidas por el departamento judicial*(157) . Sin embargo, la regla elaborada por la mayoría del Tribunal sobre cuestiones no justiciables se aplicaba, en el caso, al procedimiento de sanción de leyes —único aspecto cuestionado por la demandante— y a la decisión política de intervenir, pues la Corte Suprema no examinó otros aspectos de la intervención, eventualmente revisables.

2. CAUSALES DE INTERVENCIÓN

El art. 6º dispone cuatro causales de intervención, dos de ellas surgidas de la decisión autónoma del gobierno de la Federación, destinadas a reconstituir o restaurar la forma republicana de gobierno o a repeler invasiones exteriores y dos a solicitud de los entes locales, para sostener o restablecer las autoridades constituidas, en caso de que hubieran sido depuestas por la sedición o por invasión de otra provincia. Estas dos últimas hipótesis de intervención federal protegen a las autoridades legítimas y pueden admitir las formas preventivas —con desplazamiento de fuerzas militares— si existiese peligro concreto de ruptura del orden legal.

Acerca de la forma *preventiva* de intervención federal, ésta no debe afectar a las autoridades electas que aún no asumieron sus funciones. Como lo expresara el magistrado en el caso *"Michelini",* el decreto de intervención federal emanado del Poder Ejecutivo excedió lo mandado por el art. 6º de la Constitución Nacional en tanto aquel acto afectaba a las autoridades surgidas de los comicios ya realizados. Esas autoridades no lo eran al momento de la intervención, por lo que no se les podía adjudicar responsabilidad ni intervenirlas, pues, realmente, no existían como tales (158) .

La redacción actual del art. 6º proviene de la reforma constitucional de 1860, ya que el texto de 1853 circunscribía la intervención al solo efecto de restablecer el orden público perturbado por la sedición, o de atender a la seguridad nacional amenazada por un ataque o peligro exterior.

Aunque la norma constitucional no resulta sobre el punto suficientemente precisa —sobre todo cuando indica como motivo de la intervención el garantizar la forma republicana de gobierno— la disposición regula una atribución federal de carácter excepcional y sólo la gravedad de los hechos que motivan las causales pueden justificar la medida, pues ella suspende, al menos y aunque sea temporalmente, la autonomía provincial para elegir a sus autoridades y la forma representativa de gobierno (159) .

La intervención a fin de garantizar la forma republicana de gobierno es la más problemática de determinar y queda reservada al juicio político del gobierno federal, aunque deben darse la concentración de poder en algún órgano, el bloqueo de los poderes para operar y la anulación de los controles interórganos de la misma provincia. En suma, la violación del principio de división de poderes debe ser de tal envergadura que no encuentre remedio en las propias instituciones locales. Dadas estas condiciones y en principio, la intervención federal por violación de la forma republicana de gobierno constituye una cuestión no revisable judicialmente.

3. Sujetos de la intervención

Ante la falta de precisión del texto constitucional acerca de cuáles autoridades del gobierno federal estaban atribuidas para disponer la intervención, en el precedente*"Orfila* " la Corte Suprema sostuvo que ese poder estaba conferido implícitamente al Congreso (160) , aunque, en los hechos, la historia argentina muestra abundantes ejemplos de intervenciones ordenadas mediante decretos del Poder Ejecutivo. Ese abuso llevó a los convencionales constituyentes de 1994 —siguiendo el criterio sustentado en los dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia— (161) a disponer que la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires es una atribución del Congreso Federal (art. 75, inc. 30, C.N.), aun cuando el Poder Ejecutivo puede declararla en caso de receso del Congreso debiendo, en este caso, convocarlo simultáneamente para el tratamiento de la medida (art. 99, inc. 20, en concordancia con el art. 75, inc. 30, C.N.).

4. Efectos de la intervención

4.1. Alcance de la intervención. Los poderes afectados

No necesariamente la intervención federal implica la sustitución de las autoridades locales, pues en ocasiones puede bastar con una acción mediadora a fin de solucionar el conflicto local. En este caso, la función de la intervención es tuitiva y no coercitiva (162) .

Pero, si los intentos de ayudar a recomponer las instituciones locales o a destrabar el funcionamiento de los organismos de gobierno, impedidos de ejercer sus atribuciones con un mínimo de eficacia, fracasan, procede la sustitución de las autoridades del poder afectado o de todos ellos, según corresponda por los hechos producidos y las circunstancias locales.

Aunque una corriente de opinión estima que no debería intervenirse el Poder Judicial local (163) , del texto de la Constitución Nacional no surge tal

prohibición. Por otro lado, resulta evidente que el funcionamiento del Poder Judicial puede vulnerar el sistema republicano, por ejemplo, si pierde toda independencia frente al poder político por compromisos partidarios o por interferencias intolerables que los magistrados no son capaces de resistir. Si la ley de intervención contempla la caducidad del Poder Judicial, el interventor puede designar a los reemplazantes para evitar la paralización del servicio de justicia (164) . Pero de ser viable debieran ponerse en funcionamiento, lo antes posible, los mecanismos que conforme a la Constitución local requiera el nombramiento de magistrados pues, como ningún otro poder, el Judicial debe ser independiente, sobre todo del Poder Ejecutivo.

Ahora bien, la intervención al poder judicial local sólo debería proceder en caso de que resultara material o políticamente imposible remover a los jueces por los mecanismos instituidos en las provincias o en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la falta de independencia judicial fuera notoria o la prestación del servicio de justicia resultara inoperante en términos absolutos.

Aunque pueda resultar obvio, cabe señalar que de ser imprescindible la intervención al Poder Judicial de la provincia de que se trate nunca deberá alcanzar a los jueces federales con asiento en ella ni, en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la justicia nacional mientras ésta se mantenga como tal, pues para el eventual proceso de remoción de esos magistrados permanecen los órganos pertinentes, el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación y el Jurado de Enjuiciamiento.

Durante la intervención, la personalidad de la provincia permanece incólume y vigente su Constitución, dado que las eventuales inconstitucionalidades que esa norma pudiera contener se remedian mediante el control judicial. Tampoco la intervención podría afectar al poder constituyente provincial por lo que no corresponde a aquélla modificar la Constitución. Los contratos celebrados y las obligaciones asumidas por los entes locales antes de la intervención, en principio, no se suspenden ni cancelan dada la continuidad jurídica de los Estados provinciales.

4.2. Atribuciones y responsabilidades del interventor

El interventor debe prestar acatamiento a la Constitución local y sus atribuciones son las necesarias para remediar las causas y conflictos que motivaron la intervención. Desde luego, también debe respetar la Constitución Nacional. En consecuencia no debe asumir las facultades delegadas por las provincias en el gobierno federal. Los actos del interventor dentro del marco legal de la intervención y en uso de las atribuciones provinciales obligan a las provincias. Sin embargo, la responsabilidad por excesos del interventor o por el incumplimiento de la Constitución y las leyes locales no debe adjudicarse a las provincias ni se resuelve afectando el patrimonio de los entes locales.

Dado que los interventores federales en las provincias no son funcionarios locales, sino que sustituyen a las autoridades locales por disposición del

Congreso —que sanciona la ley de intervención— y del gobierno nacional —quien lo designa— constituyen representantes directos de éste(165) . En consecuencia, los interventores no deben exceder el mandato de las autoridades centrales que emana de la ley que declara intervenida una provincia o varias. No obstante ello, también es cierto que los interventores federales actúan en un doble carácter: representan al Estado nacional y son también representantes promiscuos de las provincias hasta tanto los poderes de éstas sean reorganizados (166) .

En esa dirección, la responsabilidad del Estado nacional por manifestaciones de una interventora federal en la Provincia de Corrientes que afectaron el honor de un magistrado judicial removido por ella, fue reconocida por la mayoría de la Corte Suprema quien rechazó un recurso extraordinario contra la sentencia de la cámara federal disponiendo una indemnización a favor del magistrado destituido. En el caso, la interventora había manifestado a dos periódicos —*Época* y *El Litoral* — "que la justicia local se hallaba integrada por magistrados y funcionarios venales y que su tarea como interventora consistía en la moralización del Poder Judicial, por lo que éstos habrían de ser removidos". Estas imputaciones no fueron expresadas en el decreto de remoción, ni probadas de ningún modo, por lo que el carácter difamatorio emanó de aquellas y no de éste. El actor, como bien señaló la Corte Suprema, no pretendía la nulidad del decreto ni la reposición en el cargo, sino la reparación del agravio a su honra por lo que no resultaba necesario que el magistrado hubiera impugnado en término el decreto de cese en su cargo (167) .

5. Control judicial de la intervención

Salvo gravísima arbitrariedad —tal si se alegaran hechos no sucedidos como causa de la intervención— la decisión política de intervenir no es revisable judicialmente.

En cambio, sí son controlables judicialmente los actos del interventor que excedan el soporte normativo de la intervención o incumplan la Constitución Nacional y las leyes federales, o afecten derechos constitucionales.

En ese sentido, la Corte Suprema hizo lugar a la suspensión cautelar del llamado a elecciones para elegir convencionales constituyentes, dispuesto por el interventor federal en la Provincia de Santiago del Estero; encausó la acción de amparo interpuesta con ese fin por un senador nacional por esa Provincia, en una acción declarativa de certeza y declaró su competencia originaria para entender en la controversia. La acción se había promovido contra el Estado nacional y la Provincia de Santiago del Estero a fin de que se declarase la inconstitucionalidad de la ley local 6667 dictada por la intervención federal, en cuanto declaró la necesidad de reformar la constitución provincial(168) . Según el Tribunal, corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en instancia originaria, juzgar si el

interventor federal avasalló o no la autonomía provincial, garantizada por los arts. 5º y 122 de la Constitución Nacional(169) .

Aunque la decisión del Tribunal en el caso "*Zavalía* " no resolvió la cuestión de fondo, al conceder la cautelar suspendió los efectos de la ley de la intervención y, con ello, bloqueó el proceso de reforma constitucional que el interventor había iniciado con evidente exceso del mandato legal —que no incluía esa materia— y en desconocimiento de la autonomía provincial que la Provincia no pierde por el hecho de la intervención (170) .

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.

Concordancias: Preámbulo: Arts. 1º; 8º; 10, 11, 12; 75, inc. 12; 125; 129, C.N.

FINALIDAD DE LA NORMA. VALIDEZ DE LOS ACTOS PÚBLICOS Y PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE LAS PROVINCIAS

La disposición tiene como objetivo asegurar la permanencia y unidad del Estado Federal, pese a la diversidad de entes locales que lo integran en tanto éstos han reservado para sí la autonomía para gobernarse. Ello incluye la atribución local de reglar el procedimiento y razón de validez de los actos públicos emanados de sus tres poderes y establecer los procedimientos judiciales respectivos, competencia expresamente retenida por las provincias en los arts. 5º y 75, inc. 12 de la Constitución Nacional. Además, la norma tiende a impedir que entre los Estados federados se creen verdaderas*aduanas jurídicas* impuestas por cualquiera de ellos y, desde 1994, por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al exigir recaudos de validez para reconocer actos celebrados en otras jurisdicciones. Por su parte, el Congreso Federal está facultado para dictar normas a fin de establecer la forma probatoria de aquellos actos y procedimientos.

El art. 7º tiene su fuente en la Sección I, del art. IV —el llamado artículo federal— de la Constitución de los Estados Unidos (171) y se aplica sobre todo en relación con la validez de las sentencias judiciales siempre, claro está, que el tribunal del que emane el fallo fuese competente.

El principio que subyace en la solución establecida por el art. 7º es el de la extraterritorialidad del derecho local en la jurisdicción de cualquier Estado federado y en el distrito federal o capital federal.

El Congreso federal argentino ha dictado diversas normas en cumplimiento de la manda constitucional y ha aprobado, por ejemplo, el convenio celebrado entre el Poder Ejecutivo Nacional y el Poder Ejecutivo de la Provincia de

Santa Fe, sobre comunicaciones entre tribunales de distinta jurisdicción (172) .

A propósito de la validez de los procedimientos sucesorios, la Corte Suprema ha sostenido que "el art. 7º de la Constitución, después de prescribir que los actos públicos y procedimientos judiciales de una Provincia gozan de entera fe en las demás, faculta al Congreso para determinar por leyes generales cuál será la forma probatoria de aquellos actos y procedimientos y cuáles los efectos legales que se producen, una vez que se hallen revestidos de esa forma" (173) y que los tribunales de una provincia no pueden declarar la nulidad de los procedimientos judiciales llevados a cabo en otra, "porque ello implicaría la facultad de cada provincia de variar los actos y resoluciones judiciales de las demás", por ello "la nulidad sólo puede ser declarada por los mismos tribunales de la Provincia en que los procedimientos hubiesen tenido lugar, ... y mientras esto no se verifique, deben ser tenidos por válidos y surtir los mismos efectos en toda la República" (174) .

No obstante esa doctrina y predicando su mantenimiento, la Corte Suprema no ha considerado violatorio del art. 7º de la Constitución Nacional la negativa a diligenciar un exhorto dirigido en un juicio en que la parte que lo pidió no había pagado el impuesto de justicia establecido en las leyes de la provincia a la cual se lo enviaba (175) . En el caso, no se trataba del desconocimiento de los actos judiciales realizados en extraña jurisdicción, sino de recabar el pago del servicio de justicia que se prestaría en otra provincia. Así, para medir si se incumple el mandato del art. 7º, debe examinarse si el recaudo exigido es discriminatorio respecto de los similares que se exigen por los actos celebrados en la provincia a la cual se solicita el reconocimiento.

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.

Concordancias: Arts. 1º, 14; 18; 75, inc. 12; 126, C.N.

DERECHOS CIUDADANOS EN LAS PROVINCIAS

El art. 8º de la Constitución Nacional, inspirada en el Artículo IV, Sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos, contiene dos disposiciones. La primera de ellas, referida a los derechos, privilegios e inmunidades de que gozan los ciudadanos de cada provincia en las demás, suscita, como su precedente, dudas interpretativas.

La primera parte de la disposición norteamericana tiene una redacción diferente y algo más clara que la utilizada en la Ley Suprema argentina. El texto de aquélla expresa: "Los ciudadanos de cada estado tendrán derecho

a gozar de todos los privilegios y las inmunidades de los ciudadanos de los diferentes estados". Acerca de su interpretación, se le han asignado cuatro sentidos diferentes que contienen otros tantos alcances de la norma: a) implica una garantía a todos los ciudadanos de los diferentes Estados de recibir igual tratamiento por parte del Congreso; b) significa reconocer a los ciudadanos de un Estado todos los privilegios e inmunidades de la ciudadanía, que se otorgan en las otras jurisdicciones; c) asegura a los ciudadanos de cada Estado el mantenimiento de los derechos que se les dispensan, cuando viajan a otros Estados y están bajo la jurisdicción de éstos; d) prohíbe a un Estado discriminar a los ciudadanos de otros Estados que se encuentran en aquél, a favor de los suyos(176) . Esta última significación —a unque con excepciones, además de la referida a los derechos políticos— se ha convertido en la teoría preferentemente aceptada en la Unión (177) .

Ahora bien, como lo ha señalado la doctrina, la Constitución Nacional no diferenciaba entre nacionales y ciudadanos, en las normas establecidas en la Constitución histórica de 1853/60, con la suficiente nitidez (178) . Los términos nacionalidad y ciudadanía técnicamente no son sinónimos, pero esa sinonimia se mantuvo en la Constitución, pese a la reforma introducida al artículo 75, inc. 12, en 1994 (179) , por lo menos en términos relativos.

En consecuencia, para dar sentido al art. 8º de la Constitución cabe interpretarlo en armonía con las restantes normas constitucionales, en especial con el art. 20, que reconoce a los extranjeros *los derechos civiles del ciudadano.* A la vez, debe considerarse que en su fuente —la Constitución de los Estados Unidos— el sistema federal es más intenso, pues los Estados locales se reservaron el dictado de la legislación sustantiva, y admitieron la ciudadanía local. En el sistema nacional, en cambio, existe una única ciudadanía, la argentina (180) . No obstante, en virtud de la autonomía provincial, los entes locales organizan sus poderes y el derecho electoral pudiendo establecer, en éste, requisitos de nacimiento o residencia a los fines del ejercicio del sufragio activo y pasivo en el orden local, siempre que estos requisitos no impliquen discriminaciones prohibidas o irrazonables.

De ese modo, una primera interpretación de la parte pertinente del art. 8º indica que "los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano*argentino* , en las demás. En segundo término, que las provincias no pueden discriminar a favor de sus ciudadanos nativos o residentes, en materias no políticas. La interpretación contraria violaría el art. 16 de la Constitución Nacional y sería inconsistente con el art. 20 de esa norma.

La Corte Suprema, en un antiguo precedente —*"Ezequiel Tabernera"*— sostuvo que el art. 8º de la Constitución Nacional debe entenderse en el sentido de que los ciudadanos argentinos gozarán de iguales prerrogativas y derechos, cualquiera que sea el punto de la Nación en que se encuentren (181) . Claro que esa interpretación poco agrega al alcance del art. 14 de la Constitución, en tanto esta norma reconoce a los habitantes de la Nación, los derechos personales allí enumerados, sin distinguir jurisdicción de ejercicio. Pero, en aquella sentencia, el Tribunal agregó que los *privilegios especiales* gozados por ciudadanos en sus propios

Estados no quedan, en virtud del art. 8º de la Constitución, asegurados en otros. Debe señalarse que en *"Ezequiel Tabernera"* se procuraba el reconocimiento de las prerrogativas que éste tenía como senador provincial, en el ámbito de la justicia de la Capital Federal. Por lo tanto, la regla más allá de su pertinencia, sólo podría aplicarse a derechos políticos.

La segunda parte del art. 8º dispone la obligación constitucional de las provincias —deber extendido al gobierno de la Ciudad de Buenos Aires— de extraditar a los imputados, procesados o condenados requeridos por cualquiera de los entes locales. En realidad, la institución es propia del derecho internacional y se establece entre Estados soberanos que acuerdan prestarse esa asistencia recíproca. En el Estado Federal, tiene como finalidad facilitar la aplicación de la justicia que, por otro lado, constituye una obligación impuesta por el art. 5º de la Constitución a todas las provincias.

Sobre el alcance del deber constitucional impuesto a las provincias por la segunda parte del art. 8º, la Corte Suprema ha dicho que la norma "no consagra una reciprocidad convencional subordinada a la observancia o al incumplimiento de una de las partes, sino una obligación constitucional preceptiva e ineludible, que importa, en cierto modo, una limitación a las soberanías locales por intereses superiores de justicia y seguridad social" (182) .

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.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 4º; 10; 11; 12; 16; 26; 41; 42; 75, incs. 1 y 10; 123; 129, C.N.

1. Las aduanas nacionales. Origen y finalidad de la norma

Al dictarse la Constitución histórica en 1853 los convencionales se propusieron constituir la unión nacional en el orden político y jurídico, tal como lo señalaron en el Preámbulo de aquella norma. Así, crearon un gobierno común —el central— y dictaron la Ley Suprema del Estado Federal en la que armonizaron los poderes y competencias de éste con las atribuciones que se reservaron los entes locales. Pero ese entramado de relaciones y equilibrios podría significar sólo una declaración formal si luego cada Estado provincial autónomo, creaba o conservaba las fronteras económicas que desarticulaban aquella unión. En vistas de ese peligro siempre latente, el art. 9º y los siguientes arts. 10, 11 y 12 marcaron un límite a las provincias que por voluntad propia se obligaron a no establecer aduanas locales y proteger y favorecer la libre circulación de mercancías, personas y medios de transporte. Este último objetivo obligaba también al Estado Federal, quien no debía entorpecer la libre circulación interprovincial.

Tal como lo señaló la Corte Suprema en una ajustada síntesis de la experiencia histórica que impulsó la sanción del art. 9º y sus concordantes, los constituyentes "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, [porque] antes de la Constitución de 1853, el derecho común consistía en que era facultad provincial la regulación del comercio interior y exterior. Cada provincia tenía sus aforos y reglamentos de aduanas, hacían entre sí o con el extranjero concesiones o 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, por atravesar su territorio; 3º el de "extracción de sus productos". Así, prosigue el Tribunal, "el sentido capital de la aduana provincial consistía en la existencia de impuestos al paso de los productos y mercaderías por su territorio; las mulas de Salta para llegar a Santa Fe pagaban impuestos en Tucumán y Córdoba; los cueros de Tucumán y los frutos de Mendoza debían soportar las gabelas de las provincias que encontraban en su camino para llegar al puerto de Buenos Aires". En consecuencia "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 (art. 12)"(183) .

El problema de las aduanas interiores fue de tal envergadura en la República Argentina que impidió a la Provincia de Buenos Aires participar de la Convención Constituyente que sancionó la Constitución, en 1853. La Provincia no quería desprenderse de sus derechos aduaneros: por ello cuando se incorporó en 1860 al Estado Federal —después de revisar aquella Constitución y proponer las reformas, finalmente aceptadas— se conservaron los derechos de exportación e importación como atribución federal, con carácter transitorio hasta 1866, en que fueron definitivamente federalizados (184) .

En vista de aquella experiencia de desintegración, "la Constitución se propuso hacer un solo país para un solo pueblo, pues no habría Nación si cada provincia se comportara 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 y 67, inc.14, hoy art. 75, inc. 15)" porque "la libre circulación territorial" no significa que las mercaderías al salir de los límites provinciales quedarían exentas de impuestos. "La libre circulación territorial quiere decir que los productos nacionales *no pueden ser gravados por el solo hecho de atravesar el suelo de la provincia* " (185) . Por ende, si lo que se grava es la creación de la riqueza en la provincia de que se trate, ni el art. 9º ni el 10 de la Constitución Nacional estarían afectados. En esa dirección pueden señalarse las argumentaciones que sostuvieron los votos en minoría en *"Provincia de Entre Ríos c. S.A.C.I. Bunge y Born Ltda.* ". En el caso, la

Provincia había establecido un impuesto de sellos —q ue no era diferencial ni discriminatorio— mediante el que gravaba la transferencia de un patrimonio a otro, de bienes producidos y ubicados en la Provincia. Aunque la operación sobre bienes se había llevado a cabo fuera de la jurisdicción local, para ser exportados, el impuesto de sellos no afectaba, estrictamente, el tránsito interprovincial o internacional (186) . No obstante, la mayoría sostuvo —con reiterada jurisprudencia— que las provincias no pueden gravar operaciones realizadas fuera de su territorio, pues, en tal caso, actúan fuera de su potestad jurisdiccional, invaden otras jurisdicciones, afectan la circulación territorial y dictan reglas al comercio interprovincial (187) . Ahora bien, esta doctrina, aun siendo formalmente acertada, desconoce el hecho de que resulta muy fácil eludir los impuestos a la riqueza producida en las provincias con el mecanismo de celebrar los contratos de transferencia fuera de ellas, pues el momento en que se exterioriza la riqueza creada es, preferentemente, el de la transferencia de lo producido.

2. Alcance de la prohibición

La norma prohíbe la creación de aduanas en el interior del territorio nacional, a cargo y beneficio de las provincias y —después de 1994— de la Ciudad de Buenos Aires. Pero admite, en consonancia con el art. 4º de la Constitución Nacional, las aduanas exteriores de competencia del Estado Federal.

Los derechos aduaneros pueden cumplir dos tipos de objetivos. En primer lugar constituyen recursos financieros aplicables a los gastos generales de la Nación, la estructura estatal y los servicios de justicia y seguridad; la inversión en desarrollo y crecimiento; y el gasto social en salud, educación y bienestar general. En segundo término, aquellos tributos pueden emplearse para construir barreras aduaneras a fin de controlar el flujo de importaciones y proteger la producción y el trabajo nacionales, con una clara finalidad económica. Aunque el Congreso tiene competencia para fijar las tarifas respectivas, al hacerlo para el logro de este último objetivo, como regla general, pugnaría con lo establecido en los arts. 10 y 11 y aun con el art. 14 de la Constitución, en tanto estas normas consagran la libertad de circulación económica.

3. Poder de policía local y tasas por servicios

La prohibición a los entes locales de crear aduanas interiores incluye cualquier tarifa enmascarada de tasa por servicios, si persigue una finalidad económica o financiera. La veda incluye a los municipios, quienes gozan de autonomía financiera según lo preceptuado por el art. 123 de la Constitución Nacional, pero esa competencia no ha derogado el art. 9º y sus concordantes, arts. 4º y 74, inc. 1 de la misma norma.

La interdicción alcanza al ejercicio del poder de policía de seguridad o de salubridad si encubre una verdadera aduana interior. Tal el caso de los municipios de la Provincia de Buenos Aires que impusieron tasas de inspección bromatológica a los proveedores de bebidas y alimentos frescos y envasados en los balnearios de su jurisdicción. Los productos, controlados por el Servicio Nacional de Sanidad Animal (SENASA) o producidos de acuerdo con los códigos alimentarios federales se encuentran habilitados para ser trasladados de un punto a otro del país, comercializados y consumidos sin ninguna otra inspección comunal que requiera el pago de un canon. Si a ello se suma que al requerirse la guía respectiva probatoria del pago de lo que constituye un verdadero tributo prohibido por la Constitución las autoridades impiden el tránsito de quienes no cuenten con esa documentación, la extralimitación constitucional es flagrante (188) .

No obstante, las provincias pueden gravar mercancías que provengan de otros entes locales si se incorporan al flujo económico y no son discriminatorias a favor de las similares producidas en la provincia de que se trate. En cambio, resultan violatorias de los arts. 9º y 10 de la Constitución Nacional las leyes que gravan un determinado producto fabricado en otra provincia con un impuesto mayor que el que se cobra al similar fabricado en la propia (189) . En cambio, si son constitucionales las tasas provinciales o municipales cuando constituyen la contraprestación de un servicio.

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.

Concordancias: Arts. 9º; 11; 12; 14; 75, inc. 19.

CIRCULACIÓN ECONÓMICA POR EL INTERIOR DE LA REPÚBLICA

La norma en concordancia con el art. 9º, consagra la libre circulación territorial de productos provenientes de otras jurisdicciones provinciales o extranjeras en el ámbito de las demás, pero admite la imposición a la circulación económica. La disposición, como bien lo ha señalado la Corte Suprema, no debe implicar un veto para la acentuación del rasgo económico y la riqueza propia de cada provincia —ganadera, industrial, minera— ni desconocer el esfuerzo que ella ha realizado para radicar una industria y protegerla. En consecuencia, el Tribunal ha considerado constitucional una ley de la Provincia de Mendoza que establecía un impuesto al vino producido o consumido en la Provincia y a las uvas que se cosecharan allí, excepto que éstas se se convirtieran en vino dentro del territorio provincial. El impuesto cobrado al vino producido o consumido y a las uvas que salían de la Provincia era equivalente; las que se destinaban a la producción en la Provincia no se

gravaban; las que salían del territorio provincial sí, a fin de evitar que escaparan al impuesto establecido al vino (190) y, evidentemente, con el propósito de radicar la industria viñatera en la Provincia.

El art. 10 de la Constitución Nacional no ha tenido más propósito que prohibir a la Nación el establecimiento de aduanas internas, y a las provincias, la creación de impuestos con motivo del traslado de efectos locales a otros puntos del territorio nacional, o de importar esos efectos, procedentes de otras provincias o territorios. Descartadas las aduanas provinciales y las aduanas internas a fin de impedir que con leyes impositivas o de cualquier otra naturaleza, una provincia pudiera hostilizar el comercio de los productos originarios de otras, el art. 10 protege también las operaciones de los auxiliares de comercio y, por ende, el transporte de las mercaderías enajenadas. En el caso, se trataba de normas dictadas en la Provincia de Buenos Aires —declaradas inconstitucionales— que impusieron una patente fija sobre cada repartidor que entregaba a domicilio, en la Provincia, mercancías adquiridas en la casa central situada en la Capital Federal (191) .

En cambio, el art. 10 no contempla los impuestos que gravan la circulación dentro de cada provincia, de los valores que constituyen su riqueza (192) . En consecuencia, el comercio local exclusivamente interno, puede ser una fuente de recursos para los gastos públicos estaduales (193) .

Del mismo modo, el art. 10 no impide el establecimiento de zonas libres de impuestos aduaneros o zonas francas, establecidas con fines de poblamiento, desarrollo o industrialización. Más allá de la conveniencia o eficacia de esa política pública que es discutible, no existe impedimento constitucional en el art. 10. Luego de la reforma constitucional de 1994, el art. 75, inc. 19, favorece la alternativa de establecer zonas libres de impuestos diseñadas por el Congreso Federal (194) .

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 imponérsele en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 9º; 10, 12; 14; 26, 75, inc. 13, C.N.

PROHIBICIÓN DE LOS DERECHOS DE TRÁNSITO INTERPROVINCIALES

El art. 11 permite la circulación territorial de los productos y mercancías nacionales y extranjeros en el territorio nacional, pero no impide el cobro de impuestos de productos existentes en las provincias, que no gravan su salida

del país, aunque después se destinen a ello (195) . En el mismo sentido, la Corte Suprema consideró constitucional el impuesto provincial a la producción o traslado de hacienda de un punto a otro dentro de la provincia por no afectar ello la circulación interjurisdiccional, pues "la Constitución acuerda a las provincias la facultad de gravar las cosas incorporadas a su suelo y que forman parte de su riqueza territorial" (196) .

En cambio, el Tribunal consideró inconstitucional la ley de la Provincia de Córdoba que imponía un tributo por transportar mercaderías —la nas y cueros— desde una localidad de la Provincia hasta la Capital Federal, cualquiera sea el nombre que se le dé al gravamen y aunque las leyes respectivas no hagan distinción entre comercio interno y exterior (197) y ello aun cuando la Provincia alegó que la finalidad de policía del impuesto tendía a evitar el *cuatrerismo* .

Por otro lado, aunque no resulta dudoso que las agencias de viajes realizan negocios auxiliares del transporte interjurisdiccional, los tributos locales a esas agencias no perjudican el mencionado transporte, en tanto no las sometan a múltiples regulaciones que obstruyan o encarezcan sus servicios, tornándolos desventajosos en relación con otras actividades similares (198) .

La protección de los derechos de libre tránsito pone en cuestión la constitucionalidad del *peaje* por el uso de vías de comunicación, ya sea que quienes las aprovechen sean personas, mercancías o medios de transporte en general. Si el eventual gravamen tiene como finalidad limitar u hostilizar el comercio y la circulación territorial es claramente inconstitucional, no lo es si opera como una tasa de servicio por la construcción o mantenimiento en buen estado de caminos, carreteras y autopistas en la ciudad construidas estas últimas con el objetivo de agilizar el tránsito y proveer mayor seguridad a la circulación automotriz, siempre que existan vías alternativas de comunicación. El peaje empleado de este modo constituye una aplicación de la justicia consagrada en el Preámbulo de la Constitución Nacional como uno de los objetivos de ésta, en sus dos versiones: la de la justicia conmutativa, en virtud de la cual paga quien recibe el servicio, y la de la justicia distributiva, pues no se hacen cargo del alto costo de financiación de las carreteras y autopistas quienes no las aprovechan directa o indirectamente.

No obstante, la Corte Suprema ha sostenido que el peaje es —constitucionalmente— una contribución. Para el usuario está vinculada al cumplimiento de actividades estatales. Para el concesionario constituye un medio de remuneración de sus servicios (199) .

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.

Concordancias: Arts. 9º; 10; 11; 14; 16; 26; 75, incs. 10 y 13; 126, C.N.

IGUALDAD PORTUARIA

La norma reproduce los principios que motivaron la sanción de los arts. 9º, 10 y 11 de la Constitución Nacional y los aplica al caso particular del transporte por agua. También denota las rivalidades económicas de las provincias argentinas, sobre todo las litoraleñas que defendían el uso de sus respectivos puertos para la entrada y salida de mercancías y personas.

En 1853, la Constitución histórica no incluyó la prohibición de otorgar preferencias a un puerto en detrimento de otro. En cambio, la Provincia de Buenos Aires propuso y obtuvo la sanción de la frase que impide los privilegios portuarios concedidos tanto por medio de leyes especiales como por los reglamentos de comercio.

En el informe de la Comisión Examinadora de la Constitución de 1853 se hizo referencia a que —aun sin ser tan importante como los aspectos políticos— las cuestiones económicas constituyen "la más sólida garantía de las instituciones que consagran esos derechos"; a que en este tema la Constitución debía ser necesariamente nueva, dado que el país no tenía una aduana nacional, sino la *monstruosidad* de las aduanas interiores; y, en punto a la igualdad de los puertos, con cita del sistema económico de los Estados Unidos adoptado en su Constitución, indicaron que allí "los reglamentos de comercio son uniformes para todos los puertos, sin que por medio de leyes especiales pueda protegerse a un puerto de la unión con perjuicio de otro u otros" (200) . Como lo dijo sin reticencias el Informe, la modificación procuraba "garantir los derechos de Buenos Aires en el presente, y asegurar la unión y la estabilidad de la paz de los pueblos argentinos en el futuro".

En consecuencia, los convencionales de 1860 tomaron, sobre la cuestión de la igualdad portuaria, el modelo norteamericano perfilado en la sección referida a las limitaciones del Congreso Federal (201) . La norma prohíbe las preferencias de entradas y salidas o los privilegios fiscales pero, tal como lo interpretó la Suprema Corte de ese país, no impide la diferenciación entre puertos. Por ello, no resulta inconstitucional que el Congreso, en uso de sus atribuciones referidas al comercio, disponga medidas que beneficien a algunos puertos como, por ejemplo, la construcción de puertos de acceso o de faros; el mejoramiento de ríos o bahías; el suministro de infraestructura para la prestación eficaz del servicio portuario (202) .

El criterio diferenciador de la jurisprudencia norteamericana es aplicable a la República Argentina. La representación de las provincias en el Senado Federal puede hacer oír las voces de protestas y aun impedir la sanción de las leyes de mejoramiento de algunos puestos si no son razonables ni parecen enderezadas al logro del bienestar general y, en cambio, constituyan privilegios injustificados de algunos puertos en detrimento de otros. Del mismo modo no resultaría inconstitucional el ejercicio del poder de policía de la navegación, en cuyo empleo, eventualmente, pueda demorarse o exigirse la entrada a puerto de embarcaciones en infracción de las leyes y reglamentos respectivos.

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.

Concordancias: Preámbulo, Arts. 1º; 3º; 5º; 75, inc. 15; 121; 129, C.N.

1. Finalidad de la norma

De las catorce provincias que formaban la *Confederación* antes de 1853, trece concurrieron a sancionar la Constitución histórica y estuvieron presentes como uno de los sujetos indicados en el Preámbulo de la Constitución Nacional al referirse, este pórtico, al poder constituyente originario (203) . En 1859, mediante el *Pacto de Unión de San José de Flores* , la Provincia de Buenos Aires se integró a la que luego —mediante las reformas constitucionales de 1860— sería la *Federación,* o Estado Federal.

En consecuencia, el artículo 13 de la Constitución Nacional es una aplicación del federalismo y garantía de integridad territorial, política y jurisdiccional de los Estados locales o *provincias* argentinas. Al mismo tiempo, reserva para la Federación el derecho de expandirse y crecer. Para ello requiere la decisión del Congreso Federal, pero no de las provincias, aunque éstas pueden manifestarse, sobre el punto, en el Senado.

No obstante, la norma admite las transformaciones territoriales en el Estado Federal, hacia adentro de la Federación con el corrimiento de los límites —extensión, reducción y hasta desaparición de alguna provincia— y hacia afuera, ampliando los límites nacionales. Todas estas alternativas, previstas en el art. 13 de la Constitución Nacional, pueden materializarse previo el cumplimiento de recaudos político-institucionales.

La norma argentina proviene de fuente norteamericana, por lo que resulta oportuno reparar en algunos precedentes judiciales de ese país (204) . La Suprema Corte de los Estados Unidos ha adoptado la teoría según la cual, cuando se acepta un nuevo Estado en la Unión, se lo hace en un pie de igualdad con todos los demás (205) . Esa doctrina llevó a la Suprema Corte de ese país a anular una restricción acerca del cambio de capital del Estado, como condición impuesta por el Congreso para la incorporación a la Unión, con fundamento en que ello constituía una atribución propia de los Estados federados (206) .

El derecho de las provincias a fusionarse con otras, a modificar sus límites territoriales o a desaparecer, constituye una atribución de los entes locales cuyo consentimiento es condición necesaria pero no suficiente, dado que también se exige el acuerdo del Congreso Federal.

2. Alcance de las transformaciones posibles en la federación

Del art. 13 de la Constitución Nacional surgen varias alternativas posibles, expresas o implícitas: a) transformar territorios nacionales en provincias argentinas, tal como ocurrió con las hoy Provincias de La Pampa y Chaco, en 1951 (207) ; de Misiones, en 1954 (208) ; Chubut; Formosa, Neuquén, Río Negro y Santa Cruz en 1955 (209) y Tierra del Fuego en 1990 (210) ; b) incorporar un Estado *independiente* a la Federación, tal el caso de la Provincia de Buenos Aires, quien voluntariamente así lo aceptó. Aunque históricamente Buenos Aires se consideraba parte integrante de la Nación Argentina, lo cierto es que ya había dictado su propia Constitución del Estado de Buenos Aires. Mediante la firma del *Pacto de Unión de San José de Flores* , Buenos Aires se declaró parte integrante de la Confederación; c) constituir una nueva provincia dentro del territorio de otras, o de varias crear una sola. En ambos casos las provincias involucradas deben prestar acuerdo para ello. Esta alternativa no se dio en la historia argentina, pero sí una situación similar —disyuntiva prevista en el art. 3º— en que dos provincias cedieron, con acuerdo de sus respectivas legislaturas, parte de su territorio para constituir una nueva Capital Federal (211) .

A propósito de la crisis económico-financiera desatada en el país en diciembre de 2001, y del creciente déficit fiscal de algunas provincias, comenzó a insistirse en la idea de crear regiones, no como un ente superpuesto a varias provincias, sino como un nuevo Estado local que subsumiera varias provincias. Si se cumplen los requisitos de este artículo no habría impedimento constitucional alguno a tal iniciativa.

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.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 1º; 8º; 10; 11; 12; 14 *bis* ; 15; 16; 17; 18; 19; 20; 22; 23; 25; 26; 28; 29; 32; 33; 42; 75, incs. 18, 19 y 30; 99, inc. 2; 126; C.N.arts. 12; 13; 14; 16; 21.1; 22 y 30 CADH; arts. III; IV; VIII; XII; XXII; XXIII y XXIV DADDH; arts. 13; 17; 18; 19; 20; 23 y 26 DUDH; art. 13 PIDESC; Art. 12; 13; 14.1.;18; 19; 20 PIDCP.

1. La declaración de derechos. Interpretación general

El art. 14, junto con el 19, constituye la piedra angular del sistema liberal adoptado por la Constitución histórica de 1853/60 y son la expresión y consagración normativa del respeto a la libertad y dignidad de la persona.

La norma declara y enumera derechos/facultades que el Estado reconoce a todos los habitantes del país. Por lo tanto, aunque se convierten en norma positiva al sancionarse la Constitución Nacional, no son otorgados por el Estado y encuentran su fuente y razón de ser en la concepción de los derechos naturales e inalienables del ser humano, aceptada por los constituyentes de 1853/60 (212) .

Esa concepción, aun antes de que la República Argentina se introdujera en el sistema internacional de los derechos humanos o hubiese dado jerarquía constitucional a los Tratados que los declaran y garantizan, posibilitó —en concordancia con los arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional— el desarrollo y extensión de los derechos enumerados expresamente en el art. 14 y de otros derechos no enumerados pero enlazados a la axiología humanista de la Ley Suprema (213) . Este paradigma debió armonizarse, más tarde, con la incorporación del constitucionalismo social, merced al art. 14 *bis* sancionado en 1957 (214) .

Después de la reforma de 1994, el modelo constitucional incorporó derechos y garantías de nuevo cuño, denominados de la tercera y cuarta generación de derechos, aunque esta clasificación no sea en realidad significativa y responda sólo al momento histórico en que aquéllos se incorporaron a la Ley Suprema.

Las tres líneas ideológicas que después de 1994 convergen en la Constitución argentina, suscitan problemas de armonización de los diferentes derechos, pues muchos de los enunciados en el art. 14 deben interpretarse a la luz, por ejemplo, de los arts. 41 y 42 de la Ley Suprema. En consecuencia, es posible afirmar que el convencional constituyente de 1994 *reglamentó* , con la inclusión de los nuevos derechos y garantías, los *derechos liberales* de la Constitución Nacional.

A los problemas que suscita la armonización de las líneas ideológicas que atraviesan la Constitución Nacional se unen las cuestiones generadas por las distintas fuentes de las que emanan los derechos y el rango que aquéllas ocupan en el ordenamiento jurídico. La aplicación de la Constitución Nacional requiere la interpretación del alcance de sus normas —y de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, en este caso, considerando, además, el modo de su vigencia internacional— (215) . Corresponde efectuar esa interpretación, en primer lugar, al Congreso de la Nación, quien constituye el órgano atribuido para reglamentar los derechos y garantías constitucionales. No obstante, en caso de ausencia legal, de oscuridad o indeterminación de esas normas, de *conflicto* entre las *pretensiones* e *intereses* de los contradictores, ante la invocación de disposiciones provenientes de dos o más fuentes jurídicas, o de derechos facultades emanados del mismo texto normativo, son los magistrados

judiciales quienes, en los casos concretos, definen los bordes y "consistencia del derecho alegado o de los derechos alegados" (216) .

Los métodos interpretativos que parten de una *jerarquía de derechos fundamentales* o del *balance o ponderación* entre intereses públicos y privados, fueron sometidos a una interesante crítica en la que se señalaron las inconsistencias y fisuras de aquellos métodos. De todos modos se sostuvo que "...conviene decir que, entre los dos métodos señalados, en cierto sentido resulta preferible el *balancing test* o ponderación, pues llega con más facilidad a soluciones acertadas, implica un ejercicio mayor de la prudencia jurídica y tiene presentes las circunstancias del caso" (217) . En esta línea, *Serna* y *Toller* , proponen la opción interpretativa que —partiendo del *carácter normativo directo de toda la Constitución* — haga compatible internamente todo su contenido, como un sistema que aquella es, en la búsqueda del *contenido esencial* de cada derecho (218) .

2. A QUIÉNES SE RECONOCEN LOS DERECHOS. LA CONDICIÓN DE HABITANTE

Los derechos enumerados, los que de ellos derivan y los implícitos (art. 33 de la C.N.) se reconocen en la República Argentina a todos los habitantes de la Nación. Según la doctrina de la Corte Suprema, se considera habitante tanto a los nacionales como a los extranjeros que residen en el territorio de la República, con intención de permanecer en el país; que lo habiten, aunque no tengan constituido un domicilio con todos los efectos legales (219) . Pero no pueden invocar los derechos constitucionales los extranjeros que se han introducido clandestinamente en el territorio argentino. Por el contrario, si ingresaron legalmente a la República, aunque luego no hubieran solicitado prórroga de la permanencia en el país como turistas o la residencia provisional, y optaran directamente por solicitar la residencia definitiva, gozan de los derechos reconocidos a los habitantes.

Así pues, según la doctrina de la Corte Suprema lo definitorio para ser considerado habitante y en posición de reclamar la garantía de los derechos constitucionales, consiste en no haber ingresado clandestinamente al país (220) .

Estimo, no obstante que, aun habiendo ingresado ilegalmente a la República, los extranjeros gozan como mínimo del derecho a la defensa en juicio para probar, eventualmente, que su entrada no fue clandestina. Ello así, por aplicación del art. 18 y del Preámbulo de la Constitución Nacional.

De todos modos, el Congreso Nacional puede ampliar la protección de los extranjeros ingresados ilegalmente al país, por razones humanitarias, o por políticas inmigratorias tendientes a ampliar la base poblacional de la República, facilitando la regularización de aquéllos y garantizándoles mínimos derechos como el acceso a la educación elemental de los niños y

adolescentes y la protección de la salud, mientras permanezcan en territorio nacional.

Los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional garantizan el derecho a entrar, salir y regresar al *propio país* y a no ser expulsado de éste, (221) . Pero admiten —por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 22.1— que toda persona que se halle *legalmente* en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a *residir en él con sujeción a las disposiciones legales"*(222) . Como se advierte, la amplia protección de la persona humana que establecen las Convenciones Internacionales, no desatiende las atribuciones del Estado en orden a establecer requisitos razonables y no discriminatorios de admisión de extranjeros (223) .

3. Quién reglamenta los derechos constitucionales

En principio, la ley reglamentaria a la que se refiere el art. 14 es la emanada del Congreso Federal, disposición que es concordante con el hoy art. 75, inc. 12, en tanto la disposición atribuye al Poder Legislativo nacional el dictar los códigos de fondo o sustantivos: Civil, Comercial, Penal, de Minería, del Trabajo y Seguridad Social.

En segundo lugar e indirectamente, el presidente de la Nación a través de la atribución que le concede el art. 99, inc. 2, de la Constitución Nacional puede reglamentar los derechos constitucionales, estableciendo los pormenores de aplicación de la ley. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que conforme a la opinión consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las leyes que impulsan restricciones al ejercicio de los derechos, lo deben ser en sentido formal y material (224) .

En tercer término, el Poder Judicial cuando aplica la norma a los casos concretos, y fundamentalmente cuando interpreta la Constitución Nacional da alcance, extensión y límites al ejercicio de los derechos. Crea, con los bordes que le imponen las leyes y la Constitución, derecho, aunque no es derecho nuevo, estrictamente, sino derivado de aquellas disposiciones.

Finalmente, cabe señalar, que en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones y competencias, las provincias argentinas, la ciudad autónoma de Buenos Aires y los municipios, también reglamentan derechos constitucionales.

Estas esferas de poder, como se verá más adelante, están sujetas a diversos controles en la reglamentación de derechos constitucionales.

4. La reglamentación de derechos constitucionales y la relatividad en el ejercicio de los derechos

El art. 14 reconoce derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. De esta parte de la norma constitucional derivan dos principios según los cuales: a) no hay derechos absolutos en su ejercicio y b) sólo la ley puede reglamentarlos. Como se dijo, conforme a la O.C 6/86 CIDH, debe dictarse ley en sentido formal y material.

El primero de los principios mencionados, el de la relatividad en el ejercicio de los derechos, presupone que todos los derechos pueden sufrir limitaciones, aun cuando las leyes establezcan condiciones de ejercicio de las facultades subjetivas, pues, expresa o implícitamente, para el goce de los derechos, las normas imponen, al mismo tiempo, obligaciones a terceros.

El segundo principio, denominado principio de legalidad, tiene desarrollo general en el art. 19; aplicaciones específicas en materia penal (art. 18) y en materia tributaria (arts. 4º, 17) y garantías especiales en tanto se prohíbe al Poder Ejecutivo dictar decretos de necesidad y urgencia sobre cuestiones penales o tributarias.

El principio de legalidad no impide reglamentaciones de segundo y de tercer grado por parte del Poder Ejecutivo —reglamentación de las leyes— y del Poder Judicial, al dictar sentencias en los casos concretos, pero éstas están siempre acotadas, limitadas por la ley y la Constitución.

4.1. Legitimidad y conveniencia de la reglamentación de derechos constitucionales. Reglamentación ordinaria y reglamentación de emergencia

Múltiples razones fundamentan y legitiman la necesidad de reglamentar el ejercicio de los derechos constitucionales.

Esa atribución estatal —en situaciones ordinarias y corrientes— se requiere para armonizar la utilización de diferentes derechos por distintas personas; para evitar que la práctica de un derecho por una persona impida a otras emplear la misma facultad; para establecer las condiciones de ejercicio, es decir para hacerlos operativos estableciendo las obligaciones de terceros que posibiliten el ejercicio de los derechos; en fin, para imponer límites al obrar humano con el objeto de facilitar la convivencia social y el bienestar general y para que la libertad constituya un patrimonio común de todos y no privilegios irritativos.

La realización de otros valores como la justicia, la seguridad, la igualdad, la moral pública —presentes como objetivos en el Preámbulo y en el articulado de la Constitución Nacional— exigen, también, la reglamentación de los derechos.

Por otro lado, las situaciones de excepción producidas por emergencias económicas y sociales han habilitado un ejercicio más intenso de la atribución reglamentaria, básicamente sobre los derechos de contenido patrimonial, económico y contractual. La Corte Suprema argentina, otorgando deferencia

a los motivos del legislador, ha efectuado un control de razonabilidad débil de los medios elegidos por el Poder Legislativo para resolver la crisis. Sin embargo, la regla debiera ser la inversa: a mayor restricción corresponde un control más estricto, pues el Estado de Derecho presupone un estado de razón en el que se justifiquen todas y cada una de las restricciones a los derechos y pueda resguardarse el núcleo esencial de ellos. De todos modos, como se verá al examinar cada uno de aquéllos, es posible identificar diferentes reglas de control judicial (225) .

4.2. Límites a la reglamentación de los derechos

La amplitud reconocida a la atribución reglamentaria suscita el primer problema que enfrenta el ejercicio de esa competencia. Porque no basta con el cumplimiento del principio de legalidad —la manifestación de que la ley formal del Congreso constituye el quicio de los derechos— para asegurar que la reglamentación no los ahogue o destruya.

Así, en la Constitución argentina, dos principios normativos imponen límites al poder reglamentario: el principio de privacidad del art. 19, que resguarda un núcleo de decisión personal propio y ajeno a la intromisión del Estado, y el principio de razonabilidad del art. 28 que impide alterar los derechos en ejercicio de la función reglamentaria, aun en tiempos de crisis y emergencias.

Sin embargo, aun con la existencia de los mencionados principios se mantiene la cuestión ríspida de los límites al poder reglamentario, cuando se invocan razones de emergencia de cualquier tipo en las cuales la reglamentación se convierte en *regulación* , entendida ésta como una limitación más fuerte en el ejercicio de los derechos.

Por otro lado, la incorporación de nuevos derechos y garantías a la Constitución —con la necesidad consecuente de hacerlos operativos— y los crecientes objetivos que asume el Estado Social de Derecho, vuelven a actualizar el problema de la extensión del poder reglamentario y sus límites en una sociedad libre.

4.3. La atribución reglamentaria y el poder de policía en sentido estricto y en sentido amplio

En realidad, el poder de policía no es otra cosa ni se diferencia de la atribución estatal de restringir el ejercicio de los derechos constitucionales a través de reglamentaciones que cumplan con los principios de legalidad y de razonabilidad y que, por ello, son concebidas como excepciones acotadas al uso de la libertad.

La expresión "poder de policía" resulta equívoca y confusa. El sistema jurídico argentino no la requiere para referirse a la competencia del Estado

de limitar el disfrute de los derechos, reglamentándolos a través de leyes del Congreso Federal o de las legislaturas provinciales, según corresponda. Tampoco la Constitución Nacional mencionaba aquella expresión hasta 1994, en que es incorporada en el art. 75, inc. 30 (226) .

Sin embargo, la frase echó raíces por el empleo que de ella hicieron la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina jurídica. La expresión reconoce su fuente en la jurisprudencia de los Estados Unidos dado que la Constitución de ese país no contiene una cláusula similar al art. 14 de la Constitución Nacional. El desarrollo del poder de policía en los Estados Unidos tomó la característica de un instrumento amplio y flexible, enderezado a satisfacer intereses sociales generales (227) .

La cuestión del poder de policía ocupó un amplio espacio en el debate jurídico y social en la Argentina, pues, en ocasiones, el punto de partida de las controversias y conflictos sociales y económicos lo constituía el llamado poder de policía y no los derechos constitucionales como bien lo señala la certera crítica de *Gordillo*(228) .

La Corte Suprema argentina no sólo utilizó la categoría de poder de policía, sino que también diferenció los tipos que podía asumir: restringido y amplio. Este último, llamado también poder de policía de bienestar, con base en el anterior art. 67, inc. 16 (hoy art. 75, inc. 18) de la Constitución Nacional suscitó las mayores polémicas por el modo en que las reglamentaciones se convirtieron en verdaderas regulaciones.

Así, desde la recepción jurisprudencial en el antiguo precedente *"Ercolano c. Lanteri de Renshaw"*(229) , hasta las políticas de desregulación y reforma del Estado desarrolladas a partir de 1990 —que parecieron comprimir a su mínima expresión al poder reglamentario— y la reforma constitucional de 1994 que lo amplió en el diseño dado por el art. 75, inc. 19 (230) el problema permanece abierto (231) .

Pero, en un Estado federal, el área de conflicto generado por la atribución reglamentaria, o el ejercicio del poder de policía, no sólo enfrenta el alcance de los derechos personales en pugna con los intereses generales, sino que afecta el campo de competencias de los poderes nacionales y provinciales.

Esa segunda cuestión hace a la división de poder federal y es, de suyo, compleja de resolver. Aunque se reconoce que ciertas atribuciones son facultades que puede ejercer tanto el poder central como los poderes locales, la línea divisoria entre ambos no es siempre nítida y clara.

De todos modos, cabe señalar que el poder de policía no es una atribución que gira en el vacío, ni amplía las facultades del órgano que lo emplea, en detrimento de las que poseen los otros órganos de gobierno. Por lo tanto, resulta necesario vincular el ejercicio del poder de policía con una atribución conferida por la Constitución, en razón de materia. Las fuentes más comunes de este poder son los arts. 75, inc. 18 y 19, y 125 de la Ley Suprema. En suma, puede afirmarse que el poder de policía no constituye una fuente para ampliar las atribuciones del poder provincial frente al nacional ni a la inversa (232) .

En principio, y conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, el poder de policía en sentido estricto —por razón de moralidad, salubridad y seguridad— es local, competencia de la policía provincial (233) . Estimo, sin embargo, que en ocasiones puede ser de competencia federal cuando, por ejemplo, por razones de bien común los Códigos sustantivos deben establecer delitos y sus sanciones para proteger la seguridad general o la salud de la población (234) .

4.4. La expansión de los derechos constitucionales y convencionales vs. la limitación de los derechos constitucionales y convencionales

Más allá de la expresión que se utilice —reglamentación o limitación de los derechos, o ejercicio del poder de policía del Estado, restringido o amplio, empleado con ese efecto de limitación— la cuestión central ya ha sido dilucidada desde antiguo por la Corte Suprema, al sostener que un ejercicio absoluto de los derechos sería antisocial. Muchas expresiones consideradas progresistas, como el abuso del derecho o la teoría de la imprevisión, por ejemplo, implicaron la necesidad de establecer bordes a los derechos contractuales o propietarios.

Sin embargo, la aceptación cada vez más frecuente de derechos humanos universales, acordados en el orden internacional o regional, o jerarquizados constitucionalmente como en el caso de la República Argentina, ha posibilitado, una vez más, la impugnación de los límites al ejercicio de los derechos. De ese modo, se concibe a la reglamentación legal sólo como un instrumento de expansión de los derechos, no de limitación a éstos. La posición, altruista sin duda, desconoce u olvida que el derecho regula una relación de alteridad. Si se expanden los derechos de unos, en la misma medida se restringirán los de otros, a fin de que los primeros sean operativos y puedan concretarse, más allá de las declaraciones que contengan los tratados de derechos humanos, las constituciones o las leyes.

La cuestión no es entonces si deben de expandirse los derechos al máximo posible o limitarse en su ejercicio por causas razonables, sino cuáles derechos deben prevalecer en los conflictos concretos —si es que admitimos una jerarquía entre ellos— y hasta dónde deben de llegar en su manifestación, de modo de no alterar los derechos específicos y concretos de otras personas, o los colectivos o de incidencia colectiva de éstas. Dicho en otras palabras, el problema de centra en cómo armonizar los diferentes derechos constitucionales o convencionales que expresan, desde luego, valores, preferencias e idearios expresos o implícitos.

Además, aunque la relación de alteridad se establezca entre los habitantes y el Estado, la expansión sin límite alguno de los derechos de los primeros, puede llevar a la anulación de algunos derechos de modo absoluto —no

pueden ejercerse de ninguna manera— o neutralizarse todos ellos en una puja sin fin.

Al examinar los costos y beneficios que aportan las leyes reglamentarias de derechos constitucionales expresados de manera muy general, puede emerger la paradoja de mayores perjuicios para los integrantes de los colectivos que se proponen proteger. Por eso el examen de la cuestión no debiera hacerse sólo en abstracto o a partir de los principios, sino forzar el análisis del principio aplicado y ver qué resulta en términos de libertad, igualdad, justicia y dignidad de las personas, en las situaciones concretas.

4.5. CONTROL JUDICIAL DE LA REGLAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS

Así como no es absoluto el ejercicio de los derechos, tampoco es ilimitada la reglamentación que de ellos efectúe el poder estatal. El Estado, pues, está sujeto a un doble control de constitucionalidad en ejercicio de su función reglamentaria; aquél debe cumplir con el debido proceso adjetivo y con el debido proceso sustantivo.

El debido proceso adjetivo o formal exige que quien ha limitado el ejercicio de los derechos sea el órgano facultado para hacerlo conforme a la Constitución y haya empleado el procedimiento establecido en la Ley Suprema. Ambos requisitos conforman el principio de legalidad (art. 19 de la Constitución Nacional) y art. 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El debido proceso sustantivo requiere que el contenido material de la limitación sea razonable y no altere los derechos y garantías reglamentados.

Quien examina el cumplimiento de ambos recaudos en los casos concretos es el Poder Judicial y, en última instancia, la Corte Suprema de Justicia.

El alcance y modo de control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema está reglado por los arts. 14, 15 y 16 de la ley 48 y por las disposiciones procesales vigentes en tanto estas normas establecen el recurso extraordinario federal. Pero la extensión del control surgió de la interpretación dada por el Tribunal, quien ha elaborado una serie de reglas, por un lado, limitativas de su propio poder y, por el otro, expansivas del control; y de diferente alcance según se trate de controlar el debido proceso adjetivo o sustantivo (235) . Las reglas referidas fueron elaboradas por la Corte Suprema al mismo tiempo que resolvía casos concretos. A más de ello, el 16 de marzo de 2007, la Corte emitió la Acordada 4/2007 mediante la cual estableció requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario federal y del recurso de queja por extraordinario denegado (236) .

5. Derecho de trabajar y ejercer industria lícita. Derecho de navegar y comerciar

Estos derechos —junto con el de usar y disponer de la propiedad y la libertad contractual— constituyen el compendio de las libertades económicas. La ampliación o restricciones de aquéllos dieron el perfil que, en los hechos, tuvo el sistema económico liberal diseñado en la Constitución de 1853/60.

Sin embargo, y aún bajo el paradigma de la Constitución histórica, estos derechos subjetivos de la primera generación fueron reglamentados más o menos intensamente, según se interpretara con amplitud la llamada cláusula para el progreso, del entonces art. 67, inc. 16 (hoy art. 75, inc. 18).

De una primera lectura de la disposición pareciera prohibirse sólo la ilicitud en el trabajo, la industria, la navegación o el comercio. Esa interpretación literalmente liberal fue utilizada por la parte actora en un antiguo precedente en el que se reclamaba el derecho a instalar puestos y ferias comerciales en un área territorial prohibida por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (237) . Pero, tanto la primera parte del art. 14, como el hoy art. 75, inc. 18, justifican la imposición de restricciones y aun de prohibiciones más allá de la licitud de la actividad de que se trate. En consecuencia de ello, la Corte Suprema, ya en 1866, rechazó aquella interpretación limitativa y amparó el privilegio de estímulo concedido al Empresario del Mercado Central para que mantuviera libre de la competencia de otros puesteros de ferias y mercados, un área territorial determinada. El Tribunal hizo suyos los argumentos de la instancia inferior, en la cual se sostuvo que el *derecho a trabajar y ejercer industrias lícitas podía limitarse por causa de utilidad general y para promover la prosperidad del país* , citando las atribuciones conferidas al Congreso por el entonces art. 67, inc. 16 (hoy art. 75, inc. 18) (238) .

Así pues, las reglamentaciones de los derechos económicos se justifican en razón de intereses generales no siempre sencillos de precisar y que, por lo tanto, implican elecciones políticas de conveniencia y oportunidad, lo cual dificulta el eventual control por parte del Poder Judicial que puede, si se extralimita, afectar el ejercicio de atribuciones propias de los otros poderes del Estado (239) .

La protección de intereses sociales, tales como la salud, llevó a la Corte Suprema a sostener que *ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública* , y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y *especialmente con el uso que haga de una profesión o de una industria*(240) .

Del mismo modo, el control de las llamadas profesiones liberales justificó la reglamentación del trabajo profesional a fin de resguardar la salud pública, la seguridad en las transacciones comerciales, la defensa de los derechos, la seguridad de la vida.

La colegiación obligatoria planteó dos tipos de problemas: uno, referido a la imposición misma de la medida, cuestión que suscitó —a propósito de la colegiación de los abogados— una Resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para quien aquélla no agredía el sistema del

Tratado(241) . La otra cuestión está relacionada con el poder competente —federal o local— para reglamentar las profesiones (242) .

Después de un intenso debate del que dan cuenta los fallos citados en la nota 234, la Corte Suprema en *"Ferrari* " sostuvo que la ley que impone la matriculación obligatoria en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal no es violatoria de la Constitución Nacional(243) .

El criterio enunciado es aplicable a las demás profesiones por lo que no afectan, esas reglamentaciones, el derecho de trabajar. La afectación o no de otros derechos depende de los medios elegidos en la reglamentación.

Ahora bien, admitida la atribución reglamentaria sobre el ejercicio de las profesiones, caben al menos dos interrogantes más. Uno de ellos acerca de si basta con matricularse en los respectivos Colegios para ejercer las diferentes profesiones o puede imponerse también un examen de competencia o idoneidad, lo cual está directamente vinculado con la aptitud de las universidades para expedir títulos habilitantes (244) . El otro interrogante se refiere a si la inscripción en una determinada jurisdicción autoriza el ejercicio profesional en el resto del país (245) .

Esta última cuestión alcanzó relevancia a partir de la sanción del decreto de necesidad y urgencia PEN 2284/91 y del decreto reglamentario PEN 2293/92 (246) y fue resuelta por la Corte Suprema en *"Cadoppi".* El actor, ingeniero agrónomo, inició una acción declarativa contra la Provincia de Buenos Aires para que por aplicación del mencionado decreto reglamentario 2293/92 PEN se lo inscribiera en la Dirección de Sanidad Vegetal del Ministerio de la Producción, sin la previa anotación en el Colegio Profesional de Ingenieros de la Provincia de Buenos Aires, alegando que estaba matriculado en el orden nacional. Las autoridades provinciales le denegaron la petición y la Corte Suprema rechazó la demanda (247) . La doctrina del Tribunal siguió los siguientes principios: a) la regulación de las actividades profesionales en jurisdicción de las provincias le corresponde a estas; b) ello, en tanto no enerve el título profesional ni la capacidad civil del profesional.

6. EL DERECHO A EJERCER INDUSTRIAS LÍCITAS Y EL CONTROL DE PRECIOS(248)

El establecimiento de precios máximos constituye una de las limitaciones más fuertes de las libertades económicas. Esta medida fue aplicada con diferente intensidad en la República Argentina, tal como en otros países durantes crisis agudas y —más allá de su conveniencia, oportunidad o efectividad— fue declarada constitucional por la Corte Suprema en el caso "*Vicente Matini e Hijos* "(249) . En el caso y por aplicación de la ley 12.591 de precios máximos de venta al consumidor de los artículos de alimentación, vestidos, vivienda, materiales de construcción, alumbrado, calefacción y sanidad, se había aplicado una multa —también prevista en la ley— al infractor de esa norma. La mayoría de la Corte Suprema sostuvo la

constitucionalidad de la norma que establecía una limitación *legal* y *transitoria* a los precios —aunque no fijaba plazos expresos— en el contexto de la crisis que producía en el país la guerra europea y *delegaba* en el Poder Ejecutivo la determinación y modificación de esos precios mediante el ejercicio de su atribución reglamentaria. El afectado por la multa alegó que de acuerdo a la disposición legal y la finalidad perseguida por ésta, él no había incurrido en el propósito vedado de obtener ganancias ilícitas ni operar un alza artificial e injustificada de precios. El Tribunal, sin embargo, rechazó la procedencia de estos fundamentos y entendió que el comerciante había cometido una *infracción formal* en el sentido de que la acción de vender por sobre los precios fijados ya constituía la acción punible, sin aceptar que el afectado pudiese acreditar que la medida le imponía traficar a pérdida. En otros términos, la Corte Suprema consideró que el incumplimiento de la ley de precios máximos derivaba en una responsabilidad objetiva, mas allá de lo que dispusiera la legislación común, porque la crisis no cuestionada ni negada por nadie habilitaba la legislación de emergencia que eximía al Estado de la probanza de la ganancia injustificada o exorbitante que podría haber obtenido el comerciante.

La reglamentación legal —y en especial la interpretación que entonces asumió la Corte Suprema acerca de las atribuciones de emergencia del Estado— afectaron el derecho de comerciar y ejercer industrias lícitas porque el establecimiento de precios máximos sin posibilidad de acreditar las buenas razones para no obedecerlos —por ejemplo, la innovación tecnológica que encarece costos, o la diversidad de productos que se quieren introducir en el mercado o la alta calidad de alguno de ellos que se deseen producir para llenar nichos vacíos en la producción— podrían justificar las excepciones. Por cierto, la emergencia que dio lugar a la sanción de la ley 12.591 —la guerra europea— era de extrema gravedad por la influencia que esos hechos producían en la estructura económica que entonces tenía el país y, ciertamente, estaba lejos del control de las autoridades.

Si el control de precios en sus versiones de precios máximos o mínimos o de sostén se expande —no ya por causas gravísimas como una guerra o un desastre natural que restrinja de modo intolerable la producción de bienes esenciales para la población, sino en razón de políticas de desarrollo o para resolver dificultades económicas o cambiarias de orden interno— genera distorsiones en las leyes del mercado, puede favorecer la corrupción por el modo de ejercer los controles o establecer las excepciones a cargo de funcionarios, en ocasiones sin responsabilidad política alguna en razón de las decisiones que toman y hasta producir efectos contrarios a los buscados con aquellas medidas. Dicho de otro modo, esos controles pueden ser difíciles de aplicar o, si la ley se obedece, producir más daños y costos que beneficios.

En un intento por controlar la suba de precios y ordenar la economía sujeta a presiones distributivas, en un contexto, además, de crisis institucional, se sancionó en el año 1974 la Ley de Abastecimiento 20.680(250) .

El ámbito de aplicación de esa ley y la intervención estatal que admitía en los procesos de producción y comercialización era muy amplio. Regía "respecto a la compraventa, permuta y locación de cosas muebles, obras y

servicios —sus materias primas directas o indirectas y sus insumos— lo mismo que las prestaciones —cualquiera fuere su naturaleza, contrato o relación jurídica que las hubiere originado— que se destinen a la sanidad, alimentación, vestimenta, higiene, vivienda, deporte, cultura, transporte, calefacción, refrigeración, esparcimiento, así como cualquier otro bien mueble o servicio que satisfaga —directamente o indirectamente— necesidades comunes o corrientes de la población...*comprende todos los procesos económicos relativos a dichos bienes, prestaciones y servicios y toda otra etapa de la actividad económica vinculada directamente o indirectamente a los mismos* " (art. 1º) (251) .

La disposición, además, establecía delegaciones en el Poder Ejecutivo y en los funcionarios u organismos que éste determinara, que excedían toda razonabilidad. Así se los facultaba para establecer, en cualquier etapa del proceso económico, precios máximos y márgenes de utilidad o disponer la congelación de los precios; precios mínimos o de sostén o de fomento; para dictar normas que rijan la comercialización, intermediación, distribución y/o producción; para obligar a continuar con la producción, industrialización, comercialización, distribución o prestación de servicios, como también a fabricar determinados productos, dentro de los niveles o cuotas mínimas que estableciere la autoridad de aplicación. Las obligaciones impuestas por la ley debían cumplirse más allá del derecho de los afectados para la revisión de las medidas —en caso de que éstas le produjeran daños graves e irreparable perjuicio económico— hasta tanto no sean modificadas por la autoridad de aplicación. El presidente o sus funcionarios podían rebajar o suspender temporariamente derechos, aranceles o gravámenes de importación; así como acordar subsidios o exenciones impositivas, cuando ello fuera necesario para asegurar el abastecimiento y la prestación de servicios; prohibir o restringir la exportación cuando lo requirieran las necesidades del país; podían, en caso de necesidad imperiosa de asegurar el abastecimiento o prestación del servicio, intervenir temporariamente, para su uso, explotaciones agropecuarias, forestales, mineras, pesqueras, establecimientos industriales, comerciales y empresas de transporte y disponer temporariamente, para su uso, elementos indispensables para el cumplimiento del proceso de producción, comercialización o distribución y medios de transporte, consignando con posterioridad su valor de uso y/o sus costos operativos. Esta intervención establecía un plazo no mayor de ciento ochenta días pero podía ser prorrogada (art. 2º).

A más, la ley autorizaba a los gobiernos locales a disponer precios máximos dentro de sus respectivas jurisdicciones en tanto el Poder Ejecutivo o el organismo nacional de aplicación no los establecieran dando cuenta de inmediato a este último (art. 3º) y establecía penas de multa, arresto, clausura, inhabilitaciones varias, suspensión en los registros de proveedores del Estado para quienes, entre otras acciones, elevaran artificial o injustificadamente los precios en forma que no respondiera proporcionalmente a los aumentos de los costos, u obtuvieran ganancias abusivas; revaluaran existencias; acapararan materias primas o productos, o formaran existencias superiores a las necesarias; intermediaran o permitieran intermediar innecesariamente o crearan artificialmente etapas en la

distribución y comercialización: destruyeran mercaderías y bienes; o impidieran la prestación de servicios o realizaran cualquier otro acto, sea de naturaleza monopólica o no, que tendiera a hacer escasear su producción, venta o transporte; negaran o restringieran injustificadamente la venta de bienes, o la prestación de servicios, o redujeran sin causa la producción habitual o no la incrementaran, habiendo sido intimado a tal efecto (Art. 4º).

De las normas sintéticamente transcriptas surge con claridad que a partir de la Ley de Abastecimiento*toda* la actividad económica quedaba sujeta a la intervención estatal, más allá del ejercicio de las facultades concedidas al Congreso por el entonces vigente art. 67, inc. 16, (hoy art. 75, inc. 18) para proveer lo conducente a la prosperidad del país. El art. 2º de la ley 20.680 llegó, incluso, hasta imponer la obligación de contratar, de cambiar de ramo de comercio o industria de acuerdo con los criterios que al respecto tuviera el empresario o según sus necesidades y conveniencias. El perfil de la ley dispuso una verdadera *transformación* de la estructura económica sin reforma constitucional de por medio.

Por otro lado, los tipos penales creados fueron abiertos, dependiendo su configuración de los criterios de la secretaría de aplicación de la ley, tal las acciones sancionadas de quienes "intermediaran o permitieran intermediar innecesariamente o crearen artificialmente etapas en la distribución y comercialización". Salta a la vista cuán complejo puede ser —y cuán arbitrario puede resultar— el determinar cuándo una etapa de comercialización es innecesaria. Además, la punición de una específica etapa de comercialización podía vulnerar el derecho a trabajar.

Si se examina la ley 20.680 desde la perspectiva de las delegaciones que acordó al presidente de la Nación *o a los funcionarios* que él determinara, la norma no pasa el criterio de delegación impropia admitido por la Corte Suprema hasta entonces. En efecto, la Ley de Abastecimiento rebasaba la regla creada en el precedente "*Delfino* ", en virtud de la cual el Poder Ejecutivo sólo debía reglar los *pormenores* y *detalles* necesarios para la ejecución de la ley (252) .

La ley 20.680 recibió severas críticas por los excesos en la reglamentación de los derechos económicos que establecía, afectado tanto a los comerciantes individuales como a las pequeñas y medianas empresas y por delegar y concentrar el poder de decisión en el Ejecutivo (253) . Sin embargo, la Corte Suprema, haciendo suyos los fundamentos y conclusiones del Procurador General rechazó un planteo contra una multa aplicada en virtud de la Ley de Abastecimientos (254) .

Las extralimitaciones de la Ley de Abastecimiento constituían otras tantas amenazas sobre todos los procesos de producción y comercialización de bienes y servicios y ponían en manos del poder administrador las decisiones económicas. Pero, después de las dos hiperinflaciones padecidas por el país la administración iniciada en 1989, anunció, entre otras medidas de cuño liberal y promesas de reforma del Estado, la derogación de la ley. Sin embargo, ello no sucedió expresamente. En cambio de esa alternativa se

recurrió a una *originalidad* jurídica cuyos efectos pueden asimilarse a la derogación (255) .

En efecto, mediante el decreto de necesidad y urgencia 2.284/91 de desregulación de la economía se dispuso dejar sin efecto "medidas o actos administrativos que distorsionen los precios de mercado, comercio interior y exterior" y disolver diversos entes reguladores de la economía(256). El art. 4º del mencionado decreto —luego ratificado por el art. 29 de la ley 24.307— dispuso: "*Suspéndese* el ejercicio de las facultades otorgadas por la ley 20.680, el que solamente podrá ser reestablecido, para utilizar todas o cada una de las medidas en ella articuladas, previa declaración de emergencia de abastecimiento por el Honorable Congreso de la Nación, ya sea a nivel general, sectorial o regional. Se exceptúa de lo prescripto en el párrafo anterior las facultades otorgadas por el art. 2º, inc. c)...". Esta disposición faculta al Poder Ejecutivo o a los funcionarios u organismos que determine para "*dictar normas que rijan la comercialización, intermediación, distribución y/o* (sic) *producción* ".

La suspensión —y no la lisa y expresa derogación de la Ley de Abastecimiento— indica cuán aferrado se manifiesta el poder a los instrumentos intervencionistas de la economía, de los que no quiere desprenderse del todo, aunque proclame el retorno a las leyes del mercado.

Por cierto, esa suspensión del ejercicio de las facultades conferidas al Poder Ejecutivo, ratificada por ley del Congreso, aunque se tratase de la ley de presupuesto nacional, opera como una pérdida de vigencia de esas atribuciones que requieren de la sanción de otra ley declarando la emergencia para recuperarla, más allá de que, con todo, se mantuvo en cabeza del Ejecutivo una importante facultad reglamentaria.

El decreto 2.284/91 y la ley 24.307 fueron sancionados con anterioridad a las reformas constitucionales introducidas en 1994. Estas enmiendas mantuvieron las raíces liberales del primer constitucionalismo —en el diseño de los derechos y garantías—; las del Estado Social de Derecho, del segundo constitucionalismo; reconocieron la existencia del*mercado* en el nuevo art. 42 —disponiendo que las autoridades proveerán a la defensa de la *competencia* contra toda distorsión de los *mercados*— y ampliaron el poder de policía de bienestar, atribuyendo al Congreso de la Nación las facultades para proveer lo conducente al *desarrollo humano,* al progreso económico con *justicia social* y a la productividad de la economía. Los fines enunciados, como es sencillo de advertir, son muy amplios y requieren de medidas legales para obtenerlos las que, además y en virtud del art. 76 de la Constitución Nacional, no deben delegarse por causa de emergencia pública más que en el presidente, ya que éste *es* el Poder Ejecutivo de la Nación.

Pero en las medidas disponibles para concretar los fines de progreso establecido en el art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional, no caben los controles de precios —*suspendidos* por el decreto 2.284/91 y la ley 24.309— ni las sanciones o amenazas de sanciones para sus eventuales incumplimientos. Por eso la administración de *Néstor Kirchner* , cuando los precios mostraron una *dinámica* preocupante —más allá de lo que expresen

algunos voceros oficiosos— propició formalmente el acuerdo de *precios de referencia,* cuya imposición, en cambio, devendría inconstitucional, a más de irrazonable, dada la experiencia argentina sobre el punto. A más, las suspensiones de exportaciones de carnes, otra medida para contener el alza de los precios de ese producto, base de la alimentación en Argentina, no parecen tener lugar en la vigencia remanente de la Ley de Abastecimiento que *sólo* autoriza al Poder Ejecutivo a dictar normas que rijan la comercialización, intermediación, distribución y/o producción. Con ser ello mucho, el control de precios, las sanciones a su incumplimiento y las suspensiones o prohibiciones no tiene *razonable* cabida ni implican medidas indispensables para resolver problemas —por ejemplo, la inflación— que no puedan solucionarse por medios menos gravosos y más convenientes y eficaces.

7. DERECHO DE PROPIEDAD Y DERECHOS ADQUIRIDOS

Acerca de la propiedad y de los derechos que respecto a ella se le reconocen a las personas existe una antigua discusión ideológica. En efecto, la propiedad ha sido considerada como una creación legal —derecho subjetivo *de los que ya poseen* — de entidad diferente a los restantes derechos humanos como derechos naturales de todas las personas (257) .

La controversia acerca de la calidad de derecho humano que cabe adjudicar a la propiedad tomó también el ámbito internacional. Como se ha señalado, si bien ningún país se opuso a la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos —dispone ésta en el art. 17.1., que "*toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente* " y, 2., que "*nadieserá privado arbitrariamente de su propiedad* "— varios países del entonces bloque socialista se abstuvieron de votarla (258) . En virtud de esa discrepancia que dividía a los Estados en bloques ideológicos antagónicos, no se enumeró a la propiedad entre los derechos que se reconocieron en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales ni en el Pacto Internacional de Derechos Sociales y Políticos. De su lado, la Convención Americana de Derechos Humanos declaró que "toda persona tiene derecho al *uso y goce de sus bienes.* La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social" (art. 21.1). Como se advierte, no se estableció explícitamente el derecho a la *disposición* de los propios bienes. De todos modos, la Convención reconoció en el mismo artículo que "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley".

En la Constitución histórica de 1853/60 se enunciaba el derecho*de* usar y disponer de la propiedad (art. 14) y se establecían ciertas garantías frente al poder estatal, básicamente en el art. 17. En la concepción liberal que aquélla había acogido, el Estado no aseguraba el acceso a la propiedad, aunque del entonces art. 67, inc. 16, y de los hoy incs. 18 y 19 del art. 75, pueden

destilarse obligaciones estatales en ese sentido. De hecho, el Congreso ha dispuesto, por ejemplo para favorecer la inmigración, políticas públicas para hacerla asequible. Con la sanción del art. 14 *bis* , sumado a aquellas normas, la Constitución reconoció el acceso a la vivienda digna, aunque esta disposición no ha sido aplicada con suficiente eficacia.

Para la Corte Suprema el concepto constitucional de propiedad reconoce una extensión mayor que en el campo de los derechos reales, por lo cual no se agota con el derecho de dominio y sus desmembramientos. En ese sentido, el Tribunal ha sostenido en "*Bourdieu* " que el término propiedad tal como se lo emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución, comprende todos los intereses que un hombre puede poseer, fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad y se integra con todos los derechos que tengan un valor reconocido, ya sea que surjan de las relaciones de derecho privado o de actos administrativos. En el caso, la Corte Suprema reconoció *derechos propietarios* derivados de los *adquiridos* al momento de la celebración de un contrato de concesión, el cual incluía la facultad de transferirlos porque, a la fecha de la concertación del acuerdo, tal derecho no estaba prohibido (259) .

Sin embargo, a pesar de la amplitud del derecho de propiedad y de los derechos adquiridos en virtud de un contrato privado o público, reconocidos por la Corte Suprema, estos derechos debieron soportar en el sistema jurídico argentino las mayores restricciones en razón del alegado bienestar general o de las situaciones de emergencia.

La admisión de esas mayores restricciones a los derechos propietarios debieron corresponderse, para no alterar los principios y valores constitucionales, con un mayor y más intenso control de razonabilidad. Sin embargo, el criterio preferido por la Corte Suprema fue el control más leve de la relación entre medios y fines y, en algunos casos, el de la proporcionalidad entre la restricción y el interés general protegido, sobre todo en materia de derechos sociales y derechos adquiridos. Constituye un caso paradigmático de lo anterior, el caso *"Chocobar* " (260) .

De todos modos, después de la crisis económico-financiera desatada en el país a finales del año 2001, la Corte Suprema produjo una sentencia que suscitó fuerte controversia, efectos político-institucionales de amplitud inusitada y en la que el Tribunal pareció abandonar el control débil de las normas de emergencia que restringían derechos económicos, en especial de propiedad y contractuales. En efecto, en el precedente*"Smith* " (261) el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del decreto 1570/01 —por medio del cual se establecieron restricciones muy severas a la disponibilidad, por parte de sus dueños, de los depósitos bancarios en diversas cuentas en el sistema financiero—. El decreto 1570/01 creó el sistema de la *bancarización compulsiva* —llamado "*corralito bancario"*— con el fin ostensible de impedir la libre disposición de diversos depósitos en el circuito bancario, pero admitiendo que esas sumas circulasen dentro del sistema financiero.

La Corte Suprema consideró que el decreto de marras —y las normas que se dictaron posteriormente— contenían tres tachas constitucionales: a) un exceso en el uso de facultades delegadas, ejercicio violatorio de los art. 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional en el modo en que se condicionó y

restringió *la libre disposición de la propiedad privada* de los particulares; b) una afectación de los derechos adquiridos, *al prescindir por completo de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de legislación anterior* , tal la que garantizaba la inalterabilidad de los depósitos, fortalecida por la posterior ley 25.466, que declaró la intangibilidad de aquellos; y c) irrazonabilidad de los medios elegidos para resolver la crisis, por la desproporción en las restricciones que *aniquilaban la propiedad* e irrazonabilidad en los instrumentos normativos empleados por el Estado para superar la emergencia (262) . Como se advierte, del fallo surge una protección fuerte del derecho de propiedad y un mensaje a los poderes políticos acerca de los límites que ellos no debieran traspasar. La sentencia, muy criticada por parte de la doctrina, de alguna prensa y de los sectores financieros, produjo efectos en cascada sobre la jurisprudencia de los tribunales inferiores que cuestionaron las medidas de emergencia, la afectación de los derechos y resolvieron protegerlos (263) .

Sin embargo, luego de iniciado el procedimiento de juicio político a varios miembros de la Corte Suprema que produjeron tres renuncias —d e los jueces *Nazareno, López* y *Vázquez* — y la remoción por el Senado del ministro *Moliné O´Connor* , el Tribunal en su nueva integración mudó la doctrina elaborada en el precedente *"Smith",* al sentenciar el caso "*Bustos* " y declaró, por mayoría, la constitucionalidad de la *pesificación* de los depósitos bancarios en un fallo que suscitó severos juicios y muchos interrogantes acerca del modo en que se conformaron las mayorías y acerca del alcance de lo decidido, sobre conflictos similares (264) .

Los cinco ministros que conformaron la mayoría en el caso "*Bustos* " entendieron que las alternativas que ofreció el Estado a los ahorristas para compensar el efecto de la pesificación de sus depósitos resultaban razonables, dada la grave emergencia que se vivía. Pero uno de los magistrados —el ministro *Zaffaroni* — consideró que toda la normativa de emergencia cuestionada fue constitucional y, además, *razonable* y *funcional* , aplicada a los depósitos mayores de setenta mil dólares. En otros términos, el ministro adelantó que consideraba *irrazonable* pesificar depósitos de hasta setenta mil dólares y, añadió, los setenta mil primeros dólares de los depósitos que no excedan las ciento cuarenta mil unidades de esa moneda (265) .

La sentencia de la Corte Suprema en "*Bustos* " fue resistida por los ahorristas, criticada por la doctrina e inaplicada por muchos tribunales del país. Jueces de las restantes instancias sostuvieron que de esa sentencia no emanaba una regla para todos los casos de los depósitos bancarios atrapados en el corralito financiero, en virtud de que el voto concurrente del ministro *Zaffaroni* completaba la mayoría legal exigida a la Corte Suprema para decidir en aquella causa, pero no constituía un precedente aplicable a los depósitos bancarios por setenta mil dólares o inferiores a esa cifra (266) .

La disputa acerca de cómo resolver la cuestión y los cambios en la integración de la Corte Suprema demoraron más de dos años el dictado de una nueva sentencia que resolviera el problema en todos los casos que habían quedado pendientes (267) . Por fin, el Tribunal dictó sentencia en el

caso "*Massa* ", como "cabeza del Poder Judicial de la Nación" con la intención de decidir "de modo definitivo las cuestiones largamente discutidas entre los depositantes y las entidades financieras" (268) .

La Corte Suprema encontró una fórmula concreta —dentro de la normativa de emergencia que declaró constitucional en las *actuales circunstancias* en las que decidió— para evitar el daño a los derechos *propietarios* de los deudores que entendió proteger mediante el reconocimiento de una tasa mayor de interés, recordando, en línea con su doctrina tradicional, que los derechos de propiedad no son absolutos (269) .

8. LIBERTAD DE CONTRATAR, SU RAÍZ CONSTITUCIONAL

La libertad contractual no está expresamente consagrada en el art. 14 de la Constitución Nacional, pero deriva del derecho de trabajar, comerciar, ejercer industria lícita, de disponer de la propiedad y aun de enseñar, porque para el ejercicio de ellos se requiere, en general, la celebración de contratos.

Como derecho implícito, la libertad contractual fue reglamentada por diferentes leyes, aunque los principios, alcance, protección y efectos de los contratos fueron obra del Código Civil de 1869. Como es sabido, y en aplicación de los principios liberales e igualitarios de la Constitución histórica, esa ley dispuso en el art. 1197 que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma (270) .

La libertad contractual —conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio— constituye una expresión de la autonomía de la voluntad para celebrar convenios o no hacerlo, fijar sus condiciones, modificarlas o extinguir el acuerdo. Como todos los derechos, está sujeto a limites legales impuestos por el Estado para preservar de daños a terceros —conforme al art. 19 de la Constitución Nacional— o a fin de asegurar el cumplimiento de funciones públicas indelegables, constitutivas del bienestar general. Los derechos que emanan de las cláusulas establecidas en los contratos —convenidas conforme a la legislación vigente— se incorporan al patrimonio en calidad de derechos adquiridos y, por tanto, están protegidas por las garantías de la propiedad establecidas en el art. 17 de la Constitución Nacional.

Tal como emana del precedente *Bourdieu* esa garantía de los derechos adquiridos se extiende, también, a los contratos "de concesión de uso de un bien de dominio público, *o de las que reconocen como causa una delegación del Estado en favor de particulares (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de canales, puertos etc.)* y están "tan protegidos por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio" (271) .

Sin embargo, para medir el alcance de protección de los derechos adquiridos, en los casos anteriores indicados en *Bourdieu* , deben tenerse en cuenta las diferencias que emanan de la contratación administrativa; de las

distintas épocas en que éstas se acordaron o anularon, por ejemplo, en las etapas en que produjeron *nacionalizaciones* o *privatizaciones* ; y las transformaciones normativas que esos fenómenos generaron, a fin de examinar el quicio en el que se ejercieron los derechos constitucionales. Más allá de la disputa acerca de si existe o no una categorización general de los contratos administrativos —cuestión interesantísima pero que me excede con creces— (272) es notoria la limitación a la autonomía de la voluntad impuesta al momento de la celebración de los contratos administrativos; de la existencia de las tan controvertidas *cláusulas exorbitantes* —cuando se las postulan *implícitas* — que evidencian una particular desigualdad en beneficio de la administración por motivos de interés público. Claro que el interés público puede concebirse integrado por varios componentes, tales como los intereses de consumidores y usuarios, y de los contribuyentes; la libertad de empresa; el equilibrio fiscal; en fin, la competitividad externa e interna (273) . No obstante, desde la perspectiva constitucional, el equilibrio entre todos ellos no debe desatender a la parte más débil de la ecuación, sobre todo cuando los usuarios son clientes cautivos de monopolios legales. En ese sentido, la previsión establecida en el art. 42 de la Constitución Nacional garantiza a usuarios y consumidores el derecho a ser oído, precisamente, por esa situación de debilidad en que se encuentran.

El ejercicio de los derechos contractuales también puede sufrir restricciones mayores por causa de emergencias graves. Por ejemplo, durante una guerra o cataclismo de la naturaleza podrían establecerse cupos de provisión de alimentos, precios máximos de mercancías de primera necesidad, siempre que la restricción se dispusiese por plazo determinado, hasta el cese de la emergencia o hasta que se atemperen sus efectos. Pero, tanto las reglamentaciones ordinarias como las extraordinarias impuestas en razón de crisis graves de diversa naturaleza deben ser razonables y no autorizan —ni durante el estado de sitio— a aniquilar o desconocer los derechos.

Dado que muchas de las emergencias tienen origen o efectos económicos y financieros, los derechos que se ven afectados en primer lugar son los propietarios y los contractuales. De ello no se sigue que la libertad contractual no constituya un *auténtico* derecho constitucional. En ese sentido, la Corte Suprema ha dicho que "...el derecho de propiedad que emerge de un contrato de préstamo es igual*, del punto de vista constitucional* , al que se tiene sobre una cosa o un campo, u otra cosa cualquiera..." (274) . En consecuencia, estimo que la facultad de disponer libremente de los fondos invertidos o depositados en entidades financieras, como bien lo sostuvo la Corte Suprema en el caso "*Smith,* constituye un derecho constitucional, (275) porque los contratos celebrados están amparados con la garantía de la propiedad, aunque aquellos derechos hayan sido reglamentados por el Código Civil o el Código de Comercio. Ello así, del mismo modo en que la protección de la *intimidad* —no mentada en el art. 19 de la Constitución Nacional— fue reglamentada por el art. 1071 bis del Código Civil. En efecto, si por vía de hipótesis, una persona celebrara un contrato de publicidad en virtud del cual trabajara como modelo y, luego, la contraparte difundiese arbitrariamente fotos que están en los bordes de lo convenido, el afectado podría fundar su

reclamo en la eventual violación del contrato y del art. 19 de la Constitución Nacional, al mismo tiempo (276) .

En esos casos cabe la intervención del Estado Federal, a través de la sanción de los códigos sustantivos o de la acción de las provincias, en virtud del ejercicio del poder de policía de salubridad, moralidad y seguridad.

Por otra parte, y desde muy antiguo, la Corte Suprema admitió las restricciones referidas a los contenidos contractuales, establecidas en el Código Civil, aunque las condiciones fijadas por la ley no constituyeran ilícitos penales. Así, rechazó un planteo de inconstitucionalidad del art. 1505 de aquel Código, que prohibía la celebración de contratos de arrendamientos por un plazo mayor a diez años. Sosteniendo la constitucionalidad de la norma cuestionada, el Tribunal dijo que dentro del poder reglamentario del Estado, cabían todas las restricciones y disposiciones impuestas por los intereses generales y permanentes de la sociedad (277) . En este sentido, las restricciones acerca de los contenidos y modos de los contratos pueden ser más intensas, si el convenio se celebra en condiciones de desigualdad entre los contratantes o en situación de monopolio natural o legal de la actividad o prestación del servicio acerca del cual se contrata (art. 42, C.N.). En coincidencia con ello, el Proyecto de Código Civil unificado con el Comercial, ratifica como principio constitucional la autonomía de la voluntad pero reconoce la diferente aplicación que ese principio tiene, por ejemplo en los megacontratos, y excluye de la regulación del Código los derechos de usuarios y consumidores reconociendo la especificidad que éstos tienen (278) .

Pero, sin duda y como se dijo, los problemas mayores que afectan la libertad contractual están relacionados, en primer lugar, con la intervención estatal en la vida y en el desarrollo del contrato *una vez celebrado* y, en segundo término, con la eventual obligación de contratar o de imponer las personas con las cuales se ha de contratar.

La primera cuestión fue resuelta por la Corte Suprema en *"Ercolano"*(279) . En este caso, el Tribunal admitió la afectación de contratos ya celebrados por razones de emergencia habitacional, mediante sendas leyes que prorrogaban los plazos de las locaciones destinadas a viviendas o comercios y que congelaban los precios de los arriendos (280) . La Corte Suprema, para avalar la restricción a los derechos contractuales y propietarios, dijo que los dueños de los inmuebles dados en alquiler, aunque no constituían un monopolio real, habían generado un *monopolio virtual* , con todos los efectos de aquél, lo cual parecía sujetarlos a una mayor regulación (281) . Quizás el punto vulnerable de la sentencia de la Corte Suprema sea el débil examen de razonabilidad que efectuó, pues circunscribió el control a un análisis de medios y fines: consideró que el fin era legítimo y existía un vínculo razonable entre los medios elegidos por el legislador y el fin perseguido, y ello le bastó.

La crisis habitacional que llevó al Poder Legislativo a restringir derechos contractuales y propietarios concernía a un sector social. Sin embargo, por la entidad de los intereses en juego, en *"Ercolano"* , el Tribunal consideró que se trataba de proteger un interés general.

Varias décadas más tarde, una crisis económica, de tal porte que —a criterio de la Corte Suprema— ponía en peligro la subsistencia de la Nación y del Estado, dio paso a restricciones contractuales dispuestas por medio de un decreto de necesidad y urgencia. Así, en el caso *"Peralta"* la Corte Suprema consideró constitucional la modificación de contratos celebrados entre particulares e instituciones bancarias por la cual se canjearon depósitos en moneda nacional por títulos de la deuda pública, dispuesta por un decreto de necesidad y urgencia, antes de que éstos decretos fuesen incorporados a la Constitución Nacional como atribución excepcional del presidente de la Nación (282) . De todos modos, el Tribunal efectuó un control de razonabilidad más intenso que en *"Ercolano"* examinando la relación de los medios elegidos por la norma y los fines de ésta; la proporcionalidad de las medidas y el tiempo de vigencia de ellas; y la inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados (283) . Desde luego, aunque en casos de decretos de necesidad y urgencia los controles deben ser más estrictos por imperio de la excepcionalidad de la atribución presidencial, del mismo modo, estimo, que ese criterio del examen más intenso debe emplearse por los tribunales cuando la restricción al derecho sea muy amplia.

Más adelante, el 3 de diciembre de 2001, el Poder Ejecutivo nacional emitió el ya mencionado decreto 1570/01 inscripto en la larga serie de normas de emergencias —leyes, decretos autónomos, decretos delegados, decretos de urgencia— dictadas con el fin de hacer frente a la crisis financiera —*corrida* bancaria, déficit fiscal, vencimientos de una monumental deuda pública, problemas de entendimiento con organismos internacionales de crédito— que atenazaba al país. El decreto 1570/01 dictado, según sus fundamentos, en uso de las atribuciones conferidas al presidente de la Nación por el art. 99, incs. 1, 2 y 3 de la Constitución Nacional, afectó sensiblemente los derechos constitucionales emergentes de contratos financieros, al modificar el modo de disposición de los fondos depositados en moneda nacional y en moneda extranjera (dólares norteamericanos). La declaración de inconstitucionalidad de esas disposiciones originó la sanción de varias otras normas, las cuales, además de intensificar las restricciones a los derechos propietarios y contractuales, afectaron la defensa en juicio, la igualdad y la equidad. Los tribunales de grado en el orden nacional y local —y algún tribunal superior de provincia— declararon inconstitucionales e irrazonables esas medidas que incluyeron la *pesificación* asimétrica y retroactiva de deudas y créditos, originariamente constituidos en dólares norteamericanos, y extendieron los plazos de devolución. La desusada cantidad de normas dictadas —verdadero desborde legislativo— generó una auténtica emergencia jurídica que, a mi modo de ver, rebasó el problema concreto de la afectación de los contratos.

En efecto, la sentencia de la Corte Suprema dictada en el caso "*Smith* " alentó a miles de ahorristas a interponer amparos y medidas cautelares. Además del previsible atolladero producido en los tribunales, (284) la resistencia de los afectados y las decisiones de los tribunales acogiendo los reclamos —siquiera en la procedencia de medidas cautelares— presionaron

al gobierno de tal modo que éste se vio obligado a modificar permanentemente las medidas que disponía (285) .

La protección constitucional de los contratos en el derecho argentino y las libertades que de ellos emergen fue reconocida de modo expreso en algunos de los votos de los ministros de la Corte Suprema en el caso "*Massa* ". En palabras del juez *Lorenzetti* "...la libertad de contratar, de competir, de configurar el contenido de un contrato, constituyen una posición jurídica que [la] Corte deber proteger como tribunal de garantías constitucionales". Para el magistrado constituye "...regla de interpretación que todo aquel que pretenda restringir un derecho de propiedad constitucional tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión. Este es el efecto jurídico preciso de la calificación del contrato dentro del concepto de propiedad constitucional, ya que la regla es la libertad, mientras que toda limitación es una excepción que debe ser fundada*"*(286) . De su lado, la jueza *Argibay* admitió la interferencia estatal sobre los contratos —en casos de emergencias probadas— sólo acerca del plazo y la disminución de la renta, siempre que se dejara sin alterar la sustancia del derecho (287) .

Sin embargo, según lo dispuso más tarde la Corte Suprema en "*Rinaldi* ", la declaración de emergencia económica y la devaluación de la moneda nacional, ambas imprevisibles e inevitables, admiten la recomposición del mutuo hipotecario celebrado entre particulares con destino a vivienda única y familiar, basado en la excesiva onerosidad sobreviviente, en la frustración del fin del contrato y la afectación de derechos fundamentales. En el caso, la Corte consideró, en especial, el derecho a la vivienda digna (art. 14 *bis* de la Constitución Nacional) y la situación de los deudores hipotecarios por sumas inferiores a los cien mil pesos, en una aplicación de la teoría del esfuerzo compartido ante la gravedad de la emergencia padecida, ponderando la situación del que consideró la parte más débil del contrato -los deudores hipotecarios- en las particulares circunstancias de la causa (288) . Según lo decidido, los deudores debían cancelar la deuda pagando por cada dólar recibido en préstamo, un peso más el 30 % de la diferencia entre esa paridad y el valor del dólar en el mercado cambiario, más el 2,5 % de interés anual.

La regla circunscripta y limitada, que emanó del caso "*Rinaldi* " arriba reseñado, no fue mantenida por la Corte Suprema en "*Longobardi"* . La decisión tomada por mayoría, extendió la pauta de la recomposición de un mutuo hipotecario según el principio del esfuerzo compartido a deudas que no tenían por objeto la adquisición o la reparación de la vivienda única familiar ni eran menores a los cien mil dólares (289) . Con una mayoría ajustada de cuatro jueces, la Corte resolvió —por aplicación de la teoría del esfuerzo compartido— que el deudor hipotecario que había caído en mora antes de sancionada la normativa de emergencia, debía devolver la suma resultante de convertir la deuda original en dólares a razón de un peso por dólar, con más el 50 % de la brecha existente entre el peso y la cotización del dólar en el mercado, tipo vendedor, al día del pago —salvo que del coeficiente de actualización establecido en la normativa de emergencia resulte una suma mayor— y con más el 7,5 % de interés anual, no capitalizable, entre moratorios y punitorias desde la mora hasta el pago. En el voto que encabezó

la sentencia se dijo que habiendo aceptado la grave perturbación económica, social y política padecida por el país, no existía razón decisiva para que se limitara a los préstamos para vivienda única y familiar la aplicación del criterio del esfuerzo compartido, a fin de reestablecer el equilibrio de las prestaciones a través de una distribución de las cargas (290) .

Como se advierte, la Corte Suprema admitió la revisión legal y judicial del contenido del mutuo hipotecario y estableció criterios de equidad, más y menos gravosos, para establecer el equilibro en las contraprestaciones, según fuese el destino del crédito.

El segundo problema sustantivo que afecta la libertad contractual se suscita cuando se impone la obligación de contratar o cuando se obliga a contratar a determinadas personas. La Corte Suprema aplicó, también en esta hipótesis, la regla según la cual es posible restringir más intensamente el derecho de que se trate, cuando suceden emergencias sociales y laborales. De ese modo convalidó en*"Cine Callao* ", normas sancionadas en diferentes épocas, las que imponían —a empresarios cinematográficos— la obligación de contratar artistas de variedades en virtud de la desocupación que afectaba al sector (291) . La solución a la que llegó la Corte Suprema es a todas luces cuestionable, pues aunque el fin de las normas fuera legítimo, las medidas restrictivas recayeron en otro sector de la población —por añadidura minoritario— que no había provocado la emergencia (292) .

Ahora bien, si es cuestionable la obligación de contratar o imponer las personas con las que se ha de contratar existiendo medios alternativos, durante las emergencias, resulta mucho más irrazonable aquella imposición aplicada como política pública para atender funciones esenciales del Estado sin mensurar los efectos que esas políticas pueden producir sobre las mismas personas que se quiere proteger. Tal el caso suscitado con la sanción de la ley 24.754, en tanto dispuso que las empresas o entidades de medicina prepaga debían cubrir en sus planes de cobertura médico-asistencial, como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales (293) . El medio elegido, que imponía contratar la cobertura médica de determinadas enfermedades a *cualquier* entidad privada sin medir *tamaño* ni *costo* de las cuotas, no pasa un *test* de razonabilidad en términos de proporcionalidad y medios alternativos. Sobre todo si no se mide el impacto sobre los asociados que eventualmente no pudieran pagar las cuotas de una institución que consideran satisfactoria y les presta un servicio médico acotado, pero conveniente de todos modos (294) . La Corte Suprema examinó la cuestión en el caso *"Hospital Británico c. Ministerio de Salud y Acción Social"* y, rechazando la inconstitucionalidad de la ley citada, alegada por la amparista, sostuvo que no es suficiente afirmar que determinadas disposiciones legales afectan la libertad de contratar o que el costo de la cobertura médica que esas normas imponen es exorbitante, si esos extremos no se acreditan (295) . Como se advierte, la Corte puso la carga de la prueba de la existencia y extensión del perjuicio, en la actora que proponía el agravio, es decir, en los hechos se presupuso la razonabilidad de la imposición de contratar en razón del derecho a la salud implicado.

En la misma fecha en que resolvió el caso "*Hospital Británico c/ Ministerio de Salud y Acción Social"* , la Corte Suprema, compartiendo los fundamentos del Procurador General hizo lugar por mayoría a una queja, consideró admisible la vía del amparo interpuesta y condenó a la demanda —Omint S.A. de Servicios— a *reincorporar* al actor al servicio médico prepago, en los mismos términos y con el mismo alcance previsto en el contrato *rescindido unilateralmente*(296) . Sin embargo, aunque en ambas contiendas estaban en juego los lindes de la libertad contractual y el alcance del derecho a la salud, los conflictos diferían sustancialmente. En efecto, en "*Hospital Británico* ", la actora pretendió la declaración de inconstitucionalidad de una ley que le imponía cubrir determinadas prestaciones médicas, en los contratos ya celebrados y que celebrara en el futuro. Demandaba, pues, al Ministerio de Salud. En cambio, en *"E., R. E. c/Omint S.A. de Servicios"* , la controversia se había suscitado entre quien había gozado de las prestaciones de salud brindadas por la demandada —durante un lapso de cinco años— y la empresa de servicios prepagos, quien se negaba a continuar con la prestación. La relación que unía al actor con la demandada tenía sus peculiaridades. Sin embargo distaba de ser excepcional y, por el contrario, constituía una práctica entonces habitual mediante la cual una empresa celebraba acuerdos con una entidad privada de salud, a fin de que ésta cubriera las prestaciones a sus empleados en relación de dependencia, en aquella materia. El costo del servicio de salud que se brindaba podía cubrirse por la empleadora, por los empleados o por ambos, descontándose, en las dos últimas opciones, el monto pertinente de las retribuciones percibidas por el trabajador.

En *"E., R. E. c/Omint S.A. de Servicios",* el actor primero gozó de los servicios de salud que brindaba la demandada, como un anexo de la retribución que percibía de la empresa con la que mantenía relación de dependencia. Luego, los servicios que prestaba el amparista a su empleadora se efectuaron por medio de otra entidad, no obstante lo cual la ex empleadora continuó otorgándole la cobertura de salud a través de Omint S.A, hasta que aquélla comunicó a ésta, el cese de su relación con el actor. Fue entonces que al pretender el demandante pagar personalmente la cuota de prestación de servicios de salud a Omint S.A., ésta alegó que los servicios médicos los recibía por su relación con la empresa; que finalizada esa relación cesaba su derecho a la cobertura sanitaria, y que rechazaba una nueva inscripción a título personal por parte del amparista.

En el caso se trataba, entonces, del alcance de la relación contractual —si es que la había— entre demandante y demandada, y de las obligaciones contractuales de las empresas de medicina prepaga. La Corte Suprema, haciendo suyo el dictamen del Procurador, sentó dos reglas sobre la cuestión las que, a mi modo de ver, respetaron los derechos constitucionales en materia contractual porque corrieron el velo sobre la relación que efectivamente existía entre las partes aplicando, a ellas, el régimen de defensa del consumidor. En efecto, sostuvo el Tribunal que "la aceptación por el beneficiario del contrato de medicina prepaga celebrado por su ex empleador obliga a la empresa prestadora como si el afiliado hubiera contratado directamente el servicio, puesto que resulta aplicable al caso la

figura de la gestión de negocios". Sentado ello, para la Corte Suprema, "las empresas de medicina prepaga no pueden negar intempestivamente las prestaciones contractuales pactadas ni las que surgen de la ley, si el afiliado cumple en forma regular con el pago de la cuota, pues lo contrario atentaría contra el imperativo de permanencia y continuidad de la prestación médica —*derivado de la naturaleza previsional que tiene el servicio* — así como de los estándares de buena fe y moral y buenas costumbres". En consecuencia, la negativa de la actora a continuar con la prestación lucía irrazonable, sobre todo si se considera —como se puso de resalto en la causa— que la prestadora obligada a brindar cobertura a la enfermedad del HIV, tiene por ello, exenciones referidas al pago de determinados impuestos (297) .

Finalmente, debe señalarse que el derecho constitucional a no contratar puede verse afectado según se interprete el deber de no discriminar o el empleo de acciones positivas a favor de minorías o grupos considerados minorías culturales aunque no de hecho (298) .

Con motivo de la sanción de la ley 23.592 contra la discriminación (299) se planteó el problema del sujeto obligado a no discriminar, dado que el art. 1º de la ley no distinguía entre funcionarios públicos y personas privadas. Se sostuvo, con razón, que no todas las diferenciaciones tenían un fin irrazonable o persecutorio. Por ejemplo, en el caso de que un colegio judío o católico eligiera profesores de esas respectivas religiones por ser, el colegio, confesional y tener entre sus fines, transmitir las mencionadas cosmovisiones religiosas. En todo caso, el Estado liberal no está en posición de imponer el deber de contratar —en el ámbito privado y siempre que se trate de lugares públicos— o de asociarse unos con otros, pero sí de promover —a través de la educación, de campañas publicitarias, de desgravaciones impositivas o incentivos diversos— la mayor igualdad social. Desde luego, menos puede el Estado imponer a los particulares cupos de cualquier naturaleza, excepto que se trate de la prestación de servicios públicos dados en concesión, o en los casos en que el particular reciba subsidios o aportes estatales y como condición para el otorgamiento de ellos.

9. Derecho de peticionar a las autoridades

Este derecho incluye el de presentar solicitaciones de todo tipo ante los poderes del estado, los denominados órganos extrapoderes, los organismos descentralizados y desconcentrados de la administración pública y los prestatarios de los servicios públicos. No implica el derecho a obtener lo peticionado pero sí una respuesta —aunque sea negativa— del Poder Judicial y de la Administración Pública que incluye al Poder Legislativo cuando ejerce función administrativa y, como dije, a los servicios públicos dados en concesión. Por aplicación del principio de razonabilidad y del sistema republicano, la respuesta debe ser *motivada* en los hechos y circunstancias que impulsan la petición o que la deniegan y *fundada* en las normas vigentes.

A más, el art. XXIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dispone que "toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y de obtener pronta respuesta".

Las audiencias públicas constituyen un modo eficaz —de jerarquía constitucional a partir de la sanción de los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional— de peticionar a las autoridades y de ser escuchados por ellas. Desde luego, las peticiones, quejas, sugerencias, modificaciones —y hasta oposiciones a determinadas políticas— deben efectuarse en las audiencias públicas respetando a las personas que deben recibirlas —a utoridades, en general— y los bienes y edificios donde aquellas se celebren. Se trata de proponer, escuchar, debatir. Por eso, es condición necesaria de la operatividad de las audiencias tanto la educación y consideración mutuas de quienes participan, como el bloqueo de cualquier digitación que intenten las autoridades, los intereses de todo tipo, o ambos (300) .

El derecho a peticionar a las autoridades encuentra su límite en el art. 22 de la Constitución Nacional que impide titularse a sí mismo representante del pueblo para requerir acciones de los poderes públicos.

Sin embargo, son admisibles las peticiones colectivas, aunque en el precedente *"Oberdan Caletti* " la Corte Suprema sostuvo que no constituía una regulación irrazonable —y en consecuencia no violaba el derecho a peticionar a las autoridades— la establecida en el reglamento interno de un colegio que prohibía a los profesores peticionar colectivamente, siempre que lo pudieran hacer en forma individual (301) . La disciplina interna alegada para mantener la decisión, no parece suficientemente fundada, salvo en el hecho de tratar de disuadir a los docentes de presentar su petición, lo que resulta claramente inconstitucional.

Por otro lado, el Tribunal relacionó con acierto el sistema republicano y el derecho a peticionar a las autoridades para dejar sin efecto una sanción de prevención impuesta a un letrado patrocinante, en el proceso en que intervenía. Dijo la Corte Suprema que enumerar, sin emplear un lenguaje ofensivo, ciertos hechos que servirían para acreditar presuntas irregularidades en la administración de justicia, aunque no hayan sido probadas, constituía el ejercicio de aquel derecho de peticionar (302) .

10. Gestión de intereses. La reglamentación del lobbying

Los grupos de interés suelen usar la cercanía con el poder estatal que les proporciona su propia actividad económica, cultural o religiosa, para peticionar la satisfacción de las demandas que convienen al sector que integran. Cuando esas solicitudes se expresan por los carriles institucionales, de modo público y sin ejercer presiones indebidas, constituyen el ejercicio legítimo del derecho de peticionar.

En general, en las repúblicas democráticas, ese tipo de solicitudes se formulan ante el Poder Legislativo dado que éste reglamenta los derechos

constitucionales, crea los impuestos, otorga subsidios o privilegios de estímulo, diseña las políticas públicas que afectan de modo positivo o negativo a los grupos de interés. También pueden presentarse ante el poder constituyente reformador (303) .

En los Estados Unidos, la actividad de profesionales o*lobbistas* está reglamentada y existen registros de quienes se dedican formalmente a esa tarea ante los miembros de Congreso. La denominación *lobby* , proviene del lugar —los pasillos cercanos a los despachos de los legisladores que están librados a la circulación del público— en que los *lobbistas* abordan a representantes y senadores. En realidad, y de acuerdo a la modalidad de cada profesional, los *lobbistas* solicitan audiencias en las que intentan persuadir a los legisladores acerca de la conveniencia —para el sector y la sociedad en su conjunto— del voto que reclaman. Suelen entregar informes, notas, trabajos de investigación que demostrarían la razonabilidad y equidad de lo que demandan. La particularidad de estos profesionales en los Estados Unidos es que representan un interés concreto y muy puntual. Se diferencian de las corporaciones en que éstas suelen ser pocas y concentran una cuota muy significativa de poder económico o financiero, lo cual dificulta el arbitraje entre intereses que el Estado debe ejercer en una sociedad democrática y plural. Cuando los intereses son múltiples y diversos tienden a controlarse entre sí, favorecido ello por la publicidad con que se desenvuelve toda la actividad. Por cierto, esa circunstancia no ha impedido el uso deshonesto de la influencia.

En la República Argentina, las expresiones *lobby* y *lobbista* suelen emplearse popularmente para significar el tráfico de influencias, la presión espuria sobre el gobierno y la consecuente corrupción administrativa. Quizás, porque las interrupciones constitucionales y la concentración del poder político en los gobernantes militares enderezaron las *peticiones* hacia el Ejecutivo y sus burocracias técnicas es que, en el país, aquella actividad y aquellos solicitantes no gozan de buena fama. De todos modos, a pesar de las rutinas democráticas consolidadas y expresadas en primer lugar en la realización de elecciones periódicas, el *lobby* ilegítimo suele proliferar si el Estado es débil y sus instituciones carecen de prestigio social y, por ende, del sostén de la opinión pública. Bajo esas circunstancias, ya no se trata de las solicitudes que formulan las corporaciones, o de la cooperación internacional que prestan los intereses a los funcionarios gubernamentales, por ejemplo, para la apertura de mercados a los productos del país, sino "de la alta frecuencia con las que se reciben [en el gobierno] propuestas de decretos casi elaborados a los que sólo les resta ser firmados" (304) .

Por otro lado, también suele identificarse la práctica del *lobbying* con los *operativos de prensa* , mecanismos, éstos, mediante los cuales los intereses ponen en circulación informaciones sesgadas o rumores de todo tipo para establecer un estado de opinión, para medir el efecto que producen esas supuestas noticias o para presionar, directamente, sobre quienes toman las decisiones públicas. Como se advierte, esta rutina muy frecuente aún en democracias consolidadas, se acerca más a la presión indebida —en

ocasiones utilizada en las llamadas *campañas electorales sucias* — que al cabildeo (305) .

La eventual reglamentación del *lobbying* en la República Argentina enfrenta el problema generado por el hecho de que las cuestiones sustantivas quedan en manos del Poder Ejecutivo, en virtud del uso de los decretos de urgencia, de decretos los delegados o de los decretos de promulgación parcial de leyes, que el presidente emite, en ocasiones, impulsado por los intereses que operan en el país o en el exterior. Muchas de esas pretensiones se formulan públicamente ante la prensa —mediante reportajes o solicitadas— y son las menos peligrosas porque a ellas, en caso de que entorpecieran el ejercicio de otros derechos, puede respondérseles con similares requerimientos. Por el contrario, las solicitaciones que afectan la calidad de la democracia son las que no se informan a la opinión pública o que, filtradas a ésta, son desmentidas, desconociéndose los términos de lo gestionado por los grupos de interés y de lo concedido por el poder público.

Algunos proyectos —relacionados con el acceso a la información que produce el Estado— proponían la creación de un registro de visitas a los funcionarios públicos, a fin de seguir el rastro de eventuales actos posteriores que perjudicaran a un sector específico, o al bien público en general, en beneficio de intereses particulares, o que implicaran algún grado de corrupción. Aunque la idea va en dirección de la publicidad de los actos de gobiernos —propia del sistema republicano— debe considerarse que el Poder Ejecutivo tiene una *prerrogativa de confidencialidad* —como titular y jefe de uno de los poderes del Estado— sobre las reuniones preparatorias de las decisiones que eventualmente tome, para examinar y discutir con sus colaboradores y con los funcionarios de la presidencia —e n la mayor libertad— a fin de arribar a las mejores soluciones. La fundamentación jurídica de esa prorrogativa se encuentra en la división de poderes, pues en caso de que se deniegue la información, el particular o la organización social requirente, podrían demandar al Poder Ejecutivo ante los tribunales y, éste, invocarla. De otro lado, garantiza el *privilegio de confidencialidad* la exigencia de eficacia en la toma de decisión. Desde luego, la prerrogativa no podría ejercerse sobre los actos administrativos preparatorios y cedería ante la comisión de delitos y la necesidad de esclarecerlos, o ante la defensa de derechos de terceros (306) .

Sin embargo, el entonces presidente de la Nación, *Néstor Kirchner* , entendió necesario reglamentar —siquiera parcialmente— la gestión de intereses ante el Poder Ejecutivo Nacional, a fin de lograr una mayor transparencia en la actividad pública. En ese sentido, el Decreto 1172/03, dispuso que todos los funcionarios integrantes del gobierno nacional, incluido el presidente, deben difundir todas las reuniones relacionadas con la gestión de intereses particulares, antes y después de celebradas, con los temas tratados y el resultado de los encuentros. A tal fin deben darse a conocer esas informaciones por Internet y cada organismo debe organizar su propio Registro de Audiencias Públicas (307) . La medida luce adecuada como control del poder político y de los poderes sociales y económicos y no perturba de modo alguno la toma de decisión del presidente de la Nación,

dado que no le impide —si lo considera necesario— analizar en reserva con sus colaboradores —ministros, secretarios de Estado, consejeros— cuestiones delicadas en todas sus implicancias. Ello, siempre que se le aplique rigurosamente.

11. Derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional

En principio, el reconocimiento de la libertad de ingresar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional se reconoce a los habitantes del país. El ingreso de extranjeros puede ser legítimamente reglamentado en razón de los intereses o necesidades sociales, definidos por el Congreso en sus políticas públicas.

La libertad de locomoción, como todos los derechos, no es absoluta en su ejercicio. No obstante, requiere que las eventuales reglamentaciones que se dicten sean extremadamente cuidadosas para no vulnerar los derechos que la integran —entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional— ni directa ni indirectamente. La negativa a entregar el pasaporte, o exigir por él un precio muy alto; o demoras injustificadas para otorgarlo; o requisitos de entrada y salida discriminatorios, constituyen modos de cercenar esos derechos.

El derecho a salir de un país, propio o ajeno, constituye uno de los criterios para evaluar cuán democrático es un Estado. Varios Tratados de Derechos Humanos garantizan la libertad de locomoción. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que "toda persona que se halle *legalmente* en el territorio de un Estado, tendrá derecho a *circularlibremente* por él y a *escoger libremente en él su residencia*(308) ; que toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive el propio (309) ; y que nadie podrá ser *arbitrariamente privado* del derecho a *entrar en su propio país*(310) . No obstante, el mencionado Pacto admite *restricciones* a aquellos derechos bajo condición de que estén *previstas en la ley* y sean *necesarias* para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean *compatibles* —las restricciones— con los demás derechos reconocidos en el Pacto (311) . Como se advierte, en aquel Tratado se reconocen tanto los derechos como sus limitaciones, pero, éstas, deben pasar el *test* de razonabilidad, además de ser establecidas respetando el principio de legalidad, principio que conforme a la Opinión Consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —interpretando el art. 30 de la Convención Americana— exige la sanción de una ley en sentido formal, emanada del Poder Legislativo, *democráticamente elegido,* y bajo los procedimientos establecidos por la Constitución del Estado parte de que se trate (312) .

En igual sentido, se expidió la Convención Americana de Derechos Humanos, tratado que al referirse a las restricciones permitidas a aquellos derechos, las admite en la *medida indispensable en una sociedad democrática* para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad o el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás (313) . De su lado, la Convención sobre los Derechos del Niño, garantiza los derechos de tránsito de éstos en función de las relaciones familiares y a fin de protegerlos de traslados o retenciones ilícitas en el extranjero (314) .

El derecho de tránsito o locomoción implica la facultad de fijar domicilio personal o comercial donde se quiera; trasladarse e instalarse cuantas veces se quiera, circular libremente por el país, en los ámbitos públicos. Desde luego, este derecho no faculta a violar las leyes que protegen la propiedad privada ni los espacios públicos —que son de disfrute general— con instalaciones comerciales o industriales no autorizadas. Como se advierte, es un derecho que puede reglamentarse y hasta prohibirse su ejercicio en lugar determinado. Por ello, tal reglamentación es susceptible de un control de razonabilidad mayor en el que se efectúe el balance de la importancia del interés social protegido frente al derecho restringido, aun durante el estado de sitio.

Las restricciones al derecho de transitar en todas las formas arriba señaladas provienen del poder estatal quién esta atribuido para reglamentar ese derecho respetando los principios de legalidad, de razonabilidad y de no discriminación.

Sin embargo, como en tantos otros derechos, el libre tránsito puede entorpecerse o bloquearse por la acción de personas, grupos más o menos espontáneos, o asociaciones de diverso tipo que ejercen el derecho de peticionar, manifestar opiniones o protestar. En estos casos, pueden llegar a vulnerarse derechos legítimos de terceros ajenos a la protesta, o generarse conflictos internacionales si la obstrucción al tránsito se emplea en rutas, puentes o vías de agua internacionales. En la hipótesis, la acción del Estado debe equilibrar los derechos en juego pues, de lo contrario, éste podría incumplir sus deberes y responsabilidades internas e internacionales, por vía de omisión.

12. TASAS Y PEAJES

Las tasas por servicios de aeropuertos o puertos no son inconstitucionales siempre que no tengan por objeto impedir o dificultar la salida del país, ni lo son los peajes aplicados a la construcción de rutas y caminos y su conservación, siempre que existan vías alternativas de acceso y tránsito gratuitas, aunque resulten menos convenientes, y aquéllos estén destinados al costo o mantenimiento de las vías de circulación.

Aunque se ha sostenido que resulta imposible resolver nítidamente la naturaleza jurídica del peaje —si constituye o no un tributo— también se ha

reconocido que "el pago del peaje es *voluntario* en el más estricto de los sentidos: existen en la realidad una gran cantidad de vías paralelas para quien no desee ingresar al tramo pagado de la autopista en cuestión, vías que, a pesar de que no requieren ser idénticas o similares a la concesionada, brindan, indudablemente, un servicio equiparable y gratuito..." (315) .

De su lado, la Corte Suprema ha sostenido por unanimidad —aunque con dos votos en concurrencia— la constitucionalidad del peaje. Sin embargo, el voto que hizo mayoría lo ubicó dentro de las contribuciones normadas en el art. 4 de la Ley Suprema en el entendimiento de que no resulta relevante para diferenciar al peaje de las otras contribuciones, el hecho de que el legislador predetermine con más precisión su destino contributivo. Al mismo tiempo, desestimó los criterios que denominó *meramente utilitarios* —para valorar la constitucionalidad del peaje— considerando *falsa* la idea de que la prosperidad general puede obtenerse por medios que vulneren los derechos individuales o la integridad del sistema institucional (316) . Sentado el principio, el Tribunal consideró que el peaje constituye una *contribución* que el legislador asocia a un proyecto suyo para la *construcción, conservación o mejora* de una obra en especial, que requiere, como tal, igualdad, equidad y proporcionalidad en relación a la población —pero no uniformidad— y exige que los obligados al pago estén, de algún modo, vinculados con aquella obra, *usándola* o *beneficiándose* de ella (317). En el caso en discusión, por tratarse del peaje por utilización de un canal navegable —Ingeniero Emilio Mitre— la Corte Suprema diluyó la obligación estatal de proveer de *vías alternativas gratuitas* para circular. En efecto, como el mismo Tribunal lo recordó, en un precedente anterior había sostenido que —para el cobro del peaje— no se requería la existencia de vía alternativa gratuita *equiparable* . En otros términos, y de acuerdo a esa doctrina, parecía necesaria la disponibilidad de otras vías de circulación, aunque fueran menos rápidas o menos cómodas de utilizar por los usuarios. Sin embargo, en *"Estado nacional c/Arenera El Libertador"* , la Corte Suprema pareció diluir los deberes estatales en ese sentido, a más de entender que, en el conflicto planteado, sí existían aquellas vías (318) .

En suma, resulta claro que el peaje no es en sí mismo inconstitucional —cuando cumple los requisitos de igualdad, equidad y proporcionalidad, y pago por quien usa la obra— ni deviene inconstitucional. En principio, resulta más razonable la existencia de*otras vías gratuitas alternativas* de circulación, aunque sean menos adecuadas por su estado de conservación o el mayor trayecto que demanden. Sin embargo, en algunas obras en particular, por lo onerosas que resultan, puede prescindirse de la vía alternativa gratuita, pues proveerla resultaría tan caro como la que se ofrece por el sistema de peaje, lo cual resultaría en un verdadero absurdo. Tal, el caso de los túneles o puentes sobre ríos que demandan construcciones de gran porte (319) .

13. LIBERTAD DE EXPRESIÓN(320)

13.1. Razón y fundamento de la libertad expresiva

En el sistema demoliberal identificado con la división del poder, el control de éste y la responsabilidad de los gobernantes, el valor de la libertad de expresión —en sus orígenes, emitida fundamentalmente por medio de la prensa escrita— se expande, para su justificación y sostén, por lo menos en tres direcciones (321) .

Constituye, en principio, uno de los derechos sustantivos, naturales e inalienables de la persona (322) . Integra, por ello, el haz de derechos-facultades de la primera generación del constitucionalismo desarrollado en el siglo XIX, que los reconoce anteriores al Estado y manifestación de la libertad más profunda de la criatura humana a expresar y comunicar —o no hacerlo— ideas, pensamientos, opiniones, críticas y hasta, donde la misma persona lo determine, el núcleo de su propia interioridad (323) .

Desde esta perspectiva, la libertad de expresión es uno más entre los derechos personales merecedores de protección constitucional. En consecuencia resulta posible armonizar su ejercicio con el de otros derechos a fin de no afectar a éstos intolerablemente, mediante reglamentaciones que limiten aquella práctica. En efecto, si la libertad de expresión constituye sólo un derecho personal igual que tantos otros reconocidos en forma expresa o implícita en las normas constitucionales, no parece sostenerse en fundamentos razonables el otorgamiento de una protección mayor en detrimento de otros derechos tales como la intimidad u honra de terceros afectados.

Pero, la libertad expresiva contiene un valor adicional, pues, además de fortalecer la libertad y la dignidad personales, favorece el descubrimiento de la verdad en cualquier ámbito y materia, mediante la práctica del libre debate.

Así pues, la segunda justificación de la libertad expresiva es de tipo social. Se basa en el provecho de la libre controversia para alcanzar la verdad sobre toda cuestión, y en cómo se fortalecen las ideas cuando éstas deben someterse al juicio crítico de los contradictores. Como lo señalara*J.S. Mill* , hay una gran diferencia en creer que una idea es verdadera porque no ha podido ser refutada cada vez que se la puso a prueba, y suponer que como es verdadera no debe permitirse la posibilidad de su refutación (324) . Como se advierte, este punto de partida implica la idea de que, al final, la verdad triunfa siempre aunque se la controvierta o descalifique y, precisamente, ello ocurre cuanto más se la confronte con el error (325) .

Esta argumentación, que implica la más amplia libertad de opinión, presupone la posibilidad real y efectiva de oír todas las argumentaciones con la misma amplitud, en un libre mercado de ideas donde todas circulen con idénticas oportunidades de ser confirmadas o refutadas. El problema es que resulta cuestionable aseverar que, en los hechos, es posible la existencia de un tal mercado de ideas y opiniones, competitivo y libre (326) .

Por fin, la defensa de la libertad de expresión en las repúblicas democráticas se sustenta en la necesidad de facilitar el debate acerca de las cuestiones de interés público y sobre las opciones políticas y partidarias que se presentan al ciudadano a fin de que éste forme su propio juicio, critique, enmiende, elija entre opciones o cree otras nuevas y, al hacerlo, fortalezca y perfeccione el sistema.

Esa capacidad de la expresión libre para favorecer el debido proceso democrático la hace acreedora de una mayor protección, la convierte en una libertad estratégica y preferida. Sin embargo, la precedencia de la libertad de expresión sobre los otros derechos está directamente vinculada a su valor estratégico para el resguardo de la democracia y en la medida en que sirva a su defensa (327) o funcione como herramienta para la propuesta de cambio social o político deseado por el pueblo (328) .

En particular la prensa —uno de los medios de comunicación tradicionalmente ligados a la comunicación política— cuando se expresa con libertad e independencia, contribuye a hacer visibles los problemas generados por los desaciertos del gobierno y a mostrar los excesos o desviaciones del poder y la directa relación de éstos con la mengua de los derechos. La influencia de la prensa libre ha sido decisiva en la formación del juicio público y en los eventuales corrimientos de la opinión electoral, razón por la cual suele generar resistencias y presiones gubernamentales y, en determinadas circunstancias, de los intereses sociales contrariados por la información y la crítica.

Por esa aptitud que tiene la prensa libre de controlar mostrando la realidad, el derecho a emitir opiniones e ideas políticas ejerciendo la crítica a los gobernantes y a los actos de gobierno estuvo directamente ligada a la construcción, conservación y desarrollo del estado demoliberal nacido en el siglo XIX (329) . En consecuencia de ello, la prensa fue caracterizada como uno de los espacios insustituibles y privilegiados del debate democrático y de la circulación de las ideas de todo tipo y de las ideas políticas en especial.

Así, se ha sostenido que la existencia misma de la prensa es condición necesaria de un gobierno libre (330) y que la prensa independiente configura uno de los principales indicadores para medir cuán democrática es una sociedad y cuán republicana es la organización y el ejercicio de su poder político y social. Al mismo tiempo, la funcionalidad de la libertad expresiva para el sistema democrático deriva de su capacidad para facilitar el debate y la controversia acerca de los cambios políticos y sociales deseados por el pueblo (331) . En este sentido proporciona uno de los ámbitos civilizados de expresión del conflicto social y sus posibles soluciones.

Así pues, la libertad expresiva se fundamenta en por lo menos tres tipos de razones: constituye un derecho natural y sustantivo de la persona —fundamento individual— facilita el descubrimiento de la verdad —fundamento social— y favorece el debido proceso democrático —fundamento político—.

13.2. La reglamentación constitucional de la libertad de expresión

Desde los inicios del proceso emancipador, la prensa fue considerada, en lo que sería la República Argentina, un instrumento de información del ciudadano acerca de la actividad del gobierno y de expresión de aquél para facilitar el control gubernamental.

Pueden señalarse los escritos de Mariano Moreno en *La Gaceta* facilitando la publicidad de los actos de gobierno y del control de éstos por parte de la ciudadanía, aunque, debe decirse, aquel periódico fue considerado, al mismo tiempo, una cátedra y un medio propagandístico del gobierno y de las ideas revolucionarias que entonces sustentaba (332) .

Aquel periódico fue un claro ejemplo de cómo la prensa puede configurar un instrumento ambivalente, aportando mecanismos de control del poder o facilitando, en cambio, los canales de expresión, publicidad y propaganda gubernamental. Los ejemplos son numerosos y muy notables en los sistemas autoritarios y de partido único, en los cuales la prensa es sólo un apéndice propagandístico del régimen. Pero el fenómeno de la prensa *adicta* o al menos complaciente también prolifera en los sistemas democráticos, al amparo del calor, la protección y la publicidad oficial.

Ahora bien, si la libertad expresiva es también un derecho personal, ninguna restricción jurídica debiera impedir a los medios de comunicación aquella opción progubernamental, más allá de las implicancias éticas de tal conducta y de los reproches morales que pudiera merecer (333) . Si se elige, asume y lleva a cabo en un contexto de libertad para los otros medios de expresión y sin el uso de privilegios deparados por el gobierno, el receptor del mensaje complaciente estará en condiciones de desdeñarlo y aun rechazarlo como fuente de información y opinión crítica. Funcionaría, en ese caso, la autorregulación inducida por la confianza pública o la pérdida de ella en el órgano de expresión. Desde luego, si no media un hecho extraordinario, la autorregulación inducida por pérdida de lectores u oyentes puede insumir un largo proceso, pero otra alternativa de control gubernamental o de los pares que no fuese voluntaria implicaría un paternalismo inconsistente con el sistema democrático.

En la Constitución histórica de 1853/60 en la Argentina, se reconoció a los habitantes del país el derecho a publicar las ideas por la prensa sin censura previa (art. 14) y se prohibió al Congreso Federal dictar leyes que restringieran la libertad de imprenta o establecieran sobre ella la jurisdicción federal (art. 32) (334) .

Al mismo tiempo, la Constitución histórica se refirió a la prensa en otras dos disposiciones más. Por la primera de ellas, mandó que, en el caso del veto presidencial a un proyecto de ley, al volver éste al Congreso, "las votaciones posteriores de las Cámaras, el nombre y fundamento de los sufragantes y las objeciones del Poder Ejecutivo se publicarán inmediatamente por la prensa" (335) . En la segunda norma dispuso que el *"resultado de la elección de presidente y vicepresidente y las actas electorales se publicarán*

enseguida por la prensa"(336) . Así, ambas referencias a la prensa estaban ligadas directamente a la publicidad de los actos de gobierno —el veto presidencial en el proceso de sanción de leyes— y a la constitución de una de las magistraturas del Estado, la presidencia de la Nación. Como se advierte, en el siglo XIX, la prensa constituía el vehículo preferido de información a la ciudadanía.

Sin embargo, pese a tan austeras menciones en la Constitución Nacional, el alcance de la libertad de expresión en general y de la libertad de prensa sin censura previa en particular, fueron, quizás, unos de los derechos constitucionales de la primera generación que recibieron mayor desarrollo jurisprudencial y debate doctrinario en la Argentina, en su doble configuración de derechos personales o humanos —más o menos intensa según el conflicto sucediese en épocas de normalidad institucional o bajo estado de sitio— e instrumento de la guarda del debido proceso democrático.

13.3. ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE CENSURA PREVIA

Tomando como punto de partida el texto de la Constitución Nacional relacionado a la prohibición de censura previa, resulta que ella está referida a la publicación de ideas por la prensa.

Surgen de ello, varias preguntas, ¿qué acciones implican censura previa? ¿A quién está dirigida la prohibición? ¿A todos los poderes del Estado, incluido el Judicial? ¿Cuál es el alcance del término *ideas* ? ¿La garantía alcanza a la publicación de informes o noticias, de imágenes y de sonidos? En suma, e incluyendo todos estos interrogantes, ¿la prohibición tiene carácter absoluto o relativo, dado que la protección está expresada en una norma que reconoce los derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio?

En sendos precedentes de la Corte Suprema se sostuvo, por algunos de sus ministros, que la censura previa implica la interrupción del proceso de comunicación, antes de que éste se haya desarrollado. En consecuencia de este criterio no deberían calificarse como actos de censura previa las responsabilidades ulteriores que pudieran corresponder, aplicadas en consecuencia de lo efectivamente publicado (337) .

De los numerosos casos en los cuales la jurisprudencia argentina trazó los alcances de la prohibición de censura previa, debe destacarse la sentencia recaída en el caso *"Verbitsky"* por la que se dejó sin efecto la prohibición judicial de publicar una solicitada de contenido político en la que se expresaba solidaridad con los jefes de la última dictadura militar en Argentina (1976-1983) (338) , dejando a salvo el derecho de los afectados —también de la persecución penal— para obtener responsabilidades subsiguientes a la publicación.

Después de las ratificaciones de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica) y del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* cabe sostener que, como mínimo, los otros

medios de comunicación —radio, cine, televisión, publicidad, propagandas callejeras e internet— están amparados, por interpretación extensiva, con similar alcance que la prensa (339) . Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 las disposiciones de ambos pactos adquirieron jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, por lo cual, no cabe duda, el reconocimiento dado por la Constitución Nacional a la libertad de prensa y de imprenta se extendió a los demás medios de comunicación (340) .

Con todo, estimo que las *restricciones* (sic) a la libertad expresiva —en orden a la preservación de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas o la protección de menores— que autorizan los pactos referidos (341) actualizan la cuestión acerca del equilibrio entre derechos y deberes relativos a la libertad de expresión —explícitamente consignados estos últimos en el art. 19, inc. 3, del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*— .

En efecto, las mencionadas convenciones internacionales autorizan reglamentaciones quizás más estrictas —según se mire— que las que reconocieron, a su turno, la jurisprudencia y la doctrina argentina, como por ejemplo la autorización legislativa a la censura previa de los espectáculos públicos, con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos a fin de proteger la infancia y la adolescencia. Así, el art. 13, inc. 4, del *Pacto de San José de Costa Rica* admite la revisión de los espectáculos públicos antes de que a éstos accedan los espectadores, pero para regular el acceso de niños y adolescentes, no para controlar su contenido. Algo similar a lo que ha ocurrido con las limitaciones a la circulación pública de determinados materiales que pueden lastimar la moral no sólo de aquéllos, sino de adultos que no desean ver esas publicaciones.

De todos modos deben tenerse en cuenta dos pronunciamientos de sendos organismos internacionales —la Comisión Americana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos— cuya competencia reconoció de manera expresa la Republica Argentina. La Comisión Americana en el caso "*Martorell vs. Chile",* consideró que el Estado chileno había violado el art. 13 del Pacto de San José al prohibir por decisión de la Corte Suprema de Justicia de ese país, el ingreso, distribución y circulación del libro "Impunidad Diplomática". La resolución de la Corte chilena fue motivada por la presentación de quien se dijo afectado en su privacidad por el contenido del libro; la Comisión al examinar el alcance del art. 13 del Pacto dijo que únicamente se admiten restricciones previas y estrictas a la libertad de pensamiento y expresión en los espectáculos públicos para proteger a los menores. Dado que ese no era el caso, la Comisión recomendó a la República de Chile que hiciera cesar la censura sobre la obra mencionada y garantizara la libre circulación de ella (342) .

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *"La Última Tentación de Cristo"* , resolvió que la República de Chile había ejercido censura previa violatoria del art. 13 de la Convención Americana al prohibir la exhibición de la mentada obra cinematográfica, afectando, con ello, la libertad de expresión, pero no el art. 12 de ese Tratado,

en tanto éste declara el derecho de toda persona a la libertad de conciencia y religión. Además, la Corte Interamericana instó a Chile a modificar su derecho interno a fin de suprimir la censura previa, en un plazo razonable (343) .

Debe señalarse que las dos decisiones mencionadas —recomendación y fallo, respectivamente— descalificaron sendos actos de censura previa de fuente judicial pero, en ninguna de las esas controversias, los hechos ser referían a las restricciones a la libertad de expresión, admitidas por el Pacto de San José.

En la República Argentina, laley 20.056en tanto prohíbe la difusión o publicidad por cualquier medio de sucesos referentes a menores de dieciocho años en peligro moral o material, entre otras hipótesis, a fin de que éstos no puedan ser identificados, es constitucionalmente válida (344) . En el caso se trataba del pedido de la actora, formulado en un juicio contra un deportista conocido mundialmente —por reconocimiento de paternidad— a fin de que no trascendiesen datos sobre la menor involucrada en la controversia. De la doctrina de la Corte Suprema y los votos en concurrencia surge que a) se admitió la veda de información hasta tanto finalizara el proceso; b) se protegió la intimidad de la menor, que incluyó el *silencio informativo* acerca de su nombre, domicilio e imagen, así como los de su madre (345) c) se diferenció la censura previa ejercida por los Poderes Legislativo y Ejecutivo —prohibida por el art. 14 de la Constitución Nacional— de la *tutela judicial preventiva* de las partes en el pleito (346) ; y, d) se consideró que, en principio, la reparación ulterior resultaría ineficaz frente a la difusión de datos que permitieran identificar a una menor involucrada en un juicio de filiación (347) .

La protección judicial contra las perturbaciones y acosos por parte de los medios de comunicación, ejercidos sobre una menor embarazada —j oven actriz, de cierta relevancia pública por su actividad profesional incipiente y el parentesco con otras figuras del espectáculo, muy conocidas éstas— llegó hasta el acogimiento de una medida cautelar a fin de que esos medios se abstuvieran de fotografiar o filmar a la menor y al padre de la hija pronta a nacer, antes, durante y después de la internación para el alumbramiento, así como hacer lo propio con el domicilio particular en que la madre residiera con su hija, y de ésta misma. La prohibición se extendió a la publicación del material fotográfico o fílmico, se supone para el caso de que se hubiera obtenido sin autorización (348) . La decisión es particularmente importante porque no existe ningún interés público —en la difusión de esas imágenes— que deba armonizarse con el derecho a la intimidad, a ser dejado a solas en un acto —el nacimiento— de tanta trascendencia como la muerte de las personas, tal que si éstas o sus familiares lo desean, debe estar velado a la curiosidad pública (349) . Por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño va en línea y presta sostén a esa decisión judicial, en tanto expresamente declara que ningún niño será objeto de *injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio* o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o su reputación y que tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques (350) .

Por otra parte, cuestionada la validez constitucional de una norma de la provincia de Buenos Aires que prohibía difundir los nombres de menores vinculados a causas judiciales, la Corte Suprema rechazó el recurso extraordinario interpuesto por el medio periodístico —*Diario El Sol S.A.*— contra una sentencia que lo había condenado a reparar los perjuicios ocasionados a la intimidad de una menor. El periódico había publicado aspectos relativos a la vida familiar, sexual y afectiva de una niña menor de edad trasgrediendo, con ello, la disposición legal. Al confirmar la sentencia, en el voto conjunto de los jueces *Lorenzetti* y *Highton* se consideró constitucional la norma local impugnada, en tanto ésta protegía la intimidad de los menores mediante la prohibición legal de publicar determinada información a su respecto. Debe señalarse que, en rigor, en la controversia no se había ejercido censura previa, entendida, ésta, como la interrupción del proceso de comunicación, pues la noticia efectivamente pudo difundirse. Por el contrario, el tribunal de grado había admitido la responsabilidad ulterior del periódico que afectó con la nota el derecho a la intimidad (351) . En este sentido, el caso contra el *Diario El Sol S.A* . se diferencia de la medida cautelar otorgada en "*S., V. c/ M., D.A* ." mediante la cual la mayoría de la Corte Suprema consideró pertinente la prohibición de difundir datos de identificación de la menor, aunque sostuvo que resultaba excesivo impedir la publicación de "cualquier noticia vinculada a la filiación de autos".

Así, como emana de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tres casos en que estaban involucrados menores, se atendió al interés superior de éstos, sin cercenar el derecho de crónica.

Según se señaló más arriba, los tratados internacionales con jerarquía constitucional habilitan restricciones a la libertad expresiva en defensa y protección de valores y derechos específicos. En este sentido debe tenerse en cuenta la prohibición establecida en el art. 13, inc. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluida como límite a la libertad de pensamiento y expresión. La mencionada norma incluye un mandato a los congresos o parlamentos de los Estados parte, en tanto dispone que "estará prohibida por ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional". La disposición es de carácter general e incluye toda propaganda o apología —defensa— de aquellas expresiones que se emitan mediante cualquier instrumento o en cualquier ámbito y no se refiere sólo a los medios de comunicación social. Pero, sin duda, es sobre éstos que produce —o puede generar— los mayores efectos. Por cierto, la ley a dictarse debe pasar un examen de razonabilidad estricto para que, eventualmente, sus disposiciones no se conviertan en una mordaza implícita.

13.4. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y RESPONSABILIDAD POSTERIOR: SUS LÍMITES

Después de 1994 —además de la inclusión de los derechos expresivos, derivados de la jerarquía constitucional reconocida a los Tratados de Derechos Humanos— (352) se garantizó a los partidos políticos, explícitamente, el acceso a la información y a la difusión de sus ideas (art. 38); se dispuso la no afectación del secreto de las fuentes periodísticas, en el párrafo referido a la protección de los datos personales —garantía del llamado *hábeas data* — (art. 43) y se atribuyó al Congreso Federal el dictado de leyes de tutela de la libre creación y circulación de las obras de autor, del patrimonio artístico y de los espacios culturales y audiovisuales (art. 75, inc. 19).

La garantía del*hábeas data* , en particular, suscita un problema interpretativo. El art. 43 de la Constitución Nacional, al enunciar el derecho de toda persona a interponer la 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, dispuso que *no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística*(353) . Una primera interpretación de la norma —a tono con los derechos e intereses de los medios de comunicación y con el derecho de informar y a informarse— llevaría a rechazar la posibilidad de que cualquier persona interponga la acción contra aquellos medios para tomar conocimiento de los archivos a ella referidos (354) . Sin embargo, ¿es posible llegar a otra interpretación si se lee con detenimiento el texto constitucional y se emplea un análisis de los intereses en juego en un eventual conflicto? En primer lugar, resulta viable distinguir los datos referidos a las personas, registrados en los archivos de los medios de comunicación, del origen o fuente que proveyó los datos. La fuente del dato está claramente amparada por el secreto, por lo que no procedería la acción para obtener judicialmente el conocimiento de cómo y por quién se obtuvo el dato. Pero, ¿lesionaría o restringiría la libertad de expresión —para emplear palabras de*Vanossi*—(355) el admitir la acción de hábeas data para tomar conocimiento de los datos de los que dispone el medio para pedir su rectificación o actualización cuando éste difunde información errónea? ¿Podría interpretarse que, de prosperar la acción, se estaría ante una censura judicial previa? ¿Aun cuando el medio tuviese algún tipo de monopolio informativo? ¿Habría que distinguir si quien ejerce la acción es persona pública o privada y otorgar a ésta lo que, en principio, se le negaría a la primera porque existe un fuerte interés público en las democracias por informarse acerca de aquéllas? Sin embargo, ¿qué interés público puede existir en mantener errores en los archivos de los medios de comunicación, para difundirlos eventualmente? En todo caso la duda mayor se plantea ante la alternativa de solicitar la confidencialidad del dato. Porque el criterio para decidir si una información se da a la opinión pública o no es un juicio que corresponde al medio, aunque ello pudiera originar responsabilidad ulterior (356) . De todos modos, la ley 25.326 (357) de Protección de Datos Personales, dispuso, en el art. 1º, que *"en ningún caso se podrán afectar la*

base de datos ni las fuentes de información periodísticas" , otorgando a los medios de comunicación una protección mayor que la deparada por el art. 43 de la Constitución Nacional(358) .

El mayor énfasis que la Constitución histórica puso en la defensa irrestricta de la libertad de expresión por medio de la prensa favoreció, sobre todo, la protección de las ideas políticas y las críticas efectuadas a los actos de gobierno y a los funcionarios públicos. De ese modo se pretendió excluir —al calificarla como una forma de censura o autocensura— cualquier responsabilidad ulterior. Ello no implicó, sin embargo, la inmunidad absoluta de la expresión cuando se agredieran, por medio de la prensa o los restantes medios de comunicación, otros derechos tales como la intimidad o el honor.

Después de una larga evolución que incluyó la anticipada adopción de la regla de la*real malicia* en algunas disidencias del Tribunal, la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina incorporó —a unque con perfiles propios— aquella doctrina al derecho argentino (359) .

13.5. LA LIBERTAD INFORMATIVA(360)

La libertad informativa integra el haz de derechos que constituyen la libertad de expresión. Esa libertad incluye el derecho a la información y el libre acceso a las fuentes de aquéllas; a buscar, transmitir y difundir noticias de fuente propia o ajena; a preservar la fuente informativa de la interferencia estatal, guardando silencio, sin transmitir parte de la noticia, lo cual en ocasiones consiste en no indicar quién la genera.

A partir de la reforma de 1994, la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones de cualquier tipo ingresó expresamente en el bloque de constitucionalidad por la jerarquía otorgada a los tratados de derechos humanos, entre ellos al *Pacto de San José de Costa Rica* (art. 13.1) y, a su vez, en virtud de lo dispuesto por el art. 43 de la Ley Suprema en materia de *hábeas data,* al prohibir, esa norma, la afectación del secreto de las fuentes de información periodística.

Pero, con anterioridad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había otorgado protección preferente a la libertad informativa, en la protección, en los casos concretos, de los derechos emanados de la Convención Americana de Derechos Humanos, ligando aquélla a la conservación y desarrollo del proceso democrático.

Enfrentado con otros derechos constitucionales tales como la intimidad, la privacidad, o el honor, la Corte Suprema estableció reglas de protección de la libertad de informar, sin menoscabo de aquellos derechos. En principio, con la creación de la doctrina *"Campillay"*(361) , perfilada para proteger la noticia de interés o relevancia pública que reproduce lo manifestado por un tercero, aunque aquélla resulte inexacta. En segundo término, con la adopción y adaptación —luego de un largo proceso— del *standard* de la "*real malicia* ",

regla elaborada, en su momento, por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En las elecciones presidenciales de 2003, la libertad informativa se ejerció hasta el límite de violentar lo que podría denominarse el derecho a la *intimidad electoral* . En esos comicios —en los que finalmente resultó presidente electo *NéstorKirchner* por no haberse presentado a la segunda vuelta electoral quien había obtenido el mayor número de votos válidos emitidos, el ex presidente *Carlos Saúl Menem* — se le tomó una foto al también ex presidente de la Nación, *Fernando de La Rúa* en el cuarto *oscuro* , mientras posaba su mano sobre las boletas electorales de uno de los candidatos a la primera magistratura. Más allá de violar la prescripción constitucional —art. 37 de la Constitución— que asegura el secreto del sufragio, y del Código Nacional Electoral que dispone otro tanto, aquel ejercicio del derecho a informar desnaturalizó a éste sin atenuantes.

13.5.1. El derecho a transmitir lo conocido por diversas fuentes y el derecho al honor. La doctrina "Campillay"

La Corte Suprema confirmó el resarcimiento por daño moral solicitado por el actor, a quien se había involucrado en un hecho policial —que resultó erróneo— en la narración efectuada por los periódicos "La Razón" y "Diario Popular" (362) .

Sin embargo, pese a la condena civil que no revocó, la Corte Suprema creó una regla de exclusión de responsabilidad de los medios de prensa, aun cuando por publicaciones de relevancia pública afectaran el honor de terceros. Dijo la mayoría de la Corte que un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas —admitida la imposibilidad práctica de verificar su exactitud—*imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito*(363) .

En el caso *"Campillay"* , la fuente emanaba de un comunicado policial, pero los periódicos no lo mencionaron. Para el Tribunal eso significó que aquéllos hicieron suya la noticia y aceptaron la responsabilidad consecuente. Por otra parte, el afectado no era un funcionario ni una personalidad pública, pero la noticia —asociación delictiva, dedicada al tráfico de estupefacientes— tenía *interés público.*

La aplicación posterior de la doctrina *"Campillay"* mantuvo la exigencia de la mención de la fuente —excepto si el informador empleaba el tiempo de verbo potencial o silenciaba la identificación del implicado en la noticia (aunque en este último caso no habría, en realidad, afectado)— y la fidelidad a lo emanado de aquella fuente.

De ese modo, la doctrina del Tribunal requiere la *veracidad objetiva* en la *transcripción* de la fuente aunque la noticia, en sí misma, fuese falsa —en

términos subjetivos de quien la genera— o total o parcialmente errónea (364) .

Esta regla, en palabras de la Corte Suprema, tuvo como fin equilibrar los intereses en conflicto: la necesidad social de la circulación de las noticias relevantes o de interés público —para que sobre ellas se oigan todas las voces— y la protección del honor de las personas. Cabe, no obstante, preguntarse si en alguna oportunidad el citar la fuente no da más verosimilitud a la noticia que se transmite, provocando, con ello, mayor afectación de la honra del involucrado. Nótese que en el caso *"Campillay"* la noticia difundida por los periódicos fue *tomada* de un comunicado policial.

De todos modos, la Corte Suprema se ocupó de enfatizar la utilidad de la doctrina que creaba, en precedentes posteriores. Dijo el Tribunal que, al citar la fuente, se transparenta "...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. También los propios aludidos resultan beneficiados, en la medida en que sus eventuales reclamos —si a ellos se creyeran con derecho— podrán ser dirigidos contra aquellos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de transmisión" (365) .

Pero, supongamos que los beneficios de citar la fuente se vieran neutralizados por la connivencia entre aquélla y el que la difunde: la primera produce una noticia falsa y resulta insolvente, el segundo se constituye en fiel transmisor de la noticia a sabiendas de que la misma no es verdadera. En mi opinión, y probado tal extremo, no sería aplicable la doctrina *"Campillay",* en tanto ésta exime de responsabilidad por citar la fuente. Sería la oportunidad, entonces, de la doctrina de la *"real malicia"* o simplemente de la aplicación de la responsabilidad por dolo.

La otra regla alternativa y relevante de exclusión de responsabilidad que emana de la doctrina "*Campillay* " requiere que quien informa use el tiempo de verbo potencial y que el texto en cuestión no resulte, por ello, asertivo. Por aplicación de esa regla, la Corte Suprema confirmó la sentencia que rechazó la demanda de daños y perjuicios contra el diario *La Nación* , interpuesta por un militar, quien se consideró agraviado en su honor al ser vinculado como probable partícipe en el atentado contra la Embajada de Israel (366) . El Tribunal eximió de responsabilidad al periódico fundado en que, éste, *no utilizó* en la serie de notas publicadas, frases asertivas y formuló las aclaraciones necesarias con respecto a las sospechas de inexactitud que pesaban sobre la información que se trasmitía (367) .

Un nuevo y más riguroso examen de la aplicación de la doctrina *"Campillay"* —desestimándola para el caso— efectuó la Corte Suprema al analizar de manera estricta el empleo del discurso no asertivo en la difusión de una noticia —que resultó inexacta y agraviante para el honor de un conocido abogado— en la que se incluyó una foto de éste con la leyenda "está prófugo". Para ello, —pese a que el periódico empleó en algunas expresiones el verbo en tiempo potencial, informando que el agraviado *sería uno de los cerebros de una banda criminal*— el Tribunal evaluó todo el discurso informativo concluyendo que, éste, debía ser

conjetural en toda su extensión, situación que no se había verificado en la publicación cuestionada (368) .

Ahora bien, la doctrina "*Campillay* " protege, en especial, la difusión de noticias de interés público que, resultando inexactas, afecten el honor de las personas involucradas en los hechos acerca de los cuales se informa. Bajo alguna de las reglas elaboradas por la Corte Suprema —silenciar el nombre o los datos de identificación de los afectados o citar la fuente o emplear un discurso no asertivo— esas noticias y sus autores están protegidos contra eventuales acciones legales. Sin embargo, tal protección jurisprudencial no parece extenderse a las informaciones que afecten el derecho a la intimidad de menores, en caso de que exista prohibición legal de publicar esas noticias. En el caso, la constitucionalidad de la prohibición legal se sostuvo en una interpretación armónica de las garantías emanadas del art. 16, inc. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño y la libertad de expresión asegurada por la Constitución Nacional. En consecuencia de de la argumentación acerca de la constitucionalidad de la prohibición legal, no resulta aplicable la doctrina "*Campillay* " porque aunque se citara la fuente o se utilizara el tiempo de verbo potencial ello no impediría afectar la intimidad de la menor (369) . Más aun, según lo considero, en caso de mencionarse una fuente verosímil —por ejemplo, las constancias emanadas de un proceso judicial— se produciría un daño mayor a la intimidad protegida.

Por cierto, la inaplicabilidad de la doctrina "*Campillay* " requiere necesariamente que la prohibición legal de publicar noticias verdaderas que afecten la intimidad de las personas, resulte constitucional y razonable bajo estándares estrictos de análisis.

La doctrina "*Campillay* ", considerada con razón un valioso y original precedente que sirve de pauta para los medios de comunicación social en su tarea de informar (370) , implica —en el uso de la opción del discurso no asertivo por parte de los periodistas— una cuestión ética. En efecto, si la información se construye toda ella de modo conjetural, podría presumirse que el medio no pudo —lo que quizás será disculpable— o no quiso ni se empeñó en verificar la fuente de la *noticia.* Si ese es el caso, en rigor, la noticia deja de serlo, se diluye la calidad informativa y se afecta la credibilidad de quien informa.

13.5.2. El derecho a informar y el honor de los funcionarios públicos. La doctrina de la "real malicia"

Al momento de su creación, en *"New York Time Co. vs. Sullivan"* la regla de la *real malicia* significó que los funcionarios públicos no podrían obtener indemnizaciones por la publicación en la prensa de informaciones falsas, a menos que el afectado probase que fueron publicadas a sabiendas de su falsedad —dolo— o con total despreocupación —culpa grave— acerca de si aquéllas eran falsas o verdaderas (371) .

Elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1964, la doctrina de la *"real malicia"* tuvo por fin proteger a la prensa de las demandas de los funcionarios públicos, afectados en su honor por informaciones de aquélla, que no se ajustaban a la verdad objetiva de lo sucedido (372) .

Más tarde, el mismo Tribunal norteamericano, en el caso *"Gertz v. Robert Welch, Inc."* aclaró que la regla también era aplicable cuando las expresiones se vertían acerca de *una figura o personaje público* —aunque éste no fuese un funcionario público— entendiendo por aquél no a la persona que despertaba curiosidad pública, sino a la que había participado del debate público, o si de algún modo había expuesto intencionalmente su persona a los medios de comunicación (373) . Pero, en ese caso, el Tribunal, al fallar a favor del actor, sólo requirió, por parte de éste, la probanza de la negligencia *precipitada* de la prensa (374) .

En los hechos, la prueba de la *real malicia* en la publicación de noticias erróneas que afectan a funcionarios públicos es difícil de obtener, aunque no imposible como se demostró en el caso *"Gesualdi"* , fallado por la Corte Suprema argentina (375) .

El principio de la *real malicia* no constituye una creación artificiosa*;* por el contrario sirve de interpretación integradora del art. 14 de la Constitución Nacional y establece una pauta apropiada para apreciar la culpa o el dolo en concreto, en la despreocupación que pongan de manifiesto quienes informan, acerca de la veracidad de lo informado (376) .

Pese a ello, la incorporación de la doctrina de la*real malicia* al derecho positivo de la República Argentina fue considerara innecesaria, (377) y dudosa o parcial, por alguna doctrina (378) . De su lado y con una nueva integración, el Tribunal zanjó la discusión acerca de si la Corte había acogido o no la doctrina de la *"real malicia"* en su jurisprudencia. En efecto, en el caso *"Guerineau",* el Tribunal rechazó por unanimidad un recurso extraordinario y dejó firme una sentencia de condena a la editorial demandada, en tanto ésta había informado *falsamente* acerca de la percepción simultánea de una jubilación y un sueldo público por parte del actor —quien había ejercido funciones de importancia en la Provincia de Tucumán— y pese a que la cuestión efectivamente revestía interés público, por estar comprometida la equidad del sistema de jubilaciones y pensiones (379) .

La mayoría de fundamentos de la Corte Suprema en *"Guerineau"*—integrada por los ministros *Petracchi* , *Fayt* , *Boggiano* , *Vázquez* y *Maqueda* , concordaron en un todo con el Procurador General—, quien sostuvo en el cap. IV, párrafo 3º de su dictamen, que la doctrina de la *real malicia* "ha sido adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación integrando su propia línea de jurisprudencia". De su lado, el voto en concurrencia de los ministros *Belluscio* y *Zaffaroni* , también coincidieron con el Procurador General, salvo en el punto referido.

Pero, y tal como surgió manifiesto en uno de los votos del precedente *"Gesualdi"* y los que le sucedieron en materia de libertad de

expresión, los ministros de la Corte Suprema argentina han perfilado, a mi modo de ver, una doctrina propia acerca de la *real malicia,* que reviste importancia por el matiz diferente que aporta en materia de prueba. En esa línea, se dijo en *"Gesualdi* " que debe buscarse un equilibrio entre la carga de la prueba en cabeza del funcionario —más agravada cuanto mayor interés público exista en la información— y la que compete aportar *solidariamente* a los periodistas (380) . De su lado, en *"Guerineau",* los siete ministros que integraron el acuerdo coincidieron con el Procurador en que en el caso existía una negligencia grave puesta de manifiesto por el medio periodístico y que, esa negligencia, derivaba de la misma falsedad de la noticia, porque ésta demostraba el marcado desinterés de los demandados por verificar el grado de certeza de la información. En otros términos, puede interpretarse que la Corte Suprema acogió una aplicación de la doctrina de la *real malicia* atenuada o débil y que sin desconocer el interés público de la información difundida —e l actor había ocupado diversos cargos en la Provincia de Tucumán y la cuestión sobre la que se anoticiaba era, en sí misma, importante— dio por probada la negligencia grave, surgida del mismo texto publicado. Como puede advertirse, la Corte Suprema pareció requerir una mayor diligencia de veracidad —que no siempre es posible— por parte de la prensa, aun en cuestiones sustantivas para el sistema democrático. En otras palabras, la decisión de la Corte Suprema está en el filo de la responsabilidad objetiva —g enerada por la mera publicación de la noticia que resultó inexacta— más allá de la intención periodística. En consecuencia de ello, la doctrina que emerge de *"Guerineau",* parece augurar mayores exigencias de veracidad y control de las fuentes informativas para los medios de comunicación (381) .

Pocos días antes de decidir la causa *"Guerineau",* la Corte Suprema por mayoría y de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General sostuvo, del mismo modo, que la doctrina de la *real malicia* integraba la línea jurisprudencial del Tribunal. En consecuencia, dispuso que la Cámara de Apelaciones dictara un nuevo pronunciamiento, ya que ésta, al hacer lugar a la demanda de daños, había excluido el análisis de la referida doctrina y de la que emerge de *"Campillay* ", invocadas, ambas, por el medio demandado. En el caso, se tratada del reclamo del ex cónyuge de una muy conocida figura del espectáculo, cuyo divorcio ocupó la atención pública y la cobertura de los medios de comunicación por largo tiempo. En la nota periodística, entre otras circunstancias propias de la separación de los esposos, se afirmaba que el actor se había casado por mero interés; que había sido infiel a su cónyuge con "vedettes de segunda línea" y "travestis de lujo y con prosapia en la farándula" (382) .

La Corte Suprema mantuvo la regla en virtud de la cual, tratándose de informaciones con contenidos falsos o inexactos, referidas a*funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en cuestiones de esa índole,* quienes se consideren afectados deberán demostrar que lo publicado se hizo con intención de injuriar o calumniar y no con la de informar, criticar o formar una conciencia política opuesta a los involucrados en la información. Y, aunque no decidió la cuestión de fondo, pues mandó dictar nueva sentencia en la que debía examinarse si era aplicable al caso las causales

que eximían de responsabilidad a la demandada, efectuó, en mi opinión con acierto, la distinción entre figura con notoriedad pública, de la noticia de relevancia pública. Con ello, se trazó una frontera saludable entre la *curiosidad* pública que puede despertar una noticia en sí misma intrascendente para el bienestar general, que no afecte, por ejemplo, las instituciones, el ambiente humano, el sistema de la república democrática, del *interés* público en el que, éstos, estén involucrados.

En la misma línea interpretativa, la Corte Suprema dijo que la doctrina de la "real malicia" no se aplica para eximir de responsabilidad al medio de comunicación, si la información no se refiere a un funcionario o figura pública, ni a un particular que centre en su persona interés público (383) . Se supone que ese interés público deriva de una cuestión que lo suscite, no de la mera curiosidad.

En una decisión ajustada a los principios constitucionales y a sus propios precedentes acerca de la doctrina de la "real malicia" pero avanzando más sobre la protección de la opinión crítica, la Corte Suprema desestimó la responsabilidad de un periódico por lo expresado en un editorial en el que manifestó "opiniones críticas sobre circunstancias que fueron mencionadas asertivamente", referidas, éstas, al comportamiento funcional del Cuerpo Médico Forense. La sentencia se fundó en dos criterios: a) las valoraciones, opiniones o críticas sobre cuestiones de interés general, "en especial sobre el gobierno" —incluso las ardorosas— no generan responsabilidad, salvo el insulto y b) la reputación no se daña con opiniones sino con la "difusión maliciosa de información falsa", pero esta circunstancia —que la información se difundió a sabiendas de que era falsa o con negligencia culpable acerca de si era falsa o no— corresponde probarla al demandante. Es, como se advierte, la exoneración de responsabilidad por opiniones críticas sobre cuestiones gubernamentales y la aplicación de la doctrina de la "real malicia", malicia grave que no se dio por probada por los demandantes, en el caso, acerca de una enunciación de hechos formulada en el editorial del diario (384) .

13.5.3. Convergencia de las doctrinas "Campillay" y de la "real malicia" en la protección del derecho a informar

En el caso *"Ramos"* el Tribunal mantuvo la doctrina *"Campillay"* ratificando las exigencias de: a) identificar la fuente, b) transmitir fielmente la misma y c) acreditar esos recaudos por parte de quien difunde la noticia, cuando no se emplea ninguna de las otras dos opciones de excusación de la responsabilidad de los medios (385) . Esto es, no se usa el discurso no asertivo ni se omite la identificación del implicado.

Ahora bien, ¿qué significa citar la fuente, conforme a *"Campillay"* y de acuerdo con *"Ramos"?* Indudablemente no basta con comunicar una noticia de acuerdo a *versiones.* Ni alcanza con una mínima referencia en la demanda acerca de que el accionado *difundió* la denuncia. No obstante, ¿puede

probarse *judicialmente* que lo informado emanó de una fuente? De cualquier fuente? ¿O se requiere una fuente *confiable* ?

En *"Ramos"* los nueve miembros de la Corte Suprema coincidieron en un punto esencial: el demandado no había probado que la noticia transmitida emanaba de una fuente. Pero, del voto en disidencia del ministro Vázquez, parece surgir una mayor exigencia probatoria, al requerir que *el deber de citar la fuente se cumpla, en forma clara y cierta, en el mismo momento en que la noticia se difunde*(386) .

Rechazada la pretensión de eximirse de responsabilidad por aplicación de la doctrina*"Campillay",* pues el demandado no probó haber citado una fuente, cabía evaluar si, de todos modos, aquél conocía la falsedad de la noticia que difundía, o había actuado con negligencia grave acerca de ello. Es decir, si era pertinente al caso la regla de la *"real malicia".*

En mi opinión, de la confluencia de los *standards* de ambas doctrinas, puede concluirse que el incumplimiento de la regla de *"Campillay"* no constituye condición suficiente para generar responsabilidad, salvo *real malicia* del que informa.

Mas, ¿el cumplimiento de la doctrina *"Campillay"* constituye condición suficiente para rechazar la responsabilidad por informaciones falsas que dañan el honor? En otras palabras, ¿estamos ante una excusación automática de responsabilidad? ¿Basta con probar la cita y fidelidad a la fuente? O, ¿incluso en esos casos, tendría el damnificado la oportunidad de probar que se difundió la noticia a sabiendas de su falsedad o con total negligencia acerca de la confiabilidad de la fuente? Estimo que ello es posible, porque podría darse el caso de dolo o culpa grave concurrente entre el que genera y el que difunde la noticia.

En esa línea, la mayoría de la Corte Suprema creó una nueva regla que amplió el *standard* exculpatorio de *"Campillay".* Aunque de manera harto general e imprecisa, el Tribunal sostuvo que si el que se dispone a reproducir las noticias dadas por otro cuenta con *indicios racionales* de que lo que se va a difundir es falso, la mera cita de la fuente de información o la utilización del modo potencial de los verbos no alcanza para descartar una conducta antijurídica, debiendo reproducir la misma con las aclaraciones relativas a la sospecha de inexactitud que pesa sobre ella, *o bien abstenerse de reproducirla*(387) .

13.5.4. Cuestiones probatorias, libertad informativa y cuestión federal

El problema probatorio en materia de protección a la libertad informativa es relevante, pues de la solución dada a aquél depende la extensión y efectiva vigencia del derecho a informar y el equilibrio entre los derechos constitucionales a la libertad informativa y al honor (388) .

En *"Ramos"* la mayoría de la Corte sostuvo la violación de la igualdad procesal en la valoración de la prueba de posiciones, efectuada por la

Cámara. Estimó el Tribunal que, aunque se trataba de una cuestión procesal, constituía cuestión federal suficiente por estar involucrada nada menos que la libertad de expresión. Así, el Tribunal utilizó una regla de protección mayor que parece exceder la libertad informativa —por lo menos en la formulación lingüística— para ingresar en el campo más amplio de la libertad de expresión. En esta materia, las cuestiones de prueba constituyen cuestión federal.

La importancia de la prueba en el caso de que se alegase por parte de quien difundió la noticia, haber citado la fuente de ésta a fin de ampararse en la doctrina "*Campillay* ", fue puesta de manifiesto por el voto concurrente de los jueces *Maqueda* y *Zaffaroni* en *"S., L. E. c/Diario El Sol S.A"* . Los jueces exigieron "la trascripción detallada y precisa de los dichos de la fuente", la prueba de los hechos que permitan determinar la existencia de una "fuente identificable" y que la noticia constituya un "reporte fiel" de la fuente informativa (389) . Como puede advertirse, el recaudo se constituye en una exigencia a la defensa y a los términos en los que se exprese el recurso extraordinario federal.

13.5.5. Libertad de expresión y límites temporales a la información electoral

Una de las justificaciones de la amplitud reconocida a la libertad de expresión en la república democrática radica en su carácter instrumental para el sistema político que la sostiene. Dicho de otro modo, la circulación amplia de las ideas, la crítica punzante a las opiniones que se consideran relevantes para bien o para mal de la sociedad, la difusión de los actos gubernamentales, la visibilidad de los conflictos y cómo éstos se expresan, encausan o estallan, alimenta el debate democrático, favorece la elección de alternativas a los problemas, dentro del respeto a la dignidad de las personas. Desde esta perspectiva, la libertad de expresión es funcional a la democracia, ayuda a expandirla. En consecuencia de ello, toda posible restricción a la circulación de*ideas* resulta, en principio, inconstitucional —m ás allá de las responsabilidades ulteriores que pudieran caber— y toda limitación a la transmisión de *datos* debe responder a un interés público estricto y pasar un examen riguroso de razonabilidad.

La ley 268sobre campañas electorales, sancionada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 1999, estableció que "desde las cuarenta y ocho horas anteriores a la iniciación del comicio y hasta tres horas después de su finalización, queda prohibida la difusión, publicación, comentarios o referencias, por cualquier medio, de los resultados de encuestas electorales"(390). En la misma línea, elCódigo ElectoralNacional prohibió, en el inc. f) del art. 71, "publicar o difundir encuestas y sondeos preelectorales, desde cuarenta y ocho horas antes de la iniciación del comicio y hasta el cierre del mismo" y, en el inc. h) de ese art., "publicar o difundir encuestas y proyecciones sobre el resultado de la elección, durante la realización del comicio y hasta tres horas después de su cierre"(391).

Ambas disposiciones limitan temporalmente la difusión de datos emanados de encuestas y proyecciones —conocidas como encuestas a "boca de urna"— mediante las cuales se interroga al elector acerca de por quién ha votado, inmediatamente después de haber emitido su voto. Esos datos, certeros o falibles, pueden ser manipulados o tergiversados, a fin de influir en el electorado o con el objeto de instalar un estado de opinión acerca de quien o quienes resultaros vencedores en la elección de que se trate, antes de que comiencen a emitirse datos oficiales. La información acerca de los resultados electorales puede ser aguardada con interés por la población —y ello denotaría un interés por el afianzamiento de los mecanismos electorales de la democracia— sobre todo en elecciones que se presentan reñidas.

La primera de las normas referidas, fue cuestionada en su validez constitucional por la Asociación de Teleradiodifusoras Argentina, alegando, en lo que aquí interesa, la violación de la libertad de prensa en que la disposición habría incurrido. El amparo presentado por la Asociación de Teleradiodifusoras —después de un largo trámite en el que se discutió la competencia que correspondería al caso— fue rechazado por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, a su turno, por la mayoría de la Corte Suprema. Este tribunal, en síntesis, sostuvo la validez constitucional de la norma en el interés legítimo del Estado en: a) preservar un espacio óptimo de reflexión para todo elector, antes de votar, libre de interferencias, eventualmente interesadas; b) evitar la reivindicación de ganadores en base a datos que pueden darlos, más tarde, como perdedores o, de ser ciertos, influir indebidamente en los electores que todavía no han sufragado (esto último puede suceder pues, en ocasiones, se dan los datos de "boca de urna" antes de que cierren todas las mesas electorales en los diferentes distritos) y, c) la restricción legislativa no puede interpretarse como una "regulación del mensaje basada en su contenido", pues se trata sólo de poner límite temporal para referirse a ese contenido antes de la elección o demorar su difusión después de realizado la elección. De su lado, la concurrencia de los jueces *Fayt* y *Maqueda* hizo mérito en que la limitación normativa no prohíbe recoger esa información, ni darla a los clientes que la hayan encargado, sino retrazar el informe a la opinión pública en general, por un plazo breve (392) .

Aunque las restricciones de la norma son mínimas y proporcionales al fin buscado, tienen peso los argumentos de la disidencia en tanto consideran que la *finalidad* de la ley, en sí misma, es paternalista y, por tanto, incompatible con una auténtica democracia en la cual son los ciudadanos quines deciden qué valor dan a la información difundida (393) . No obstante, la contundencia del argumento sería incuestionable si existiera un libre mercado de noticias e informaciones, en el que todas ellas circularan sin trabas y estuvieran al alcance de los ciudadanos; en el que los datos no se manipularan de ningún modo, silenciando unos y distorsionando otros. Dada la dificultad concreta que la inexistencia de esa circulación libre supone, la ponderación de los derechos e intereses en juego, los resguardos buscados y las restricciones temporales mínimas a la información, la norma cuestionada resulta razonable. A más, y tal como se ha señalado, una restricción similar

—la que prohíbe la propaganda política horas antes del sufragio— no ha sido impugnada y su cumplimiento no ha vulnerado la libertad expresiva (394) .

13.6. Derecho de rectificación o respuesta

El derecho de rectificación o respuesta fue reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos, en el art. 14, a toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio (395) . La incorporación de este derecho al sistema jurídico argentino suscitó una fuerte controversia y fue resistido por los medios de comunicación social —en especial la prensa escrita— que lo consideró una limitación intolerable a la libertad de expresión e incompatible con ella.

No obstante, en "*Ekmekdjian c. Sofovich, Gerardo y otros* " la Corte Suprema hizo lugar a la *respuesta* del actor, en una sentencia que suscitó muchas dudas (396) . En el caso, se trataba de los dichos de un escritor expresados en un programa de televisión acerca de figuras relevantes de la religión católica. La referencias a la Virgen María fueron especialmente ofensivas —por los términos empleados— para los sentimientos religiosos del actor aunque, éste, no había sido mencionado, ni siquiera aludido indirectamente, en las expresiones del escritor. El Tribunal consideró operativo el derecho de rectificación o respuesta y creó una regla en virtud de la cual aquélla no procede en caso de opiniones políticas o electorales. Admitió, en cambio, una curiosa acción colectiva —en realidad acción de clase— (397) para reparar sentimientos religiosos heridos ante expresiones insolentes, irrespetuosas, descomedidas, sin duda ofensivas del espíritu religioso o simplemente delicado de cualquier persona, pero que no se referían al actor, o a su condición de católico, directa o indirectamente, por lo cual el remedio de la rectificación o respuesta no era el pertinente.

Varios años más tarde y ya declarada la jerarquía constitucional, entre otros, del Pacto de San José que reconoció el derecho de rectificación o respuesta, la Corte Suprema decidió el caso *"Petric* "(398) . La mayoría del Tribunal declaró la constitucionalidad del derecho (399) ; ratificó su operatividad (400) ; convalidó la regla según la cual no es procedente la rectificación cuando se trata de la emisión de *opiniones* políticas, pero sí es admisible si se expresan *hechos* y *actividades* de trascendencia política. El límite entre una u otra es delgado y difícil de establecer. Pero, sin duda, el derecho de respuesta no es constitucionalmente procedente para la réplica ideológica (401) .

13.6.1. La Opinión Consultiva 7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de rectificación o respuesta

La mayoría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la rectificación o respuesta constituye una limitación a la libertad expresiva,

en función de las exigencias del bien común en una sociedad democrática, señalando la necesidad de armonizar ambos derechos para que ninguno de esos dos derechos anule al otro (402) .

Del principio sustentado no emana ninguna regla concreta que indique de qué modo debe ejercerse el derecho de rectificación o respuesta para no menoscabar la libertad expresiva, pues —en la doctrina del Tribunal Internacional— los mecanismos para hacer operativo y determinar el alcance de la rectificación o respuesta, constituyen atribuciones propias de los Estados parte, dentro de un margen razonable de opciones.

Quizás de *lo que no dice* la mayoría de la Corte Interamericana emana una mayor protección para la libertad expresiva que para el derecho de rectificación o respuesta, desde que los modos de proteger este último conforman atribuciones reconocidas a los Estados, dentro de márgenes razonables, que siempre son difusos.

En cambio, en la opinión separada de *Gross Espiell* , la dimensión social del derecho de rectificación o respuesta permite el *restablecimiento del equilibrio en la información, elemento necesario para una adecuada y veraz formación de la opinión pública indispensable, a su vez, para que pueda existir vitalmente una sociedad democrática.* En el razonamiento se advierte un deslizamiento hacia el argumento de la defensa del sistema democrático como sostén de la libertad expresiva. El magistrado estima que también la rectificación o respuesta es funcional a la democracia, desde que favorece la pluralidad de opiniones y fortalece la información veraz.

Sin duda, la respuesta —contestación, distingo, completitud de lo expresado— o la rectificación —enmienda, corrección, modificación, mejora— facilitan el acercamiento social a la verdad dado que la controversia devela las diferentes miradas que provocan los hechos y las cosas.

Pero, muchos interrogantes se derivan de sostener la dimensión social del derecho de rectificación o respuesta y hacen patente la dificultad —en esa dimensión— de resguardar, al mismo tiempo, la libertad expresiva(403) . Quizá por ello y como un reaseguro de la libertad de pensamiento y expresión, *Gross Espiell* exige como requisito de procedencia del derecho de rectificación o respuesta, la determinación de la inexactitud o agravio de la información, establecida en un proceso que garantice la defensa de todos los derechos implicados. En sus palabras, no debe otorgarse un derecho de rectificación o respuesta automático, sin el control del debido proceso judicial.

13.7. LIBERTAD DE EXPRESIÓN POR INTERNET

Tal como sucedió con la imaginaria *Biblioteca de Babel,* cuando se proclamó "que abarcaba todos los libros, la primera impresión [que produjo Internet] fue de *extravagante* felicidad" (404) . Así, la *Red* iba en camino de hacer realidad aquel sueño anticipatorio de *Borges* , ofreciendo la cultura globalizada a los usuarios con acceso a ella. El recurso, formidable en sí mismo por la llegada casi irrestricta al conocimiento y a la información, más

allá de la nostalgia por aquello que está en algún sitio y se nos oculta, plantea varios problemas al derecho, referidos a la protección de la propiedad intelectual; al resguardo de la privacidad, de la intimidad y el honor de las personas; a la vulneración de la seguridad pública, a la preservación de las identidades culturales.

Acerca de la libertad expresiva, la jurisprudencia argentina ha sostenido consistentemente —bien es cierto que en*obiter dictum* — que los discursos emitidos por Internet están alcanzados por la protección que depara la libertad de expresión. La emisión de ideas y opiniones a través de Internet es libre porque, al igual que si se las emitiera por cualquier otro medio de comunicación, no corresponde al Estado decidir acerca de cuáles de aquellas ideas o criterios son aceptables. Así lo ha reconocido la doctrina judicial con impecable lógica (405) . Dice la Cámara que la crítica a la política criminal del Estado, acerca de la despenalización del uso de estupefacientes, está amparada por la libertad de expresión y de prensa, dado que aunque el poder público puede incriminar válidamente la tenencia de estupefacientes, en una sociedad democrática los ciudadanos no han perdido el derecho a impugnar tal pauta legislativa. Sin embargo, y aunque el principio sustentado es correcto aplicado a ideas u opiniones, es dudoso que se tratara, en el caso, sólo de la *crítica* a la política pública en la materia.

En primera instancia se había considerado que la conducta de los procesados —ambos tenían una página en Internet en la que remitían a otra en la que se explicaba el modo de uso de la marihuana— encuadraba en el tipo penal, es decir, para el juez de grado, habían *preconizado* y *difundido públicamente* el uso de estupefacientes e inducido a otros a consumirlos. Pese a sostener el principio de la libertad expresiva, la Cámara no declaró la inconstitucionalidad del art. 12, inc. a) de la ley 23.737 que establecía aquel tipo penal, sino que consideró —en lo que constituyó el *holding* de la sentencia— que la conductas de los procesados no encuadraban en aquella figura criminal (406) .

Más tarde, después de declarar la nulidad del decisorio, la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, dispuso que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal emitiera nuevo pronunciamiento. Este Tribunal dictó el sobreseimiento de los imputados por el delito de "preconizar y difundir públicamente el uso de estupefacientes en concurso ideal con el de impartir instrucciones acerca de su producción, fabricación, elaboración o uso". Para llegar a esta conclusión, la Cámara efectuó una interpretación del tipo penal —una de las hermenéuticas posibles— concordante con lo que entendió debía ser la garantía de la libertad de expresión, comprensiva del derecho de buscar, recibir y difundir informaciones, garantizado por la Constitución Nacional y por la Convención Americana de Derechos Humanos. En tal sentido, el tribunal recordó la doctrina jurisprudencial norteamericana acerca del "peligro claro y actual" que una determinada prédica genere, cuando está dirigida a incitar o producir una inminente acción violenta", y la doctrina jurisprudencial argentina, elaborada en esa misma dirección, al sostener que "en lo que se refiere a la exteriorización de ideas que se estimen erróneas o aun disvaliosas, debe

exigirse una cuidadosa consideración de las reales circunstancias en las que se vierte la expresión, averiguando si la misma está dirigida a incitar o producir una inminente acción ilegal y si es probable que incite a dicha acción o la produzca" (407) .

De su lado, y después de haberse emitido la sentencia reseñada, el Congreso Nacional sancionó la ley 26.032 mediante la cual dispuso que "la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del Servicio de Internet, se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión" (408) .

Pero, si el tráfico de informaciones, conocimientos, ideas y opiniones por Internet está garantizado por la libertad expresiva, también cabe aplicar las pertinentes responsabilidades posteriores, si es que correspondieran, o las medidas que aseguren la privacidad, intimidad u honor de las personas y, sobre todo, de protección de los niños. Esas medidas legales son de mayor complejidad dado el alcance global de la información que circula por la red y de los medios técnicos de que se dispone para difundirla(409) .

13.8. Protección de las fuentes de información periodística

El derecho a buscar, recibir y difundir informaciones, sobre todo cuando se lo ampara con fundamento en el resguardo del proceso democrático, está directamente relacionado con la reserva de las fuentes de información periodística y, eventualmente, con la protección de los bancos o registros de aquellas (410) .

En consecuencia, si el secreto de las fuentes de información periodística y el bloqueo de las interferencias posibles sobre esas fuentes resultan funcionales a la libertad informativa, y ésta es condición necesaria de la existencia de la república democrática, el alcance y eventuales límites de la reserva de las fuentes periodísticas debe medirse y garantizarse en función de la conservación del sistema democrático. En otras palabras, puede sostenerse que la reserva de las fuentes de información periodística no constituye un derecho absoluto en su ejercicio, y admite razonables limitaciones establecidas por ley o, caso por caso, en controversias judiciales cuyas sentencias deben sostenerse en la ley, en la Constitución o en los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional(411) . Del mismo modo, la relación entre la protección de las fuentes de información y su operatividad para el proceso democrático, permite distinguir —para establecer los lindes de la protección— las *fuentes* de obtención de las noticias, del *registro* o *bancos* de informaciones periodísticas (412) .

Aunque ya antes de la enmienda constitucional de 1994 se reconocía el derecho a la reserva de las fuentes de información periodísticas en el sistema jurídico argentino, (413) fue en aquella reforma donde se la declaró expresamente en el tercer párrafo del art. 43, norma que estableció una forma de acción de amparo especial y con características propias al que la doctrina denomina *hábeas data.* Así, la frase final del párrafo dedicado al *hábeas*

data textualmente dice: *"No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística* . Más allá de cuán equívoca o indeterminada resulte esta frase, (414) lo cierto es que la protección de las fuentes periodísticas alcanzó, entonces, jerarquía constitucional expresa. Sin embargo, lo que no parece razonable predicar de esa norma es que el secreto de las fuentes resulta, a partir de 1994, absoluto; ni que se ha convertido en un deber indisponible de los periodistas; ni, tampoco, que la protección implica *sólo* el bloqueo de la acción de *habeas data;* ni que la garantía se extiende —sin más, y sin excepciones— al registro de los datos, cualquiera fuese su forma de archivo.

La garantía del *hábeas data* , que asegura el control sobre los datos personales —la autodeterminación informativa— registrados en bancos públicos o privados destinados a producir informes, protege derechos tales como la identidad, la privacidad, la intimidad, la igualdad, la honra y buen nombre personal, crediticio o comercial y, según doctrina de la Corte Suprema, el *derecho a la verdad* y a la *seguridad personal*(415) .

La acción tuitiva establecida en el art. 43 de la Constitución Nacional —frente a la portentosa capacidad de almacenamiento y tratamiento de datos que proporciona la sociedad informática— reconoce, no obstante, el derecho a registrarlos y difundirlos, pues de lo contrario la norma habría prohibido, directamente, tal actividad. De ese modo deviene legítimo el registro de *datos* , es decir, de los *indicios* que operan como transmisores del conocimiento acerca de la realidad y sus protagonistas, (416) aunque ello no impide la protección judicial de los eventuales afectados por aquel registro, mediante la acción de *hábeas data.*

Dado que los medios de comunicación social utilizan a diario materiales que tienen registrados en sus archivos; que en esos registros cuentan con datos personales que están destinados a generar noticias futuras si la realidad los vuelve actuales o de interés; que el fenómeno de Internet ha globalizado de tal manera la información que los datos que circulan por la red son accesibles a una comunidad de personas y países prácticamente sin discriminar fronteras y que, por ende, la prensa escrita suele incluir versiones *on line* de sus periódicos en soporte papel, que registran hechos, circunstancias, datos referidos a las personas y, en ocasiones, *buscadores* que simplifican el acceso a toda o casi toda la información acerca de aquellos datos —que ya han publicado— en apenas segundos, (417) cabe preguntarse si esos registros tienen, al igual que las fuentes de información periodística, protección constitucional y, en ese caso, si ella es absoluta o relativa.

Como ya se señaló, uno de los modos de que disponen los periodistas para exonerarse de responsabilidad en el caso de que las informaciones que difundan resulten inexactas o erróneas, consiste en cumplir con alguna de las reglas que emanan del precedente *"Campillay* ", esto es: a) atribuir la noticia a la fuente pertinente o, b) utilizar el tiempo de verbo potencial o, c) mantener en reserva la identidad de las personas involucradas en los hechos (418) .

Dado que el periodista o el medio no son responsables frente a terceros, *si citan la fuente en la que se basa la noticia* , está claro que tienen *derecho a*

revelar aquel origen . En consecuencia, antes y después de la reforma constitucional de 1994, la reserva de la fuente de información es un derecho disponible de los periodistas. Por otro lado, la Corte Suprema aun exigiendo que la cita de la fuente sea específica y no genérica —en caso de que el periodista elija esa opción como eximente de responsabilidad— sostuvo que del art. 43 de la Constitución Nacional emana el derecho al secreto de la fuente de información (419) .

13.9. COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE LOS PERIODISTAS

Dado que la libertad de publicar ideas por la prensa sin censura previa —conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio— se reconoce en la República Argentina a todos los habitantes de la Nación, resulta una cuestión problemática la eventual normativa que impusiera, para el ejercicio profesional de la actividad periodística, la colegiación obligatoria de esos profesionales y, eventualmente, requisitos muy severos de admisión a esos colegios.

El art. 32 de la Constitución Nacional, en tanto prohíbe al Congreso Federal el dictado de leyes que *restrinjan* la libertad de imprenta exige, si cabe, una razonabilidad mayor en las normas que de algún modo interfieran con esa libertad preferida en las repúblicas democráticas (420) .

De su lado, la Convención Americana de Derechos Humanos —en la República Argentina, con jerarquía constitucional desde 1994— dispone en el art. 13 referido a las seguridades de la libertad de pensamiento y expresión que "no se puede restringir el derecho de expresión *por vías o medios indirectos,* tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódico, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por *cualesquiera otros medios encaminados a impedir* la comunicación y la circulación de ideas y opiniones" (421) .

Esa normativa y el art. 29 de la Convención, que establece pautas para su interpretación, fueron sometidas por el Gobierno de Costa Rica —a instancia de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP)— a una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con una disposición de orden interno de aquel país que establecía la colegiación obligatoria de los periodistas para acceder al ejercicio de esa profesión (422) .

La consulta presentaba una peculiaridad. El gobierno de Costa Rica había formulado la solicitud de interpretación por pedido de la SIP, pero, al mismo tiempo, había expresado una opinión contraria a la manifestada por esa organización sobre el punto, y su total acuerdo con la Resolución 17/84 de la Comisión Americana. Mediante esta Resolución, la Convención había declarado que la legislación de orden interno de Costa Rica, y la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de ese Estado —p or la que se condenó al señor *Schmidt* a tres meses de prisión por *ejercicio ilegal de la*

profesión de periodista — no constituían violaciones al art. 13 de la Convención (423) .

La Corte Interamericana, al examinar las restricciones indirectas a la libertad expresiva, violatorias del art. 13.3 de la Convención, sostuvo que los Estados parte deben velar para que aquellas limitaciones tampoco resulten de *controles [de los] particulares.* En ese sentido, consideró los argumentos que los interesados en la cuestión de la colegiación obligatoria de periodistas esgrimieron para defenderla, es decir, que la colegiación obligatoria: a) es el modo normal de organizar el ejercicio de las profesiones en los distintos países que han sometido al periodismo al mismo régimen profesional; b) persigue fines relacionados con la ética, la idoneidad y la responsabilidad profesionales; c) el ejercicio de ciertas profesiones —entre ellas el periodismo— entraña no sólo derechos sino también deberes; d) implica un medio para garantizar la independencia de los periodistas respecto de sus empleadores, sobre todo en América Latina, donde se abren medios de comunicación para la defensa de intereses personales o de pequeños grupos de poder; e) en el caso particular de la República de Costa Rica, la colegiación obligatoria establecida por ley, no impide que —como ejercicio de una *profesión liberal*— se permita a una persona ser comentarista o columnista permanente y retribuido, sin estar colegiado (424) . Todos estos argumentos favorables a la colegiación obligatoria, a criterio de la Corte Interamericana, se sostenían por sus patrocinadores en que se constituían en medios para asegurar el *orden público* (art. 13.2.b) de la CADH) y *la justa exigencia del bien común en una sociedad democrática* (art. 3.2. CADH).

Sin embargo, la Corte Interamericana rebatió esos argumentos fundando su opinión en que: a) existe una diferencia sustantiva entre el control de *otras* profesiones que hacen al bien público —como el derecho o la medicina— que no tienen la protección específica que acuerda el art. 13 de la Convención, al derecho de buscar, recibir y difundir información, y la profesión de periodista; b) no existe para la Corte oposición aceptable entre la práctica retribuida del periodismo —sujeta a colegiación obligatoria— y la libertad de expresión que no lo estaría, pues lo contrario podría lleva a sostener que las garantías del art. 13 de la Convención no son aplicables a los periodistas profesionales; c) la libertad de expresión, de dar y recibir información, tiene una doble dimensión, individual y colectiva; c) un sistema de control del derecho de expresión fundado en que el bien común requiere de una información objetiva y veraz puede llevar a grandes abusos y a anular el bien común que se favorece con la máxima circulación de las ideas; la necesaria protección a la libertad e independencia de los periodistas puede garantizarse por otros medios menos restrictivos que la colegiación obligatoria, por ejemplo, por medio de un estatuto general que proteja a todos los periodistas. En consecuencia, la Corte Interamericana concluyó en que *no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a éste a los graduados en una determinada carrera universitaria*(425) .

Como se advierte, la Corte Interamericana entiende que el derecho de la sociedad —la libertad de información tiene una dimensión colectiva, en sus palabras— al libre flujo de ideas y opiniones no debe ser restringida ni directa ni indirectamente aun cuando se invoquen razones de bien común —entendido, éste, como el referido a las condiciones de la vida social que permite a los integrantes de la sociedad el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos— porque, precisamente, es condición del bien común así concebido la máxima libertad de expresión. En consecuencia de ello, la colegiación obligatoria del periodismo, o la exigencia de estudios universitarios para ejercer la profesión, es considerada una barrera inaceptable a la circulación libre de las ideas y opiniones.

La Opinión de la Corte Interamericana, a mi modo de ver, se inscribe en el liberalismo político y presupone responsabilidades posteriores, pero no barreras de entrada a la profesión de informar. Queda, desde luego, el problema de las carencias de idoneidades profesionales que pueden afectar a los profesionales de la información y las faltas éticas que pudieran cometer por difundir una noticia no suficientemente confirmada o por obtener otros beneficios operando para algún interés. En la sociedad democrática y libre, se supone que esos problemas se corrigen con pluralidad de medios y en los medios de comunicación.

13.10. LAS RESTRICCIONES INDIRECTAS A LA LIBERTAD EXPRESIVA

El art. 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe las restricciones a la libertad expresiva por vías o medios indirectos, formulando una enunciación enumerativa de casos que las configurarían. Esa enumeración no agota las posibilidades de restricciones violatorias del Pacto, pues la misma norma establece una pauta general que engloba otras hipótesis, tales como las encaminadas a impedir o limitar la comunicación. Cabe, pues, a cada Estado parte —también acerca de la libertad de expresión— el evitar en el orden interno esos bloqueos indirectos, y dado que la responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos bajo los tratados que los protegen corresponde a todos los poderes del Estado, compete al Poder Judicial, caso por caso, examinar la concordancia de ese medio restrictivo con aquellas Convenciones.

Esa línea interpretativa fue seguida por la Corte Suprema argentina al examinar la compatibilidad de la ley de abastecimiento 20.680 —aplicada a un periódico al que se le había impuesto una multa por haber aumentado el precio del ejemplar sin la autorización de la Secretaría de Comercio Interior— con el alcance de la libertad expresiva consagrada en la Constitución Nacional.

Según el art. 1º, de la ley 20.680, ésta regirá con respecto a la compraventa, permuta, locación de cosas muebles, obras y servicios —sus materias primas directas o indirectas y sus insumos— lo mismo que a sus prestaciones ... que se destinen (entre otras cosas) a *cultura* ...". La mentada

ley de abastecimiento —impugnados varios de sus artículos por inconstitucionales— (426) implicaba el control de precios, entre otros bienes; del de los periódicos. La Corte Suprema, por mayoría conformada con tres votos distintos, consideró inaplicable la ley, argumentando que: a) una interpretación estricta de la norma conduce a establecer que la finalidad primordial de los periódicos no es la de trasmitir cultura, sino información y las ideas de los redactores, cuyos derechos están garantizados por el art. 14 de la Constitución. Por otro lado, la interpretación analógica o extensiva, en ese caso, chocaría con el art. 32 de la Ley Suprema; (427) b) la autorización al poder administrador para regular el precio de los periódicos, o el sometimiento de las empresas editoras con previa autorización para aumentarlos, haría peligrar la subsistencia de las publicaciones desafectas a los gobernantes, ya que la negativa o la demora para atender tales pedidos constituirían una preciosa herramienta para hacer peligrar la estabilidad financiera y económica de los medios de prensa; además, frente a la libertad de prensa como elemento esencial del gobierno republicano no se individualiza ningún interés público en limitar el precio de venta de los periódicos; (428) c) cuando la empresa periodística cuenta con recursos financieros y técnicos suficientes puede desarrollar con mayor independencia su labor de informar y en el caso particular del diario *La Prensa* , la necesidad del aumento del precio de los ejemplares resultó acreditada (429) .

Como se advierte, aunque resguardando los derechos del periódico en el caso concreto frente a la medida estatal, la consistencia de los votos y amplitud y extensión de las garantías de la libertad expresiva varían en cada uno de aquéllos. Por de pronto, resulta más que dudoso que los diarios no estén comprendidos en la compraventa de muebles destinados a trasmitir cultura y que, así elaborada, la regla deja fuera de la protección a otros medios de comunicación que también implican transmisión de informaciones u opiniones, aunque puedan ubicarse dentro de la cultura, como las obras teatrales, por ejemplo. De su lado, en el voto del ministro *Belluscio,* puede equipararse la intromisión del poder administrador, como se daba en el caso, a una situación de censura previa, que la diferencia de las responsabilidades ulteriores permitidas, en caso de abusos de la prensa que perjudiquen derechos de terceros. En ese sentido, luce en este voto una amplitud de la garantía de la libertad expresiva consistente con el valor asignado a ésta en las repúblicas democráticas. Por su parte, aun cuando el ministro *Fayt* comienza su voto en la misma línea, al considerar especialmente las dificultades financieras y concretas del periódico, estrecha la regla para su aplicación a casos posteriores, condicionándola a la existencia de esas circunstancias especiales (430) , circunstancias que, a mi modo de ver, no requieren ser probadas, desde que, como lo señalara el juez *Belluscio* , la posibilidad de interferencia administrativa arbitraria resulta notoria.

13.11. La distribución de publicidad oficial y las interferencias sutiles a la libertad expresiva

Una de las obligaciones propias de la república democrática impone al Estado —a todos los poderes que lo integran, a los organismos que lo expresan y a las empresas controladas por aquél— la obligación de informar a los habitantes del país acerca de las medidas que disponen. Los actos de gobierno se suponen públicos y como tal deben comunicarse a la sociedad.

En algunos supuestos los actos estatales deben ser públicos por imperio de la Constitución Nacional —art. 83— o de leyes que lo establecen de modo expreso. Los actos normativos del Estado, en especial, las leyes, reglamentos, decretos, decisiones administrativas, se registran y publican en el Boletín Oficial pero, a más de ello, muchas decisiones deben darse a conocer por los medios de comunicación social, públicos y privados a fin de que tengan una más amplia difusión, por ejemplo en el caso de los llamados a licitación pública de obras y servicios.

La publicidad oficial de los actos de gobierno en medios de comunicación privados tiene costos económicos y, en tal sentido, significan también importantes recursos para el sostenimiento de esos medios de comunicación facilitando, indirectamente, la difusión de noticias, de idearios plurales y de críticas a funcionarios y políticas públicas que favorecen el control ciudadano. Sin embargo, el Estado no tiene un deber de solventar o subvencionar medios de comunicación ni éstos un derecho subjetivo a obtener publicidad oficial o subsidios de ningún tipo (431) .

Pero dado que en algunos casos el Estado necesita difundir los actos de gobierno o la información que requieren los habitantes del país para que éstos puedan ejercer sus propios derechos o cumplir con sus deberes, la distribución de publicidad estatal no debe de ser discriminatoria, diferenciando entre *medios amigos* o *enemigos* , aplicada para premiar o castigar, según el seguimiento que esos medios hagan de las políticas públicas o de la defensa o crítica de los funcionarios que las diseñen.

Sin duda, los medios de comunicación social tiene derecho a sostener un ideario propio, a apoyar —por coincidir con ellas— acciones gubernamentales generales o específicas o, por el contrario, a discrepar con unas u otras. La circulación de esos criterios, si responden a opciones honestas y de buena fe de los periodistas y comunicadores, favorece el debate democrático y, si son interesados, plantean un problema ético pero no jurídico salvo, claro está, que las opciones expresivas de los medios respondan a *compensaciones* de diferente tipo otorgadas por el gobierno o las oficinas de éste.

Además, en razón de los costos crecientes de la publicidad estatal en medios privados, ésta debe responder a necesidades públicas y a intereses estrictos del Estado de modo de no confundir el deber de informar con la propaganda política a favor de los gobernantes circunstancialmente en el poder. Del mismo modo el criterio para asignar la publicidad oficial a los medios privados debe de ser objetivo y razonable y no debe mudarse o suprimirse según la línea editorial que siga la empresa periodística.

Conviene tener presente que la asignación de publicidad oficial implica el manejo de fondos públicos, dinero de los contribuyentes, lo que descarta de plano el uso de aquellos como si fueran propios de los gobernantes que los distribuyen. En consecuencia, se requieren reglas generales y estables, que eviten toda posible arbitrariedad o distorsión del empleo de la publicidad oficial a fin de evitar, entre otras situaciones, que se utilice como medio sutil e indirecto de interferencia en la libertad expresiva o que se emplee como propaganda. La propaganda se diferencia de la publicidad en que la primera busca convencer, persuadir acerca del acierto o conveniencia de determinado acto o conducta. En sentido estricto no busca la verdad de la información, sino la aceptación, el seguimiento popular y la conservación del poder.

El peligro de tal conducta por parte de los gobernantes es posible y, lamentablemente, común y cabe en las previsiones del Art. 13.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos en tanto esta norma dispone que "...no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

Por su parte en la Declaración de Chapultepec, adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión, celebrada en la ciudad de México, 1994, se dijo que "...la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas" y la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobada por ésta al interpretar el art. 13. de la Convención Americana sostuvo que "...la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales...con el objeto de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión..." añadiendo que "...Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión" (432) .

El problema de las interferencias indirectas a la libertad de expresión es de antigua data, también en la República Argentina. De esa cuestión, referida a la distribución de publicidad oficial —en realidad al mantenimiento de la pauta publicitaria— da cuenta una sentencia de la Corte Suprema dictada en consecuencia de un amparo interpuesto por la Editorial Río Negro S.A contra la Provincia del Neuquén. La actora requería que se ordenara a la provincia el cese de la que consideraba arbitraria decisión de privar al diario "*Río Negro* " y a sus lectores, de la publicidad oficial de los actos de gobierno provinciales y, en consecuencia, se le restituyera la pauta publicitaria que normalmente se le atribuía. Según quedó acreditado en autos, después de la publicación de una noticia particularmente crítica para las autoridades provinciales, éstas redujeron de manera significativa la publicidad que distribuían al periódico. Al hacer lugar a la demanda, por mayoría, la Corte Suprema consideró que si el Estado contrata publicidad con un medio, la

retira y la vuelve a conceder luego de interpuesta la demanda, es aquél quien tiene la carga de probar que el cese de la publicidad responde a motivos suficientes. Además, y aún cuando no existe un derecho subjetivo a recibir publicidad oficial "...*el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria"*(433) .

La sentencia constituye un significativo paso en orden a controlar alguna de las arbitrariedades que el Estado puede cometer mediante la manipulación de publicidad oficial. En suma y en esta dirección, la Corte estableció dos criterios que deberá seguir el Estado si decide dar publicidad oficial a los medios de comunicación: 1) no debe manipularla, otorgándola o retirándola con criterios discriminatorios, tal la situación que se daba en el caso del diario "Río Negro"; y 2) no debe utilizar la publicidad como medio para afectar la libertad de expresión. Es en esta pauta donde la regla sentada por la Corte Suprema luce más imprecisa a futuro pues en ella se sostiene que el Estado "...tiene a su disposición muchos criterios distributivos, pero cualquiera sea el que utilice debe mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones". En ese sentido resulta necesario que el Congreso legisle al respecto y que exista un organismo de adjudicación de la publicidad estatal independiente y controles administrativos y judiciales eficientes.

14. Derecho de asociación

14.1. Fuentes constitucionales del derecho de asociación

La Constitución histórica protegió el derecho de asociación con *fines útiles* . La interpretación de la frase ha identificado los fines útiles con los fines lícitos dando así una mayor amplitud al derecho.

También en el art. 14 *bis* se reconoció —entre los derechos sociales— la organización sindical libre y democrática, asegurando un tipo especial de asociación en defensa de los derechos de los trabajadores (434) .

Después de la reforma de 1994, la Constitución reconoció legitimación para interponer acción de amparo a las asociaciones —registradas conforme a la ley— que tuvieran entre sus fines la lucha contra la discriminación, la protección del ambiente, de la competencia, del usuario y el consumidor, así como la de los derechos de incidencia colectiva en general dando, con ello, jerarquía constitucional a otro tipo de asociaciones, las *organizaciones no gubernamentales,organizaciones del tercer sector* u *organizaciones del sector social* (art. 43, C.N.).

Del mismo modo, después de 1994, tienen expresa protección constitucional, las asociaciones políticas, el derecho a crearlas e integrarlas y las facultades y obligaciones de los asociados y de los partidos políticos (arts. 37 y 38).

Cada uno de esos tipos especiales de asociaciones pueden ser reglamentados por leyes específicas. Esa normativa está sujeta al control de razonabilidad a partir de los valores implicados y protegidos en la agremiación sindical, las organizaciones de la sociedad civil y los partidos políticos. En estos casos, los derechos que integran la libertad asociativa pueden merecer una regulación más estricta y limitativa, pero nunca desaparecer(435) .

De su lado, la Convención Americana de Derechos Humanos —con jerarquía constitucional desde 1994— dispone un reconocimiento muy amplio a los fines asociativos al enumerar en el art. 16.1., los ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. Sin embargo, la misma disposición, en el inc. 2., admite limitaciones a ese derecho siempre que estén previstas en la ley y que sean *necesarias en una sociedad democrática* en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o el orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás (436) . Por fin, en el inc. 3, las restricciones habilitadas al derecho de asociación son mayores, en tanto permiten a los Estados parte, el establecimiento de limitaciones legales y *aun la prohibición del ejercicio del derecho de asociación* a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía. Por cierto, cualquier Estado parte puede reconocer en el orden interno cierto grado de asociacionismo a sus fuerzas de seguridad, pero, si lo prohíbe, no incurre en responsabilidad internacional.

Los beneficios sociales que se derivan de la actividad de las asociaciones son indudables. Tal como lo sostuvo uno de los ministros de la Corte Suprema, aquéllas fomentan la cooperación y la solidaridad; poseen una función pedagógica e integradora, al establecer vías de apertura a la convivencia grupal, y controlan los conflictos sociales dentro de las reglas que rigen la vida de las sociedades (437) .

14.2. DERECHOS QUE INTEGRAN LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

La libertad asociativa incluye el derecho de asociarse; de elegir las personas con quiénes hacerlo; de establecer las condiciones y tipo de la asociación; de elegir los fines asociativos; de ingresar en asociaciones ya constituidas; de no asociarse. Además, como un derecho de las personas que constituyen la asociación y de la asociación misma, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, es decir, a que sean aceptados los efectos de la asociación y a que las acciones de ésta, como sujeto diferente de los miembros que la integran, sean jurídicamente relevantes (438) .

El derecho a elegir el modo asociativo y los fines de la institución constituyen, también, formas de la libertad expresiva desde que la persona se manifiesta por lo que dice y calla; por lo que hace y cómo lo hace; por los propósitos que persigue y los medios que emplea para lograrlos. Por ello,

toda restricción irrazonable al derecho de asociación es una forma de limitar la libertad de expresión en su más amplio significado (439) .

La manera de hacer efectiva la libertad de asociación implica el reconocimiento jurídico de los efectos de esa libertad, expresada en la constitución de un ente con personalidad distinta a la de los miembros que la componen. Es lo que se ha denominado la juridicidad de las asociaciones.

Este derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones corresponde a la misma organización —a ser y a constituir un centro de imputación de normas con derechos y obligaciones— y a los asociados, a que sus actos asociativos sean jurídicamente significativos.

Por fin, el reconocimiento amplio de la realidad asociativa, diversa y plural, para las múltiples formas que aquélla pueda asumir, implica garantizar la igualdad de oportunidades de personas físicas a constituirse en asociaciones y de éstas a actuar y *competir* en un plano de igualdad por la visibilidad, el respeto y el apoyo social (440) . Este derecho es particularmente importante para las *asociaciones sindicales* (art. 14 *bis* de la Constitución Nacional) y para las *asociaciones de la sociedad civil* (arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional) e implica el rechazo de toda discriminación implícita por parte del Estado a fin de que éste no prohíje algunas al calor oficial y desestime o descalifique a otras.

Los principales problemas que presenta el derecho de asociación se refieren a la eventual prohibición de alguna asociación, aunque su fin no sea ilícito; a la restricción de otros derechos en razón de integrar determinadas asociaciones; y a la obligación de asociarse. Todas estas imposiciones son en principio inconstitucionales.

Sin embargo, cabe distinguir el derecho a la *personalidad jurídica* , es decir, el derecho individual y colectivo a formar organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales y a afiliarse y participar en ellos de acuerdo a lo que prescribe el art. 46 del Código Civil, del derecho a la *personería jurídica* , esto es, al reconocimiento estatal otorgado por la autoridad administrativa, quien puede exigir el cumplimiento de requisitos razonables y no discriminatorios para otorgar ese reconocimiento. La garantía constitucional se circunscribe a declarar lícita toda unión de personas con un fin lícito y a otorgar el reconocimiento estatal cuando la finalidad asociativa es de bien común y no sólo personal de quienes la integran (441) .

Por cierto, no siempre resulta sencillo distinguir cuándo la finalidad asociativa es de bien común o de interés exclusivo de quienes la integran. En el caso "*ALITT Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/Inspección General de Justicia* ", la Cámara distinguió los fines de entidades tales como la Sociedad Rural y la Liga de Amas de Casa, citadas por la peticionante, de ésta misma. Sobre la primera, el tribunal señaló su labor en favor de las actividades agropecuarias, que aportan divisas al país, sobre la segunda, destacó su lucha permanente por la transparencia de los contratos que perjudican a los consumidores con cláusulas abusivas y por los aumentos injustificados de los precios de la canasta familiar, ambos objetivos que interesan a la comunidad (442) .

La distinción entre unos y otros objetivos —a los fines del reconocimiento estatal—, se quiera o no, siempre entraña una escala de valores que de una u otra manera hace suyos el Estado cuando otorga el reconocimiento. Del mismo modo en que lo hace cuando distingue categorías legales o cuando los tribunales toman decisiones ponderando, por ejemplo, lo que resulta mejor para el hijo y adjudican la tenencia de los menores a uno de los progenitores (443) .

Sin embargo, la Corte Suprema, al momento de resolver la controversia planteada en "*ALITT Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/Inspección General de Justicia"* — referida en párrafos anteriores— procuró diluir el peso del Estado en la determinación y bordes de los "fines útiles", entendidos como requisitos constitucionales de la libertad asociativa. Del mismo modo efectuó una interpretación amplia del objetivo de "bien común" que establece el art. 33 del Código Civil para las personas jurídicas.

Al revocar la sentencia de Cámara, la Corte Suprema consideró inconstitucional la denegatoria para funcionar como persona jurídica que había gestionado la "*ALITT"* . El Tribunal entendió que, en el caso, a) había cuestión federal porque se había interpretado el Código Civil en sentido contrario a la Constitución (444) , b) existía agravio pues la denegatoria de la personería jurídica restringía los derechos que podía ejercer la asociación y ampliaba las responsabilidades de sus integrantes (445) ; c) el derecho de asociación se había fortalecido y profundizado en virtud de la jerarquía constitucional otorgada —en 1994— a los tratados de derechos humanos que lo declaran y garantizan y en razón del art. 43 de la Constitución Nacional en tanto esta norma reconoce legitimación procesal a las asociaciones que promuevan la protección de los derechos contra toda forma de discriminación; (446) ; d) el "fin útil" que debe de perseguir toda asociación se define por la negativa: lo es todo aquel que no sea ilícito, o persiga "la destrucción de las cláusulas inmutables del pacto fundamental de la República vigente desde 1853" (447) ; e) "La trascendencia del pluralismo, la tolerancia y la comprensión llevan a concluir que todo derecho de asociarse es constitucionalmente útil, en la medida que acrecienta el respeto por la ideas ajenas, aun aquellas con las que frontalmente se discrepa, y hasta se odia, favoreciendo la participación de los ciudadanos en el proceso democrático y logrando una mayor cohesión social que nace, precisamente, de compartir la noción fundacional del respeto a la diversidad y de la interacción de personas y grupos con variadas identidades, creencias y tradiciones..." (448) ; f) "...el "bien común" no es una abstracción... ni menos lo que una mayoría considere "común"...sino simple y sencillamente, el bien de todas las personas... personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas..." (449) .

Como puede advertirse, la Corte Suprema garantiza a los habitantes del país el derecho a asociarse y a reclamar del Estado el reconocimiento jurídico de esa asociación cualquiera sean los fines lícitos que aquellos se propongan, en base a plurales idearios y a preferencias de vida, sean considerados valiosos o no, por las mayorías sociales.

Por otro lado el derecho a la libre concurrencia entre asociaciones está directamente relacionado con el derecho a no asociarse y plantea el problema de la obligatoriedad de integrar los Colegios Públicos Profesionales. Sin embargo, al considerarlos no como asociaciones privadas sino como entes públicos de control de las respectivas matrículas, la Corte Suprema, finalmente, declaró la constitucionalidad de las leyes que los crearon (450) .

15. LIBERTAD DE CULTO

El art. 14 de la Constitución Nacional reconoce el derecho de profesar libremente el culto al que se pertenece. Es decir, en su aspecto positivo, el derecho de realizar todos los actos externos de reverencia, homenaje, veneración y participación en la liturgia religiosa y, en su aspecto negativo, el derecho a no ser obligado a compartir ceremonias religiosas de cualquier credo y a que la no pertenencia religiosa no genere algún efecto jurídico discriminatorio.

Aun cuando el derecho a profesar libremente el culto se reconoce a los habitantes, y entre éstos se encuentran los extranjeros que no ingresaron clandestinamente al país según doctrina de la Corte Suprema (451) , el art. 20 de la Constitución Nacional asegura expresamente aquel derecho a los extranjeros. Esta *sobreabundancia* constitucional va en línea con el objetivo de atraer inmigración a la República Argentina respetando las diferentes opciones religiosas (art. 25) y con el pensamiento político de *Juan Bautista Alberdi,* quien, sosteniendo la conveniencia social del teísmo, al mismo tiempo defendió la utilidad de la *tolerancia* religiosa (452) .

Sin embargo, la libertad religiosa y de culto, en el texto de la Constitución, se complementa y amplía con la libertad de conciencia amparada por el principio de privacidad, consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional. Sobre el punto, esta norma impide la interferencia estatal en la zona de reserva de la libertad personal y destila, además, el principio de intimidad que impide al Estado , y a terceros, tomar conocimiento de las creencias filosóficas o religiosas que las personas prefieran no manifestar, pues nadie está obligado a declarar el culto que profesa o que no profesa ninguno (453) .

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos asegura la más amplia libertad de conciencia y de religión y distingue y protege la libertad de *profesar* —practicar en público o privado los ritos propios de cada creencia—; de la libertad de *divulgar* la religión, relacionada esta última con la enseñanza y el proselitismo religioso o ideológico, y sujetos a las limitaciones legales que tengan por objeto proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos o libertades de los demás (454) .

15.1. LIBERTAD DE CONCIENCIA

La Corte Suprema ha sentado doctrina acerca de que las creencias religiosas de las personas no deben ser tomadas en cuenta para restringir el ejercicio de otros derechos, mientras no se manifiesten en actos prohibidos o perjudiciales a terceros. En el caso, la manifestación de pertenecer a los *Testigos de Jehová,* consignada en un formulario requerido por la administración, no debe ser tomada en cuenta para denegar la radicación definitiva en el país y ordenar la expulsión del extranjero, pues la pertenencia a un culto constituye un acción privada (455) .

15.2. LIBERTAD DE CONCIENCIA E INTERESES DE LA SOCIEDAD

En ocasiones, los intereses legítimos de la sociedad pueden interferir con la libertad de conciencia. Dada la importancia de este derecho humano que toca la interioridad de las personas, sus creencias y convicciones más profundas, la restricción estatal debe ser la excepción y sólo cuando no exista otro medio similar para satisfacer los intereses sociales. De haberlos, corresponde su empleo alternativo a fin de resguardar la conciencia personal. Así, pues, el examen de cuán indispensable es el cumplimiento del fin social por el medio establecido en la norma debe ser estricto, cuando ello obstruya las convicciones morales o religiosas de las personas.

Desde luego no siempre es sencillo efectuar ese balance entre intereses sociales y personales, aunque la regla del art. 19 de la Constitución proporciona el criterio del daño a terceros, que podría evaluarse cuando la abstención que se pretende perjudique al conjunto social, de modo concreto y grave.

Esta cuestión fue examinada a propósito de la defensa armada de la Patria que impone a todos los ciudadanos el art. 21 de la Constitución y su entonces ley reglamentaria estableciendo el servicio militar obligatorio. En el caso *"Lopardo"* la Corte Suprema hizo prevalecer los deberes constitucionales —impuestos directamente por el constituyente— y el objetivo del Preámbulo de proveer a la defensa común por sobre la libertad religiosa de un Testigo de Jehová la que, a juicio del Tribunal, encuentra su límite en las exigencias razonables del justo orden público, del bien común de la sociedad toda y en la protección de la existencia y de los legítimos derechos de la Nación (456) . Como se advierte, el control de razonabilidad que efectúa la Corte Suprema es débil y genérico, sin examinar de qué modo pueden cumplirse aquellos fines por otros medios menos intrusivos y sin reparar en que el art. 21, también por mandato constitucional, debe ser reglamentado. Pues bien, esa reglamentación está sujeta al límite impuesto por el art. 28 de la Constitución.

El contexto de ese debate dio lugar a la presentación de un proyecto de ley, elaborado por el Poder Ejecutivo, sobre objeción de conciencia que contemplaba la alternativa de servicios sociales sustitutivos del militar (457) .

Más tarde, la Corte Suprema en el caso *"Portillo"* , en el que el objetante pertenecía a la religión católica, confirmó la condena de quien resistía prestar

el servicio militar, pero estableció una regla según la cual *el servicio de conscripción podía prestarse sin el empleo de armas* , con fundamento en la libertad religiosa, *derecho cuya extensión deberá ser determinada según las circunstancias del caso.* Para arribar a esta solución, el Tribunal distinguió el contexto —paz o guerra— sosteniendo que, en el caso, *el incumplimiento del servicio militar no conlleva un peligro grave o inminente a los intereses protegidos por el Estado*(458) .

15.3. LIBERTAD RELIGIOSA EN ÁMBITOS PÚBLICOS

15.3.1. El caso de los crucifijos en las escuelas

La libertad religiosa implica el derecho a profesar el propio culto, a manifestarlo de innumerables maneras, a la exhibición de los símbolos y signos que lo expresan, tanto en el ámbito privado como público.

Sin embargo, en una sociedad democrática y pluralista se plantea el problema de hasta dónde llega la libertad positiva de las personas en materia religiosa e ideológica frente a las minorías que no comparten esas creencias, cuando la exhibición de los símbolos religiosos se hacen en los espacios públicos, sobre los que se ejerce el poder de policía estatal.

La cuestión fue planteada ante los tribunales alemanes. En el caso, conocido como la *"Decisión sobre los crucifijos"*(459) se declaró inconstitucional una ley del Estado federado de Baviera que obligaba a las es-cuelas estatales públicas a colgar un crucifijo en sus aulas —y siempre y cuando no se tratase de una escuela confesional cristiana—, con fundamento en que esa disposición violaba la libertad de creencia y de conciencia (460) .

Para llegar a esa decisión, la corte alemana sostuvo que la cruz tiene un carácter apelativo y muestra los contenidos de fe simbolizados por ella como ejemplares y dignos de observancia; que la cruz se exhibe a personas que en razón de su juventud, aun no se han consolidado en sus concepciones, que deben desarrollar sus capacidades críticas y, por ello, son especialmente accesibles a una influencia mental, y que aquélla no puede ser reducida a un signo general de la tradición de la cultura occidental; que la cruz simboliza el núcleo esencial de las convicciones de la fe cristiana, creencia que no es compartida por todos los miembros de la sociedad, sino que es rechazada por muchos de ellos en el ejercicio de su derecho fundamental de libertad de creencia y conciencia que debe ser protegido.

Según el tribunal alemán, el conflicto que surge entre el ejercicio de la libertad negativa de creencia de unos y la libertad positiva de creencias de otros no puede ser resuelto según el principio de la mayoría, pues el derecho fundamental a la libertad de creencias persigue, en forma especial, el respeto de las minorías. Por tanto, para esta doctrina, no sería compatible con la

aplicación del "mandato de la concordancia práctica" de restringir completamente los sentimientos de quienes profesan otras creencias, para que los alumnos cristianos, más allá de la clase de religión y meditación voluntaria, puedan aprender las materias profanas bajo el símbolo de su creencia.

Como se advierte, la sentencia busca un equilibrio entre el ejercicio de la misma libertad constitucional entre personas con distintas convicciones religiosas. El fallo, que puede entenderse como restrictivo para las creencias de las mayorías, debe leerse en el contexto educativo alemán donde éstas, de todos modos, tienen acceso a la clase de religión y a las oraciones voluntarias en los ámbitos escolares.

15.3.2 El caso de la Virgen en Tribunales

La República Argentina no adoptó una religión de Estado en su Constitución, aunque el gobierno federal está obligado al sostenimiento del culto católico, y, en el Preámbulo efectuó una invocación a Dios como fuente de toda razón y justicia (461) . Al mismo tiempo, declaró la libertad de culto para todos los habitantes de la Nación (art.14) y reiteró el reconocimiento de ese derecho para los extranjeros en el territorio del país (art. 20). En 1994 derogó de entre las atribuciones conferidas al Congreso Federal la de promover la conversión de los indios al catolicismo (462) .

La historia argentina evidencia una relación estrecha —no siempre pacífica ni armoniosa— entre el Estado y la Iglesia Católica, originada en la conquista española, y una tradición de religiosidad muy antigua que se desarrolló —en general— sin menoscabo de la libertad de conciencia y de culto para las diversas creencias de sus habitantes. La sociedad argentina no fue ni es hostil a las diferentes religiones ni a quienes no comparten ninguna.

Dentro de la tradición referida, que incluye la religiosidad que manifestaron muchos de los héroes de la Independencia, las autoridades políticas suelen colocar en los despachos públicos, símbolos religiosos pertenecientes al catolicismo y participar de celebraciones propias de ese culto en ocasión de las fechas patrias, sin protestas visibles por parte de quienes no comparten esas creencias.

Sin embargo, la colocación de la imagen de una Virgen en la entrada principal del Palacio de Tribunales, debajo de la estatua de la Justicia que allí se encuentra, dio lugar a una controversia judicial. Dos abogados de la matrícula y la *Asociación por los Derechos Civiles* presentaron una acción de amparo a fin de que se declarara la inconstitucionalidad de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de autorizar la entronización de la imagen de la Virgen de San Nicolás, y de cualquier otro signo religioso, en la entrada principal del Palacio de Tribunales, donde tiene también su sede la Corte Suprema. Los presentantes fundaron su pedido en que la presencia de esa imagen, violaba la Constitución Nacional, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

al entender que ello menoscababa el derecho a la no discriminación —en el caso, religiosa— y a la existencia de una justicia independiente.

En primera instancia se hizo lugar al amparo, reconociéndose legitimación a los actores a título personal y en sus calidades de abogados y, respecto de la asociación demandante, en virtud de la finalidad asociativa que perseguía, con arreglo a lo establecido en el art. 43 de la Constitución Nacional. Sobre la cuestión sustantiva, la jueza de grado tuvo en cuenta que la mentada entronización de la Virgen no reconocía la existencia de acto administrativo previo; que tres ministros de la Corte habían accedido a lo solicitado por los amparistas, con fundamento en el art. 2º de la Constitución Nacional; y que la imagen de la Virgen en la sede de uno de los poderes del Estado implicaba por parte de éste un compromiso institucional que lo acercaba peligrosamente a la adopción de una religión de Estado. En su consecuencia, la jueza dispuso la *regularización* de la situación de la imagen.

La sentencia de primera instancia tuvo amplia difusión en la prensa, aunque ninguna reacción institucional de la Iglesia Católica; fue acatada por la Corte Suprema —el Tribunal decidió, en uso de sus facultades de superintendencia sobre el edificio, la guarda de la imagen con la mayor circunspección y decoro— y fue apelada por particulares, quienes invocaron su calidad de católicos y, en su caso de abogados, y por la *Corporación de Abogados Católicos* . A todos ellos se les reconoció *interés* para apelar, en la misma medida en la que se había reconocido *interés* a los accionantes para demandar (463) .

No obstante que el fallo se había cumplido, la Cámara, por mayoría, estimó que la cuestión no había devenido abstracta —en virtud de las apelaciones interpuestas—, revocó la sentencia de primera instancia y rechazó el amparo. La minoría, en cambio, votó por declarar mal concedidos los recursos de quienes controvirtieron los planteos de la demanda, dado que la Corte Suprema había consentido la sentencia, y la había ejecutado, pues mandó quitar la imagen de la Virgen del lugar en que se hallaba emplazada (464) .

La jueza que votó en primer término —*María Jeanneret de Pérez Cortés* — consideró que al haberse aceptado la legitimación de los recurrentes en primera instancia, correspondía examinar la cuestión sustantiva. En ese sentido, la magistrada se interrogó en primer término acerca de si "de la sola manifestación pública de una creencia religiosa —aunque emane de órganos del Estado— puede inferirse una presunción de trato discriminatorio arbitrario o la ausencia de imparcialidad respecto de quienes no la profesan". De todas las normas que citó la jueza para concluir en una respuesta negativa a aquella pregunta —Preámbulo, arts. 14, 20 de la C.N.; arts. 12.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos en orden a asegurar la libertad de culto y el derecho a manifestar la propia religión y las propias creencias- el que tiene, a mi modo de ver, más miga para analizar el problema, es el art. 93 de la Constitución Nacional.

En efecto, esa norma admite que las autoridades públicas juren su cargo respetando sus creencias religiosas y nadie, hasta ahora, ha alegado que ese juramento haya implicado decisiones gubernamentales inspiradas en motivos

discriminatorios o que produjeron efectos restrictivos para la religiosidad, el agnosticismo o el ateísmo de terceros por causa de aquellas convicciones expresadas al jurar la función. La diversidad de fórmulas de juramento que se utilizan en la República Argentina, evidencian la diversidad religiosa en una sociedad plural. Claro que puede establecerse una delgada línea divisoria —no siempre sencilla de trazar— entre las convicciones de las personas que integran los órganos de poder y los derechos de ellas a manifestarlas, y los órganos institucionales.

Sin embargo, tal como *Jeanneret de Pérez Cortés* analizó en segundo término, cabía examinar si conforme al ordenamiento jurídico de la República Argentina resultaba manifiestamente ilegítima la colocación de un símbolo religioso, católico, en un edificio público que es sede de uno de los poderes del Estado. Si, ello, por sí solo, afectaba el derecho a la igualdad real de trato y al pleno goce y ejercicio, sobre bases igualitarias, de los derechos consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional y, en especial, si interfería con la igualdad ante la jurisdicción de los justiciables que no pertenecieran a la confesión católica.

La respuesta negativa que dio la jueza a esos interrogantes, toman- do en consideración el art. 2º de la Constitución Nacional, la historia y la tradición del país reconocida por los propios demandantes, dejó a salvo lo que considero una cuestión sustantiva del conflicto. *Jeanneret de Pérez Cortés* señaló que su conclusión acerca de que no resultaba manifiestamente arbitraria la colocación de un signo religioso en un edificio público, que es sede de uno de los poderes del Estado, "no implicaba un juicio sobre la conveniencia del *modo* y *lugar* del emplazamiento de la imagen (465) .

Al descartar que el emplazamiento de la imagen implicara un acto *manifiestamente* arbitrario, la jueza desestimó que se hubiera configurado un caso o causa judicial, dado que —a su juicio— los actores no demostraron la actualidad o inminencia de un daño concreto a sus derechos o a los de sus asociados. Diría que los actores no demostraron ni la discriminación, ni la afectación de los derechos de un justiciable que padeciese de modo actual o inminente un trato desigual o una justicia parcial como consecuencia del emplazamiento del símbolo religioso.

Ahora bien, tal como se dijo en el voto en concurrencia del juez *Galli* , los sentimientos religiosos de las personas merecieron amparo por parte de la Corte Suprema. En efecto, en el caso *"Ekmekdjian c/Sofovich"* el Tribunal decidió que la afectación de los sentimientos religiosos de quien se había sentido herido por las que consideró expresiones agraviantes y erróneas sobre sus creencias merecía el derecho de rectificación o respuesta (466) . Aunque —y a mi modo de ver— en el caso *"Ekmekdjian c/Sofovich"* se extralimitó el alcance del derecho de rectificación o respuesta, más allá de los bordes establecidos en el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos ¿podría sostenerse que la sola colocación de un símbolo religioso en la sede de un poder del Estado menoscaba la libertad de conciencia o los sentimientos de quienes no comparten esas convicciones? ¿Debería diferir la solución según sea el poder de que se trate? ¿Es menos razonable la

entronización de la Virgen en el Palacio de Tribunales, porque puede identificársela con el servicio de justicia desde la perspectiva de una religión? ¿Debería considerarse si se trata de la colocación de un símbolo o si ello da lugar a prácticas de culto, por parte de diversas personas? Las respuestas, entiendo, deben darse a partir del análisis del modo y lugar en el que se ubican aquellos símbolos y en la prudencia con la que también los creyentes, sin desmedro de su identidad de fe, deben actuar (467) .

Llegado el caso de la Virgen en Tribunales a la Corte Suprema, cuando la imagen ya no se encontraba en el sitio por disposición de superintendencia de la Corte, ésta, no obstante considerar que el objeto perseguido por la amparista había quedado materialmente satisfecho, decidió por mayoría —integrada por un solo miembro titular del Cuerpo— "dejar *sin efecto* la sentencia", es decir, revocarla (468) . Para decidirlo así, la mayoría de la Corte Suprema aplicó precedentes propios en virtud de los cuales, aún cuando las cuestiones en litigio habían devenido abstractas, en "ciertas y particulares circunstancias" resultaba necesario revocar la sentencia apelada. Según el Tribunal, en el caso, la sentencia en recurso había, a) denegado legitimación procesal a los amparistas y, b) declarado constitucional la entronización de la Virgen que ellos cuestionaban. No obstante esta decisión, la mayoría de la Corte consideró necesario aclarar que su resolución no importaba *confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida* por haber devenido inoficiosa la resolución de la queja (469) .

Ahora bien, pese al esfuerzo de la mayoría de la Corte Suprema por no pronunciarse acerca de si resulta constitucional o inconstitucional la entronización de una imagen religiosa en un ámbito público —específicamente, en el Palacio de Tribunales— el hecho de haber revocado la sentencia que consideró constitucional aquel acto ¿no implica una discrepancia con la sentencia de cámara, sobre la cuestión sustantiva? Porque, revocada la sentencia de segunda instancia por el máximo tribunal de la República, ¿no adquiere calidad de cosa juzgada, la sentencia del juez de grado que había mandado retirar la imagen bajo el fundamento de que mantener la entronización de la Virgen implicaría un compromiso institucional, cercano a la adopción de la adopción de una religión de Estado?

15.3.3. La eliminación de los signos religiosos en las personas que concurren a escuelas públicas

La Asamblea Nacional de Francia aprobó a comienzos de 2004 una ley en virtud de la cual prohibió usar, en las escuelas primarias y secundarias, vestimenta o artículos que exteriorizaran de manera evidente la filiación religiosa de los estudiantes. La norma fue precedida de un intenso debate acerca de los alcances de la neutralidad del Estado en materia religiosa aunque, en realidad, fue la reacción ante la insistencia de las jóvenes islámicas de mantener el uso del velo, práctica que se intentó desarraigar.

La disposición vulneró tratados internacionales de derechos humanos, en Francia, en especial, la Declaración Universal. Trasladada a la República Argentina, una norma como aquella, sería claramente inconstitucional, pues ya no se trata de los límites impuestos a los órganos del Estado, ni a las prácticas que puedan o no realizarse dentro de las escuelas públicas en materia religiosa o por los maestros, en tanto sean considerados funcionarios públicos, sino de opacar la propia identidad. Desde luego, la manifestación exterior de las creencias religiosas tiene, en la República Argentina, los límites establecidos por el art. 19 de la Constitución Nacional. En otros términos, con esa expresión religiosa no se debe ofender al orden y a la moral pública, ni perjudicar a un tercero.

Ahora bien, el uso del guardapolvo blanco en las escuelas del primer ciclo de enseñanza, dispuesto tanto con el objetivo de *uniformar* para *igualar* , como el de preservar la vestimenta de los estudiantes, puede interferir, en algunos casos, con el uso de ropas que impliquen una identidad religiosa. Aunque , la utilización de aquel guardapolvo no resulte en sí misma irrazonable, si se plantease el caso, el conflicto puede resolverse mediante el *derecho a la objeción de conciencia* y dentro de los límites del artículo 19 de la Constitución Nacional(470) .

Por otro lado, el hecho y la reacción legal francesa, denotan la dificultad con que la cultura de occidente enfrenta la diversidad cultural en general y el fenómeno religioso en especial. Como se advierte, la intolerancia que en algunos casos exigía la declaración de la propia religión está virando hacia la imposición de la neutralidad que es, en realidad, laicismo. ¿Se trata —como se dijo— "del fundamentalismo de lo neutro y la ausencia de relieves, con su intento de aplanar cualquier protuberancia simbólica, la reacción violenta que comienza a imperar frente a la diversidad?"(471) Una legislación con tal finalidad resulta irrazonable, tanto porque se pretenda imponer una religión como impedir la expresión respetuosa de las propias creencias, en privado o en público.

Sin embargo, no debe desconocerse que la diversidad cultural plantea problemas a la unidad del Estado nación y al concepto de igualdad formal. Pero la solución de esos problemas y la armonización de las diferencias no debiera enfrentarse desconociéndolas y, los límites, emerger del equilibrio entre bien personal y bien común.

15.4. Libertad religiosa y derecho a casarse

Al declarar la inconstitucionalidad de la ley de matrimonio civil, en tanto no autorizaba el divorcio vincular de los cónyuges, en el caso *"Sejean"* , el ministro *Petracchi* sostuvo la imposibilidad de imponer reglas sobre la permanencia del matrimonio, cuyo sustento sea una determinada fe religiosa (472) , ligando, con ello, el sistema de indisolubilidad con la violación de la libertad religiosa. Ahora bien, el hecho de que el legislador, al sancionar una norma, elija una solución compatible con determinada creencia religiosa

—o adoptada por ella— no la descalifica o convierte en inconstitucional, excepto que, *en sí misma,* esa solución sea irrazonable.

El caso "*Sejean"* motivó la reforma de la ley de matrimonio civil y dio paso a la consagración normativa del divorcio vincular. En consecuencia, quienes por convicción religiosa —católica o de otra confesión— sostenían la indisolubilidad matrimonial se vieron impedidos de que su promesa matrimonial indisoluble tuviera efectos jurídicos, pues el eventual matrimonio religioso carecía de ellos. El caso se planteó ante los tribunales y llegó a la Corte Suprema. Así, la mayoría del Tribunal en *"S., V. E y otro* " estimó que la alternativa dispuesta en la ley —que admite la mera separación sin divorcio (a elección de los esposos)— constituía un claro e inequívoco respeto de las creencias religiosas. El Tribunal afirmó, además, que el régimen del matrimonio fue dictado más en interés del orden público que del particular, con lo cual negó toda posibilidad de renunciar a pedir el divorcio vincular (473) .

15.5. Derecho a la identidad religiosa y adopción

La diferencia de religión entre adoptantes y adoptado —al no constituir un impedimento legal— no puede dar lugar al rechazo de la adopción. Aunque tal circunstancia puede evaluarse en los casos concretos analizando si esa diferencia religiosa implica una dificultad de hecho para la adopción. En el caso, los padres adoptivos pertenecientes a la comunidad judía habían acogido con gran solicitud al menor de religión católica y se habían comprometido a respetar las creencias del niño. La Corte interpretó que denegar la adopción implicaba establecer una discriminación religiosa (474) .

15.6. Derecho a emplazar religiosamente a los hijos

Propiciar el cambio unilateral de la religión en la que han sido emplazados los hijos de común acuerdo por los esposos, constituye una causal de pérdida de la tenencia en favor del otro cónyuge(475) . Pero, en todos los casos, deben prevalecer los intereses del menor y su identidad religiosa. El mero hecho del cambio de religión del progenitor que detenta la tenencia no constituye causal de pérdida de ella, si el padre o madre no interfieren, imponen o violentan las creencias del hijo.

En esa línea la Corte Europea de Derechos Humanos examinó si el Estado francés había discriminado por motivos religiosos a la madre de dos menores, al haber otorgado la guarda de éstos al padre, quien vivía en un país distinto al del lugar de residencia de la progenitora. Al analizar el fallo de la Corte de Apelaciones, La Corte Europea "juzgó que su sentencia había acordado una importancia determinante a la religión de la madre, Testigo de Jehová, dando a los padres un diferente tratamiento sobre la base de dicha religión a partir de la crítica severa de los principios de educación que serían impuestos por

ella. Consideró que tal diferencia de tratamiento era discriminatoria en *ausencia de justificación objetiva y razonable* , es decir, si no reposaba en un fin legítimo y no había relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin tenido en mira". La Corte Europea consideró legítimo el fin —la protección de los menores— pero entendió que no había proporcionalidad entre los medios empleados y ese fin, pues "la Corte de Apelaciones sólo había enunciado *generalidades* relativas a los Testigos de Jehová, *sin ningún elemento concreto y directo* que demostrase la influencia de la religión de la madre sobre la educación y la vida cotidiana de los dos hijos..." (476) . Tal como se dijo al examinar este caso y la jurisprudencia anterior de la Corte Europea de Derechos Humanos, para este tribunal: "...es discriminatorio atribuir la guarda de los hijos... a uno de los padres en virtud de las creencias religiosas del otro, *consideradas en abstracto* peligrosas para la educación de aquéllos" (477) .

Por cierto el criterio rector de la Corte Europea para decidir la tenencia de los hijos no resulta novedoso en punto a resguardar el bien de los menores. Sin embargo es clara la tendencia a no considerar el cambio de religión de los padres como un elemento que en sí mismo los inhabilite para la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Salvo que se alegase y probase que de ello derivaría un daño o peligro de daño para los menores.

16. Derecho de enseñar y aprender. Obligaciones estatales y niveles de enseñanza

El valor de la educación como derecho fundamental estuvo presente en la redacción de la Constitución histórica de 1853 como un derecho personal y como instrumento de formación ciudadana del que el Estado debía hacerse cargo. En consonancia con ese principio, el art. 5º de la Constitución Nacional dispuso la obligación provincial de establecer la educación primaria gratuita. Esta característica fue suprimida por la reforma de 1860, ante el temor de que las provincias no pudieran asegurar la gratuidad de la enseñanza primaria por su situación financiera.

Por su parte, el art. 25 prohibió al Gobierno Federal restringir con impuesto alguno la entrada al país de los extranjeros que tuvieran por objeto introducir las ciencias y las artes. El 67, inc. 16 (hoy art. 75, inc. 18 de la C.N.) dispuso como atribución del Congreso la de proveer al progreso de la ilustración dictando planes de instrucción general y universitaria.

La reforma de 1994 amplió las atribuciones del Congreso Federal en materia de educación y cultura, mediante la incorporación de una disposición nueva, el art. 75, inc. 19 (478) .

Dado que el art. 14 de la Constitución Nacional reconoce el derecho de enseñar y aprender y que la educación es una obligación sustantiva del Estado liberal y social de derecho, tal como lo establecen los Tratados de Derechos Humanos (479) , las dos cuestiones esenciales en la materia se

refieren a la determinación de los deberes del Estado Federal y de los Estados locales —provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires— según los niveles de educación y al alcance de los derechos de aprender y enseñar, conforme a las leyes reglamentarias.

En principio, cabe destacar que el art. 75, inc. 19, de la Constitución Nacional atribuye al Congreso la legislación organizativa y de base de la educación, es decir; sobre todos los niveles de educación, respetando la distribución de competencias entre el Estado Federal y las provincias (480) .

16.1. Principio de gratuidad y equidad de la educación pública estatal

El sistema de educación pública en la Argentina es de gestión estatal y de gestión privada. Ambos tienen reconocimiento oficial al cumplir con determinados requisitos.

Hasta la reforma de 1994, la ley de educación común señalaba el principio de gratuidad y obligatoriedad de la educación primaria y ésta, por disposición constitucional, constituía una obligación de las provincias, aunque el art. 5º no establecía la gratuidad (481) , y los tratados firmados por la República Argentina la imponían, generando compromisos internacionales en caso de incumplimiento (482) .

Después de la reforma constitucional de 1994, las obligaciones estatales en materia educativa aumentaron. En primer lugar por las atribuciones nuevas otorgadas al Congreso Federal, quien, al sancionar las leyes de organización y de base de la educación, debe respetar los *principios de gratuidad y equidad en la educación pública,* sin distinguir niveles de enseñanza (art. 75, inc. 19). Por otro lado, la jerarquía constitucional de algunos Tratados de Derechos Humanos comprometieron al Estado a asegurar la educación primaria *gratuita* y a extender progresivamente esa gratuidad a la educación secundaria.

16.2. Derecho a una educación bilingüe e intercultural

La ley Federal de Educación dispuso que los lineamientos de la política educativa fijada por el Estado Nacional debían respetar, entre los derechos, principios y criterios establecidos, el de los aborígenes a su lengua y a su identidad cultural, promoviendo la multiculturalidad en la formación de todos (483) .

Ese derecho adquirió reconocimiento constitucional en virtud del inc. 17 del art. 75. La norma, aunque ubicada entre las atribuciones del Congreso Federal, establece obligaciones estatales que se transforman en derechos personales de los pueblos indígenas argentinos a una educación bilingüe e

intercultural; pues el Poder Legislativo debe *garantizar* —es decir hacer efectivos— aquellos derechos.

En mi opinión, el derecho de los pueblos indígenas a una educación intercultural, se extiende a todos los habitantes del país dado que el art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional, admite la multiplicidad social y exige del Congreso leyes de educación que consoliden la unidad nacional, respetando las particularidades provinciales y locales.

16.3. Derecho a la enseñanza religiosa

De acuerdo al art. 12.4 del Pacto de San José de Costa Rica, los padres y tutores tienen derecho a que sus hijos y pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. El Estado, obligado a garantizar estos derechos, debe proveer a su ejercicio. Pero puede hacerlo mediante diferentes instrumentos o modelos que aseguren, a su vez, el respeto a todas las creencias y la no discriminación sin pérdida de la identidad de ninguna de ellas. Los aportes a la educación privada pueden satisfacer esta obligación estatal sin mengua de los derechos de terceros.

La garantía de la enseñanza religiosa y moral constituye un derecho positivo frente al Estado quien, de alguna manera, debe facilitarla. Los terceros —personas físicas o jurídicas— en cambio, están obligados a no interferir en la educación, pero no tienen un deber jurídico de enseñar en una determinada cosmovisión religiosa (484) .

16.4. Derechos de los institutos privados

En la República Argentina se ha articulado un sistema de educación pública, estatal —federal o local— y privada.

Al lado de este sistema se han desarrollado diferentes niveles de educación que no otorgan títulos oficiales reconocidos jurídicamente por el Estado. Estos institutos proliferan al amparo de la libertad de trabajo y de comercio y se organizan y estructuran según sus propios criterios. El control estatal no difiere demasiado del ejercido sobre cualquier otra actividad económica que comprometa el orden y la moral pública, la salubridad o perjudique a terceros. Un área sensible de estos establecimientos es la de la publicidad que efectúan. El poder de policía, sobre ella, reglamenta la actividad a fin de evitar que con una eventual publicidad engañosa se perjudique a terceros, usuarios y consumidores de ese servicio educativo.

El sistema oficial o público admite la participación de la actividad privada, pues el derecho de enseñar se reconoce a todos los habitantes. Este derecho incluye el de crear asociaciones educativas; de darles fines y objetivos propios; de elegir a los docentes cuya idoneidad sea compatible con los fines y objetivos que se propongan conseguir; el de admitir o no a estudiantes, de

acuerdo con los fines educativos de la institución; el de elegir los métodos didácticos y complementar los contenidos mínimos que imponga el Estado para otorgar reconocimiento a los títulos que expidan; de recibir aportes económicos cumpliendo con los requisitos que establezca la reglamentación; de ser oídos cuando se dispongan las políticas públicas en materia educativa.

El derecho de admisión y el derecho de elegir a los docentes constituyen el núcleo de la libertad de enseñanza, porque ambas facultades están directamente relacionadas con los fines y objetivos de quien enseña u organiza sociedades educativas. Pero pueden admitirse razonables limitaciones, sobre todo si el instituto recibe aportes estatales. Por cierto, el derecho de admisión no puede ejercerse de modo arbitrario o intempestivo, de modo tal que interfiera con el derecho a la educación (485) .

Los institutos que reciban aportes económicos tienen un doble control estatal; el de la idoneidad educativa y el de la correcta aplicación de los fondos públicos que se les otorgan.

El sistema argentino es razonablemente compatible con la libertad de enseñar que reconoce la Constitución, pero podrían instrumentarse otros medios a fin de asegurar aquella libertad que sin abandonar la función indelegable del Estado en la materia, favorezca la mayor pluralidad.

16.5. DERECHO DE APRENDER Y OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Los objetores de conciencia que alegan convicciones religiosas o creencias filosóficas para eludir obligaciones estatales en materia de organización educativa y planes de estudio escolares dieron lugar a planteos en los que ambos derechos debieron compatibilizarse.

En el caso *"Barros"* , la Corte Suprema armonizó la objeción de conciencia formulada por dos menores pertenecientes a la confesión Testigos de Jehová, con la obligación estatal de brindar educación primaria (486) . Sin declarar la inconstitucionalidad de la norma que imponía a los escolares —bajo pena de expulsión— la *reverencia* de los símbolos patrios, el Tribunal efectuó una interpretación del término reverenciar compatible con la conducta de los estudiantes y protegió el derecho de éstos a permanecer en la escuela, haciendo mérito de la obligación estatal de brindar educación primaria obligatoria a todos.

En *"Barros* " la Corte Suprema estimó valioso que el Estado impusiese determinadas obligaciones frente a los símbolos patrios, pero al mismo tiempo que tomaba en cuenta la actitud de los niños —pasiva y respetuosa frente a los símbolos de la nacionalidad y de obediencia a sus padres— estableció un derecho positivo de los menores —frente al Estado— de recibir educación primaria.

Más tarde, el Tribunal extendió la protección del derecho a la educación al ciclo de enseñanza secundaria, ante la objeción de conciencia de un menor

que se negaba a izar la bandera. En segunda instancia se sostuvo que la dependencia paterna subsistía en los adolescentes (487) .

La obligación estatal de brindar educación básica en los niveles que resulten necesarios, impone el deber de armonizar eventuales objeciones de conciencia en tanto éstas no interfieran con los derechos de terceros ni los objetores incumplan las obligaciones mínimas y generales para el desarrollo de los planes y fines razonables de la educación (488) .

16.6. Derecho de aprender y enseñar y aptitudes personales

Los dos derechos constitucionales de enseñar y de aprender admiten reglamentaciones limitativas en razón de falta de idoneidad de los postulantes, si la carencia de ella pudiera poner en peligro la vida o la salud de quien reclama el derecho o resulte en daño a terceros, en caso de que el que desea aprender o enseñar interfiera con su falta de aptitud en los derechos de otros. Se entiende que el daño a terceros —o la limitación a los derechos de éstos— debe ser sustantivo, pues razones de solidaridad, equidad y no discriminación exigen un control estricto de los motivos por los cuales se limitan derechos esenciales.

En algunas circunstancias el impedimento para enseñar no constituye un obstáculo para aprender, o una dificultad física puede entorpecer el aprendizaje de una determinada profesión, pero no de otras. Así, la relación entre la ineptitud personal y las exigencias de aprender o de enseñar debe ser directa, y la imposibilidad o el daño eventual que se pudiere causar, grave y concreto.

Requisitos físicos que se establecen como condición de idoneidad deben examinarse con criterio estricto a fin de no encubrir una discriminación o concepción educativa autoritaria e irrespetuosa de la dignidad y del valor de la persona humana.

Sobre el punto, dos precedentes de la Corte Suprema ilustran acerca del control de razonabilidad que también deben efectuar las autoridades legislativas o administrativas cuando establecen requisitos para el ejercicio de los derechos de enseñar y aprender. En *"Almirón c. Nación Argentina"* el Tribunal decidió que la exigencia de la visión de los dos ojos no guarda relación de proporción con el objeto de estudiar el profesorado de geografía y, por lo tanto, implica un atentado al derecho constitucional de aprender y enseñar (489) .

Un análisis de razonabilidad más intensivo —como lo exige la calidad de los derechos en cuestión— se aplicó en *"Arenzón c. Nación Argentina".* En el caso, el impedimento esgrimido fue la estatura del accionante, menor que el límite establecido en la reglamentación para estudiar matemáticas. La Corte Suprema, al hacer lugar al amparo, no encontró ninguna relación entre la exigencia y los *motivos* aducidos por la autoridad de aplicación y el objetivo de la enseñanza. Por su parte, en el voto en concurrencia de los ministros *Belluscio* y *Petracchi* se señaló el interés vital del Estado en la

educación, afirmándose que sería más atinado exigir a los docentes respeto y acatamiento a la Constitución que contar con más de un metro sesenta de estatura (490) .

16.7. Derecho a la educación y cambio en los planes de estudio

Al aplicar una regla más general y permanente de la Corte Suprema, acerca de que no existen derechos adquiridos al mantenimiento de leyes y reglamentos —siguiendo el dictamen de la Procuradora Fiscal, *Graciela Reiriz* —, sostuvo el Tribunal que el derecho de aprender no comprende el interés de los estudiantes a que los planes de estudio permanezcan inalterables; que los alumnos, al momento de su incorporación a los establecimientos, sólo adquieren el derecho de revestir en la condición de tales, es decir, a participar en la formación o capacitación educativa y a obtener un título que los habilite para incorporarse a los niveles superiores del sistema educativo. Por otro lado, las nuevas resoluciones no alteraban los derechos adquiridos de quienes habían concluido sus estudios con anterioridad a aquéllas (491) .

16.8. Derecho a la educación y facultades disciplinarias

El derecho a la educación no sufre mengua alguna por el hecho de que una razonable reglamentación condicione su disfrute a la observancia de pautas de estudio y de conducta a las que el titular de aquél debe someterse. En el caso *"Morel de Maltagliati, Alicia y otros"* se impugnaron sanciones disciplinarias —de amonestaciones y expulsión— que se aplicaron a la conducta de estudiantes secundarios que produjeron daños materiales en el Colegio al que concurrían y agresiones a otros alumnos, a docentes, no docentes y directivos. El Tribunal, al rechazar el amparo, dijo que la severidad de las sanciones disciplinarias traducen el grado de excelencia que se desea alcanzar (492) . De la sentencia surge que a determinada edad el derecho a educarse está ligado a la responsabilidad de los propios actos y que la autoridad educativa tiene autonomía para establecer cuán severo es el régimen disciplinario en los establecimientos de enseñanza. Desde luego, como en toda acción estatal, la autonomía para determinar esas cuestiones cede ante la arbitrariedad o falta de motivación en los hechos del caso.

17. Nuevos derechos y perfiles nuevos de antiguos derechos

Una peculiaridad de la reforma constitucional de 1994 consistió en que los derechos nuevos no sólo emanaron de disposiciones referidas a la enunciación de ellos sino también de las atribuciones concedidas al Poder

Legislativo y de la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos. Así, se consagró la igualdad material y acciones positivas en los arts. 37 y 75, inc. 23; la protección de la vida *desde* la *concepción* (Pacto de San José; Convención sobre los Derechos del Niño y su declaración unilateral interpretativa) y desde el *embarazo* (art. 75, inc. 23); y los derechos de los pueblos indígenas argentinos (art. 75, inc. 17).

Pero antes y después de la reforma de 1994, la jurisprudencia dio perfiles nuevos a antiguos derechos de la Constitución histórica de 1853/60, expresos o implícitos (493) .

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.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 14; 16; 75, incs. 12, 19, 22, 23, 24; 99, inc. 6; 125. C.N., Art. VI, XI, XIV, XV, XXII DADDH; Art. 22, 24, 25, DUDH; Art. 2º1., 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, PIDESC; Art. 17, 26, CADH; Art. 1º, 4º, 11, 14 CEFDM;

1. Los derechos sociales. Origen e interpretación general de la norma

El art. 14 *bis* proviene de la reforma constitucional de 1957, convocada por un gobierno *de facto* con ilegitimidad de origen. No obstante, debe decirse que ese gobierno surgido de un claro quebrantamiento constitucional —como tantos otros en la historia argentina, por otro lado- contó con apoyo civil. Por ello puede afirmarse que el que se constituyó fue un gobierno cívico militar en el que participó una Junta Consultiva integrada por representantes de partidos políticos, aunque ello, desde luego, no significa justificar ni legitimar la interrupción constitucional de entonces (494) .

La elección de convencionales constituyentes que revisarían la Constitución histórica de 1853/60 y sus reformas posteriores, luego de que el gobierno de *facto* derogara las enmiendas a la Ley Suprema incorporadas en 1949, tenía como finalidad examinar la reacción del electorado ante la proscripción que padecía el Partido Justicialista y, además, restaurar el constitucionalismo social que había desaparecido de la norma de base, con aquella derogación (495) .

La convención constituyente de 1957 tuvo breve duración; sancionó el llamado art. 14 *bis* que reconoció un espectro de derechos mayor que su antecesora de 1949, e incluyó entre las atribuciones del Congreso Federal, la de dictar el Código del Trabajo y la Seguridad Social. De ese modo reingresaron en la Constitución Nacional los principios, derechos y garantías sociales y las consecuentes obligaciones del Estado frente a los titulares de aquéllos.

La ilegitimidad de origen de la declaración constitucional de los derechos sociales por antonomasia(496) se purgó, finalmente, con el proceso de reforma constitucional de 1994 que hizo suyo el art. 14 *bis*(497) .

El art. 14*bis* contiene tres tipos de derechos. En el primer parágrafo, enuncia los derechos personales del trabajador en relación de dependencia; en el segundo, reconoce los derechos colectivos del trabajo, propios de las asociaciones gremiales y, finalmente, otorga los derechos de la seguridad social atribuidos a la persona humana, sean trabajadores en relación de dependencia o no, y a la familia, señalada como entidad social a proteger.

La enunciación de derechos que formula el art. 14 *bis* inserta a la Ley Suprema en el constitucionalismo social, que se adiciona al liberalismo personalista de la Constitución histórica de 1853/60. Pero, lo cierto es que en este último el objetivo del Preámbulo de afianzar la justicia en dos de sus tipos, la distributiva y la social, daba cabida al Estado Social de Derecho, por lo menos en forma incipiente.

La naturaleza y relevancia de los derechos sociales fue puesta de manifiesto por la Corte Suprema en un precedente importante en materia de amparo. En efecto en el caso*"Outon* ", el Tribunal calificó al derecho de trabajar y a la libertad sindical de *derechos humanos fundamentales*(498) . En consonancia con ello, la legislación laboral interna y los compromisos internacionales asumidos por el país desarrollaron principios —por ejemplo, *in dubio pro operario* — y derechos y garantías de protección del trabajo en todas sus formas. Sin embargo, sucesivas emergencias económicas, el desplazamiento del país de los mercados internacionales y el

decrecimiento del empleo convirtieron al art. 14 *bis* en una formulación normativa cada vez más ajena a la realidad, sobre todo en materia de seguridad social.

Al mismo tiempo, otras razones intrínsecas diluyeron algunos derechos enunciados en el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional. La discutida naturaleza de aquellos derechos —operativa o programática— se mantiene como problema, pues sus disposiciones están expresadas en un lenguaje muy general, e implican algo más que la prohibición de impedir el ejercicio de los derechos enunciados en aquella norma. En consecuencia, la ley laboral y los convenios colectivos de trabajo les han dado alcance y contenido, más o menos extenso según la época, el poder de las organizaciones sindicales y el aumento o la disminución del empleo. Pero ante la falta de ley reglamentaria, se consideró que la formulación del derecho era programática. Ahora bien, en el art. 14 *bis* coexisten normas cuyo cumplimiento puede exigirse aun sin reglamentación, con otras que, sin ella, serían de muy difícil aplicación.

2. Derechos individuales del trabajador

Los derechos personales del trabajador en relación de dependencia pueden ser reglamentados por las leyes laborales, tal como lo disponen los arts. 14 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional y por los convenios colectivos, en este caso al establecer mejores condiciones de trabajo que las regladas en la ley. El art. 14 *bis* garantiza al trabajador:

2.1. Condiciones dignas y equitativas de trabajo

Aunque la norma es operativa, está expresada en términos generales y amplios. Requiere, pues, reglamentaciones específicas que deben necesariamente variar según el tipo de trabajo de que se trate. Las condiciones dignas se refieren tanto al ámbito en el que el trabajador desempeña su labor como a las condiciones de seguridad y salubridad en la tarea, para prevenir el llamado*daño profesional* . Las normas internacionales proporcionan un catálogo de lo que el Estado debe exigir y controlar en los empleadores públicos y privados, a través del poder de policía laboral. Los convenios colectivos de trabajo, a su vez, establecen normas referidas a estas cuestiones cuyo cumplimiento debe ser controlado por el Estado.

2.2. Jornada limitada y descanso y vacaciones pagados

El principio rector de estos derechos es el de la necesidad de descanso diario, semanal y anual. El límite horario puede variar de acuerdo a la

exigencia física o intelectual del respectivo trabajo. También puede requerir dentro de la jornada diaria, interrupciones periódicas en la prestación de tareas, atendiendo a la fatiga mental que pueda producir y a los eventuales accidentes que de no hacerlo podría provocar. La jornada clásica es de ocho horas diarias, de trabajo diurno y cuarenta y ocho semanales. El trabajo nocturno se ha establecido en siete horas, salvo que aquél se preste en equipos, en cuyo caso debería otorgarse un descanso compensatorio (499) . Los países con alto grado de desarrollo económico y social han bajado esos topes a cuarenta y cuatro horas semanales o menos, con la finalidad de crear nuevos puestos de trabajo y también en el entendimiento de que a partir de un determinado límite, la extensión de la jornada afecta la productividad (500) .

El lapso y período de vacaciones anuales suele estar relacionado con la antigüedad en el puesto y la modalidad de labor, por ejemplo: los trabajos estacionales. Aunque la ley general debe ser tuitiva para evitar abusos contra la salud y bienestar de los trabajadores, la excesiva reglamentación suele perjudicar a las mismas personas que se quiere proteger.

La fijación de la jornada y la semana laborable es competencia del Congreso Federal, incluida en la cláusula de los Códigos, antes art. 67, inc. 11 (hoy art. 75,inc. 12) de la Constitución Nacional(501) .

2.3. Retribución justa. Salario mínimo vital móvil

Determinar la retribución justa para cada tipo de trabajo, sobre todo en el orden privado, es una tarea ardua en los sistemas socialistas, capitalistas o mixtos. El modo de resolver la cuestión es establecer el salario mínimo vital móvil por parte del Estado. Este salario debe contemplar un mínimo de subsistencia digna, de acuerdo a una canasta de productos, y variar con el alza del costo de esa canasta.

No obstante, y en razón de que el salario mínimo vital móvil opera como uno de los elementos de cálculo de la indemnización por despido, la Corte Suprema ha considerado que, en su consecuencia, no aparece directamente ligado a la subsistencia del dependiente (502) . El fallo del Tribunal evidencia la distorsión que en los hechos y por causa de las crisis laborales y económicas ha afectado, en ocasiones, el contenido y sustancia del salario vital mínimo móvil, en la República Argentina.

2.4. Igual retribución por igual tarea

El derecho a recibir igual retribución por igual tarea constituye una garantía material de la igualdad entre trabajadores. En principio, para evitar la discriminación contra la mujer que se extiende a la prohibición de establecer categorías salariales en razón de nacionalidad —excluidas por aplicación

del art. 20 de la Constitución Nacional—; edad, religión, opiniones políticas (503) o dirigencia gremial, está expresamente vedada por las garantías reconocidas a los representantes sindicales por el segundo párrafo del art. 14 *bis* .

La prohibición de establecer categorías salariales discriminatorias pesa, claramente, sobre el Poder Legislativo y sobre el Poder Ejecutivo. Tampoco el empleador privado está habilitado para disponer discriminaciones odiosas entre los trabajadores. En cambio, según criterio de la Corte Suprema, si el empleador cumple con lo establecido por el convenio colectivo en punto al pago de salarios, puede pagar a algunos trabajadores por sobre lo allí fijado en razón de los méritos laborales de los premiados, sin necesidad de probar tales extremos (504) . Con esta doctrina, pesa sobre el trabajador la carga de la prueba de que ha sido irrazonablemente discriminado. Sin embargo, manteniendo la doctrina *"Ratto c. Productos Stani"* , la Corte Suprema descalificó por arbitraria una sentencia que había prescindido de la prueba rendida por la actora acerca de su idoneidad profesional y de la discriminación de la que fuera objeto (505) . Por su parte, la mayoría de fundamentos exigió pruebas objetivas acerca de que la diferenciación salarial no era arbitraria y distribuyó la carga de la prueba entre ambas partes (506) .

2.5. Participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección

Este derecho, reconocido a los trabajadores en forma personal exige una ley que establezca el alcance y límites de esa participación, control y colaboración. La norma, desde su sanción, fue considerada incompatible con el liberalismo económico, los derechos de propiedad, contractuales y empresarios, alegando que, de aplicarse, dejaría en manos de particulares o de los sindicatos la conducción empresarial, *socializando* la economía. Del mismo modo es atendible la objeción referida al eventual reparto de las pérdidas de la empresa, si las hubiere, ante el derecho a la participación en las ganancias. Como quiera que fuese, este derecho no fue reglamentado y, en los hechos, no se aplicó.

2.6. Protección contra el despido arbitrario

La Constitución dispone la protección contra el despido sin causa, pero no establece una única forma rígida y explícita de garantía. Por ello no se asegura al trabajador la llamada *estabilidad propia o absoluta* que impone la restauración de la relación laboral o que se abonen al empleado la totalidad de los salarios que le pudieren corresponder, desde el cese hasta que se encuentre en situación de jubilarse. En consecuencia, de lo que se trata es de proteger al trabajador de los efectos del despido incausado, sin violentar

la libertad del empleador o sus posibilidades económicas de mantener los puestos de trabajo.

La ley argentina, en general, ha establecido el sistema de indemnizaciones para los despidos sin causa, cuyo monto decrece en caso de falta o disminución de trabajo no imputable al empleador. En algunos casos se han elegido sistemas de protección que se encuentran en los extremos de las alternativas posibles: el de los empleados bancarios y de seguros, quienes gozaron de estabilidad propia —sistema claramente inconstitucional, obtenido por una dirigencia sindical muy activa— (507) y el de los empleados de la construcción, llamado *fondo de desempleo,* al que aporta la patronal y cobra el obrero cuando está desocupado. Este último no ofrece una cobertura eficaz cuando la actividad de la construcción decae significativamente en el país.

Aunque el sistema generalizado es el de las indemnizaciones por despido a cargo de los empleadores, no sería inconstitucional el establecimiento de un sistema alternativo, como el seguro de desempleo al que debieran aportar las empresas, siempre que, en los hechos, no diluyese la garantía. Sobre el punto, la aplicación del principio de razonabilidad en su variante de costos y beneficios, en primer lugar para los trabajadores y los desempleados, proporciona criterios para optar por distintos sistemas tomando en consideración, también, el estado en general de la economía y en la necesidad de que los empleos sean formales y no prestados en *negro* y sin las correspondientes coberturas sociales.

U na cuestión que ha dado lugar a mucha controversia es la referida al alcance de la indemnización por despido injustificado, de modo tal que asegure al trabajador la efectiva "protección contra el despido arbitrario", según lo reconoce la Constitución Nacional en el art. 14 bis.

Desde que por primera vez se estableció el sistema de indemnizaciones, en 1933, el legislador las ordenó fijándolas entre dos coordenadas: el salario mensual del trabajador y la antigüedad de éste en el empleo. De la combinación de esas dos variables resultaba una mayor indemnización cuanto mayor fuese el salario mensual que se tomaba como base, para igual lapso laboral. Pero —salvo escasas excepciones— las diferentes normas dispusieron topes sobre el mes de sueldo que debía tomarse como base para calcular la indemnización, de acuerdo al tiempo de permanencia en la actividad laboral de que se tratase. Los topes se refirieron a sumas determinadas, al salario mínimo vital móvil y al salario promedio del convenio de la actividad a la que pertenecía el trabajador (508) . La pauta de los topes establecida en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo fue mantenida por la ley de Reforma Laboral 25.877, de marzo de 2004.

A su turno, la doctrina de la Corte Suprema convalidó la atribución legislativa para establecer los antedichos topes, entre otros, en el precedente *"Villareal c/Roemmers",*(509) aunque sin cerrar la discusión al respecto, desde que los tribunales laborales inferiores declaraban la inconstitucionalidad del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo o, salvando la respectiva opinión, seguían la jurisprudencia de la Corte Suprema (510) .

En el caso "*Villareal c/Roemmers"* de 1997 —y con remisión a la sentencia recaída en *"Heino Paluri"*—(511) el Tribunal consideró que: a) no resultaba *irrazonable* el módulo indemnizatorio allí establecido, dada la *significación de la cifra* indemnizatoria resultante; b) la base indemnizatoria derivaba del salario de convenio, libremente pactado en el acuerdo colectivo; c) el criterio —para fijar la base del cálculo final— no autoriza su descalificación *en tanto no se demuestre que la remuneración fijada configura la supresión o desnaturalización del derecho que se pretende asegurar,* ni que dicho importe sea establecido en forma absurda o arbitraria (512) . Debe decirse que, en la sentencia, los montos consignados eran los de la base resultante de aplicar los topes legales y el monto total de la indemnización que la Corte ponderó razonable, pero no surge del fallo la cifra que percibía el trabajador mensualmente.

Más tarde, con una nueva integración y por unanimidad de fundamentos, la Corte Suprema acabó por declarar inconstitucional el art. 245 de la LCT en "*Vizzoti",* sosteniendo que la norma resultaba irrazonable en su aplicación al caso concreto (513) . Al hacerlo, el Tribunal empleó un análisis de razonabilidad —ponderación— más afinado que en "*Villareal c/Roemmers",* entre el salario mensual percibido por el empleado y el monto de la base que resultada de aplicar los topes legales. De ello surgía que esa base equivalía a algo menos del 10 % de aquella retribución.

La sentencia provocó en lo inmediato mucha polémica y dividió las opiniones. No obstante, para evaluar el fallo y sus consecuencias, no sólo jurídicas, considero conveniente distinguir varias cuestiones.

En "*Vizzoti"* la Corte Suprema: a) sostuvo que en la relación laboral contractual, empleados y emperadores deben ser protegidos por las leyes, pero sólo el asalariado lo es especialmente por la Constitución Nacional, pues *el trabajador es el sujeto de preferente tutela* ; (514) ; b) determinó que la finalidad de la ley laboral ante el despido sin causa, es la de indemnizar, dejar indemne, reparar el daño que provoca la ruptura de la relación laboral, desde la realidad de ese daño, porque eso es lo que manda la Constitución por sobre cualquier *consideración de las leyes de mercado* . Hay allí una definición interesante —y por cierto controversial— en la que el Tribunal parece adelantarse a las eventuales críticas que la sentencia pudiera recibir, acerca de que su decisión empeoraría la situación del mercado de trabajo y del mercado en general. Para la Corte Suprema, esa consideración no debe prevalecer sobre la legalidad constitucional porque "*el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos* " (515) ; c) admitió la razonabilidad del sistema tarifado en las indemnizaciones por despido, porque brinda celeridad, certeza y previsibilidad a la reparación. Pero ello siempre que la indemnización que resulte se conecte con la realidad del perjuicio sufrido por el trabajador. Para la Corte Suprema ese daño debe medirse por el monto del salario percibido que se pierde con el despido (516) ; d) concluyó en que los topes —tal como están diseñados en la ley y en su aplicación al caso concreto, en la que la desproporción entre la base que se toma para calcular la indemnización y el salario percibido es notoria— resultan irrazonables e inequitativos (517) ; e) por fin y en un salto desde el

control a la *reglamentación,* el Tribunal consideró razonable un tope que implique una reducción de hasta el 33 % de la base salarial, pues de ser mayor sería confiscatoria y, por ente, violaría también el art. 17 de la Constitución Nacional(518) .

Aunque la decisión en el caso concreto luce razonable y equitativa, la regla resulta protectora de los trabajadores con más altos ingresos en el sistema, que ya están dentro de la relación laboral. La consideración de los eventuales efectos que esta decisión pudiera tener sobre la oferta de puestos de trabajo calificados con altos ingresos, o sobre las finanzas de las empresas, es expresamente rechazada por la Corte Suprema. Se diría que el Tribunal desconfía del *mercado* y entiende que puede prescindir de sus reglas sin consecuencias o, al menos, sin que deba considerar esas consecuencias en sus fallos. Dado que un libre mercado con reglas igualitarias de competencia resulta difícil de encontrar en el orden interno y en el internacional, parecen necesarias las reglamentaciones que establezcan ciertos equilibrios y aseguren los derechos constitucionales, y los que emergen de los Tratados de Derechos Humanos. Pero el mercado, entendido como el sinnúmero de relaciones humanas en materia económica, de intercambios de bienes y servicios que se ofrecen y demandan además de existir, siquiera de modo imperfecto en los hechos, fue reconocido por la reforma constitucional de 1994. En efecto, en el art. 42 de la Constitución Nacional, se dispuso que las autoridades provean a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los *mercados* .

2.7. Protección contra los infortunios laborales

La ley 9688 de protección contra las consecuencias de los infortunios en el trabajo —accidentes y enfermedades profesionales— fue sancionada en 1915. Otras disposiciones se dictaron para asegurar al trabajador condiciones dignas de labor, o para reparar los efectos de accidentes o enfermedades que generaban muerte o incapacidad.

De su lado, la reforma constitucional de 1949 incorporó entre los derechos del trabajador, el derecho a condiciones dignas de labor, a la preservación de la salud y al bienestar. Derogada esa enmienda, en 1957 se añadió a la Constitución Nacional el art. 14 *bis* . Esta norma, en lo que aquí interesa, declaró que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor. Determinar cuáles son las condiciones dignas y equitativas de labor y de qué modo y con cuáles alcances debe protegerse a los obreros de los infortunios laborales constituye parte de la política social que corresponde dictar al Congreso, eligiendo entre alternativas y opciones posibles, pero razonables.

Según se dijo, antes de la sanción de la Ley de Riesgo de Trabajo, el sistema que protegía a los empleados de los infortunios de la actividad, no había conformado a ninguno de los sujetos de la relación laboral (519) . Pero

la ley 24.557 que creó el sistema tarifado de indemnizaciones por accidentes y enfermedades profesionales tampoco fue aceptada pacíficamente por los trabajadores, ni fue convalidada por las instancias judiciales anteriores a la Corte Suprema, tribunales que, en algunos casos —t al el precedente "*Gorosito* "—, declararon la inconstitucionalidad del art. 39 de aquella disposición legal, en tanto impedía la reclamación civil del trabajador afectado por el accidente o la enfermedad profesional, vulnerando, según sostuvieron, sus derechos a la protección en el trabajo y a la no discriminación.

Llegado el caso *"Gorosito"* ante la Corte Suprema, ésta, en decisión mayoritaria, sostuvo que resultaba imposible resolver en abstracto si la norma impugnada llevaba, inevitablemente, a otorgar a los trabajadores indemnizaciones menguadas y dejó a salvo, para el caso en que esa hipótesis se diera, el control de razonabilidad del art. 39 de la ley 24.557 aunque, debe decirse, no estimó violada la igualdad por la diferenciación legal efectuada entre las categorías de trabajadores y no trabajadores, en orden al derecho que se negaba a los primeros y se reconocía a los segundos de reclamar una indemnización civil que contemplara todos los daños sufridos como consecuencia del accidente o la enfermedad profesional (520) .

La oportunidad para constatar los límites de la Ley de Riesgo de Trabajo, en la reparación del infortunio del trabajador accidentado y en el alcance de la indemnidad concreta que proveía esa norma en cuanto al daño sufrido por el empleado, se presentó en el caso "*Aquino* " (521) . En el conflicto se discutía la reparación integral —daño material, psíquico, moral— reclamada por un trabajador que había caído de una altura de diez metros —laboraba, además, sin protección alguna—, quien, como consecuencia del episodio, sufrió una incapacidad laboral del 100% no cuestionada ante la Corte Suprema, a la edad de 29 años.

El Tribunal decidió el conflicto pocos días después de haber declarado, en el caso "*Vizzoti* ", la inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios por despido sin causa establecidos, éstos, en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo(522) . En cambio, en "*Aquino* ", aunque la decisión se tomó por unanimidad, se emitieron diferentes votos de los cuales, según lo entiendo, no emana un mismo alcance para la regla creada (523) .

Los seis ministros que concurrieron a la decisión, coincidieron acerca de que en el caso particular la reparación que resultaba de la aplicación de la Ley de Riesgo de Trabajo resultaba irrazonable, dado que el medio elegido no alcanzaba a cubrir las consecuencias del grave infortunio; citaron —como sostén de la indemnización reparadora que no debía desnaturalizarse al decir del Tribunal— el art. 14*bis* de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en especial, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (524) .

Cinco magistrados invocaron el principio de no dañar a otro, expresado en el art. 19 de la Constitución Nacional —núcleo del liberalismo personalista— y también de esa norma derivaron el derecho a la reparación integral o razonable (525) y *advirtieron* acerca de que la inconstitucionalidad que declaraban no implicaba la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños, lo cual incluye al propio de la LRT... [en consecuencia]

las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo [no] quedan relevadas de satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la ley (526) . En otros términos, el acceso a la indemnización civil —en la medida en que corresponda— no significa que la indemnización en dinero y en especie que deben las Aseguradores de Riesgos de Trabajo —c on sus ponderadas características de automaticidad y celeridad— haya dejado de ser obligatoria y, además, permite —según lo entienden los jueces— que el empleador pueda encontrar protección en la medida de su aseguramiento. Por cierto, no existe en estos fundamentos ponderación alguna de los efectos que sobre el empleo en general o sobre el empleo legal en particular, puede generar una decisión de ese tipo, si se convierte en la regla. Se diría que la mayoría de los fundamentos de la Corte Suprema ha desestimado la interpretación *consecuencialista* en materia económica, salvo para el obrero accidentado, a quien sin duda la reparación tarifada no cubría, ni siquiera en lo más mínimo, el grave daño causado.

Pero, sólo dos ministros —los jueces *Petracchi* y *Zaffaroni* — mantuvieron la prevención acerca del *mercado* , que lucía más intensa y generalizada en *"Vizzoti"* . A ello debe sumarse que, en punto a la amplitud de la doctrina creada, no existe en *"Aquino"* jurisprudencia consolidada, pues tres ministros sobre los seis que votaron remitieron expresamente al precedente "*Gorosito* " y entendieron aplicar sus reglas.

No obstante, en un nuevo precedente, la Corte Suprema siguiendo la línea de *Aquino* consideró arbitraria una sentencia que rechazó la indemnización por enfermedad laboral, al considerar que la dolencia alegada por el actor no se encontraba entre la enumeración establecida en la Ley de Riesgos de Trabajo, dado que, en realidad, el demandante había solicitado la reparación civil por el daño causado. En consecuencia, consideró inoficioso analizar la inconstitucionalidad de la mentada ley pues, en el caso, se trataba de un reclamo basado en el derecho civil (527) .

2.8. ESTABILIDAD DEL EMPLEADO PÚBLICO

La estabilidad del empleado público, además del objetivo de proteger a ese trabajador de la pérdida arbitraria o incausada de su empleo, tiene como finalidad evitar la arbitrariedad del Estado; la persecución política a los opositores y el uso del empleo público como sostén de cuadros partidarios. Pero, todo ello, sin mengua del grado de discrecionalidad con que cuenta la administración para enfrentar los cambios que se requieran en la organización y el funcionamiento de sus departamentos y oficinas. De lo que se trata, como se dijo en el debate de incorporación del Art. 14 *bis* a la Constitución Nacional, es de evitar "...las cesantías en masa en ocasión de los cambios de gobierno" (528) . Claro que la esperanza de los convencionales constituyentes de 1957, acerca de que a partir de la consagración de la estabilidad del empleado público "...ya no podrá ningún partido político que conquiste el gobierno disponer de los puestos administrativos como botín de guerra" (529) puede verse defraudada por

diversos mecanismos, por ejemplo, la contratación anual de empleados —i ncluso a través de contratos con organismos internacionales de los que el país forma parte— a fin de eludir la carrera administrativa.

En la República Argentina, además, se han dictados varias leyes de prescindibilidad de empleados públicos invocando razones de servicio. Ante la impugnación de esas normas, 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 entonces art. 67, inc. 17 (hoy art. 75, inc. 20) y art. 86, inc. 10 (hoy art. 99, inc. 7, y art. 100, inc. 3) de la Constitución Nacional, es decir aseguren una adecuada indemnización cuando el Poder Legislativo decida suprimir un empleo o el Poder Ejecutivo decida remover a un empleado sin culpa de éste (530) . La regla, según lo entiendo es razonable, siempre que se sujete al principio de legalidad. Si se aducen causas justificantes del despido, debe formarse sumario y garantizarse la defensa en juicio del empleado. Además, la causal en sí misma no debe ser discriminatoria ni irrazonable y debe apoyarse en hechos concretos y probados.

Por otro lado, la característica y el alcance de la estabilidad del empleado público, garantizada en el art. 14*bis* de la Constitución Nacional, fueron examinados por la Corte Suprema en el caso "*Madorrán"*(531) . El conflicto se había suscitado porque la actora, quien había comenzado a trabajar para la Administración de Aduanas en 1970, fue despedida por ésta en 1996 invocando el incumplimiento de determinados deberes, causal que no se dio por acreditada en autos. En virtud del convenio colectivo de trabajo que regía la actividad, en caso de despido correspondía a la actora la indemnización prevista en la Ley de Contrato de Trabajo. A su turno, la Cámara había decidido que: a) la estabilidad del empleado público, garantizada por la Constitución Nacional, es absoluta; b) esa garantía es operativa, aún sin ley que la asegure; c) un empleado público no deja de serlo porque parte de la relación jurídica con la administración se rija por lo establecido en un convenio colectivo de trabajo; y, c) en el caso, la norma del convenio aplicable, en tanto dispone una indemnización para el despido —y no el reintegro en la tarea— resulta inconstitucional. Llegada la controversia a la Corte Suprema, ésta, por el voto de seis de sus integrantes, hizo lugar al recurso y confirmó la sentencia en cuanto fue materia del agravio tratado.

Aunque el fallo fue celebrado por la doctrina, en tanto se consideró que la Corte Suprema había consagrado la*estabilidad propia* del empleado público, entiendo que deben efectuarse algunas puntualizaciones. En primer lugar, no existe duda acerca de que la estabilidad propia fue confirmada por el voto de la mayoría de fundamentos —*Lorenzetti, Fayt* y *Petracchi* — y por la concurrencia conjunta de los jueces *Highton de Nolasco* y *Maqueda*(532) . Sin embargo, la *cuestión central* a resolver difiere en la descripción que efectuaron ambos votos. En efecto, según el primero de éstos, debía resolverse si someter a la actora al régimen del convenio colectivo resultaba compatible con la estabilidad propia del empleado público. De acuerdo al voto concurrente, en cambio, debía decidirse si un convenio colectivo *celebrado con posterioridad* al ingreso del empleado a la Administración podía,

válidamente, sustituir el régimen de estabilidad propia que aquel tenía al momento de su incorporación. En segundo lugar, todos los ministros concordaron en que la estabilidad propia del empleado público se reconocía *en principio* y en las *particulares circunstancias* del caso, esto es, ante un despido *injustificado* , *irrazonable* o *incausado* , decidido sin previo sumario administrativo (533) .

No obstante los matices que emanan de los votos reseñados, puede afirmarse que para la Corte Suprema, la estabilidad del empleado público es la propia. Pero ésta cede ante causa justificada y razonable. Según se precisó en el primer voto, del texto del art. 14 *bis* de la Constitución Nacional y del debate suscitado en la Convención Constituyente de 1957, surge indubitablemente la distinción establecida entre la estabilidad del empleo privado —impropia— y la del empleo público, ésta propia. Resulta esclarecedor y significativo, además, el señalamiento que formula la mayoría de fundamentos acerca de la finalidad que procura la estabilidad propia del empleado público: constituye, al mismo tiempo, una garantía para el trabajador contra la posible arbitrariedad del Estado y una protección de la sociedad contra el deterioro de la función pública.

Atender a esa doble finalidad de la estabilidad propia del empleado público —las garantías y dignidad del trabajador y el mantenimiento de una eficaz carrera administrativa al servicio de la sociedad— justificará o no la causal de despido y pondrá en evidencia el ejercicio razonable o arbitrario de las atribuciones conferidas por la Constitución Nacional al Poder Legislativo y al presidente de la Nación, en los arts 75, inc. 20 y 99, inc. 7.

En esa misma línea se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al exigir el cumplimiento de las garantías del debido proceso por parte del Estado que decide prescindir de varios agentes públicos, alguno de ellos, además, dirigentes gremiales. En el caso, el Estado de Panamá fue llevado ante la Corte Interamericana por la Comisión Americana en razón de la medida que, con base en una ley posterior a los hechos, había dado lugar a los despidos arbitrarios. En lo que aquí interesa, la CIDH consideró que Panamá había violado el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica al no haber garantizado la defensa judicial contra una resolución administrativa que afectaba derechos laborales y sindicales de trabajadores públicos (534) . Este fallo de la Corte Interamericana fue citado por la Corte Suprema Argentina en el caso "Madorrán".

2.9. Derecho a la sindicalización libre y democrática

La Constitución Nacional reconoce a los trabajadores de cualquier gremio o actividad el derecho a formar asociaciones sindicales; ingresar en ellas; participar en su conducción; y renunciar al sindicato sin consecuencia alguna para la estabilidad en su empleo, o para aspirar a otro trabajo. En esta dirección, la Corte Suprema declaró en el caso *"Outón"* la inconstitucionalidad de las normas —emanadas del Poder Ejecutivo Nacional —que exigían el carné sindical que otorgaba un solo sindicato como requisito de inscripción

en una Bolsa de Trabajo y para obtener y conservar el empleo. En correcta interpretación, el Tribunal sostuvo que la libertad de agremiación importa el derecho de afiliarse al sindicato que se prefiera o no afiliarse a ninguno, [pues] la agremiación coactiva no puede cohonestarse con supuestas razones de interés sindical (535) .

Tampoco resulta compatible con la libertad de no asociarse a un sindicato la imposición de contribuciones obligatorias a los no afiliados, establecida por la asamblea del sindicato con personería gremial. En ese caso se vería afectada, además, la igualdad entre los trabajadores, pues el no afiliado al sindicato con personería sindical podría haberse asociado a otro sindicato, con lo que cotizaría en ambos, en el de su preferencia y en el que ha desestimado, en ocasiones por fuertes razones ideológicas.

En cambio, resultan compatibles con aquella libertad las contribuciones sindicales pactadas en los convenios colectivos de trabajo, obligatorias para los no afiliados, en calidad de retribución por las mejoras obtenidas por el sindicato para todos los trabajadores. No obstante, en mi opinión, esas contribuciones pactadas deben ser circunstanciales y no periódicas para no desvirtuar su carácter de retribución por la utilidad obtenida.

3. Derechos colectivos del trabajo

La Constitución garantiza a los *gremios* tres tipos de derechos: el de celebrar convenios colectivos de trabajo; el de recurrir a la conciliación y al arbitraje y el de huelga. La legislación argentina circunscribe el goce y ejercicio de esos derechos a los *sindicatos* con mayor número de afiliados, a quienes el Ministerio de Trabajo les reconoce *personería gremial* y con ello todos los derechos colectivos enunciados en el art. 14 *bis* . Los restantes sindicatos del mismo gremio, que no representan más que a sus asociados, obtienen personería jurídica.

El sistema tiende a la concentración y es poco plural, pues quienes no ganan la conducción del sindicato mayoritario quedan fuera de la toma de decisiones y de la representación formal de los trabajadores.

La alternativa propuesta durante la presidencia de *Raúl Alfonsín* procuraba que, sin modificar la representación gremial en cabeza de un solo sindicato, hubiera en éste participación de la minoría, mediante la aplicación de un sistema similar al que la ley *Sáenz Peña* instrumentó para el sufragio político. Pero la ley fue rechazada en el Congreso, por la presión de los sindicatos reconocidos.

La Constitución exige a los sindicatos una organización libre y democrática. En consecuencia, cabe al Poder Judicial el control de las elecciones sindicales y el amparo de los trabajadores a quienes se les restringiese algún derecho sindical. No obstante, la Corte Suprema ha reconocido la competencia de la autoridad administrativa laboral para tratar cuestiones referidas a la vida institucional de las Asociaciones Profesionales de Trabajadores, incluidas las elecciones (536) , desde luego con posterior

revisión judicial ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. La actuación administrativa puede ser más rápida pero, también, menos neutral. En cambio, el Poder Judicial asegura en principio y desde el inicio, mayor independencia, imparcialidad y, desde luego, la garantía del debido proceso.

3.1. CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO

La celebración de convenios colectivos de trabajo permite a los sindicatos pactar condiciones más favorables de labor. En la República Argentina, los convenios laborales se celebran entre el sindicato con personería gremial y las asociaciones de empleadores, un empleador o varios. En la práctica, las Cámaras empresariales tienen un significativo poder en la celebración de los convenios colectivos, por su poder de presión sobre el Ministerio de Trabajo que es quien *homologa* los convenios, o los rechaza, total o parcialmente. La homologación otorga fuerza de ley a los convenios.

Así, pues, el convenio homologado se equipara a una ley entre las partes y alcanza con su fuerza normativa a aquellos que no lo firmaron pero están ligados por la representación que invisten los firmantes. Ese carácter normativo plantea la duda acerca de la ubicación del convenio colectivo en el ordenamiento jurídico argentino, más específicamente frente a la ley posterior a su homologación. Se ha sostenido que los convenios colectivos constituyen una fuente autónoma de derecho, que pueden ser modificados por convenios posteriores pero no por ley posterior (537) . Sin embargo, la Corte Suprema ha equiparado los convenios colectivos a los contratos privados, susceptibles de ser limitados por ley posterior en razón del interés público y la emergencia, aunque examinando y concluyendo, en el caso *"Nordensthol",* que esa limitación era irrazonable por la desproporción entre el medio —la supresión total de la cláusula convencional de mejores condiciones laborales— y el fin perseguido de resolver la emergencia (538) .

Más tarde y con otra composición, la Corte Suprema admitió la derogación de un convenio colectivo de trabajo por *decreto delegado* , en un fallo en que el Tribunal convalidó la delegación de facultades legislativas otorgadas por el Congreso Federal al Poder Ejecutivo, antes de que esta atribución ingresara en la Constitución Nacional. En efecto, en *"Cocchia"* la Corte Suprema consideró constitucional el decreto delegado en el que se suspendió la vigencia de un convenio colectivo; se fijaron nuevas condiciones de trabajo y se convocó a las partes a la celebración de un nuevo convenio. No obstante, el Tribunal declaró inconstitucional la cláusula que imponía a ese nuevo acuerdo, el no apartarse de las condiciones mínimas fijadas en las leyes de contrato de trabajo y de accidentes laborales, pues ello anulaba la capacidad de negociación colectiva, con una decisión irrazonable y desproporcionada (539) .

Como se advierte, según la Corte Suprema el convenio colectivo homologado cede ante ley o decreto delegado, dictados en razón de diversas emergencias públicas. Pero el Tribunal se reservó el control de razonabilidad

sustantivo de los alcances de la limitación impuesta a la capacidad de negociación en aquellos convenios.

Teniendo en cuenta la peculiaridad de negociación en los convenios colectivos de trabajo, que reúnen características de los contratos por su origen convencional, y de la ley por sus efectos generales luego de homologados, cabe interrogarse acerca de si alguna de sus cláusulas podría declararse inconstitucional. La Corte Suprema siguiendo el dictamen del Procurador coincidió en que la regularidad de la creación de los convenios colectivos no impide examinar si sus cláusulas son contrarias a la Constitución(540) . Ahora bien, dado que el Ministerio de Trabajo puede no homologar convenios que afecten la economía, la actividad o a los consumidores, gozan de una fuerte presunción de constitucionalidad que cedería en caso de que alguna de sus cláusulas fuese irrazonable en grado sumo.

3.2. CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE

Aunque la conciliación y el arbitraje para resolver los conflictos laborales están reconocidos en la Constitución Nacional como derechos de los gremios, la legislación laboral dictada en el país ha empleado esos instrumentos como mecanismos previos y limitativos del derecho de huelga, al imponerlos obligatoriamente, sobre todo porque el arbitraje lo realiza el Ministerio de Trabajo.

En una hermenéutica por lo menos discutible, la Corte Suprema sostuvo que el art. 14 *bis* —al referirse al arbitraje— no distingue el voluntario del obligatorio (541) , pasando por alto la circunstancia de que la mencionada norma garantiza a los gremios *recurrir* a aquella medida. Por otro lado, el Tribunal estimó razonable, *bajo las circunstancias,* la imposición del arbitraje obligatorio pues está destinado a resolver un conflicto laboral entre empleados y empleadores que compromete la tranquilidad social, perjudicando los intereses generales (542) .

Dado que el árbitro es un órgano dependiente del Poder Ejecutivo y que el laudo tiene los efectos de un convenio homologado, planteado el problema de la violación de las garantías de la defensa en juicio ante la obligación de aceptar el arbitraje, la Corte Suprema adujo que no se trataba de un conflicto individual de derechos sino de un conflicto colectivo de intereses, que no excluye la intervención judicial en la solución de los eventuales diferendos jurídicos individuales que pudieran presentarse (543) . De todos modos, la Corte sostuvo, en el caso *"Hilanderías Olmos"* , que la recurrente no había probado la posible arbitrariedad del laudo arbitral ni la intimidación sufrida por parte del árbitro (544) . Con ello, el Tribunal se mostró dispuesto a corregir las eventuales arbitrariedades del laudo, en caso de que se probasen.

3.3. DERECHO DE HUELGA

La huelga como hecho, significa la interrupción o paralización del trabajo. El derecho de huelga presupone el hecho de la cesación de la labor pero implica, además, un reconocimiento jurídico de la licitud de su ejercicio; la autorización para declararla por causas legítimas y con determinados alcances y límites.

En la Constitución Nacional, la huelga es un derecho reconocido a los gremios. Bajo la legislación argentina, la decisión de declararla debe emanar del sindicato con personería gremial y disponerse luego de agotadas las instancias conciliatorias. De ningún modo pueden afectarse derechos de terceros más allá de lo que implica el mismo cese de labores. Y hasta esta interrupción tiene fronteras en la necesidad de mantener actividades mínimas indispensables para resguardar la salud y seguridad de la población. En el país se han dictado reglamentaciones en tal sentido que resultan razonables y justas. Por ejemplo, la legislación ha considerado esenciales —de conformidad con la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la Organización internacional del Trabajo 1996, párrafo 544— los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, y gas y el control de tráfico aéreo y ha dispuesto que actividades no comprendidas en esta enunciación puedan calificarse de esenciales, por una comisión independiente cuando: a) por la duración y extensión territorial de la medida pudieran poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; b) cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo (545) .

El derecho de huelga está constitucionalmente reconocido para la protección de los intereses profesionales del trabajador. En esa dirección resultan de legitimidad dudosa las huelgas de solidaridad con otros gremios o con compañeros despedidos quienes, si lo han sido en violación de las leyes y de sus derechos, pueden recurrir a las acciones judiciales. Pero lo que no suscita duda alguna acerca de su ilegitimidad son las huelgas generales, declaradas en los gobiernos democráticos con la finalidad de oponerse a determinadas políticas públicas; a la actuación de funcionarios o en prevención de eventuales medidas que dispondría la autoridad legítima. Peticionar con estos objetivos está amparado por el art. 22 de la Constitución Nacional, pero asumir la representación del pueblo en general; impedir a los trabajadores concurrir a sus respectivos trabajos; cortar caminos; e intimidar del modo que fuere a los ciudadanos, lesionando a las personas y dañando bienes está, a todas luces, fuera de la protección constitucional además de constituir, en algunos casos, figuras delictivas.

Tampoco es lícito recurrir a la huelga para reabrir causas judiciales fenecidas o para incumplir acuerdos libremente concertados; pero, desde luego, el derecho que tiene el empleador de despedir a sus empleados no puede llegar hasta impedir el ejercicio de los derechos sindicales de un delegado, ni disolver el derecho de huelga, en todos los casos, en un conflicto individual de trabajo (546) .

Más allá del análisis jurídico, no se desconoce que el hecho de la huelga constituyó también un instrumento de lucha revolucionaria cuyo fin, declarado o no, fue la ruptura de las estructuras políticas, económicas y sociales vigentes y que, en ocasiones, persiguió objetivos más modestos —aunque no menos contestatarios— de derrumbar gobiernos. En esos casos, la evaluación de la huelga deviene en análisis social y político. Cuando los que caen son gobiernos democráticos, la operación resulta exitosa y ésta no es resistida por la sociedad en su conjunto, se funda una nueva legalidad que no incluye en principio legitimidad democrática, porque lo que se quiebran son las reglas del sistema institucional.

3.4. Garantías de los representantes gremiales

Las seguridades reconocidas a los representantes legales se abren en dos direcciones: la no discriminación en la retribución salarial, como un modo de obligarlo a renunciar (547) y las garantías de la estabilidad en el empleo que la ley establece. Desde luego, existen otros medios de presión sobre el delegado sindical para que éste olvide sus deberes para con el gremio en general y los trabajadores en particular. Aunque todas esas formas de corrupción son difíciles de probar, el Estado no debe declinar su control, ni los obreros desatender ese costado de la cuestión cuando eligen a los delegados y autoridades sindicales.

4. Derechos de la seguridad social

Los derechos de la seguridad social constituyen una expresión de la justicia social, calificada por la Corte Suprema como "la justicia en su más amplia expresión" y cuyo contenido según el Tribunal, "consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización"(548) . El grado de desarrollo moral de un país se mide por el modo en que atiende las contingencias de la salud, la ancianidad, las necesidades básicas de las personas y las familias. No obstante aquellas declaraciones que en ese sentido efectuó la Corte Suprema, el capítulo de la seguridad social es el que presenta mayores distorsiones e incumplimientos estatales. En la República Argentina, una de las promesas incumplidas de la democracia en el país es el de la creación de un sistema de seguridad social justo y eficaz.

La Constitución Nacional dispone que es deber del Estado el cumplimiento de la seguridad social. Ello no impide que algunas prestaciones estén en manos de la actividad privada, en ese caso, el Estado mantiene la obligación de control y, en última instancia, de cumplimiento directo si aquélla resulta ineficiente.

4.1. SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO

El seguro social obligatorio opera como un instrumento de la previsión y la seguridad social. Incluye el seguro de salud, de vida, de empleo, de maternidad, de escolaridad. La amplitud de su contenido depende del grado de desarrollo económico de la sociedad, pero debe extenderse a todas las personas a partir de la concepción. Al respecto, el art. 75, inc. 23, incorporado mediante la reforma constitucional de 1994, atribuyó al Congreso Federal la competencia para dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el*embarazo* [de la madre] hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre, durante el período de embarazo y el tiempo de la lactancia (549) .

El sistema de seguridad social es obligatorio, con aportes que deben ingresar los interesados, aunque no lo deseen. Sólo debe evitarse la*superposición* de aquéllos. El principio que rige el sistema es el de la solidaridad, bajo la pauta y sostén de la justicia social. Por eso, la Corte Suprema estimó conforme a la Constitución Nacional, las normas que imponían a los beneficiarios titulares de obras sociales que se desempeñaban en más de una actividad, el deber de efectuar tantos aportes y contribuciones como retribuciones percibían en cada una de aquéllas. Para llegar a tal conclusión, el Tribunal distinguió con acierto la *superposición* de aportes —prohibida por la Constitución Nacional— de la *multiplicidad* de ellos, porque, en el caso, no existía identidad de fines de la obra social, ni de carácter o razón en virtud de los cuales se aportaba, y resultaba evidente la necesidad de contribuir a la estabilidad económica financiera de ambas obras sociales (550) . La controversia rebasaba los límites de la justicia conmutativa que regula las respectivas prestaciones interindividuales, para instalarse en el quicio de la justicia social, cuya primera y fundamental exigencia radica en el deber de todos, quienes forman parte de una comunidad, de contribuir al bien de ella, sin el cual los derechos personales de cada uno se tornan ilusorios (551) . En consecuencia, los derechos de la seguridad social no son sólo personales, sino que constituyen un deber social cuyo incumplimiento causa perjuicio al colectivo de trabajadores o empleados de que se trate.

Esos principios, acertadamente definidos por la Corte Suprema, deben informar toda la materia de la seguridad social pero nada impide la instrumentación de sistemas diferentes que racionalicen los aportes y los gastos administrativos de las obras sociales con compensaciones mutuas, en beneficio de los aportantes-beneficiarios. Por el contrario, según los sistemas , esas compensaciones pueden resultar convenientes o necesarias y mucho más equitativas.

La organización del seguro social obligatorio, conforme a lo dispuesto por el art. 14 *bis* , es una atribución-deber del Estado quien debe estructurar el sistema, asegurando la administración por los interesados y la participación del Estado. No obstante, aquel seguro puede prestarse con participación privada o de entes públicos como las asociaciones profesionales de

trabajadores, en relación de dependencia o autónomos. La obligatoriedad para el trabajador consiste en afiliarse a *un* sistema, pero la Constitución Nacional no impone un modelo de servicios u obras sociales determinado y único.

Por otro lado, el art. 14 *bis* establece la distribución de competencias entre el Estado Federal y los Estados locales en materia de seguridad social. La redacción de la norma dispone una alternativa pues dice que, aquélla, estará a cargo de entidades nacionales *o* provinciales. A su vez, el art. 125 de la Constitución Nacional, después de una ardua negociación en la Convención Constituyente de 1994, aseguró a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires, la posibilidad de conservar los organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales. Así, pues, aunque en virtud del art. 14 *bis,* y la opción que otorga en la materia, la seguridad social se *nacionalice* en términos absolutos, la ley respectiva deberá respetar la atribución reservada por las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires sobre la materia en el art. 125 (552) .

Sin embargo, la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos, la responsabilidad internacional del Estado argentino por la eventual vulneración de esos derechos y el reforzamiento del amparo obligan, como en tantos otros problemas del derecho constitucional, a examinar una perspectiva más de aquella cuestión —necesariamente complementaria y armónica— sobre todo en materia de derecho a la vida y a la salud. El análisis se desliza, entonces, desde el interrogante acerca de quiénes son los *atribuidos* para establecer las políticas de salud y aplicarlas en las diferentes jurisdicciones, hacia las preguntas sobre quiénes están *obligados* de modo principal y directo, o subsidiario, a aplicarlas eficazmente.

El caso "*Campodónico de Beviacqua"* es paradigmático del problema señalado. En efecto, la Corte Suprema al confirmar la sentencia que había ordenado al Estado nacional la provisión de los medicamentos requeridos, resolvió un problema puntual y urgente de la amparista y, al establecer una serie de reglas sobre la cuestión, puso al descubierto la dificultades del Poder Judicial para resolver ese tipo de controversias si se generalizan, y de los otros poderes y jurisdicciones estatales, los cuales no disponen de políticas eficaces de armonización y coordinación. En ese sentido el Tribunal consideró, en primer lugar, que la responsabilidad del Estado nacional frente al compromiso de asegurar la vida y la salud —en el caso particular, de los niños— constituye una *cuestión federal* . En segundo término estableció que: a) en virtud de la "cláusula federal" —art. 28, incs. 1º y 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos— el Estado nacional tiene deberes internos y responsabilidad internacional por las obligaciones de los Estados integrantes de la federación; b) las obligaciones del Estado nacional incluyen la articulación y coordinación de políticas de salud con las provincias —*sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda, para llevar adelante tales servicios*— y con los prestadores privados; la implementación de *acciones positivas* en esa materia; la aplicación de aquellas por parte del Ministerio del ramo y la fiscalización de las entidades

integrantes del Sistema Nacional del Seguro de Salud (553) . Como se advierte, la sentencia, además de resolver positivamente el reclamo efectuado, envía un mensaje a los poderes políticos del Estado nacional a fin de que enderecen sus políticas de salud en orden a la operatividad y eficacia de la prestación.

4.2. JUBILACIONES Y PENSIONES MÓVILES

La jubilación constituye el pago periódico y hasta la finalización de la vida, que recibe quien ha trabajado en relación de dependencia o por cuenta propia y ha aportado durante ese período laboral, por el término y montos que establece la ley. Las pensiones derivan de las jubilaciones y son percibidas por quienes se encuentran legalmente habilitados a recibir un porcentual de la jubilación, a la muerte del aportante.

La movilidad de las jubilaciones y pensiones tiene la misma finalidad que la del salario mínimo vital móvil, por un lado y, por el otro, el objetivo de mantener el equilibrio de las contraprestaciones porque si el jubilado o el pensionado indirectamente pagaron, en buena moneda, resulta violatorio de la justicia conmutativa retribuirles con dinero depreciado.

No obstante, aquella movilidad en la República Argentina ha sido pura ficción. Por múltiples motivos en los que la responsabilidad no es totalmente del Estado pero sí primaria de éste, el sistema se encuentra quebrado. Han contribuido a ello, las pésimas administraciones, los fraudes en la obtención de los beneficios, la evasión previsional por parte de las empresas, empleadores y trabajadores autónomos, el desempleo, el alargamiento del lapso de vida de las personas, el uso para otros fines de los depósitos jubilatorios. El problema ha cobrado dimensiones mayúsculas y ninguno de los poderes políticos ha atinado con la solución.

Con invocación del art. 14 *bis* llegó a la Corte Suprema un reclamo de movilidad jubilatoria, representativo de una multiplicidad de causas. El Tribunal, con base en la jerarquía constitucional del art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 26 de Convención Americana de Derechos Humanos, y fundado en que esos instrumentos vinculan los beneficios sociales a las concretas posibilidades de cada Estado, sostuvo que ambas normas proporcionan una directriz adecuada para determinar el contenido económico de la movilidad jubilatoria, en el momento de juzgar sobre el reajuste de las prestaciones o de su satisfacción (554) . Como se advierte, una verdadera paradoja, pues los Tratados de Derechos Humanos, ingresados para otorgar una mayor protección han servido, en este caso, para restringir el alcance de los derechos jubilatorios.

De su lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "*Cinco Pensionistas c/Perú",* dictó sentencia declarando que la conducta del Estado parte había violado la Convención en virtud del acto administrativo por el que había variado el mecanismo de movilidad de los haberes de los jubilados reclamantes (555) . El núcleo de la controversia entre las partes fue

si los parámetros utilizados por el Estado para reducir o recalcular los montos de las pensiones de los denunciantes habían violados los derechos de propiedad de éstos, garantizados en el art. 21 de la Convención Americana. A tal fin, la Corte Interamericana se planteó dos cuestiones: a) si el derecho a la pensión puede considerarse un derecho adquirido y, de ser así, qué significado tiene ese reconocimiento; y, b) qué parámetros deben tenerse en cuenta para cuantificar el derecho a la pensión, y si se pueden poner límites a éste (556) .

Esa misma polémica es de antigua data en la República Argentina. Tanto el país como el Estado peruano —así lo sostuvo la CIDH en la sentencia, respecto de este último— reconocen que los derechos emergentes de una jubilación o pensión, constituyen derechos adquiridos amparados por el derecho de propiedad. En consecuencia, la cuestión sustantiva sigue siendo bajo qué condiciones y límites razonables pueden modificarse los montos de aquélla.

Ahora bien, en el caso particular de la sentencia de la Corte Interamericana, debe señalarse que la aplicación de la garantía del art. 21 de la Convención, derivaba tanto de los derechos declarados por la Constitución del Perú, como del reconocimiento que había efectuado el Tribunal Constitucional de ese país y que, en realidad, se discutía el régimen de pensiones niveladas que debía aplicarse (557) . Por ello, resulta de especial relieve considerar lo que sostiene la Corte Interamericana, a pesar de sentenciar que Perú violó varias disposiciones de la Convención, entre ellas el derecho a la propiedad privada (art. 21); el derecho a la protección judicial (art. 25); el deber de respetar los derechos y el de adoptar disposiciones de orden interno para asegurarlos (art.1.1. y 2).

En efecto, dijo la Corte Interamericana que si bien el derecho a las pensiones niveladas constituye un derecho adquirido protegido por el art. 21 de la Convención, "los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso... [monto de las pensiones], los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados. Por su parte, el art 5º del Protocolo Adicional de la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Protocolo de San Salvador) sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos" (558) . En otros términos, el problema de las jubilaciones niveladas —o móviles según el aumento del costo de la vida— sigue abierto como problema económico, social y jurídico, aunque la Corte Interamericana haya establecido un fuerte control del debido proceso adjetivo mediante el cual se impusieron las limitaciones a los pensionistas del Perú. Por otro lado, los parámetros para convalidar las modificaciones a los montos de jubilaciones y pensiones sigue siendo amplio, aunque sujeto a control de razonabilidad (559) .

La solución del problema de los servicios de seguridad social, en especial el de las jubilaciones y pensiones, resulta crucial en las sociedades modernas, en primer lugar por el alargamiento de la expectativa de vida de las personas. La respuesta a esa cuestión corresponde a los poderes políticos emergentes de la elección popular porque ellos están atribuidos, en las sociedades democráticas, para desarrollar políticas públicas generales y especificas que garanticen los derechos y la justicia social.

En la República Argentina, las falencias de los sistemas de jubilaciones y pensiones y el uso arbitrario en la concesión de beneficios con fines electorales a quienes nunca aportaron causaron el aumento de la evasión, por un lado, y la nivelación por lo bajo de la retribuciones previsionales respectivas. La situación produjo el incremento de los litigios y el traslado del problema al Poder Judicial.

El precedente de la Corte Suprema en el caso "*Chocobar* ", referido en los párrafos anteriores, no sólo no dio respuesta atendible al problema sino que atrapó al Tribunal en la excesiva deferencia reconocida a los motivos del legislador, con el efecto de morigerar hasta casi hacer desaparecer la movilidad de las jubilaciones y pensiones. No obstante ello, las críticas que recibió esa sentencia dieron paso a una saga de fallos que se inició con "*Sánchez* " y prosiguió con "*Badaro* " I y "*Badaro* " II. Según lo interpreto, estas tres sentencias, además de examinar y decidir el alcance constitucional de las jubilaciones y pensiones móviles garantizadas por el art. 14 *bis* de la Ley Suprema, emitieron sendos mensajes a los poderes políticos acerca de la responsabilidad primera de éstos en la solución razonable del problema de las jubilaciones y pensiones móviles.

En *"Sánchez"* una rotunda mayoría de la Corte Suprema dejó de lado, expresamente, la doctrina mayoritaria en "*Chocobar* " —en tanto ésta limitaba el alcance de la movilidad de las jubilaciones y pensiones— y sostuvo que: a) las normas de los convenios internacionales, referidas al desarrollo progresivo de los derechos, constituye una pauta para ampliarlos y nunca para restringirlos (560) ; b) dado que la Constitución no establece un sistema o mecanismo especial para hacer efectiva la movilidad de las jubilaciones y pensiones, corresponde a Poder Legislativo la atribución y el deber de disponerlo (561) ; y, c) en ese sistema debe de haber una proporción justa y razonable entre los haberes de los empleados en actividad y las retribuciones de los jubilados o pensionados (562) . En consecuencia de esta doctrina, la Corte Suprema consideró plenamente aplicable al caso la ley que establecía la movilidad previsional, vigente antes de la sanción de la ley de convertibilidad y sostuvo que de ésta norma no surgía ni expresa ni implícitamente que hubiera derogado aquella movilidad.

En "*Badaro* " I, la Corte emitió una sentencia que en términos de *Sagüés* puede denominarse exhortativa. En el caso, el actor reclamaba la movilidad de un haber jubilatorio superior a mil pesos y el Tribunal, a la vez que elaboró doctrina sobre los términos de la controversia, dispuso diferir el pronunciamiento hasta tanto, en un plazo razonable que no fijó, los poderes políticos establecieran la movilidad requerida por la garantía del art. 14 *bis* de la Constitución Nacional. A tal fin, la Corte Suprema decidió poner en

conocimiento del Poder Ejecutivo y del Congreso de la Nación la sentencia que había dictado, fallo que señalaba expresamente la omisión legislativa en que había incurrido el Congreso respecto del actor y del *colectivo de jubilados* que él integraba. Para llegar a esta decisión, que no implicó una orden determinada, ni un mandato concreto acerca de porcentual de la movilidad que correspondía aplicar (563) —pero que trazó el deber de reparar la omisión legislativa señalada— la Corte sostuvo que a) la política de aumentar las jubilaciones y pensiones mínimas, para atender lo más urgente en la materia, no debía ignorar los derechos de quienes contribuyeron con sumas mayores al sistema; b) el reconocimiento del derecho a la movilidad previsional no implica un ajuste por inflación, sino considerar el carácter sustitutivo del salario que aquella tiene; c) reiteró que es el Legislativo quien debe establecer el método de movilidad, garantizando una cuantía de ésta proporcional y razonable (564) .

Debe recordarse que en virtud del art. 7, inc. 2 la ley 24.463, el Congreso de la Nación debía fijar anualmente, en la Ley de Presupuesto, los incrementos para garantizar la movilidad. El criterio fue validado, en principio, por la Corte Suprema pero, en realidad ese criterio, no implicó la creación de un sistema estable; dispuso pautas limitativas de la movilidad e hizo depender los incrementos jubilatorios de los factores políticos que el Congreso considerase aceptables, año por año (565) . Con todo, el criterio de la ley 24.463 resulta más *democrático* que decidir los aumentos de las jubilaciones y pensiones mediante decretos de necesidad y urgencia porque la ley, por lo menos en teoría, implica la discusión de mayorías y minorías en el Congreso, acerca de lo que se considera compatible con la justicia social, y mayor visibilidad social de esos debates.

Así las cosas y ante el incumplimiento por parte de los poderes políticos de las alternativas implícitas en la exhortación contenida en "*Badaro* " I, la Corte Suprema emitió sentencia en lo que podría denominarse el fallo*"Badaro* " II. (566) . En esta sentencia el Tribunal: a) recordó que conforme a lo dispuesto por la ley 24.463 correspondía establecer los incrementos jubilatorios al Congreso; b) estimó que los decretos de necesidad y urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo no habían subsanado la pérdida sufrida por el actor; c) hizo mérito en que la ley 26.198 de presupuesto para el año 2007 convalidó los mencionados decretos de necesidad y urgencia; d) memoró la precisión de su propia sentencia en cuanto a que el contenido de la norma que debía dictar el Congreso no suscitaba duda alguna. En palabras de la Corte Suprema, el Poder Legislativo "debía *reparar adecuadamente el menoscabo sufrido por los beneficiarios que percibían haberes superiores a los mínimos* por la falta de una oportuna adaptación a los cambios en las condiciones económicas" (567) ; e) estimó que los incrementos jubilatorios otorgados mantuvieron el "achatamiento" de la escala de beneficios, ya señalado por la Corte; f) consideró agotado el plazo razonable a que aludía "*Badaro* " I para que los poderes políticos repararan la omisión; g) evocó la jurisprudencia de la Corte que aceptó la validez del cambio en el régimen de movilidad jubilatoria, siempre que esas mudanzas no produjeran reducciones confiscatorias; y, h) consideró no acreditada la existencia de graves circunstancias de orden económico o financiero, que impidieran reparar el

grave deterioro sufrido por la prestación del actor (568) (¿Nos estaba diciendo la Corte Suprema que a finales de 2007 ya no existía emergencia económica en la República Argentina?).

En consecuencia de ese sostén argumentativo, la Corte Suprema declaró —ahora sí— la inconstitucionalidad del art. 7, inc. 2 de la ley 24.463*para el caso concreto* , disponiendo el ajuste de la prestación del actor según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. Al mismo tiempo, el Tribunal formuló una nueva exhortación a las "autoridades responsables" a fin de que se dicte una ley que establezca pautas de movilidad permanentes que aseguren el objetivo constitucional.

La sentencia en "*Badaro* " II constituye un fallo institucional, en la línea de otros que dictó la Corte Suprema. Al mismo tiempo que resolvió el agravio concreto del actor sin disponer una movilidad de alcance general, emitió varios mensajes. En la cuestión aquí examinada puso el acento en la necesidad imperiosa de establecer un *sistema* previsional, que evite el uso de facultades discrecionales y reduzca la litigiosidad en la materia.

Un sistema previsible, razonable, no discrecional de la autoridad de turno ni cuyos aportes sean disponibles por la administración, es el único que se condice con la garantía constitucional. A mediados de 2008, el Poder Ejecutivo se comprometió a enviar un proyecto de ley al respecto.

4.3. PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA FAMILIA

El art. 14 *bis* reconoce a la familia como sujeto a proteger, aunque la petición de sus derechos se materialice a través de las acciones administrativas o judiciales de sus integrantes. Se ha sostenido que las seguridades dispuestas en el art. 14 *bis* corresponden a la familia con matrimonio y a la familia sin matrimonio, borrada la distinción jurídica por razones de humanidad e igualdad (569) .

Bajo las reglas del art. 14 *bis* , la protección integral de la familia comprende: 1. *La defensa del bien de familia* , esto es, la posibilidad de excluir de la prenda común de los acreedores, la vivienda familiar. Bajo determinados recaudos, el Estado facilita la anotación como bien de familia de un inmueble asiento del hogar familiar, en los respectivos registros públicos de la propiedad inmueble y, con ello, protege esa vivienda de embargos y ejecuciones.

4.4. COMPENSACIÓN ECONÓMICA FAMILIAR

Comúnmente llamada *salario familiar* , consiste en una asignación dineraria que se adiciona al sueldo percibido por el trabajador. Las asignaciones de este tipo procuran sostener necesidades especiales, propias

del estado familiar en sí mismo, o del mantenimiento y educación de los hijos, o las eventuales discapacidades de algún miembro de la familia. La Corte Suprema convalidó la constitucionalidad del salario familiar obligatorio como parte del salario mínimo vital móvil, y lo entendió constitutivo de la protección integral de la familia y la compensación económica familiar (570) .

En la misma dirección, el Tribunal, al declarar la inconstitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia mediante el que se suprimían asignaciones familiares y que afectaba el derecho constitucional de protección integral de la familia y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con jerarquía constitucional otorgada por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, reconoció legitimación activa al actor quien, por la violación de aquellos derechos, había presentado un agravio concreto (571) .

Con cita del precedente *"Verrocchi"* y de los resguardos establecidos para la familia en el art. 14 *bis* , se decidió una medida cautelar innovativa, solidariamente a cargo de sendas obras sociales para que en el término de 24 horas entregaran una prótesis, necesaria para el tratamiento de urgencia de una paciente, evidenciando así la amplitud que tiene la cláusula constitucional para resguardar derechos implicados (572) .

4.5. Acceso a la vivienda digna

La disposición, en concordancia con el nuevo inc. 19 del art. 75 de la Constitución Nacional, pone en cabeza del Estado el diseño de políticas públicas para facilitar el acceso a una vivienda digna. Las opciones legislativas para cumplir el mandato constitucional varían y dependen de las posibilidades económicas y financieras. Pero, el Estado no debe prescindir de llevar a cabo una política de desarrollo habitacional. El deber atribución del Estado de garantizar el acceso a la vivienda diga, no impide una política habitacional que contemple el desarrollo de regiones poco pobladas y con posibilidades económicas y culturales. Ello no significa que se considere constitucional el desplazamiento compulsivo de las personas, pues todas son libres de trasladarse de un punto a otro del país. Las alternativas posibles implican el desarrollo de políticas de largo plazo y alcance que, a través de estímulos y oportunidades de trabajo y crecimiento personal armonicen los derechos e incentiven las responsabilidades en el propio crecimiento. Desde luego, el acceso a la vivienda digna debe alejarse de políticas de clientelas, de la corrupción administrativa o de negocios particulares que no atiendan, en realidad, al derecho social y, en cambio, mantengan las condiciones de pobreza y sometimiento de las personas y las familias a los agentes estatales.

Aunque los tribunales no deben determinar qué políticas habitacionales son las convenientes, sí pueden controlar las corruptelas que se manifiestan en la materia y hacer visibles con sus sentencias las omisiones sobre el punto que los poderes políticos deben subsanar .

5. LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS EMERGENCIAS

Los derechos sociales no se han librado de la reglamentación de emergencia, emitida mediante leyes generales o delegantes, o sancionada en decretos de diverso tipo. Como ya se señaló, la Corte Suprema ha admitido varias limitaciones a los derechos sociales aunque, en algunos casos, los ha protegido por medio del control de razonabilidad.

La emergencia ha permitido limitaciones severas a los derechos previsionales y una interpretación de la *movilidad* de jubilaciones y pensiones desde la aplicación de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional que, manteniendo aquella movilidad, la ha acotado sensiblemente aunque esa doctrina se ha abandonado en el caso "*Sanchez* " (573) .

También se ha consentido la suspensión de convenios colectivos de trabajo, mediante un decreto delegado (574) declarándose, al mismo tiempo, la irrazonabilidad de las restricciones que se imponían a las cláusulas del nuevo convenio a celebrarse (575) .

En la misma línea el Tribunal —en una ajustada delimitación de la razonabilidad durante las crisis económicas— declaró la inconstitucio-nalidad de un decreto de emergencia por el que se suprimían asignaciones familiares (576) .

Más tarde, en el caso *Guida* , la Corte Suprema convalidó sendas rebajas temporarias, de entre el 5, 10 y 15 % en las remuneraciones de los empleados públicos, motivadas por una grave crisis financiera internacional (577) . Según la mayoría del Tribunal, una reducción de las retribuciones de los empleados públicos resulta constitucional si: a) es temporaria; b) se dispone por una grave emergencia, en el caso, una crisis internacional; c) no se aplica retroactivamente y, d) no es confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada.

De otro lado, el decreto de necesidad y urgencia 290/95 que había dispuesto la reducciones de salarios a partir de una suma determinada fue convalidado por el Congreso —siguiendo una pésima técnica legislativa— mediante la ley de presupuesto 24.624 (578) . Pero, más allá de esta crítica, la pauta de control empleada por la Corte Suprema resultó en un punto adecuada, si se la compara con los efectos que producen las devaluaciones dispuestas por los gobiernos, quienes suelen afectar de modo más intenso a las personas de menores ingresos, pues los rubros cuyos precios se incrementan más, corresponden a los artículos de la llamada *canasta familiar.* En efecto, aunque fue posterior a la sentencia dictada en "*Guida"* , la depreciación de la moneda nacional había alcanzado al 350% respecto al dólar norteamericano, en el primer semestre de 2002, generando un efecto de depredación sobre las retribuciones e ingresos de *toda* la población y sin tener en cuenta la escala de salarios que cada quien percibía.

La devaluación referida en el párrafo anterior fue precedida de una serie de normas que directa o indirectamente afectaron los derechos sociales en circunstancias muy graves para la sociedad en su conjunto. En primer lugar, el decreto 1570/01 impuso límites al retiro en efectivo de varias cuentas

bancarias, entre las que se encontraban las cuentas salariales. Esa limitación era claramente irrazonable pues, pese a la declaración del ministro de Economía efectuada por los medios de comunicación en el sentido de que las medidas restrictivas eran temporales —por 90 días, según dijo— de la norma en cuestión no surgía ese plazo. En segundo lugar, el sistema establecido por aquel decreto —de *bancarización compulsiva*— cuya experiencia en Argentina se había establecido en 1997— entorpecía la disponibilidad efectiva de los salarios, al establecer restricciones al retiro dinerario de los bancos, que antes no existían (579) .

Normas posteriores —el decreto 1606/01 y la ley 25.557 establecieron excepciones a la restricción de retiro de dinero en efectivo, beneficiando a las cuentas laborales: sueldos, haberes, remuneraciones o indemnizaciones; pensiones, jubilaciones y otros rubros previsionales, beneficios sociales y de la seguridad social; y los de carácter alimentario en general (580) . Pero, esa entrada en razones del Poder Legislativo, fue interdicta por el mismo Congreso mediante la sanción de la Ley 25.561 —que suspendió la anterior normativa por 90 días— declarando la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera, y la modificación del régimen cambiario, al mismo tiempo que derogaba la convertibilidad pero mantenía la prohibición de indexar, actualizar o repontenciar deudas, impuestos, precios, o tarifas de bienes, obras o servicios (581) . Como un modo de compensación, la ley 25.561 suspendió por 180 días los despidos sin causa justificada estableciendo, para el caso de incumplimiento de esta prohibición, una indemnización del doble de lo que correspondiera.

La profusión de normas de emergencia, dictadas entre finales de 2001 y el primer semestre de 2002 —de las que se han mencionado una ínfima parte— configuraron una verdadera emergencia jurídica carente, en muchos casos, de la mínima razonabilidad(582) . Por ello, en materia de derechos sociales, el Poder Judicial ratificó la naturaleza alimentaria del salario, suspendiendo en consecuencia la aplicación del decreto 1570/01 y la limitación al retiro en efectivo, de los montos depositados en cuentas bancarias correspondientes a retribuciones laborales (583) .

Más tarde y en lo que se interpretó como un cambio de doctrina, la mayoría de la Corte Suprema y el voto en concurrencia del ministro *Fayt* volvieron a examinar la cuestión de la rebaja en las retribuciones de los empleados del sector público en el caso "*Tobar*" , (584) enunciando —pero sin evaluar en sus proporciones— el impacto del cambio dramático de las circunstancias bajo las que se emitió "*Guida* ". En efecto, la mayoría del Tribunal y la concurrencia de *Fayt* al hacer mérito de la devaluación operada a comienzos de 2002 y del acelerado envilecimiento de los sueldos, jubilaciones y pensiones, consideraron que en virtud de esas nuevas circunstancias la normativa había devenido irrazonable (585) . En otras palabras, el Tribunal consagró —lo que ya había decidido en el caso "*Smith*"— una inconstitucionalidad sobreviniente (586) .

Meses más tarde de emitida la sentencia en "*Tobar*" , el Tribunal decidió el caso *"Müller"* considerando válida una disminución salarial de carácter general, no confiscatoria, transitoria y aplicada hacia el futuro. A mi modo de

ver, el fallo no implicó un cambio de doctrina, porque la Corte Suprema hizo mérito en que las retribuciones de los empleados públicos no sufrieron el envilecimiento de la moneda (587) .

Aunque según la propia doctrina de la Corte Suprema, ésta no debe expedirse, en principio, sobre la conveniencia, oportunidad y eficacia de las medidas establecidas en la ley o en los decretos de emergencia, porque ello corresponde a los poderes políticos, un criterio de razonabilidad apropiado —en el caso de rebaja de salarios en el sector público— resulta de comparar esta disminución con las que se hubieren dispuesto —y aceptado— en el sector privado. Con ello se mediría la proporción entre la restricción y los fines de la ley. Si estos objetivos tienden a resolver el problema de la carencia de recursos públicos, debiera considerarse la situación de la actividad privada de la que, en gran medida, derivan los tributos, sobre todo si existe deflación de precios (588) .

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.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 1º; 14*bis*.; 16; 17; 75, inc. 22, C.N.Art. I DADH; art. 1º, 3º,4º , 6º y 7º DUDH; art. 8º PIDCP; art. 6º y7º CADH.

ABOLICIÓN DE LA ESCLAVITUD

La norma constituye una expresión histórica del rechazo a la esclavitud en la Nación Argentina, iniciado tempranamente con el proceso emancipador de España. Así, en 1812 se prohibió de ingreso de esclavos; en 1813 la Asamblea Constituyente efectuó la solemne declaración denominada de *libertad de vientres.* La disposición aseguraba que los hijos de esclavos nacidos a partir del 31 de enero de 1813 serían libres y —en un antecedente del art. 15 de la futura Constitución de 1853— se dispuso la libertad de los esclavos introducidos en el país. No obstante, las protestas diplomáticas de Brasil modificaron la declaración de 1813, exceptuando de tal libertad a los esclavos que escaparan e ingresaran al territorio nacional, o a los que llegaran como sirvientes con sus propietarios. Los proyectos de Constitución que se elaboraron más tarde siguieron la misma dirección de rechazo a la práctica de la esclavitud (589) .

Aunque la declaración del art. 15 es contundente, su mantenimiento resulta anacrónico en los términos en que está expresada pues refiere "a los pocos

[esclavos] que hoy existen quedan libres desde la jura de la Constitución". Por eso resultaba más adecuada la modificación que la reforma constitucional de 1949 introdujo a este artículo. En esa redacción se mandaba: "En la Nación Argentina no hay esclavos. Los que de cualquier modo se introduzcan, quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República". La derogación de aquella reforma constitucional puso en vigencia el actual art. 15 que tampoco —salvo la modificación de un signo ortográfico que no cambia el sentido ni el significado de la norma— fue enmendado en 1994 (590) .

El art. 15 es consistente con los objetivos del Preámbulo de afianzar la justicia y asegurar los beneficios de la libertad y con las tres líneas ideológicas que confluyen en la Constitución Nacional. En efecto, bajo el paradigma liberal personalista se consagró la igualdad de todos los habitantes ante la ley (art. 16) y se garantizó que no se exigirían servicios personales si no en virtud de ley o sentencia fundada en ley (art. 17); con la incorporación del estado social de derecho se aseguró la libertad y protección del trabajo en todas sus formas (art. 14 *bis*) y con los nuevos derechos y garantías, con la dimensión de los deberes constitucionales y, sobre todo, con la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos consagrada en el art. 75, inc. 22, adquiere ese rango la Convención Americana de Derechos Humanos. En el art. 6º, ese Pacto dispuso: 1. "Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas".

Sin embargo, una de las disposiciones del art. 15 de la Constitución Nacional resulta incompatible con el resto de la norma y, desde luego, con lo dispuesto en el Pacto de San José de Corte Rica, en tanto aquel artículo prevería el dictado de una ley para disponer las indemnizaciones a que diera lugar la declaración de libertad de los esclavos existentes en 1853. Aunque la ley no fue dictada y la disposición carece de eficacia por inexistencia de la hipótesis prevista, no deja de consignar una incongruencia con el sistema de valores de la Constitución porque si se disponen indemnizaciones se está reconociendo algún grado de legitimidad a aquella práctica aberrante (591) .

Aunque el considerar a la persona humana una cosa que pueda venderse y comprarse no se sostiene bajo las reglas y principios de la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos con los que la República Argentina se ha comprometido, el art. 15 —salvo en los dos párrafos que se han objetado— conserva su valor, junto al art. 14 *bis* y a las demás disposiciones del art. 6º de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el rechazo de las formas modernas de trabajo esclavo o tipos de servidumbres que persisten por fuera de la legalidad.

Art. 16. — 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.

Concordancias: Arts. 1º; 4º; 14; 14*bis*; 17; 20; 21; 37; 52; 75, incs. 1, 2, 3, 17, 19 y 23, C.N.Art. II DADH; art. 1º, 2º, 7º DHDH; art. 2º.1, 26 y 27 PIDCP; art. 1º, 3º, 5º.a), 6º y 7º CIETFDR; art. 16, 24, CADH; art. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º10, 11, 12, 13, 14, 15,16, CEFDM.

1. La igualdad. Interpretación general de la norma

El principio de la igualdad formal establecido en el art. 16 de la Constitución Nacional reconoce antecedentes en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de Francia. Según el art. 1º, de esa declaración "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden basarse en la utilidad social". Conforme al art. 6º "[la ley] debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin más distinciones que las derivadas de sus virtudes y la de sus talentos" (592) .

No obstante —tal como sucedió en el proceso revolucionario francés a partir del 4 de agosto de 1789, en el que se establecieron paulatinamente los principios igualitarios con la abolición del feudalismo, la proclamación de la igualdad civil, de la igualdad tributaria y la desaparición del*fisco privado*— (593) la declaración del art. 16 de la Constitución Nacional estableció los fundamentos *formales* de la igualdad, para los habitantes de la Nación. Principio que, como la norma lo indica y en consonancia con el art. 20 de la Ley Suprema, comprende también a los extranjeros.

Por eso, sostener que todos los habitantes son iguales ante la ley sólo constituye un principio valioso pero incompleto. La derogación de los privilegios y fueros en razón de origen o situación social, dispuestos por ley, constituyen el inicio de todo proceso igualitario pero la cuestión esencial radica en determinar qué se entiende por igual y qué *criterios* o *pautas* se emplean para igualar o diferenciar. En efecto, el derecho, por definición, distingue, crea categorías y dispone clasificaciones. Así, entre muchas otras; deudores/acreedores; mayores/menores de edad; inocentes/culpables de ilícitos; imputados/procesados/condenados; solteros/casados/viudos/separados/divorciados; capaces/incapaces. La negación de esas diferenciaciones equivaldría tanto como impedir la sanción de normas. Sin embargo, la discriminación prejuiciosa, diferencia categorías basada en datos inadecuados; implica hostilidad contra grupos de personas o contra individuos dentro de esos grupos (594) .

La doctrina reiterada de la Corte Suprema ha sostenido que *la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias* . Con lo cual ha examinado la categoría normativa hacia adentro, para evaluar si a alguno de los integrantes de aquélla se los excluye del goce de los derechos que se reconocen a los otros. Una garantía mayor de la igualdad exige un análisis de razonabilidad más intenso para controlar las pautas con las que se

construyeron las categorías, criterio que se ha abierto paso en la doctrina de la Corte Suprema, como se verá.

En los Estados Unidos —país en el que la cuestión de la desigualdad fue crítica por la esclavitud que, aun con eufemismos, autorizó la propia Constitución de ese país, y por las consecuencias que aquélla produjo— la Suprema Corte ha desarrollado un conjunto de pautas de control que proporciona un aporte útil para reexaminar los problemas de la igualdad.

2. La garantía de la igualdad en la doctrina de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Criterios aplicables

La enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos, dispone, en lo que al caso es pertinente, que *ningún Estado podrá negar a ninguna persona que se encuentre dentro de su jurisdicción, la protección igual de las leyes.* La Enmienda, adoptada en 1868, consagra, en la parte transcripta, la *igualdad formal* —la igual protección de las leyes que no podrá negarse, por los Estados, a ninguna persona— pero no resuelve, por sí misma, los problemas planteados acerca de cuándo las leyes establecen desigualdades irrazonables pues, como es sabido y por definición, las normas jurídicas disponen y crean distinciones sobre el modo de tratar a diferentes personas o categorías de situaciones referidas a las personas. Se trata de un problema similar al que plantea el art. 16 de la Constitución argentina, cuando dispone que todos los habitantes de la Nación son *iguales ante la ley* y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad aunque, debe señalarse, este artículo en su primer parágrafo consagra un tipo de *igualdad material* al rechazar las diferencias basadas en las categorías de *nacimiento* y en las prerrogativas de *sangre.*

Ahora bien, si todas las leyes de algún modo distinguen entre personas y circunstancias, diferenciando categorías a las que imponen cargas y reconocen beneficios —derechos y obligaciones en suma— ¿qué criterios cabría emplear para asegurar el cumplimiento de la Enmienda XIV —en tanto ésta dispone la igual protección de las leyes— e invalidar las discriminaciones odiosas? Pues, aunque pueda sostenerse que la enmienda mencionada se incorporó a la Constitución Federal de los Estados Unidos para proteger a las personas de raza negra, entonces liberadas de la esclavitud (595) , lo cierto es que aquella enmienda ha merecido, por un lado, una aplicación extensiva a través de las sentencias de la Suprema Corte y, por el otro, ha demostrado cuán difícil es trazar la línea divisoria entre las diferenciaciones inconstitucionales y las constitucionales. Y ello pese a la delimitación favorecida por la creación de las llamadas *categorías sospechosas.*

Según la Corte norteamericana, las clases o categorías sospechosas *per se* son aquellas que originan una discriminación perversa en virtud de que: a) *no se justifican estricta y rigurosamente en un interés legítimo del Estado* o b) *están organizadas en base a la persecución de grupos que*

tradicionalmente fueron excluidos de los derechos o beneficios que reconocen u otorgan las leyes o b') *estos grupos se encuentran relegados a una situación en la cual se los posterga sin término*(596) . Típicamente, la raza es una de las principales categorías sospechosas. También se han considerado equívocas las distinciones basadas en el sexo y en la nacionalidad.

Pero el caso es que aunque el origen racial, en determinada circunstancia, ha fundado una distinción legítima según la doctrina elaborada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, ha demostrado con ello cuán inficionadas de ideología y prejuicios están las diferenciaciones por raza, en perjuicio de algunas de ellas (597) .

De todos modos, el tribunal norteamericano ha sometido a lo que llamó un escrutinio o control estricto a esas *categorías sospechosas* , exigiendo la existencia de un interés suficientemente probado —y que no implique persecución o antagonismo contra la clase cuestionada— para sustentar la constitucionalidad de la discriminación. En consecuencia, la presencia de una *categoría sospechosa* como criterio de diferenciación en la norma, haría presumir la inconstitucionalidad de ésta y, en general pero no siempre, la Suprema Corte sostenía su inaplicabilidad en el caso concreto.

Constituyen casos interesantes y problemáticos para el mantenimiento de la igualdad en los Estados Unidos —aunque no sólo en este país— los llamados*cupos o cuotas* basados en la raza u origen étnico, establecidos por el Estado con el fin de remediar los efectos de discriminaciones anteriores que afectaban a las personas integrantes de aquellos grupos.

La Suprema Corte de los Estados Unidos debió resolver en 1978 —e n el caso "*Regent of University of California v. Bakke* "— la cuestión planteada por una persona de raza blanca, quien alegó ser sujeto de una discriminación inversa en el sistema de ingreso a la universidad, en la carrera de medicina. Tal sistema garantizaba una cuota a los ingresantes de ciertas minorías —negros, asiáticos y chicanos— por sobre los demás postulantes. Dado lo dispuesto en la Enmienda XIV de la Constitución norteamericana —que asegura la protección igualitaria de las leyes— la mayoría de la Suprema Corte de ese país sostuvo que cuando el Estado dispone una distribución de cargos o beneficios en base a una clasificación racial, debe probar que la clasificación cuestionada es necesaria para promover un interés estatal sustantivo, porque cuando una clasificación niega a un individuo oportunidades o beneficios que se conceden a otros, basados sólo en la raza o antecedentes étnicos, debe considerársela sospechosa. Sentada la regla, el Juez *Powell* , expresando la opinión de la Corte Suprema en el caso, examinó los fines buscados por el programa de la universidad al establecer las mencionadas cuotas raciales: a) reducir el déficit histórico de las minorías tradicionalmente desfavorecidas en las facultades de medicina y en la profesión médica; b) contrarrestar los efectos de la discriminación social; c) aumentar el número de médicos que ejercerán en comunidades hasta entonces subatendidas; y, d) obtener los beneficios que fluyen de un cuerpo de estudiantes étnicamente diverso. El magistrado reconoció como válido el último de los objetivos indicados y lo justificó en la libertad académica de las

universidades para elegir a sus estudiantes. Respecto de los otros fines dijo que: a) resultaba inválido establecer porcentajes de un grupo determinado, basado sólo en la raza o el origen; b) el sistema para contrarrestar los efectos de la discriminación no debe afectar derechos de terceros inocentes; y, c) aunque constituye un interés estatal legítimo el aumento de médicos para asistir a comunidades mal atendidas, no fue probado que el programa especial de la universidad contribuyera a ese fin. Por último, el juez, consideró que tampoco se había demostrado que el instrumento elegido —las cuotas o cupos tal como estaban diseñadas en el programa de la Universidad— era el único medio necesario para promover el interés de la diversidad estudiantil en las aulas, finalidad, ésta, que estimó legítima, constitucional y probados sus beneficios (598) .

Si bien en el caso "*Regent of University of California v. Bakke* " se emitieron seis votos por separado, ninguno de las cuales constituyó una opinión mayoritaria, surge de la sentencia, a lo menos, una regla: el Estado tiene un interés especial que puede servirse legítimamente por un programa de admisión a las Universidad planteado de manera apropiada, que incluya la consideración competitiva del origen racial o étnico. En cambio, en la sentencia no existe acuerdo acerca del examen de razonabilidad que debe efectuarse para controlar el medio empleado para obtener aquel interés. Para *Powell* , el medio debe identificarse como el único o imprescindible a los fines buscados, por legítimos que éstos sean, ya que la raza constituye una categoría sospechosa. Por el contrario, las concurrencias recordaron y coincidieron en que cuando se trata de categorías sospechosas y están en juego derechos fundamentales debe efectuarse un escrutinio estricto, pero dado que en el caso de "*Bakke* " no estaban en juego derechos fundamentales y se trataba de una discriminación benigna —la que afectaba al postulante de raza blanca, o a los mismos afroamericanos favorecidos, según se mire—, el análisis de razonabilidad debía ser estricto, pero no tan rígido como cuando se trate de una clasificación racial que cree un estigma (599) .

El caso "*Regent of University of California v. Bakke* ", abrió un ancho camino para las acciones afirmativas y reparadoras en materia de igualdad en los Estados Unidos, aunque la discriminación inversa no estuvo exenta de críticas por los efectos adversos o perniciosos que pudieran causar a los propios beneficiarios, manteniendo el estigma de la diferencia (600) .

En consecuencia de esa controversia y con el fin de adecuar sus programas de ingreso a la regla de *Regent of University of California v. Bakke* ", varias instituciones educativas establecieron comisiones que revisaron los criterios de admisión con la finalidad de mantener un estudiantado diverso. Así, el debate en los Estados Unidos permaneció abierto con mayor o menor intensidad hasta que, un cuarto de siglo más tarde de haber dictado aquella sentencia, la Suprema Corte del país debió analizar nuevamente —y con otra composición— el problema de las acciones positivas que implican discriminaciones basadas en la raza o el origen étnico.

Los casos, que despertaron la expectativa pública y el alineamiento social con una u otra posición fueron resueltos en junio de 2003. En *"Grutter c.*

Bollinger", la Corte declaró constitucional el programa de ingreso a la Facultad de Derecho de Michigan. La Jueza *O´Connor* , pronunciado el voto de la Suprema Corte, dijo que el tribunal nunca sostuvo que el único uso gubernamental de la raza que puede sobrevivir a un análisis estricto, fuese el de remediar la discriminación pasada; que la Universidad de Michigan tiene un interés convincente en la diversidad estudiantil y que, [los jueces de la Corte], dan deferencia a los motivos de la Universidad; que los cupos, en tanto reservan un número o proporción fija a un grupo minoritario, no resultan apropiados, en cambio, "una universidad puede considerar a la raza y al origen étnico sólo como un plus en el legajo de un postulante en particular"; y, que las políticas de admisión con eje en la raza deben limitarse en el tiempo (601) . En los hechos, según lo señaló la magistrada, el programa de admisión requería la evaluación de criterios múltiples, entre los cuales la diversidad racial o étnica debía acompañarse de calidades académicas sobresalientes (602) .

En cambio, en *"Gratz v. Bollinger"* , la Suprema Corte, por mayoría, consideró que el programa de admisión a la Facultad de Literatura, Ciencias y Arte de la Universidad de Michigan era inconstitucional, efectuando un análisis estricto del medio elegido para obtener la diversidad estudiantil, considerando que la institución había utilizado el criterio racial de modo automático y predeterminado para variables flexibles sin ofrecer a los postulantes un proceso de selección individualizado; ni permitir de manera suficiente la consideración de distinciones no raciales entre postulantes de minorías mal representadas (603) .

Por el contrario, los criterios no sospechosos por sí mismos de afectar o perseguir a grupos insulares sin más causa que la discriminación misma, han sido sometidos a un control o *test* de mera razonabilidad menos intenso o de baja intensidad por parte de la Suprema Corte suponiendo, en principio, la legitimidad de la diferenciación y otorgando deferencia y presunción de constitucionalidad a los motivos del legislador para establecer las pautas de distinción. En esta hipótesis, la declaración de invalidez de la norma para el caso es excepcional.

Desde otra perspectiva, concurrente con la de las *categorías sospechosas* , la Suprema Corte norteamericana también ha intensificado el control cuando la ley priva a una clase o grupo de personas de un *derecho o interés fundamental* —la nueva protección igualitaria incorporada por la Corte *Warren*(604) —. Para el tribunal norteamericano son derechos fundamentales aquellos que se encuentran expresados explícita o implícitamente en la Constitución.

En suma, en materia de igualdad, el control estricto por parte de la Suprema Corte de los Estados Unidos ha recorrido dos senderos: el de las *categorías sospechosas* creadas en la ley y el de la privación de algún derecho sustantivo.

Así, el control de la Suprema Corte debe ser estricto, con una fuerte presunción de inconstitucionalidad —casi irrebatible— si la distinción para reconocer o negar un derecho a un grupo de personas está basada, por ejemplo, en la diferencia racial, o si a algún miembro de la categoría —

cualquiera que fuese, aun la no sospechosa— se la priva de un derecho fundamental o de una de las libertades preferidas. En las restantes hipótesis, el control es menos severo e intenso: se circunscribe a analizar si, efectivamente, hubo una desigualdad de trato y, en su caso, si la diferenciación es razonable (605) . Entonces, sólo por excepción, la Suprema Corte considerará inconstitucional la diferenciación (606) .

3. IGUALDAD FORMAL E IGUALDAD MATERIAL EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La igualdad de todos ante la ley, consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional, parece abolir las diferencias. Se consagra allí la igualdad formal —iguales en igualdad de condiciones—. Sin embargo, otra norma de la Constitución histórica —el art. 20— estableció una *categoríasospechosa* de violar la igualdad. En efecto, el artículo citado reconoce a los *extranjeros* los mismos derechos civiles que a los ciudadanos, por ello cualquier diferenciación establecida entre argentinos y extranjeros en el goce de los derechos civiles, tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad (607) . En aquella disposición se consagró una igualdad material entre dos categorías de personas con base en la nacionalidad.

Más adelante, la República Argentina aprobó, mediante la ley 23.179, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*(608) y otorgó jerarquía constitucional a la mencionada Convención, en 1994. De ese modo ingresó en la Constitución Nacional otra *categoría sospechosa* , la que dispone diferente trato en razón del sexo de las personas. También adquirió jerarquía constitucional la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. El art. 1º, numeral 1 de este tratado, define a la discriminación racial como "toda distinción, exclusión, restricción, o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública". A su vez, el numeral 2 dispone que la "Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos" y, el numeral 3, preserva los derechos de los Estados parte en materia de legislación sobre nacionalidad y ciudadanía, excepto que establezca discriminaciones contra alguna nacionalidad en particular. No obstante, las obligaciones para el Estado argentino son mayores y emanan, en particular, del art. 20 de la Constitución Nacional, del que emerge la declarada igualdad de la que gozan los extranjeros en el territorio de la Nación, respecto de los nacionales en materia de derechos civiles (609) .

Por otro lado, la reforma constitucional de 1994 incorporó el criterio establecido en la Ley de Cupo Femenino a sendas disposiciones constitucionales —los arts. 37; 75, inc. 23 y cláusula transitoria segunda— consagrando las acciones positivas como obligación estatal y de los partidos políticos (610) generando, con ello, los problemas referidos a la llamada discriminación inversa.

Cabe preguntarse, en primer lugar, si todas esas categorías —nacionalidad extranjera (art. 20C.N.), sexo femenino, edad y discapacidad (arts. 37 y 75, inc. 23 de la C.N.)— son*igualmente sospechosas* y, en segundo término, si su uso para establecer diferencias legales siempre es discriminatorio. En efecto, una *categoría sospechosa* sufre una fuerte presunción de inconstitucionalidad y aunque no puedan descartarse sin más algunas diferenciaciones legales basadas en ellas, están sujetas a un estricto control de razonabilidad y deben responder a un fuerte interés público.

Acerca de la *nacionalidad* como criterio diferenciador para ejercer el derecho constitucional de enseñar, se expidió la Corte Suprema en el caso *"Repetto"* declarando inconstitucional una norma que imponía la nacionalidad argentina para enseñar en el nivel de educación preescolar (611) . La decisión de la Corte Suprema, por la invalidez de las normas en cuestión, fue unánime. Cuatro ministros aplicaron el art. 20 de la Constitución Nacional y uno de ellos efectuó un análisis de razonabilidad de las disposiciones en juego (612) .

Un examen más estricto de cuán discriminatorio puede resultar el criterio de la nacionalidad para establecer categorías de diferenciación, fue efectuado por la Corte Suprema en el caso *"Hooft* ,"(613) . En la controversia se planteó —en una acción declarativa— la inconstitucionalidad del art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en tanto la disposición requería entre las condiciones para ser juez de Cámara, la de "haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo, si hubiese nacido en país extranjero" (614) . El actor, nacido en Holanda, llegó a la República Argentina a la edad de seis años, cursó sus estudios primarios, secundarios, universitarios y de posgrado en el país, obtuvo la nacionalidad argentina, e inició la carrera judicial en la que llegó a ser titular de un Juzgado en la Provincia de Buenos Aires. Al demandar, sostuvo la inconstitucionalidad de aquella norma pues en virtud de los "principios de igualdad ante la ley y del derecho a la no discriminación, se trasvasan al *argentino naturalizado* , como ciudadano, los atributos, derechos y calidades de los *nacionales* " (615) .

El art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires —como bien lo señaló la Corte Suprema— había establecido una distinción irrazonable, discriminando al actor, "por ser argentino nacionalizado", por el *origen de su nacionalidad*(616) . La categoría creada por la Constitución provincial era *sospechosa.* En palabras de la Corte Suprema, pesaba sobre ella una *presunción de inconstitucionalidad.* En consecuencia de ello, la Provincia debía acreditar cuidadosamente —lo que no hizo en el proceso— los fines *sustanciales* que había intentado resguardar con la norma y, a la vez, que los medios que había elegido para cumplirlos no admitían *alternativas menos restrictivas* para los derechos en juego. En suma, el Tribunal empleó

un estricto control de razonabilidad de la normativa cuestionada, con aplicación expresa de los arts. 23, c) de la Convención Americana de Derechos Humanos y 25, c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto estas disposiciones establecen que todos los *ciudadanos* tienen derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país (617) .

En una nueva controversia —"*Gottschau , Evelyn Patrizia"*— la Corte Suprema debió examinar la validez constitucional de la diferenciación entre argentinos y extranjeros para acceder al cargo de Secretaria de Primera Instancia, en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el caso no se trataba, como en "*Hooft* ", de distinguir entre categorías de *ciudadanos* —para otorgar a los nativos o por opción, lo que se les negaba a los nacionalizados— sino de la diferencia que establecía la norma cuestionada por la amparista, para el ingreso en aquella función pública, entre argentinos y extranjeros (618) .

Como surge de la sentencia, Evelyn Patrizia Gottschau, de nacionalidad alemana, radicada desde 1983 en la República Argentina, había cursado estudios secundarios y universitarios en el país, recibiéndose de abogada en 1998 y matriculándose en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal a fin de ejercer esa profesión. En 1999 se presentó a concursar para el cargo de Secretaria de Primera Instancia, ante el Consejo de la Magistratura local. La inscripción le fue denegada por no haber acreditado, entre los requisitos legales previstos para el cargo, el ser argentina nativa o naturalizada. En consecuencia de ello, inició una acción de amparo que fue rechazada en primera y segunda instancia y por la mayoría del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

La Corte Suprema hizo lugar al recurso extraordinario y declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la norma que impedía a la extranjera concursar y eventualmente acceder a la función pública, considerando irrazonable la disposición cuestionada. Dijo el Tribunal que el caso no estaba regido por el art. 20 de la Constitución Nacional 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. Dado que la amparista pretendía ingresar a un empleo público, correspondía examinar si la limitación que sufría Gottschau vulneraba lo dispuesto por el art. 16 de la Constitución Nacional, en tanto esta disposición asegura la igualdad de todos los habitantes ante la ley y la admisibilidad en los empleos sin otra condición que la idoneidad. Según distinguió con precisión la Corte Suprema, el art. 16 de la Ley Suprema no "...establece una equiparación rígida, como el art. 20 de la Constitución [entre ciudadanos y extranjeros], sino que impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide diferencias legítimas" (619) .

No obstante, la mayoría de fundamentos de la Corte Suprema y la concurrencia partieron de un supuesto distinto y efectuaron un control de razonabilidad de mayor y menor intensidad, que corresponde diferenciar. Según la primera, "[El] art. 16 de la Constitución Nacional admite

las*gradaciones,* las *apreciaciones en más o en menos,* el *balance* y la *ponderación* ". No obstante lo cual, con cita del precedente "*Hooft* ", reiteró que las categorías normativas basadas en el origen nacional son sospechosas de discriminación y portadoras de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde levantar a la demandada, quien debe acreditar que los *fines* de la norma son sustanciales y no sólo convenientes y que no existen, para el caso, *medios* alternativos menos restrictivos de los derechos en cuestión (620) .

Dicho de otra manera, según lo entiendo y lo comparto, para la mayoría de la Corte Suprema el art. 20 de la Constitución Nacional impondría una presunción*casi* irrefutable de inconstitucionalidad de toda disposición que diferenciara entre argentinos y extranjeros en materia de derechos civiles. En cambio, del art. 16 de la Constitución emanaría una presunción de inconstitucionalidad de las normas que no aseguraran la igualdad de todos los habitantes ante la ley, pero esa presunción podría desvirtuarse si pasara un riguroso control de razonabilidad de los fines —d eben acreditarse sustanciales— y de los medios —debe probarse que no existen alternativas menos gravosas para asegura ese fin—.

De su lado, para la concurrencia en "*Gottschau"* , sólo la distinción entre ciudadanos, por los orígenes de la nacionalidad de éstos —nativos o naturalizados— acarrea presunción de inconstitucionalidad; por el contrario, la distinción entre extranjeros y nacionales para el acceso a los cargos públicos es, en principio, constitucional, por lo que el legislador se encuentra habilitado para emplearla, siempre que el criterio de ponderación entre medios y fines supere el *test* de constitucionalidad. Acerca del fin razonable, éste, según la concurrencia, "...debe representar *algún* interés estatal razonable y la demandada acreditar las razones en virtud de las cuales resulta *conveniente* que el cargo pretendido fuera desempañado por argentinos (621) .

De todos modos, pese a los diversos criterios de razonabilidad empleados —más estricto en la mayoría por tratarse, como bien se señala, de una categoría sospechosa, menos intenso en la concurrencia— ambos votos, en "*Gottschau"* , coincidieron en examinar, en concreto, las funciones correspondientes al cargo al que aspiraba la amparista y concluyeron en que más allá de su importancia, aquellas no entrañaban el ejercicio de la jurisdicción (622) . De ello se sigue que la Corte Suprema podría considerar constitucional una restricción legal a los extranjeros para ejercer la magistratura judicial, *ponderando* , también en concreto, las atribuciones propias de los jueces. Esta eventual declaración de constitucionalidad iría en línea con lo dispuesto por los arts. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos(623) .

En cuanto al criterio por *edad* , los tribunales argentinos se han expedido acerca de la eventual discriminación que el Estatuto de la Universidad de Buenos Aires impondría a sus profesores, al fijar en sesenta y cinco años la edad jubilatoria (624) . 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 —sobre el punto— y el medio elegido (625) .

Aunque no lo elabora con estas palabras, en el caso *"Fernández c. UBA* ", el juicio del tribunal se acerca al examen del criterio de selección de la categorías —menores de sesenta y cinco años y mayores de esa edad— no sólo en la hipótesis de los profesores universitarios, sino en el sistema de jubilaciones en general. Precisamente, la generalidad del criterio y su común aceptación se convierte en una pauta de razonabilidad para la Cámara, por lo menos circunstancial y más allá de su estricta conveniencia. Por cierto es a todas luces evidente que profesores de más de sesenta y cinco años pueden aportar mucho en la enseñanza universitaria. Pero, para ello, la Universidad cuenta con las categorías de profesores consultos y eméritos. La razonabilidad y justicia del criterio con el cual se las otorga es otra cuestión.

4. Prohibición de fueros personales en la Constitución argentina

Los fueros o privilegios personales implican la negación de la forma republicana de gobierno que, además de la división y el control de los poderes, postula la igualdad entre todos los habitantes. La república no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, típicas de las formas monárquicas en las que el gobierno es compartido con la nobleza de origen, una clase social que llega al poder sin exigencia de mérito personal y lo utiliza para su propio beneficio.

Aunque la Constitución se refiere a la igualdad de todos ante la ley —l a que por fuerza crea categorías normativas— la igualdad de trato se extiende a la que deben deparar, del mismo modo, el poder administrador y el Poder Judicial.

No obstante, resultan compatibles con el principio igualitario establecido en la Constitución los llamados fueros de materia, reales o de causa, instituidos para proteger intereses públicos y no de personas, siempre que sean funcionales a esos intereses y hasta la medida de ellos. En consecuencia, cuando un fuero de causa deja de proteger el interés estatal porque éste ha dejado de existir o puede resguardarse de otra manera, el privilegio pierde su razón de ser. Del mismo modo, el alcance de los fueros depende de que su finalidad no tienda a proteger personas o grupos de personas, sino funciones públicas indispensables que podrían verse afectadas sin aquéllos.

En tal sentido, la constitucionalidad del fuero militar, depende de que se aplique a esos profesionales por delitos de esa naturaleza. La mayor severidad de las penas y el rigor de los procedimientos —salvado, desde luego el principio de defensa— constituyen indicadores de la inexistencia de posibles privilegios, tanto como la distinción que puede efectuarse entre jurisdicción militar disciplinaria y jurisdicción penal militar (626) .

Acerca de los privilegios parlamentarios pueden distinguirse los personales de los legisladores y los propios de cada una de las Cámaras del Congreso. Respecto de los primeros, los arts. 68 y 69 contemplan las inmunidades de expresión y arresto, respectivamente (627) y el art. 70 prevé el remedio del desafuero para el eventual *proceso* o *condena* del legislador (628) . Respecto al alcance de estas disposiciones, el Congreso Federal sancionó la ley 25.320 (629) reglamentando el alcance de aquellas inmunidades y dando a la de expresión, carácter absoluto (630) . La finalidad expresada en los fundamentos de la ley fue la de morigerar la amplitud interpretativa de alguna de las inmunidades, básicamente la de proceso penal. De todos modos, la intención de favorecer la igualdad —al invocar el principio republicano— admitiendo el procesamiento de los amparados por fueros —según la disposición, legislador, funcionario o magistrado sujeto a desafuero, remoción o juicio político— se vio sensiblemente limitada en tanto el juez del caso no podrá proceder al allanamiento del domicilio particular o de las oficinas de los *legisladores* ni la interceptación de su correspondencia o comunicaciones telefónicas sin la autorización de las respectivas Cámaras (631) .

5. IGUALDAD TRIBUTARIA Y ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS

El principio de legalidad y el principio de igualdad tributaria tienen sus antecedentes en las disposiciones de la revolución francesa que abolieron los derechos señoriales y los diezmos (632) .

Conforme las garantías de la propiedad establecida en el art. 17 de la Constitución Nacional, la confiscación de bienes no debe constituir una sanción penal. Esa prohibición se extiende a los tributos que resulten confiscatorios, esto es, que trasladen al Fisco la totalidad o una parte sustantiva de la propiedad o ingresos de las personas.

El principio de igualdad en materia tributaria admite la creación de categorías imponibles por ley. Están sujetas al control de razonabilidad, bajo el *standard* de la proporción. Tampoco deben implicar persecución u hostigamiento a personas o grupos sociales por lo cual es necesario que situaciones iguales sean tratadas de modo igual. Como se advierte, el criterio mantenido por la Corte Suprema en innumerables precedentes no esclarece qué se entiende por *igual* , en materia tributaria. La cuestión es compleja de resolver porque la igualdad o desigualdad entre contribuyentes puede darse sobre diversos aspectos de su capacidad contributiva. Resulta difícil que las situaciones personales resulten idénticas, o a lo menos análogas, por lo que el legislador tiene opciones impositivas, directamente relacionadas con la oportunidad, conveniencia o eficacia de la recaudación las que —según la Corte Suprema— son ajenas al control de constitucionalidad.

No obstante esa doctrina, el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de una ley impositiva de la provincia de Tucumán, que creaba un impuesto adicional, aplicado según un prorrateo que la misma disposición fijaba sobre

la producción de azúcar (633) . En el caso, el gravamen resultaba superior al valor del producto y la Corte Suprema *diferenció* ese criterio —al que consideró inconstitucional— de otro de similares efectos sobre los alcoholes y licores, entendiendo que, en este último caso, no *matan* (sic) ni hacen imposible la industria, pues son iguales y no diferentes a todos los que se fabrican en el país (634) .

De todos modos, estimo que sí resultaría violatorio de la igualdad —y una incorrecta técnica impositiva— gravar a una categoría de contribuyentes para beneficiar a otra hasta el punto de que la primera sostuviera, ella sola, el apoyo que se quiera brindar a la segunda, con fundamento en el bienestar social. Y ello aunque la discrecionalidad legislativa sobre la cuestión tiene sostén constitucional, en tanto el hoy art. 75, inc. 18, faculta al Congreso a dictar leyes para promover la prosperidad del país mediante *concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo*(635) .

En cuanto a la igualdad ante las cargas públicas rigen los mismos principios, tanto para la obligación de efectuar los censos como para ser autoridad de las mesas electorales y nada impide que esas tareas, por razón de conveniencia, sean compensadas por el Estado con asuetos o viáticos.

6. Prohibición de discriminar. La ley 23.592

La sanción de la ley 23.592 contra la discriminación (636) planteó el problema del sujeto obligado a no discriminar pues el art. 1º de la norma no distingue entre funcionarios públicos y personas privadas. La disposición establece que "quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos". Sin embargo, aunque la norma obliga al Estado y a los particulares, la expresión *"quien arbitrariamente"* realice acciones discriminatorias remite a diferencias de trato establecidas o dispensadas sin fundamento razonable o legítimo derecho.

En efecto, con razón puede sostenerse que no todas las diferenciaciones tienen un fin irrazonable o persecutorio. En ocasiones, aquélla deriva del ejercicio razonable de otros derechos, por ejemplo, de la libertad de enseñar, de aprender, de practicar el culto propio. Por otro lado, el Estado liberal no está en posición de imponer el deber de contratar o de asociarse unos con otros —en el ámbito privado y siempre que no se trate de lugares de acceso público— pero sí de promover —a través de la educación, de campañas publicitarias, de desgravaciones impositivas o incentivos diversos— la mayor igualdad social. Desde luego, todavía menos debe el Estado imponer a los

particulares cupos de cualquier naturaleza, excepto que se trate de la prestación de un servicio público dado en concesión y siempre que los candidatos preferidos cumplan con el requisito de idoneidad para la tarea de que se trate, o bien que el particular reciba subsidios o aportes estatales como consecuencia de aceptar y cumplir con la incorporación de cuotas o cupos de minorías o mayorías antiguamente discriminadas.

Con buen criterio, la Constitución estatuyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires distingue, en punto a la obligación de no discriminar, entre los deberes estatales y los privados (637) .

7. ACCIONES POSITIVAS

La reforma constitucional de 1994 atribuyó al Congreso la competencia para legislar medidas de acción positiva, a fin de garantizar la igualdad *real* de trato, en particular respecto de niños, mujeres, ancianos y discapacitados (638) . Por su parte, el art. 37 y la cláusula transitoria segunda de la Constitución Nacional garantizaron las acciones positivas a favor de las mujeres, en materia electoral y partidaria asegurando, como mínimo, el mantenimiento de las ya establecidas por ley (639) .

Las disposiciones constitucionales y legales referidas al llamado *cupo femenino* , integran un tipo de las llamadas acciones afirmativas o de discriminación inversa o benigna en la que una *categoría sospechosa* , en ese caso fundada en el sexo, es empleada para superar una desigualdad cultural y hasta tanto ésta se supere.

Medidas de ese tipo fueron cuestionadas desde diversas perspectivas alegándose que entrañan, en sí mismas, una discriminación odiosa, pues utilizan las categorías sospechosas —en general, raza, sexo, nacionalidad— para otorgar a unos lo que, simétricamente, se quita a los otros. Al mismo tiempo, se ha alegado que las acciones positivas pueden resultar inconvenientes y hasta contraproducentes, bajo el cargo de que cristalizan y conservan las desigualdades y los estereotipos. En alguna medida, aquellos instrumentos oscurecen socialmente los méritos personales y el esfuerzo de los eventuales protegidos, contribuyendo a fijarlos en las categorías legales tuteladas.

Al respecto y advirtiendo acerca del peligro de lastimar en sus méritos o autoestima a las categorías que se pretende proteger o igualar, resultan estremecedoras las expresiones del Juez*Thomas* , en el caso *"Grutter c. Bollinger".* El magistrado citó las palabras de *Frederick Douglas* , hablando a un grupo de abolicionistas, 140 años antes: "En relación con los individuos de color, siempre existe algo que es mejor, según lo percibo yo, de lo que se manifiesta. Lo que pido para los negros no es benevolencia, ni lástima, ni compasión, sino simplemente 'Justicia'". Y continúa el Juez *Thomas* , ahora con sus propias palabras refiriéndose a las cuotas o cupos raciales en la admisión a la universidad: "los estadounidenses siempre han estado ansiosos por saber qué deben hacer con nosotros... como *Douglas* , creo que los

negros pueden ser exitosos en todos los ámbitos de la vida estadounidense sin la intromisión de los administrativos de la universidad" (640) .

De todos modos puede aceptarse que, en los hechos, las normas de cuotas o cupos establecen formas de *"discriminar o desigualar para igualar"* o que *"se puede llegar a igualar a quienes no parten de la misma situación"*(641) y que, por otro lado, no implican una modificación del principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional sino que colocan, por ejemplo a las mujeres, en el mismo plano que a los hombres mediante las acciones positivas (642) .

Ahora bien, uno de los problemas mayores en punto a las acciones positivas radica en la imposición de estas medidas a los particulares, obligándolos a contratar a determinadas personas o grupos de ellas. Al analizar la ley nacional contra la discriminación, en el punto anterior, sostenía que el Estado liberal debía buscar el desarrollo de la igualdad material y la igualdad de oportunidades, en el ámbito privado, a través de medios que no menoscabaran otros derechos constitucionales o interfirieran en elecciones personales —quizás anacrónicas o desacertadas— que merecían respeto mientras no causaran daños a los demás.

Por cierto, las notas del Estado liberal se enriquecieron con las características del Estado social de derecho y el desarrollo del reconocimiento internacional de los derechos humanos. Pero, ya se sabe, la ampliación de los derechos personales o colectivos implica, en paralelo, mayores deberes o cargas de todo tipo en otras personas, quienes también son sujetos de derechos. Por eso, el primer obligado a igualar es el Estado y, en los sistemas federales o autonómicos, esa obligación es compartida por los entes locales (643) . A tal fin, las políticas públicas deben ir en dos sentidos. En primer término, derogando normas que establezcan discriminaciones irrazonables, es decir, que no se justifiquen en razones sostenibles. En segundo lugar, dictando leyes o medidas de otro tipo que favorezcan la igualdad y destierren los estereotipos de diferenciaciones arbitrarias. En ese caso, resulta imprescindible conocer las causas visibles e invisibles que generan discriminación, para operar sobre ellas y garantizar con eficacia la igualdad real de oportunidades.

En el Estado social de derecho, la legislación tuvo como finalidad la desarticulación de las discriminaciones en el ámbito laboral, en especial, las desigualdades motivadas por la raza, el origen étnico, el sexo o la nacionalidad. La igualdad de trato que deben dispensar los empleadores públicos y privados *durante* y *después* de concluida la relación laboral, está fuera de discusión. Tampoco se cuestiona la igualdad en el *ingreso* al empleo, cuando se trata de la actividad pública, sujeta —debiera estarlo— sólo a condiciones de idoneidad para la función o el cargo. En esa dirección, 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. Sin embargo, la cuestión resulta controversial cuando se imponen a los empleadores privados la obligación de contratar personas o categorías de personas, por aplicación de la ley contra la discriminación.

En ese sentido la sentencia recaída en*"Fundación de Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A.",* resulta paradigmática de las aristas que presenta el conflicto (644) . En el caso, una organización del sector social inició un amparo colectivo a fin de que cesara la actitud discriminatoria contra las mujeres, en la política de empleo instrumentada que la asociación adjudicó a una conocida empresa de producción y expendio de helados. La Fundación estaba legitimada a tenor de lo dispuesto en el art. 43 de la Constitución Nacional, en tanto esta norma legitima a las asociaciones que tiendan, entre otros fines, a la desarticulación de cualquier forma de discriminación.

En el proceso, la amparista logró acreditar que: a) la desproporción entre empleados varones y mujeres empleados por la demandada era notoria; para 1999 *Freddo S.A.* contaba entre su personal con 681 varones y sólo con 35 mujeres; b) de varios avisos solicitando trabajadores para diversas categorías, publicados por la empresa, surgía la oferta expresa o implícita únicamente a varones; c) en los locales de venta al público de la accionada, la atención a los clientes estaba en manos de varones; d) en otras empresas del ramo se empleaba a varones y mujeres indistintamente. Con estas probanzas, la Cámara dio por acreditado que la empresa discriminaba a las mujeres en su política de empleo. Sin duda, la preferencia contractual de la demandada era evidente. Quedaba, entonces, por determinar si esa conducta era arbitraria o legítima por sostenerse en derechos reconocidos a la empleadora en la Constitución Nacional o en los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

Las razones explícitas que adujo "*Fredo S.A.* " para justificar su conducta, fueron desestimadas por el tribunal. La demandada sostuvo que empleaba varones por la calidad del trabajo requerido, que implicaban tareas pesadas, penosas o peligrosas —limpieza de los locales, manipuleo de recipientes con el producto, acondicionar o reparar los ciclomotores, en su caso— y que su conducta estaba enderezada a proteger y no a discriminar a la mujer. Sin embargo, para la Cámara, esa argumentación no hacía más que cristalizar el estereotipo del *sexo débil* ; comparó el eventual trabajo en las heladerías con otros penosos que sí realizan las mujeres, casi con exclusividad: la atención de enfermos que, por cierto, requiere fortaleza física y anímica para enfrentar el dolor y la muerte.

Tal como se planteó el caso —según surge de la sentencia— la demandada mostraba una clara política de empleo de varones con prescindencia casi absoluta de mujeres. Hasta allí, los datos duros de la realidad. Por otra parte, las razones alegadas para mantener esa conducta fueron desvirtuadas por la experiencia de otras empresas de la competencia —q ue sí emplean mujeres— y por la comparación con otras actividades más penosas que las que se daban en el caso. Por otro lado, según lo que emanaba de la postura asumida por la empresa, ésta no alegó su derecho de opción a elegir a quién contratar, ni planteó la controversia en términos de libertad contractual. ¿Puede colegirse que, en realidad, su preferencia se debió a la legislación tuitiva laboral que protege a las mujeres? Nada de eso se probó y, por cierto, la segunda alternativa era inviable de sostener.

En suma, de la sentencia emergen tres reglas. La primera de ellas, que en materia laboral la protección contra la discriminación se extiende al acceso, la permanencia y la finalización de la relación de trabajo. La segunda regla establece un control estricto de la razones de la diferenciación sexual, en la política de empleo de particulares. La tercera, derivada de esta última, que el sexo, en principio, constituye —debe constituir— una categoría*neutra* en materia de contrataciones laborales, también para lo actividad privada.

Como consecuencia de ello, la Cámara decidió hacer lugar al amparo, ordenando a la empresa que en lo sucesivo contrate sólo mujeres hasta equilibrar la proporción de ellas con los varones ya empleados y que la demandada informe anualmente a la actora acerca del cumplimiento de lo ordenado, bajo apercibimiento de eventuales multas.

La sentencia suscita algunas incógnitas, sobre todo por el *remedio judicial* dispuesto para la discriminación irrazonable que se dio por probada. En efecto ¿qué ocurriría si convocada una política de empleo, se presentan pocas mujeres? ¿o algunas sin la idoneidad suficiente para el puesto? ¿si algún varón alegara discriminación inversa? (645) . Aunque el trabajo en cuestión parece no requerir una calificación especial, debe tenerse en cuenta que una lucha racional contra la discriminación, en la que se prefieran a grupos anteriormente discriminados, debiera aplicar la preferencia por éstos, partiendo de iguales aptitudes.

El debate acerca de la cuestión de los cupos o cuotas en razón de sexo no se ha cerrado en el derecho comparado. De ello da cuenta la norma sancionada por la Asamblea Nacional francesa, en marzo de 2006. La ley dispuso la progresiva igualdad de representación de ambos sexos en los consejos de administración y en los consejos de vigilancia, de personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, estableciendo diversos porcentajes a fin de que las mujeres accedan a esos organismos. El Consejo Constitucional francés consideró inconstitucional la normativa en base a la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano —establece la igualdad formal— al Preámbulo de la Constitución de 1946 —ex presa que la ley garantiza a la mujer, en todos los campos, derechos iguales a los del hombre— y al art. 1º de la Constitución que proclama lo que podemos denominar la igualdad formal (646) . Las consideraciones del Consejo Constitucional parecieron señalar que, en Francia, asegurada la igualdad de acceso en su faz negativa —es decir, la prohibición de barreras jurídicas de entrada a los cargos en el sector empresarial, público o privado— las designaciones referidas deben ser *neutras* al sexo.

No obstante el criterio interpretativo del Consejo Constitucional francés, el 23 de julio de 2008 se introdujeron reformas a la Constitución de Francia, entre las cuales se agregó al art. 1º de ésta que: "la ley promueve la igualdad de acceso de las mujeres y los hombres a mandatos electorales y funciones electivas, así como profesionales y de responsabilidades sociales". La nueva norma constitucional, de modo explícito, abrió para el legislador francés varias alternativas posibles e indeterminadas, entre las que caben las acciones positivas a favor de las mujeres si éstas no acceden igualitariamente y de hecho a esos cargos, funciones o empleos.

8. El problema de la discriminación basada en el sexo, para el ingreso del cónyuge a la obra social

El decreto reglamentario de la ley 6.982 de la Provincia de Buenos Aires —orgánica del Instituto Médico Asistencial de los Docentes (IOMA)— admitía la incorporación, sin cargo adicional a ese Instituto, de las mujeres cónyuges de los afiliados directos varones, sin exigirles la acreditación de alguna incapacidad o la prueba de que carecían de bienes de renta. En cambio, si la afiliada directa era una mujer, ésta podía incorporar a su esposo a la obra social, mediante el pago de un cargo adicional, excepto que acreditara aquellos extremos que no se requerían a las esposas de los varones.

Como se advierte, la normativa había creado dos categorías de afiliados directos, diferenciadas por el criterio sexual: la de los varones y la de las mujeres. A los primeros se les reconocía un derecho —el de afiliar a sus esposas sin cargo a la obra social a la que pertenecían— derecho que, simétricamente, se negaba a las mujeres en idéntica situación.

Planteada la inconstitucionalidad de la diferenciación por afectar la igualdad consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por unanimidad, hizo lugar a la demanda, declaró la inconstitucionalidad de la normativa y ordenó afiliar sin cargo al esposo varón, a la obra social de su cónyuge (647) .

Con cita de *Juan Francisco Linares* , el Juez *Negri* —quien votó en primer término— sostuvo que era necesario determinar si la desigualdad de trato establecida en la norma impugnada se basada en una distinción razonable o, al menos, si perseguía alguna finalidad que la legitimara.

En esa línea, el magistrado no encontró justificativo en lo sostenido por la demandada acerca de la necesidad de no incrementar las cargas de los afiliados, que los beneficios para los cónyuges aparejan. Y ello, porque nada se dijo de la razón por la cual, en el caso, esa carga debían soportarlas las mujeres afiliadas y no los varones. Tampoco encontró satisfactorio el argumento sobre el posible establecimiento de un beneficio para las mujeres, en forma de una *discriminación positiva* dado que el beneficio no se acordaba a las mujeres, sino a las esposas, desatendiéndose la situación de aquéllas, en tanto afiliadas directas. El argumento, hasta allí surge impecable y va en la dirección de un precedente de la Corte Europea de Derechos Humanos, muy similar, salvo porque la diferenciación por sexo se refería a la posibilidad concedida a los varones que residían legalmente en el Reino Unido, de llevar a sus cónyuges a Gran Bretaña (648) .

Sin embargo, el juez argentino, agregó al final de su voto que "ninguna razón vinculada con el equilibrio financiero puede encontrar solución ni justificar la afectación de un derecho fundamental del ser humano, razón por la cual la cuestión de esa índole, alegada por la demandada, no conmueve el

criterio expuesto pues carece de entidad para dar razonabilidad a la solución normativa en crisis"(649) . Ahora bien, ¿significa esto que si el desequilibrio financiero impide a la obra social cumplir satisfactoriamente con las prestaciones en salud, por los crecientes costos que insumiera la ampliación de la nómina de los beneficiarios, el único camino posible es un subsidio del Estado? ¿Aun cuando el esposo de una afiliada directa, trabaje o tenga medios económicos? Si, dada la situación de déficit de la obra social, el Estado decide suprimir la afiliación de todos los cónyuges varones o mujeres, excepto que paguen una cuota menor, ¿la solución sería más equitativa? ¿más justa e igualitaria para las mujeres, esposas de varones afiliados directos que no trabajen porque no pueden o no consiguen empleo? La situación es compleja y, aunque deben rechazarse diferenciaciones fundadas en el sexo que discriminen arbitrariamente, conviene tener en cuenta el análisis de los costos que ello insume. No me estoy refiriendo a los costos exclusivamente financieros, sino a los que se derivan de ellos en términos de prestación de salud eficiente y adecuada. Las soluciones de equidad, examinando las *consecuencias para todos,* de las medidas que se tomen, constituyen una opción disponible.

9. Derecho a una duración razonable del proceso e igualdad

La ley 24.390(650) destinada a reglamentar el art. 7º, ap. 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos —que garantiza el derecho a una duración razonable del proceso— había dispuesto la aplicación automática del instituto de la excarcelación, transcurridos dos años de prisión preventiva. La regla general contemplaba la prórroga de la prisión por un año más —por decisión fundada— en el caso de que la cantidad de delitos atribuidos al procesado o la complejidad de las causas hubieren impedido la conclusión del proceso en aquel plazo de dos años (art. 1º). A su vez los plazos de dos y tres años podían prorrogarse por seis meses si se hubiera dictado sentencia condenatoria no firme (art. 2º). La ley 25.430 modificó ese artículo en el sentido de que los plazos previstos en la disposición anterior no se computarán, cuando se cumplieren después de haberse dictado sentencia aunque ésta no estuviera firme. Al mismo tiempo, la ley consagró la regla que popularmente se llamó del *dos por uno* que disponía computar —una vez transcurrido el plazo de dos años— por un día de prisión preventiva, dos de prisión o uno de reclusión (art. 7º). Los efectos de la disposición que posibilitaron la excarcelación masiva de personas acusadas de graves delitos y el incremento de la inseguridad, motivó la derogación del art. 7º de la ley 24.390 y la inclusión de mecanismos para acelerar los procesos penales por la mencionada ley 25.430.

No obstante, conviene examinar —desde la perspectiva de la igualdad— la excepción establecida por la ley 24.390 en punto a la no aplicación de sus beneficios a los procesados por el delito de narcotráfico, porque la garantía

establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos no distinguía acerca de los procesados a los que aquélla era aplicable, en razón de los delitos que se les imputara.

La norma fue cuestionada en el caso *"Arana".* La Corte Suprema confirmó la sentencia de grado que había denegado la excarcelación de un procesado por tráfico internacional de estupefacientes. El Tribunal, en fallo unánime de ocho de sus ministros, sostuvo que "la Convención Americana de Derechos Humanos no impide a ningún Estado adecuar los plazos razonables de detención según pautas de política criminal relacionadas fundamentalmente con criterios de interés público" (651). A su vez, para medir la razonabilidad de la detención, la Corte Suprema siguió el criterio de la Comisión Americana de Derechos Humanos —acerca de que aquélla estaba ligada a la gravedad de la infracción— y de la decisión de la Corte Europea que mensuró la razonabilidad en relación con el interés público comprometido.

Con estos fundamentos, el Tribunal argentino sostuvo que, en el caso, se hallaba comprometido el interés público de armonizar las disposiciones del derecho interno —la regulación de la detención de plazo razonable— con los compromisos internacionales de lucha contra el narcotráfico. En consecuencia de ello, consideró no aplicable al caso los beneficios de la ley 24.390 y sostuvo que tal exclusión no afectaba la igualdad ante la ley.

Sobre la cuestión de la igualdad, la Corte Suprema reiteró en este caso la antigua doctrina acerca de que el art. 16 de la Constitución Nacional admite que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, siempre que concurran objetivas razones de diferenciación que no sean irrazonables. Como se advierte, el Tribunal no examinó la razonabilidad concreta del criterio de selección de las categorías diferenciadoras establecido en la ley 24.390 ni, dado que consideraba aplicable el régimen del art. 379, inc. 6, del Código de Procedimiento en materia Penal, la pauta empleada en esta norma.

La Corte Suprema estableció pautas acerca de la significación del plazo razonable requerido por la Convención Americana de Derechos Humanos y sostuvo que: a) no es posible determinar la razonabilidad de aquel plazo en abstracto sino en cada caso en particular y, b) para establecer la razonabilidad habrá que medir la gravedad de la infracción.

Así pues, el criterio de la gravedad de la infracción se constituyó —sin afectar el derecho a la igualdad— en una pauta de selección de orden general para establecer si procede o no la excarcelación.

Conforme a lo decidido por el Tribunal aquel criterio puede derivar de la política legislativa o de la apreciación que, en cada caso, efectúe el juzgador. De acuerdo a la citada doctrina del Tribunal, en el futuro podrían establecerse otras exclusiones sin por ello afectar, en principio, los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos ni la igualdad constitucional.

Desde luego, el criterio de selección por la gravedad de la infracción no es, en principio, sospechoso de discriminación inconstitucional. En efecto, la pauta de diferenciación no está expresamente prohibida por la Constitución Nacional ni por la ley contra la discriminación (652) .

Sin embargo, las garantías de la libertad, de la presunción de inocencia y de la igualdad requieren de una mayor elaboración de la pauta diferenciadora y un estricto control del criterio de ponderación de cómo, de qué modo y con qué extensión afecta al interés público —concreto y específico— la excarcelación de un imputado por delito grave.

En consecuencia corresponde, en primer lugar, examinar el fin de la ley en relación con el criterio de selección de las categorías, evaluando si no hay otros medios adecuados para cumplir el fin de la norma que no implique negar a unos lo que se acuerda a otros y, luego, ponderar hacia adentro de la categoría para determinar si la restricción al derecho es proporcional al interés estatal tutelado.

Después de efectuado este análisis, ¿superaría la ley 24.390 el escrutinio de la selección de la categoría —los imputados por delitos de narcotráfico— y la ponderación del medio empleado por la norma —la exclusión del beneficio de la excarcelación— transcurridos los plazos legales? Quizá sí, bajo las actuales circunstancias: el desmesurado poder que el narcotráfico acumuló y la desproporción de medios con que los Estados —en particular el Estado argentino— cuentan para combatirlo. No obstante, cabría esperar que la excepción contenida en la ley 24.390 no se extienda a otros supuestos y que el Estado, ante la gravedad de los delitos, arbitre los medios —estructurales y personales— para acelerar los procesos y ejercer la persecución penal sin sacrificar los derechos de los procesados.

10. La protección por riesgo del trabajo e igualdad (art. 39 de la ley 24.557)(653)

La ley de riesgo del trabajo dispuso en el art. 39 que las prestaciones contenidas en la norma eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos por los infortunios laborales, con la sola excepción de la derivada del art. 1072 del Código Civil. Para este caso, el damnificado o sus derechohabientes pueden reclamar la reparación de daños y perjuicios, de acuerdo a las normas del Código Civil. Esa reparación no excluye las prestaciones de la ley de riesgo de trabajo a cargo de las aseguradoras o de los autoasegurados.

La disposición fue muy cuestionada por violación de la igualdad, generó desacuerdos ideológicos por el sistema de riesgos laborales que establecía y fue declarada inconstitucional en las instancias inferiores, hasta que llegó a la Corte Suprema el caso *"Gorosito, Juan Ramón c/Riva S.A. y otro"*(654) . En la causa se había hecho lugar a la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557, sentencia confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén que declaró improcedente el recurso de casación, interpuesto por la aseguradora de riesgos del trabajo.

El Procurador General sostuvo que correspondía desestimar el recurso extraordinario por inexistencia de sentencia definitiva, dado que la instancia

inferior no se había pronunciado sobre la procedencia del reclamo sustantivo. La minoría de la Corte Suprema, siguiendo ese dictamen, desestimó el recurso (655) . En cambio, la mayoría de la Corte Suprema entendió que el *a quo* se había pronunciado por la invalidez de una ley sancionada por el Congreso de la Nación y habilitado, con ello, la instancia judicial para efectuar un reclamo expresamente prohibido por el legislador, por lo que la sentencia apelada cerraba el debate en el incidente de constitucionalidad.

Después de historiar los sistemas de reparación de los infortunios laborales —diseñados por las leyes 9.688 y 24.028— y señalar que, en el régimen, las indemnizaciones tarifadas y las propias del Código Civil se excluían mutuamente, el Tribunal hizo mérito de las razones del Congreso para modificar el sistema anterior, ya que éste "no había conformado ni a trabajadores ni a empleadores"; las reparaciones se cobraban "tarde, mal y poco" y "generaban un incremento en los costos laborales". Según la Corte Suprema, el legislador, después de un muy amplio debate, decidió mudar el sistema "por otro que consideró adecuado a la realidad del momento incluyéndolo —conforme con los avances de la doctrina especializada y de la legislación comparada— más en el terreno de la seguridad social que en el del derecho del trabajo". En suma, "el texto legal revelaba que de acuerdo con la voluntad del legislador, el objetivo del sistema no consistía en la exoneración de la responsabilidad por culpa del empleador sino en la sustitución del obligado frente al siniestro. En efecto, el bien jurídico protegido es la indemnidad psicofísica del trabajador dependiente; desde tal perspectiva se imponía otorgar primacía a la circunstancia de que, en definitiva, el daño llegase a ser reparado".

En lo que a la garantía de la igualdad respecta, la Corte Suprema —a un manteniendo la clásica doctrina acerca de que aquélla "faculta al legislador a contemplar en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupo de personas, aunque "su fundamento sea opinable"— formuló un examen de la pauta de diferenciación de las categorías, concluyendo que no era discriminatoria. Para el Tribunal *la mayoría de la población económicamente activa que sufre un daño producido en un ámbito específico y diferenciado —el laboral—* tiene suficiente entidad como para admitir una protección de aquel perjuicio, mediante un sistema distinto. A renglón seguido la Corte Suprema evaluó el sistema en *sí mismo* , señalando —en comparación con el general— las ventajas que otorga al trabajador, tales como: a) no importa consagrar la dispensa de la culpa del empleador pues, sobre éstos pesa la carga de solventar el sistema mediante sus aportes; b) los trabajadores recibirán prestaciones en dinero y en especie de las que no gozan quienes no revisten esa calidad; c) existe un Fondo de Garantía y un Fondo de Reserva para abonar las prestaciones en caso de insuficiencia patrimonial del empleador o de liquidación de las A.R.T.; d) las prestaciones son percibidas rápidamente, si se las compara con el tiempo que insume el proceso judicial tendiente a obtener la indemnización por la vía civil; e) la reparación civil no es necesariamente mayor que la ley de riesgo de trabajo, desde que la primera está sujeta a las contingencias del juicio y las segundas a ampliaciones y cambios, tanto en lo atinente a los listados de

enfermedades, tablas de evaluación de las incapacidades, acciones de prevención, etc., como al aumento de las prestaciones dinerarias, que podrá ser dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional, sin que se advierta que los sucesivos decretos dictados por éste no hayan atendido a tal pauta legal; f) la reparación plena es un concepto limitado, tanto en el Código Civil como en los regímenes especiales, por ejemplo, en el derecho aeronáutico.

Ahora bien, aunque la sentencia fue muy cuestionada, debe decirse que el Tribunal dejó abierta la posibilidad de un nuevo examen de la ley de Riesgos de Trabajo para el caso en "que se compruebe la existencia y realidad de un menoscabo sustancial a la garantía [de preservación de daños]" pues no resulta "posible predicar en abstracto que el precepto impugnado en la especie conduzca inevitablemente a la concesión de reparaciones menguadas con menoscabo de derechos de raigambre constitucional" (656) .

En consecuencia y más allá de la eficacia del sistema en general, éste no parece haber distinguido situaciones sin razón. Desde luego si de su efectiva aplicación resulta el aniquilamiento de la protección contra el daño laboral queda expedito el cuestionamiento constitucional del sistema.

La ocasión para examinar si el sistema de reparación establecido en la Ley de Riesgo de Trabajo, aniquilaba o desnaturalizaba la protección por el daño laboral se le presentó a la Corte Suprema en el caso "*Aquino".* Aunque los seis jueces que votaron concluyeron en que correspondía declarar la inconstitucionalidad del art. 39 de la mencionada norma, tres de ellos citaron el precedente "*Gorosito* " y aplicaron la doctrina de este precedente acerca de que en el caso se había demostrado la insuficiencia de la indemnización de la ART, para reparar el daño causado al trabajador (657).

Acerca de la igualdad, la ministra *Highton de Nolasco* entendió que la igualdad de tratamiento ante la ley "no admite que se distinga negativamente a quienes ven lesionada su capacidad laborativa por un infortunio, privándoles de aquello que se concede a los restantes habitantes en circunstancias similares (658) .

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.

Concordancias: Arts. 4º; 14; 18; 19; 20; 28; 52; 75, incs. 1, 2, 19, 22; 76; 99, inc. 3; 124, C.N.Art. XIII, XXIII, XXXVI y XXXVII, DADDH; art. 17 y 27 DUDH; art. 21, 26 y 27 CADH.

1. Los derechos propietarios. Interpretación general de la norma

El art. 17 de la Constitución Nacional enuncia una serie de garantías del derecho de usar y disponer de la propiedad. A los extranjeros habitantes en el país, en especial, se les garantiza el derecho de poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos, conforme surge del juego de los arts. 20 y 14 de la Ley Suprema. Además, respecto de los extranjeros que no residan en el territorio del Estado Federal, se les reconoce el derecho a adquirir propiedades inmuebles, facultad que expresamente desconocía la ley de las Doce Tablas en tanto vedaba la usucapión a los no romanos. En los estados modernos y en una primera etapa, luego de admitir la adquisición de tierra por los particulares en 2002, Rusia lo prohibió a extranjeros.

El art. 17 de la Constitución comienza formulando una declaración de inviolabilidad de la propiedad, pero sin definir en que consiste ésta; establece el principio de legalidad en materia tributaria y acerca de la restricción de derechos propietarios, con variadas aplicaciones; atribuye al Congreso la competencia para expropiar, bajo condición de dejar indemne al afectado; reconoce la existencia y protección de la propiedad intelectual y prohíbe al Fisco la incautación de bienes y a las fuerzas armadas —estatales o no— las requisiciones o la imposición de servicios no voluntarios de alguna especie.

Las garantías enunciadas protegen uno de los derechos personales clásicos de la democracia liberal que estuvieron en los orígenes de las luchas libertarias del siglo XVIII (659) . En la República Argentina, después de su consagración constitucional, los derechos propietarios y contractuales fueron reglamentados y transformados en operativos por el Código Civil sancionado en 1869. En aquella primera reglamentación, el perfil de la propiedad aparecía con características absolutas y, entre las partes, a los contratos se les otorgó efecto de ley. Sin embargo, la incorporación paulatina de varios principios como los de la función social de la propiedad, de la teoría de la imprevisión y la responsabilidad objetiva, acentuaron las responsabilidades y deberes, también en el ejercicio de los derechos de propiedad.

Dada la amplitud de la declaración de inviolabilidad de la propiedad en la Constitución histórica de 1853/60, fueron los tribunales quienes le dieron alcance y contenido, en sintonía con las reformas constitucionales de 1949 y 1957 (660) que incorporaron a la República Argentina al Estado Social de Derecho y luego en virtud de la legislación dictada en consecuencia.

La inviolabilidad de la propiedad, como principio formal y declarado, sufrió una fuerte restricción en la mencionada Constitución de 1949. El art. 17, introducido por esa reforma, dispuso que "la propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común". Pero, en realidad, si se comparan ambas declaraciones —de la Constitución histórica y de la Constitución de

1949— es posible advertir que hasta que no se sancionaran los límites legales, las múltiples reglamentaciones que el ejercicio de la propiedad impone —de usar y disponer de ella, sobre todo, de usarla— las fórmulas son vacías e indican poco, acerca de la extensión del derecho. Por eso, para medir el alcance de la propiedad es menester examinar las leyes civiles y comerciales, los sistemas tributarios, y la protección y seguridades de los contratos celebrados. La declaración del art. 17, interpretada en sentido amplio y junto con la disposición contenida en el art. 28, ambos de la Constitución Nacional, operan como un control de las leyes y proporcionan a los jueces herramientas para aplicar el control de razonabilidad a las normas que limitan el derecho (661) .

La Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica dispuso en el art. 21 que "toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes" y que "la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social". La cláusula despertó suspicacias pues está garantizando el *uso* y *goce* , pero no la *disposición* de la propiedad. De todos modos y aunque el alcance del reconocimiento de los derechos propietarios es menor en el Pacto de San José que en la Constitución argentina, el art. 29 de la Convención ordena que ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada de modo de "...limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte...". En suma, el derecho reconocido en el art. 14 y las garantías disponibles en el art. 17 de la Constitución Nacional, no podrán ser limitadas por las normas de Pacto. Por otro lado, tanto en esas normas de la Constitución argentina como en la citada de la Convención Americana, se aseguran los derechos de quienes ya tienen propiedades pero no, estrictamente, el derecho a adquirir, al menos, una propiedad (662) . Esta última facultad se reconoce en el acceso a la vivienda digna, predicado por el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional, en ese punto, un programa reiteradamente incumplido.

2. Contenido constitucional de la propiedad

En el derecho civil argentino, la propiedad se identifica con el dominio —perfecto o imperfecto— y sus desmembramientos; se la caracteriza con las notas de exclusividad y perpetuidad; y se establece que es inherente a la propiedad el derecho a poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme un ejercicio regular (663) . Como puede advertirse, el deber de conformar el uso y goce de la propiedad a un ejercicio regular significa que las normas —reglas— construyen el espacio en que se desplaza el derecho subjetivo de propiedad. En esa dirección, se ha dicho que, en realidad, la propiedad no es más que una expectativa establecida en la ley (664) . Es decir, que las normas dan el perfil del derecho, que no resulta inalterable sino que se va modelando de acuerdo a las necesidades del bien común. Nada diferente, por cierto, que lo que sucede con los otros derechos personales,

aunque en alguno de éstos es más sencillo descubrir un núcleo indestructible e inmutable, como sucede en el respeto a la dignidad y la vida humana.

La doctrina de la Corte Suprema ha expandido el derecho de propiedad más allá de los límites de los derechos reales. En*"Bourdieu"* sostuvo que el término propiedad tal como se lo emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución, comprende *todos los intereses que un hombre puede poseer, fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad y se integra con todos los derechos que tengan un valor reconocido, ya sea que surjan de las relaciones de derecho privado o de actos administrativos*(665) . En el caso, se discutía la facultad de transferir los derechos de una concesión pública sobre una sepultura. Al momento de la celebración del convenio ello no estaba prohibido ni se lo vedaba en alguna cláusula del contrato. Una norma posterior —con la finalidad de evitar la especulación sobre las sepulturas— dispuso la aplicación de un tributo que prácticamente absorbía el precio de la transferencia. Al resolver el caso y acoger los reclamos del actor, la Corte Suprema sostuvo que las atribuciones expresas o implícitas establecidas en un contrato de concesión ingresan en el patrimonio del contratante con los mismos efectos que la propiedad adquirida. Ello significa que el Tribunal reconoció *derechos propietarios* derivados de un contrato de concesión. La importancia de la doctrina de la Corte Suprema radica en la aplicación de esa regla a todos los contratos, privados y públicos y en particular a las concesiones de servicios públicos.

No obstante, a pesar de la amplitud del derecho de propiedad y de los derechos adquiridos en virtud de un contrato privado o público reconocidos por la Corte Suprema, estos derechos debieron soportar en el sistema jurídico argentino, las mayores restricciones en razón del alegado bienestar general o en virtud de las situaciones de emergencia. Estas justificaciones afectaron básicamente los derechos derivados de la libertad contractual y de la propiedad (666) .

3. Garantías de la propiedad

El art. 17 establece garantías determinadas de la propiedad, a fin de evitar que el Estado se apropie de los bienes de las personas. A tal fin aplica el principio genérico de legalidad —reglado este principio en el art. 19 de la Constitución Nacional— a situaciones específicas, consagrando el derecho a no ser privado de la propiedad si no es por causa de: a) sentencia fundada en ley y, b) expropiación por causa de utilidad pública, calificada por ley. En ambos casos debe existir ley que establezca las situaciones, hechos lícitos o ilícitos, o actos que habiliten la privación —es decir la pérdida— de la propiedad. En virtud del art. 18 de la Constitución, a esa sentencia debe llegarse mediante el cumplimiento del debido proceso legal y asegurando la defensa de los derechos, en este caso de la propiedad. La sentencia, por lo demás, debe estar motivaba en los hechos de la causa y fundada en las reglas legales que autorizan a embargar, secuestrar, enajenar bienes y

adjudicar su producido a los terceros legitimados. Dado que el patrimonio es la prenda común de los acreedores, que éstos pueden ejecutar en virtud de un contrato incumplido o de la responsabilidad generada por un hecho ilícito, estas situaciones pueden causar la privación o pérdida de la propiedad con algunas excepciones y límites por razones humanitarias o de protección de la familia. Tal la prohibición de embargar algunos bienes o ingresos, o la protección del bien de familia.

Tampoco el Estado puede reglamentar el uso y disposición de la propiedad de modo que, en los hechos, resulte una privación de ella, ni siquiera en razón de emergencias económicas y sociales. Si lo hace, procede la expropiación y la indemnización respectiva.

En un esclarecedor fallo, "Empresa Mate Larangeira Mendes S.A.", la Corte Suprema separó las aguas entre lo que significa una reglamentación intensa de los derechos propietarios, permitidos en razón de la emergencia, y la privación de la propiedad, incompatible con las garantías constitucionales aun bajo aquellas circunstancias (667) . En el caso, la Junta Reguladora de la Producción de la Yerba Mate, fue facultada por diversas leyes para regular esa actividad, llegando incluso a prohibir la siembra durante determinado tiempo (668) . En ese contexto, un decreto del Poder Ejecutivo dispuso, entre otras medidas restrictivas, la prohibición de levantar la cosecha de yerba mate de ese año. La Corte Suprema sostuvo la procedencia del amparo como medio idóneo de proteger el derecho a trabajar y disponer de la propiedad, al que calificó de derecho humano, al aplicar al caso el precedente "Outon" (669) ; y distinguió la situación admisible, según su criterio, de detener la elaboración y comercialización de productos como medidas de emergencia, de la inadmisible de prohibir la cosecha y las actividades necesarias tendientes a la maduración del producto (670) . En suma, la Corte Suprema impidió la privación de la propiedad sin indemnización previa, pues la prohibición de la cosecha implicaba la pérdida irremediable de lo ya producido.

La regla distingue con sagacidad las restricciones que afectan derechos emergentes de la propiedad, de las medidas que la hacen desaparecer para su dueño. Sin embargo, algunas restricciones pueden ser de tal entidad que en los hechos signifiquen una de las privaciones prohibidas por el art. 17 de la Constitución. Por eso, en cada caso debe extremarse por los tribunales el control de razonabilidad bajo el *standard* más adecuado (671) .

4. La expropiación, requisitos y límites

La Constitución exige para la procedencia de la expropiación que ésta se disponga por causa de utilidad pública calificada por ley y sea previamente indemnizada.

La expropiación significa la máxima restricción al derecho de propiedad sobre la cosa o bien expropiado, pero, dada la exigencia de indemnización no implica la mayor afectación, pues el propietario debe quedar indemne.

La Constitución Nacional establece en el actual art. 75, inc. 18 (antes art. 67, inc. 16), la llamada cláusula para el progreso que atribuye al Congreso Nacional la promoción de la inmigración y la construcción de ferrocarriles y canales navegables. Estas competencias históricas del Poder Legislativo podían requerir la expropiación para el logro de aquella utilidad pública.

La decisión del Congreso para calificar de utilidad pública un determinado bien es una atribución discrecional del Poder Legislativo que la Corte Suprema incluyó, en principio, entre las materias no revisables por los tribunales judiciales. No obstante, manteniendo ese principio, en un antiguo precedente abrió la posibilidad del control judicial de la utilidad pública. Así, en "Municipalidad de la Capital c. Elortondo" la Corte Suprema, transcribiendo las disposiciones pertinentes del art. 17 en su intersección con el art. 28 de la Constitución Nacional, sostuvo que no era válida la expropiación de todas las fincas que resultaren afectadas por aquélla, si no resultaban indispensables a la ejecución de la obra o propósito público de que se trataba, ni podía cumplirse sobre bienes que no fueran necesarios para aquélla (672) . En el caso, la norma había expropiado una serie de propiedades de la actora para ensanchar la Avenida de Mayo, en la ciudad de Buenos Aires. La expropiación afectaba inmuebles por donde pasaría la avenida y otros cuyo fin no era la construcción de la mencionada avenida. Para el Tribunal, la expropiación —por constituir una atribución excepcional del Estado— no podía efectuarse para generar réditos al Estado, a fin de costear la obra. Como se advierte, a pesar de que la Corte Suprema ratificó la deferencia que debía a los fines propuestos por el Poder Legislativo, restringió el concepto de utilidad pública a los bienes indispensables y excluyó a los convenientes para llevar a cabo los fines públicos.

El criterio restrictivo no se mantuvo en la jurisprudencia de la Corte Suprema, y la ley nacional de expropiaciones, 21.499 amplió la atribución estatal para expropiar bienes a fin de satisfacer el bien común de naturaleza material o espiritual (art. 1º); e incluyó, entre los objetos expropiables, a todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la utilidad pública, pertenezcan éstos al dominio público o al dominio privado, sean cosas o no (art. 4º) (673) . La caracterización de la ley, como se advierte, es muy amplia. No obstante, algunos bienes quedan excluidos, como las embajadas, o los bienes de la Iglesia Católica consagrados al culto, en virtud de los derechos establecidos en el Concordato con la Santa Sede de 1966 (674) . En cambio sí son expropiables los bienes del dominio público de las provincias, siempre para el cumplimiento de los fines constitucionales, con la excepción de los recursos naturales, salvo consentimiento de los Estados locales. Lo contrario implicaría diluir el alcance del art. 124 de la Constitución Nacional en tanto esta disposición declara que "corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio" (675) y neutralizaría un reconocimiento que a las provincias les costó alcanzar y que, finalmente, incluyeron en sus propias constituciones.

En principio, la determinación de cuándo un bien puede expropiarse y para qué uso, corresponde al Congreso Federal y la Corte Suprema no puede

alterar ese criterio salvo arbitrariedad, como cuando se expropia el bien de una persona para entregársela a otra.

En cambio sí es revisable judicialmente lo referido a la indemnización. Según la ley nacional de expropiaciones, la indemnización debe comprender el valor objetivo del bien y los daños que constituyan una consecuencia directa e inmediata de la expropiación (art. 10). Pero quedan excluidos los valores afectivos que el bien pudiera tener para su dueño; el mayor valor derivado de las obras por las cuales se lo expropió y el lucro cesante.

La determinación del valor objetivo comprende el valor panorámico e histórico del bien y la indemnización debe pagarse en dinero, quedando prohibida, según doctrina de la Corte Suprema, el pago en bonos de la deuda pública, salvo acuerdo del expropiado (676) . La indemnización no debe estar sujeta a quita o tributo de ninguna especie por causa de la expropiación, pues ello significaría no dejar indemne al expropiado. Por eso resulta inconstitucional el art. 19 de la ley 21.499, en tanto dispone que las costas del juicio se regirán por las normas del Código Procesal. En efecto, en el caso de que el expropiado discuta el monto de la indemnización y pierda la incidencia, la aplicación de las costas totales o parciales al perdidoso, recorta indebidamente el monto de la indemnización.

4.1. La expropiación irregular o inversa

La expropiación irregular reglada en el art. 51 de la ley 21.499 opera como una garantía de la propiedad ante acciones del Estado que constituyen verdaderas vías de hecho. El afectado puede demandar la expropiación en tres hipótesis: a) cuando se ha sancionado la ley que declara de utilidad pública un bien y el Estado lo toma sin haber pagado la indemnización previa —produciendo una clara violación constitucional—; b) cuando con motivo de la ley de utilidad pública, el bien resulta indisponible, en los hechos, por la evidente dificultad o impedimento para disponer del mismo en condiciones normales; c) cuando el Estado imponga [al] derecho del titular de un bien una indebida restricción o limitación que importen una lesión a su derecho de propiedad. Aunque el inc. c) no lo establezca, también en esa hipótesis, corresponde dictar la ley declarativa de utilidad pública, pues sin ella no puede haber expropiación (677) .

La hipótesis indicada en c) es, por un lado, la más abusiva y, por otro, la que enfrenta una problemática más compleja de resolver pues deja a los magistrados judiciales un amplísimo campo de discrecionalidad para ceñir los casos a la configuración legal. Ya antes de la sanción de la ley 21.499, la jurisprudencia de la Corte Suprema registra una sentencia en que el Tribunal distinguió el ejercicio del poder de policía para preservar la salud, la moralidad o el orden —atribución constitucional que no exige reparación estatal alguna— del cumplimiento de fines de interés general, como por ejemplo, el desarrollo de la poblaciones, que sí requiere indemnización. En el caso, la norma había dispuesto el retiro de las majadas de ovejas del ejido de la

ciudad. La diferenciación del Tribunal no resulta, a mi modo de ver, suficientemente nítida (678) . No obstante, la jurisprudencia ha hecho lugar a la expropiación inversa ante una ordenanza municipal que prohibía edificar, considerando a ésta una restricción que desnaturalizaba el derecho de propiedad (679) .

4.2. La retrocesión

La retrocesión garantiza el reintegro del bien expropiado cuando a éste se le diere un destino diferente; o no se le diere ninguno en un lapso de dos años desde que la expropiación quedó perfeccionada por la transferencia del dominio mediante sentencia firme, toma de posesión y pago de la indemnización (arts. 35 y 29, ley 21.499). La diferencia en el destino debe apreciarse con prudencia; ser sustantiva e irrazonable para que proceda la retrocesión pues la misma ley 21.499 la veda cuando el destino mantenga conexidad, interdependencia o correlación con el previsto en el art. 36 de esa norma.

4.3. La ocupación temporánea

La ley 21.499 admite la expropiación del uso de la cosa. Con un criterio de razonabilidad, el Estado toma, de la propiedad, sólo lo estríctamente necesario. En el caso de la ocupación temporánea normal no existen mayores problemas pues la utilidad del uso del bien por un plazo determinado es declarada por ley e indemnizada. En cambio, la ocupación temporánea anormal, opera sin ley, puede ser dispuesta por la autoridad administrativa y no recibe indemnización alguna, salvo los daños causados a la cosa. Dado que la expropiación temporánea anormal procede ante una necesidad imperiosa, urgente o súbita, es razonable no exigir ley pero no siempre resultará equitativo prescindir de la indemnización. En efecto, aunque abonan el criterio de la ley razones humanitarias y de solidaridad, ante acontecimientos graves que requieran sacrificios de la comunidad, puede arribarse a una solución más justa, distribuyendo el costo del infortunio entre todos los integrantes de la sociedad, mediante el uso de los tributos.

4.4. La Expropiación Judicial

Como claramente lo impone la Constitución Nacional en el art. 17, la expropiación debe disponerse por causa de utilidad pública declarada por el Congreso Federal, e indemnizarse previamente. Sin embargo, uno de los tipos de expropiación irregular o inversa, consagrados en el art. 51 de la ley 21.499 —que autorizan al afectado a demandar la expropiación— se

configura cuando el Estado —sin identificar ni diferenciar el órgano de poder de que se trate— impone al titular de un bien una indebida restricción o limitación que importen una lesión a su derecho de propiedad. Por otro lado, la ocupación temporánea normal (art. 58) autoriza el uso temporáneo de un bien, previa declaración legal de utilidad pública; es dispuesta por la autoridad administrativa y requiere indemnización; si la necesidad es imperiosa, urgente, o súbita, no exige ni declaración del Congreso ni indemnización, sólo la reparación de los daños si los hubiere (art. 59).

Bajo esta normativa, suscita algunos problemas jurídicos, además de cuestiones institucionales, sociales y económicas, una medida cautelar ordenada por un juez de la Provincia de Entre Ríos en beneficio de una familia en situación de pobreza y desempleo y en resguardo de sus hijos menores, en especial de una de ellos en grave estado de desnutrición. El juez impuso a un supermercado la obligación de entregar una cantidad periódica de dinero, cuyo monto aquél fijó, en mercancías de primera necesidad. Según la decisión, el Estado debía restituir esa suma de dinero al propietario y, en caso de no hacerlo, se autorizaba al afectado a deducir el monto respectivo de sus obligaciones impositivas (680) .

A partir de los datos que se conocieron del caso, surgen algunos interrogantes. Si el magistrado decidió la medida, se supone que todas las otras eventualmente adecuadas —recursos de los servicios de asistencia social estatal, o privados de iglesias y organizaciones sociales— no estaban disponibles con la prontitud requerida, y las circunstancia se presentaba de extrema gravedad, sobre todo para el estado de salud de la niña, en ese contexto, los derechos a la vida, a la salud, al alimento están claramente protegidos por la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. En consecuencia, el deber del Estado —a través de todos sus órganos competentes— es nítido. Pero, ¿qué normas o instituciones jurídicas se le están aplicando a la persona a quien se le priva de bienes? No se trata de una requisición, pues quien dispone de los bienes no es una fuerza armada o de seguridad. Tampoco estamos ante una expropiación irregular, pues no existe declaración de utilidad pública emanada del Congreso, y es dudoso que el magistrado haya impuesto una *indebida* restricción o limitación a la propiedad, dado el estado de extrema necesidad de la familia. Del mismo modo resultarían inaplicables las figuras de la ocupación temporánea normal o anormal. En primer lugar, porque no se ordena una expropiación de uso, ni quien lo dispone es el poder administrador; en segundo lugar, porque la expropiación normal requiere ley declarativa de utilidad pública y la anormal no admite indemnización, en cambio el juez procuró dejar indemne al afectado, al autorizar la compensación impositiva.

La perplejidad jurídica que genera la medida judicial denota un problema que excede la interpretación de las normas en juego. Pone de manifiesto los desajustes del sistema de seguridad social en la Argentina, pese a los múltiples planes de ayuda que se diseñaron, entre otros, Planes Trabajar; Planes Jefes y Jefas de Hogar, etcétera. La decisión del magistrado aunque pueda haber resuelto el problema puntual, abre una serie de incógnitas

respecto a la efectividad del remedio en vistas a las carencias generalizadas, a la eficacia y a la legalidad de la compensación impositiva. Porque, la medida colisiona con lo dispuesto por el art. 823 del Código Civil, en tanto la norma dispone que "las deudas y créditos entre los particulares y el Estado no son compensables...si la deuda de particulares proviniere de contribuciones directas o indirectas...". Por otro lado ¿qué impuestos se compensarían?; ¿queda ello a criterio del *expropiado* ? ¿o deben compensarse según la jurisdicción obligada a la devolución de los montos afectados?

Bajo el sistema de la Constitución Nacional, es el Poder Legislativo quien debe elegir las opciones más adecuadas, aprobando sus propios proyectos de ley o sancionando las iniciativas que le envía el Poder Ejecutivo a fin de diseñar políticas sociales. Corresponde al Poder Ejecutivo la instrumentación de esas políticas aunque, en caso de emergencia pública puede el Congreso delegar la reglamentación de alguna de ellas en el presidente de la Nación, siempre que la política general esté claramente establecida. También, eventualmente y para las hipótesis de emergencias, pueden emplearse otros instrumentos legales habilitados como los decretos de urgencia, éstos y los decretos delegados, con control del Congreso.

Si esas atribuciones fueran ejercidas por los poderes políticos con equidad, justicia y eficiencia no se exigiría del Poder Judicial que hiciese lo que *no puede* realizar. No lo que no debe, sino lo que no puede, en los hechos, resolver, por ejemplo, cómo solucionar los efectos de la desocupación y la pobreza, de qué modo reducir el desempleo o evitar la suba incontrolada de precios, cómo y con qué costos abastecer los hospitales públicos, quiénes soportarán en mayor medida las cargas sociales; cuán necesaria o conveniente resulta elegir una opción económica o rechazarla. Esto es, no se pondría en cuestión que no son los jueces quienes están en condiciones de suplir la decisión política.

5. Protección de la propiedad intelectual

El art. 17 de la Constitución Nacional reconoce la exclusividad de la propiedad intelectual y la protege frente a terceros, pero le sustrae una de las características del dominio: la perpetuidad. La garantía de la creación espiritual, científica, artística, tecnológica de las personas se extiende por el plazo de sus vidas y se transmite por herencia y entonces dura por el plazo fijado en la ley. De acuerdo al art. 5º de la ley 11.723, ese plazo es de setenta años (681) . El ingreso de las obras del espíritu humano constituye el acervo de la cultura universal y sirve a una función social.

La protección de la propiedad intelectual incluye, por un lado, el derecho a la preservación incólume de la obra artística o científica tal cual la creó el autor y, por el otro, a la obtención del beneficio pertinente por la adquisición de ejemplares, copias, reproducciones de la obra en cuestión o por el empleo de marcas, y el uso de grabaciones en lugares públicos. Así, se sostuvo que "el art. 17 de la Constitución Nacional establece que todo autor es propietario

exclusivo de su obra, o sea que contempla dos aspectos, uno el derecho moral, que hace a su inspiración y creatividad y el segundo, a lo que es fruto de ellas esto es, el producto de su trabajo, la obra"(682) .

No obstante, en el caso concreto —"*AADI CAPIF A.C.R"*— la Cámara dio alcance razonable a la protección del fruto del trabajo de los intérpretes de música. En efecto, la actora había pretendido que el propietario de un hotel abonara aranceles por derechos de utilización de grabaciones fonográficas en las habitaciones de los huéspedes. Al revocar la sentencia de primera instancia, la Cámara sostuvo con acierto que las habitaciones de los hoteles constituyen domicilio privado de los pasajeros del hotel, amparados, éstos, también por la garantía de la inviolabilidad del domicilio, reconocida en el art. 18 de la Constitución Nacional. Esa caracterización de los cuartos de hotel, los asemejan a los ámbitos familiares y, desde luego, privados de las personas que se alojan en ellos. Los aparatos de televisión o radios allí instalados son de uso exclusivo de los pasajeros, quienes incluso pueden no utilizarlos. Por otro lado, el método instrumentado por la actora —la Asociación recaudaría de los derechos de autor— que pretendía se aplicara a los hoteleros, resultaba de imposible cumplimiento. La exigencia de "anotar en planillas diarias por riguroso orden de ejecución, el título de todas las obras ejecutadas y el nombre o seudónimo de los intérpretes principales y el del productor de fonogramas o su sello o marca de la reproducción utilizada en su caso", no pasa un control de proporcionalidad del medio ideado para resguardar los derechos de propiedad intelectual: al hotelero le exigiría un control, todas las horas del día, acerca de qué música pasan los canales de televisión o las radios; a los pasajeros, además, una clara intromisión a su privacidad (683) .

6. Prohibición de la confiscación, de los servicios personales y de las requisiciones

La confiscación de bienes como sanción está excluida del sistema de la Constitución. La veda también alcanza a la competencia tributaria del Estado que no debe traspasar determinados límites ni superponerse de modo tal que prive de una porción sustancial de la propiedad al contribuyente. Tampoco las restricciones al ejercicio del derecho de propiedad en razón de emergencias pueden transformarse en confiscatorio. En esta materia debe aplicarse el control de proporcionalidad razonable. Aunque la Corte Suprema no lo examinó de ese modo, los efectos del Plan Bonex al cambiar plazos fijos por deuda pública produjeron, en un primer momento, efectos confiscatorios si nos atenemos al límite indicativo fijado por el Tribunal en el 33 % para algunos impuestos. En efecto, en un primer momento, esos bonos se cotizaron en el mercado a menos del 50 % de su valor nominal(684) .

Una restricción más grave se generó por los efectos combinados de las normas de emergencia dictadas a finales de 2001 y comienzos de 2002. En

primer lugar, el Congreso de la Nación sancionó la ley de intangibilidad de los depósitos bancarios(685) ; luego se dictó el decreto 1570/01, invocando las atribuciones conferidas por el art. 99, incs. 1, 2 y 3 por el que se establecieron restricciones importantes al retiro de los depósitos en el sistema financiero, llamada *corralito bancario* ; más tarde el Poder Legislativo dictó la ley 25.557(686) , modificando ese decreto, derogando disposiciones del decreto 1606/01 y, al mismo tiempo, declarando que la ley 25.557 no implica(ba) ratificación ni expresa ni tácita de los decretos 1570/01 y 1606/01. Diecisiete días más tarde, el Poder Legislativo sancionó la ley 25.561 de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria; delegando en el Poder Ejecutivo las facultades comprendidas en esa ley; derogando la convertibilidad (art. 3º) *y suspendiendo la aplicación de laley 25.557por el término de 90 días* (art. 16) (687) .

De resultas de esa legislación, y de la que le siguió —básicamente instrumentada por decretos de emergencia— se estableció, sucesivamente: la devaluación de la moneda, la pesificación y el mercado oficial de cambios (decreto 71/02); la pesificación asimétrica (decreto 214/02); el mercado único y libre de cambios (decreto 260/01); excepciones a la pesificación (decreto 410/01); pesificación de la deuda pública, nacional, provincial y municipal, excepto la extranjera (decreto 471/02); el canje voluntario de los depósitos en el sistema financiero por bonos del Estado, alguno de éstos en dólares despesificados (decreto 905/02).

El efecto sucinto de esa normativa desquiciada fue la conversión de las deudas en moneda extranjera, utilizando un tipo de cambio arbitrario y diferencial, por pesos inconvertibles, devaluados y devaluables, pues se dispusieron al mismo tiempo en que se reprogramaban los vencimientos por un largo plazo. Como consecuencia de ello, se alteró el derecho de propiedad, se confiscó parte importante del valor de los créditos y se desbarataron los derechos a comerciar, trabajar, ejercer industrias lícitas, entrar y salir del territorio de la Argentina (688) .

Semejante modo de legislar no se comprendería si no se situara esa normativa en el contexto institucional y de aguda crisis económica y financiera que se desató en la República Argentina entre fines de 2001 y comienzos de 2002, y que incluyó el vencimiento de una enorme deuda pública, el desentendimiento con los organismos internacionales de crédito; la renuncia presionada del presidente de la Nación —sin que hubiera vicepresidente para sucederlo— la elección del titular del Poder Ejecutivo por la Asamblea Legislativa y su renuncia, una nueva designación presidencial y, sobre todo, la presión de los intereses por mejorar su situación relativa. Sin embargo, las respuestas que dio el poder político no hicieron más que agravar la crisis económica y social, cuyo signo más cruel fue el aumento del desempleo. Así pues, esas disposiciones normativas difícilmente pasen un estricto control de razonabilidad, porque aniquilaron los derechos propietarios y contractuales —incumpliendo el principio de proporcionalidad en la restricción de los derechos— y porque no lograron la resolución de los problemas (689) .

La Corte Suprema, en el caso *"Smith"* , al declarar la inconstitucionalidad del decreto 1570/02 consideró que ese decreto y las normas dictadas

posteriormente —hasta la fecha del fallo, 1 de febrero de 2002, ley de derogación de la convertibilidad—, en lo que aquí respecta, exhibían: a) un exceso en el uso de facultades delegadas que violaban los art. 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional, por el modo en que se condicionó y restringió la libre disposición de la propiedad privada; b) una afectación de los derechos adquiridos, *al prescindir por completo de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior,* tal la que garantizaba la inalterabilidad de los depósitos, fortalecida por la posterior ley 25.466; y c) irrazonabilidad de los medios elegidos para resolver la crisis, por la *desproporción* en las restricciones que aniquilaban la propiedad, e irrazonabilidad en los instrumentos normativos empleados por el Estado para superar la emergencia, entre los que se encontraban las modificaciones del régimen cambiario (690) .

La sentencia emitida en el referido caso "*Smith* ", las que fueron dictando los tribunales de primera instancia y las Cámaras de Apelaciones de todo el país, al hacer lugar a los amparos o a la medidas cautelares interpuestas —aun cuando en algunos casos se disponía, por los magistrados, sólo la devolución de parte de lo reclamado— y, por fin, la sentencia recaída en *"Provincia de San Luis"* — en la que se declaró la inconstitucionalidad de la pesificación de las deudas del sistema financiero—(691) ayudaron a descomprimir la tensión social generada por los efectos de las medidas de emergencia, en especial sobre la clase media. A pesar de algunos exabruptos materializados en el ataque a los edificios de las entidades financieras, por parte de grupos de personas afectadas en sus ahorros, quienes se consideraron perjudicadas recurrieron al sistema judicial y ante él plantearon sus quejas. Las soluciones judiciales y las alternativas legales que se fueron arbitrando recompusieron, siquiera en parte, la grave afectación de los derechos propietarios en la emergencia de 2002-2003.

No obstante, la Corte Suprema con una nueva integración —entonces todavía no concluida— modificó los precedentes *"Smith"* y "*Provincia de San Luis* ", en el caso "*Bustos* " y declaró por mayoría de fundamentos la razonabilidad de las medidas normativas que pesificaron los depósitos bancarios y las opciones que ofreció el Estado a los ahorristas, a fin de resolver la crisis desatada a finales de 2001 (692) . Esas alternativas, viables a juicio de la Corte Suprema, consistieron en la oferta de bonos estatales —cuyo plazo de aceptación, conviene señalarlo, estaba vencido al momento de decidirse "*Bustos* "— y la conversión de un dólar norteamericano a 1,40 pesos de la moneda nacional más el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), un índice de actualización, en suma (693) .

Pero la decisión en "*Bustos* " no pudo mantenerse, en parte por la férrea resistencia que generó el fallo y por algunas consideraciones de esa sentencia, críticas para los perjudicados por la pesificación y para los jueces que los ampararon.

Al fin y con una nueva integración, la Corte Suprema ideó una solución para el problema, en el caso "*Massa* ". La fórmula encontraba por el Tribunal —sin que los ministros que habían votado en "*Bustos* " abandonaran la doctrina

elaborada en ese precedente— al aplicar una tasa de interés más alta procuró eludir el daño a los derechos *propietarios* de los depositantes (694) .

Por otro lado, la prohibición de requisiciones impone límites a la ocupación temporánea anormal reglada por la ley de expropiaciones. Además, los servicios personales obligatorios sólo son admisibles como carga pública, por motivos de solidaridad social y deben constituir obligaciones razonables, equitativas y no discriminatorias.

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.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 1º; 5º; 8º; 16; 17; 19; 23; 24; 29; 43; 53; 59; 60; 75, incs. 12, 20, 22; 99, incs. 3 y 5; 109; 115; 116; 118; 119; 120; 123, C.N.

Art. IX, X, XVIII, XXV y XXVI DADDH; Arts. 3º, 18, 8º, 9º,10, y 11 DUDH; Arts. 2º.3, 6º.2, 4,5 y 6; 7º, 9º,10, 14, y 15 PIDCP; Arts. 7º, 8º, 9º,10, 25, y 27CADH; CIPPST.

1. El debido proceso legal. Principios e interpretación general

El art. 18 de la Constitución Nacional constituye una de las máximas garantías de la libertad personal, frente al abuso del poder y más allá de los legítimos derechos de la sociedad de defenderse de la acción delictiva. En la versión clásica, la garantía procura evitar que inocentes resulten condenados mediante la confesión obtenida por apremios, torturas o pruebas fraguadas o que los gobernantes persigan, de ese modo, a sus enemigos políticos. Desde la perspectiva de los derechos naturales —o de su nueva formulación, los derechos humanos— las seguridades y límites del art. 18 de la Constitución, consagran tanto la dignidad del eventual afectado por aquellas prácticas prohibidas, como de la sociedad en su conjunto, que se denigra a sí misma

si las permite y del Estado quien, si emplea conductas delictivas, pierde su legitimidad moral y jurídica.

En consecuencia, la norma contiene una serie de garantías procesales e impone límites precisos a la actividad represiva del Estado y a los instrumentos para hacerla efectiva.

Las garantías procesales se inician con el derecho a la jurisdicción, es decir, con el derecho a peticionar ante tribunales judiciales la emisión de una sentencia justa y eventualmente absolutoria. El derecho a la jurisdicción se integra con la obligación, por parte del Estado, de crear tribunales judiciales independientes del poder político partidario, adjudicarles competencia y disponer las reglas de procedimiento que respeten los principios del debido proceso adjetivo. Las reglas procesales, adjetivas, encuentran, de ese modo, su límite y justificación en la Constitución Nacional y pueden ser examinadas en su razonabilidad, tanto como las normas sustantivas. El derecho de los afectados a solicitar de los tribunales el control de razonabilidad de las medidas restrictivas de la intimidad, de la libertad ambulatoria, en suma de la preservación de las garantías del art. 18, exige de parte de los jueces que, en todos los casos, aquellas medidas sean *motivadas* en los hechos y las circunstancias del caso y *fundadas* en el derecho vigente. En consecuencia, los deberes procesales de motivar y fundar las resoluciones judiciales que de algún modo impongan limitaciones a los derechos personales, encuentran su razón última en la Constitución Nacional. Constituye un caso ejemplar de lo afirmado, el art. 236 del Código de Procedimiento Penal de la Nación, en tanto la norma adjetiva exige la emisión de un *auto fundado* para la intervención de las comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedirlas o conocerlas (695) . Incumplir aquella disposición implica no sólo el olvido de una obligación procesal sino la alteración de una garantía constitucional.

En esa misma dirección el ministro *Petracchi* , votando en disidencia en el caso "*Yemal, Jorge G."* , sostuvo que para garantizar la inviolabilidad de domicilio "la orden de registro sólo puede ser válidamente dictada cuando median elementos objetivos idóneos para *fundar* una mínima sospecha razonable de que en el lugar podrían encontrarse elementos que probasen la comisión de algún ilícito penal". En consecuencia, "la mera expresión de sospecha de un funcionario público no constituye *per se* base objetiva (696) . En el caso, la orden de allanamiento emitida por el juez se había limitado a expedirla, remitiéndose a lo que solicitaba la Dirección General Impositiva.

En tanto la República Argentina es un país federal, la organización, estructura y funcionamiento jurisdiccional está atribuida tanto al Estado nacional como a las provincias y, en su órbita y competencia, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme con los arts. 5º; 75, inc. 12; 116, 117 y 129 (697) .

Como lo señalara la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "el art. 18 exige la observancia de las formas sustanciales del juicio, relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia pronunciada por los jueces naturales, dotando de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal" (698) .

El art. 18 proviene de la Constitución histórica de 1853/60. La reforma de 1860 suprimió —de la expresión "quedan abolidas para siempre..."— la frase referida a *las ejecuciones a lanza y a cuchillo* , que recordaban una práctica reñida con la dignidad de la persona humana.

Las garantías personales del art. 18 recibieron un amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial y se extendieron a todo tipo de proceso. Por eso resultaron inconstitucionales el art. 12 del decreto 214/02 y art. 3° del decreto 320/02(699) . De esas garantías del art. 18 derivaron la acción de amparo y la defensa contra la sentencia arbitraria, entendida ésta como la negación del debido proceso legal o adjetivo y del derecho a obtener una sentencia justa.

La reforma constitucional de 1994 incluyó expresamente en el art. 43, las garantías específicas del amparo —en una versión ampliada de la clásica— el *hábeas data* y el *hábeas corpus* . Al mismo tiempo, la jerarquía constitucional de algunos Tratados de Derechos Humanos favoreció la interpretación fuertemente garantista de la vida, la libertad y la dignidad humana e incorporó algunas protecciones concretas, a partir de entonces, de raigambre expresamente constitucional. Así, por ejemplo, puede señalarse el art. 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece el derecho a la indemnización en caso de condena firme por error judicial.

La primera frase del art. 18 "*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso"* constituye una especie del principio de legalidad, establecido en forma general en el art. 19 de la Constitución Nacional. La norma dispone que los tipos penales —definición del hecho delictivo— y la sanción correspondiente deben establecerse por ley. Ni siquiera circunstancias excepcionales autorizan al Poder Ejecutivo a dictar decretos por razones de necesidad y urgencia en materia penal (conf. art. 99, inc. 3, C.N.). Además, la ley penal debe ser anterior al hecho del proceso, con lo cual resulta inaplicable la ley penal más gravosa sancionada con posterioridad a los hechos. Este principio, paradigma del derecho liberal, también está consagrado en varios tratados a los que la República Argentina otorgó jerarquía constitucional (700) .

No obstante, la Corte Suprema, al declarar imprescriptibles los delitos*de lesa humanidad* , debió examinar la aplicación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los de Crímenes de Lesa Humanidad en el caso "*Prats* " a delitos cometidos antes de la entrada en vigencia en la República Argentina de la mencionada Convención (701) . Tal como se ha dicho, aunque la tipificación de los delitos de *lesa humanidad* no se encuentra totalmente integrada, es claro que la jurisdicción internacional para el juzgamiento de esos crímenes se justifica, pues la humanidad toda resulta víctima de ellos (702) .

Por otro lado, el derecho a la aplicación de la *ley penal más benigna*—a l momento de la sentencia o durante la condena— no derivaba de las garantías del art. 18 de la Constitución Nacional sino del art. 2º del Código Penal, pero después de la reforma constitucional de 1994 se convirtió en un principio constitucional merced a los tratados a los que se dio esa jerarquía y establecieron aquel derecho (703) . Ese fue el criterio adelantado en una

disidencia de la Corte Suprema en el caso "*Ayerza* ", de 1998. Se sostuvo en aquella ocasión que la retroactividad de la ley penal más benigna resultaba aplicable aún en las hipótesis de leyes penales en blanco, cuando la que mudaba en orden a la menor sanción era el tipo que surgía de la norma complementaria. En términos de la disidencia referida, se dijo expresamente que "no existen razones para excluir a las leyes penales en blanco del principio de aplicación de la ley penal más benigna" principio consagrado en los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional pues "...en esta clase de leyes penales se da la posibilidad de que sin variación formal del tipo penal, su contenido resulte modificado por el cambio sufrido por la norma extrapenal. Ello en razón de que no es posible concebir como completa la norma en estudio sin la normativa de complemento, pues ésta resulta una parte esencial de la ley, sin la cual se tornaría inoperante (704) . De su lado, en la restante disidencia del caso *"Ayerza"* se dijo, con cita de un precedente del Superior Tribunal Federal de Alemania, que "...para la cuestión de la ley penal más benigna interesa la situación jurídica total de la que se desprende la norma. No existe fundamento jurídico para no emplear esta regla en el ámbito de las leyes penales en blanco" (705) .

Por fin, la Corte Suprema en una muy breve sentencia, siguiendo las disidencias en "*Ayerza* ", aplicó el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna en la hipótesis de las leyes penales en blanco, en el caso *"Cristalux S.A."* , en 2006. La sentencia fue emitida por unanimidad lo que fortalece la doctrina de la Corte Suprema sobre la cuestión (706) .

E n suma y tal como se ha señalado, la jurisprudencia "ha entendido tradicionalmente que el principio de legalidad abarca a todos los presupuestos de la punibilidad y no sólo a la descripción de la conducta típica en sentido estricto. En consecuencia, también los plazos de prescripción han de estar legalmente determinados con carácter previo, y no cabe prorrogarlos retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como en el caso contrario" (707) .

2. Valor de los informes, recomendaciones y opiniones consultivas de los Tribunales Internacionales y sus efectos en las garantías de la libertad

Más allá del valor moral de los dictámenes o recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las eventuales responsabilidades que puedan generar para los Estados parte el incumplimiento de la Convención, en el orden interno de la República Argentina se plantea el problema del valor que, para los magistrados judiciales, tienen aquellas decisiones al momento de interpretar las garantías que la Convención Americana reconoce en materia penal (708) . Varios pronunciamientos de la Corte Suprema argentina han recurrido a aquellos

pronunciamientos, otorgándoles dispar valor y, al mismo tiempo, dando alcance a las garantías derivadas del Pacto de San José de Costa Rica. Si se examinan los precedentes de la Corte Suprema, acerca del valor o carácter vinculante que la jurisprudencia de los organismos internacionales deben de tener en el orden interno de la República Argentina —d esde "*Ekmekdjian c/Sofovich* " hasta "*Mazzeo"*— se advertirá hasta dónde ha llegado el Tribunal en orden a considerarse *ligado* por la interpretación que de las cláusulas de la Convención Americana ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (709) . La evolución de la Corte Argentina, deferente para con la hermenéutica de la Corte Interamericana, según lo entiendo, le deja poco margen para *reinterpretar* de buena fe y en el caso concreto —y ninguna norma interna o internacional se lo impide— esa jurisprudencia (710) .

2.1. La doble instancia en el proceso penal

En el caso*"Giroldi"* , sobre la exigencia de la doble instancia, la Corte Suprema sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe servir de *guía para la interpretación* de los preceptos de la Convención (711) . En el caso se refirió a la Opinión Consultiva 11/90 de la Corte Interamericana, sobre excepciones al agotamiento de los recursos internos (consid. 12). Al mismo tiempo, al examinar la garantía establecida por el art. 8º, párrafo 2º, inc. h, de la Convención Americana de Derechos Humanos dijo el Tribunal que la exigencia de la doble instancia no quedaba satisfecha con la posibilidad de interponer recurso extraordinario federal, mudando, de esa manera, el precedente *"Jáuregui"*(712) . Aunque, en realidad, la Corte Suprema, al hacer mérito de la reforma legal que la autorizó a efectuar el rechazo discrecional de aquel recurso (713) dijo que *ya no era aplicable* la doctrina de *"Jáuregui",* pues habiendo mudado las reglas y excepciones de la competencia apelada del Tribunal, "el recurso extraordinario no constituía un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como garantía mínima para toda persona inculpada de delito" (714) . Como consecuencia de ello, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 459, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Nación, en tanto la norma vedaba la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal, en razón del monto de la pena (715) .

No obstante, en un precedente posterior y en*obiter dictum* , la mayoría de la Corte Suprema dio alcance interpretativo al art. 8º, inc. h de la Convención Americana, al sostener que esa norma no impone *necesariamente,* la renovación del debate realizado en el proceso, pues el derecho a recurrir de la sentencia ante un juez o tribunal superior no descalifica la instancia única, sino que impone que la sentencia emane del tribunal superior en la escala jerárquica del Estado de que se trate. Si esa interpretación no fuera la correcta, sigue diciendo la Corte Suprema, se pondría en contradicción la

referida norma del Pacto Interamericano con el art. 117 de la Constitución Nacional, en tanto que esta última disposición establece la competencia originaria y exclusiva del Tribunal, también en materia penal, para las hipótesis allí indicadas, decisiones que, como resulta obvio, no son susceptibles de apelación alguna (716) .

Por otro lado, la Corte Suprema ha concluido que la garantía de la doble instancia en materia penal no alcanza al Ministerio Público, pues éste es un órgano del Estado y no el sujeto destinatario de aquel beneficio por lo que no se encuentra amparado por la norma de rango constitucional, sin que ello impida que el legislador, si lo considera necesario, le acuerde igual atribución (717) .

2.2. PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y DERECHO A UNA DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO(718)

El art. 7º, ap. 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoció el derecho a ser juzgado en un *plazo razonable* o, en su defecto, a ser puesto en libertad. En consecuencia de esa disposición se sancionó la ley 24.390 que reglamentó el instituto de la excarcelación por el cumplimiento del plazo máximo de prisión preventiva permitido. Al disponerse una excarcelación —aplicando la ley indicada— el Fiscal dedujo recurso extraordinario. Llegado el caso a la Corte Suprema en *"Bramajo"* , el Tribunal incluyó las opiniones de la Comisión Americana de Derechos Humanos entre los documentos que deben servirle de *guía de interpretación* de las disposiciones de la Convención y fijó las pautas a la que se debía ajustar la interpretación de la ley 24.390(719) . La Corte Suprema, si bien rechazó la inconstitucionalidad del art. 1º de la citada ley, entendió que los plazos de esa norma no debían aplicarse de forma automática por el mero transcurso del tiempo, pues, según el informe de la Comisión Americana, "el Estado parte no está obligado a fijar un plazo válido para todos los casos, con independencia de sus circunstancias, quedando el concepto de plazo razonable sujeto a la apreciación de la gravedad de la infracción, en cuanto a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable" (720) .

Con distinta integración, la mayoría de fundamentos de Corte Suprema rechazó un recurso extraordinario contra la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal —que denegó una excarcelación impugnada por violación del plazo razonable de detención— arguyendo el incumplimiento de uno de los requisitos de aquel recurso, esto es, por inexistencia de sentencia emanada del superior tribunal de la causa. El tribunal inferior había denegado la excarcelación en base a la mayor penalidad prevista para los delitos que se atribuían al procesado —s ustracción, retención y ocultamiento de menores, en concurso ideal con la sustitución de identidad, reiterado en diez oportunidades—; la particular gravedad del daño causado; la prolongación y permanencia de los injustos en el tiempo; la condición de militar del

procesado y su mayor deber de obrar frente a la norma; la imposibilidad de reparación del daño causado y la calidad de las víctimas (721) . Por su parte, en disidencia, los jueces *Belluscio* y *Boggiano* entendieron que, en el caso, a) se daba sentencia equiparable a definitiva, por afectar un derecho que requería tutela inmediata; y, b) existía cuestión federal suficiente, pues se cuestionaba la ley reglamentaria del art. 7.5. de la Convención Americana y la resolución había resultado adversa al derecho invocado. En consecuencia, declararon procedente el recurso, pero —reiterando que la aplicación de los plazos razonables no debe ser automática— lo rechazaron en lo sustantivo con fundamento en que la interpretación del *a quo* se compadecía con la interpretación de la Corte Suprema sobre el punto (722) .

Como se ha señalado con acierto, existen diferencias entre la aplicación de límites objetivos a la detención preventiva —típicamente plazos máximos— y las fórmulas genéricas y abstractas para conceder la libertad por falta de sentencia condenatoria (723) . En mi opinión, no constituyen formas genéricas las que toman en consideración la complejidad del asunto, la conducta del inculpado y la diligencia de la autoridad competente (724) y por lo tanto pueden aplicarse para mensurar el plazo razonable de detención. Debe señalarse que en muchas ocasiones la complejidad del asunto puede estar relacionada con la gravedad del delito imputado, en cuyo caso este elemento también debe tenerse en cuenta para aplicar la garantía. O, como sostuvo la Cámara en el caso *"Harguindeguy",* arriba citado, en la prolongación y permanencia de los injustos en el tiempo; en la condición de militar del procesado y su mayor deber de obrar frente a la norma; la imposibilidad de reparación del daño causado y la calidad de las víctimas.

De todos modos, debe tenerse en cuanta que la prisión preventiva durante la tramitación del proceso, implica privar de libertad a quienes son considerados inocentes por laConstitución Nacional. En consecuencia, la denegatoria de la libertad de los sometidos a procesos debe cumplir con, al menos, dos requisitos adicionales a los mencionados en los párrafos anteriores: a) que no se discrimine a quienes se consideran enemigos para denegar la libertad —una aplicación del derecho penal del enemigo- diferenciando tipos penales que son idénticos según patrones ideológicos; y b), que la duración del proceso no se dilate irrazonablemente. Dado que serán, en última instancia, los jueces quienes mensurarán en los casos concretos si se dan algunas de las excepciones para denegar la excarcelación, los magistrados deberían ponderar con precisión los factores que surgen de la causa, para decidir en uno u otro sentido.

2.3. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable

El derecho de toda persona a ser juzgada sin dilaciones indebidas, aunque durante la tramitación del proceso se encuentre en libertad, es una de las garantías de la defensa en juicio y de lo que se conoce como debido proceso judicial. Seguridad típica del derecho penal liberal, fue reconocida en la enmienda 6º de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica —

"En todas las causas penales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio público y *expedito* a cargo de un jurado imparcial del Estado y distrito...— y en tratados de derechos humanos regionales y universales, algunos de los cuales adquirieron jerarquía constitucional en la República Argentina. Pero ya antes de otorgada esa jerarquía, la jurisprudencia de la Corte Suprema declaró que el derecho a un juicio rápido constituía una exigencia consustancial a la dignidad humana a fin de "librarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito" y de obtener un pronunciamiento definitivo que acabe con la situación de incertidumbre y "de innegable restricción a la libertad personal que comporta el enjuiciamiento penal" (725) .

La Corte Suprema consideró, para sostener que se había violado la garantía a ser juzgado en un tiempo razonable y dando por reproducido el dictamen del Procurador Fiscal, el trámite del proceso y el tiempo que éste había durado —más de quince años-; lo incierto de su culminación; y que el objeto procesal de autos no era complejo—contrabando de un solo vehículo (726) . Como bien se señaló en el referido dictamen, un proceso de tal duración no sólo perjudica al acusado, "...sino también al Estado, tanto por el dispendio jurisdiccional que ello significa, cuanto por la distorsión de todos los fines de la pena, cuya eficacia exige la menor distancia temporal entre el hecho y la condena" (727) . La descripción de los efectos de los procesos penales que no concluyen nunca, pone negro sobre blanco un problema sistémico en materia penal en que la condena *es* el sometimiento a proceso y, agrego, la persecución del delito una ficción más pues su corolario es, finalmente, la prescripción.

2.4. La revisión de sentencias firmes por aplicación de las recomendaciones de la Comisión Americana de Derechos Humanos y por la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Pese a la decisión recaída en*"Bramajo",* en el caso *"Acosta"* referido a la revisión de las decisiones judiciales firmes en el orden interno, como consecuencia de recomendaciones de la Comisión, la Corte Suprema emitió un pronunciamiento ambiguo. En efecto, el Tribunal sostuvo que el Estado argentino debe realizar los mayores esfuerzos para cumplir las recomendaciones de la Comisión pero que "la jurisprudencia internacional por más novedosa y pertinente que se repute no podría constituir un motivo de revisión de resoluciones judiciales firmes" (728) . Aun cuando la Corte Suprema citó su propio precedente en *"Giroldi",* el Tribunal no aclaró si se refería a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a la de la Comisión o a ambas a la vez. De todos modos, las afirmaciones de la Corte Suprema sobre el valor de los pronunciamientos referidos lo fueron en *obiter dicta,* ya que, al rechazar la posibilidad de revisar la sentencia firme, sostuvo la falta de relación directa entre las recomendaciones de la Comisión y la privación de

libertad que se encontraban cumpliendo los condenados, en virtud de sentencia con valor de cosa juzgada (729) . De todos modos, debe decirse que en "*Acosta* " se peticionaba la flexibilidad de la cosa juzgada a favor del privado de libertad.

La importancia sustantiva de la jurisprudencia internacional y su carácter vinculante para los tribunales argentinos fue de la mano de una transformación copernicana en la doctrina de la Corte Suprema. En efecto, nada menos que en el examen de la validez constitucional de un indulto que ya había sido considerado constitucional por la misma Corte en anterior integración, el Tribunal, para declarar la invalidez del perdón oportunamente otorgado y pasado en autoridad de cosa juzgada, hizo mérito del derecho internacional humanitario, de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional en la República Argentina y de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos *"Barrios Altos c/Perú"* (2001) y *"Almonacid Arellano"* (2006).

De ese modo, la mayoría de la Corte Suprema sostuvo en *"Mazzeo* ", haciendo suya la doctrina internacional que "...el Poder Judicial [del Estado parte] debe ejercer una especie de ¨*control de convencionalidad* ¨ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la *interpretación* que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, *intérprete último* de la Convención Americana" (730) . En base a esos fundamentos, la Corte argentina entendió que debía replantearse el alcance de la cosa juzgada compatible con los delitos investigados y declaró la imposibilidad de indultar a autores y partícipes de delitos de esa envergadura, los delitos de *lesa humanidad*(731) . Sostuvo, además, que la invalidez de los indultos a ese tipo de delitos obligaba a todos los poderes del Estado.

De esa doctrina elaborada por la Corte Suprema en *"Mazzeo"* se sigue una aplicación *débil* de las garantías del derecho penal liberal, a los autores y partícipes de delitos de *lesa humanidad* (¿quizás, en alguna medida, la desaparición de esas seguridades para quienes hubieran cometido los mencionados delitos?). Si ello es así —y más allá de la consistencia o inconsistencia *garantista* de tal criterio— resulta determinante establecer con precisión el tipo penal de los que se califican como delitos de *lesa humanidad* .

Esta nueva línea doctrinaria de la Corte Suprema despierta muchos interrogantes acerca del alcance de los deberes del Estado, bajo las convenciones internacionales, de investigar, perseguir y sancionar a autores y partícipes de delitos de *lesa humanidad* frente a los derechos y garantías que corresponden a *todos* , conforme a la Constitución Nacional y los tratados. También sobre la configuración de los delitos de *lesa humanidad* sólo cuando son cometidos desde el Estado y planificados por el Estado o por organizaciones paraestatales que están bajo su control, tal como surge de la sentencia de la Corte Suprema emitida en "*Derecho* " (732) Según lo que emerge de este último fallo, la Corte caracterizó los delitos de lesa humanidad y trazó un borde que deja fuera de

esa calificación actos igualmente aberrantes contra los derechos fundamentales, cometidos por asociaciones no estatales, levantadas en armas, aunque esas organizaciones le disputen el poder al gobierno establecido y pese a que éste tenga origen democrático. Esa delimitación, por cierto, lo fue por implicancia y en *obiter dictun* porque, en el caso *"Derecho"* , se juzgada la conducta de un integrante de las fuerzas de seguridad legales (733) .

La controvertida pauta de diferenciación ya había emanado de la jurisprudencia elaborada por la mayoría de la Corte Suprema en *"Lariz Iriondo".* En esta sentencia, el Tribunal denegó una extradición solicitada por el Reino de España de quien —en su calidad de miembro de la ETA y partícipe en los hechos— resultó procesado por el delito de terrorismo. La Corte fundó el decisorio en que este delito, si bien no debe ser considerado político, tampoco constituye un delito de *lesa humanidad*(734) .

3. El debido proceso legal en el proceso penal

El debido proceso legal constituye una garantía constitucional, amplia e innominada, con aspectos adjetivos y sustantivos. El primero de ellos o *debido proceso formal* incluye el principio de legalidad, pero no lo agota. En materia penal resulta imprescindible que, para incriminar una conducta, se sancione una ley por el Congreso Federal, la que debe establecer el tipo penal y la pena consecuente. Además, todo el proceso de investigación de los hechos y autoría del delito —fundamentalmente la prueba colectada y pertinente— debe ajustarse a reglas formales que constituyen, cada una de ellas, garantías específicas.

Sin embargo, el control de constitucionalidad adjetivo en el proceso penal plantea varios problemas referidos a la existencia o inexistencia de dos de los requisitos propios del recurso extraordinario federal: la *cuestión federal* y la *sentencia definitiva.* Como es sabido, las cuestiones procesales, en principio, no abren la instancia extraordinaria federal ni constituyen sentencias definitivas las resoluciones que, por ejemplo, rechazan una recusación u ordenan la prisión preventiva. Aun cuando con tales decisiones puede afectarse el derecho de defensa o el principio de inocencia, lo que hace viable el planteo y la apertura de la instancia excepcional en esos casos (735) , la Corte Suprema, en decisión mayoritaria, ha considerado que la sentencia que rechaza una recusación no resulta definitiva ni equiparable a tal, por lo que no procede el recurso extraordinario federal contra ella. Y lo sostuvo en un caso en el que estaba en juego la garantía del juez imparcial, pues, en virtud de la normativa procesal, en el mismo juez se acumulaban las funciones de instruir, ordenar la elevación a juicio y dictar el pronunciamiento final (736) . Por el contrario, el Procurador General opinó que no es posible fijar taxativamente en la ley todas las causales de recusación por lo que éstas deben interpretarse de modo tan libre como sea posible.

Esa cuestionada jurisprudencia no se mantuvo y la Corte Suprema, en "*Llerena* ", consideró que una recusación cuya improcedencia pudiera afectar la garantía del juez imparcial constituía una sentencia equiparable a definitiva y, por tanto, abría el recurso extraordinario federal (737) . La sentencia provocó un fuerte impacto porque extremó la garantía de la *imparcialidad objetiva* —la jueza que debía decidir ya había emitido resoluciones en el caso, afectando, con ello, el principio acusatorio— y, en este sentido, la decisión de la Corte de examinar lo que consideró una cuestión federal, fue celebrada por la doctrina penal (738) .

Los aspectos materiales del proceso penal o *debido proceso sustantivo* habilitan el control de razonabilidad de las medidas restrictivas de los derechos personales, ordenadas para perseguir el delito (739) . En estos casos en que están involucradas garantías esenciales de la libertad humana el *standard* de control debe ser más estricto, no alcanzando —a mi modo de ver— con el examen de la relación o adecuación entre el fin de la norma y los medios elegidos para cumplirlo. Como mínimo, el análisis de proporcionalidad es más adecuado, pues con él se evalúa si la restricción del derecho es o no es excesiva.

4. La garantía del juez independiente e imparcial

La garantía del juez independiente e imparcial tiene, en el art. 18, dos protecciones expresas: el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales y a no ser apartado de los jueces designados por la ley antes del hecho que motiva la causa. Es lo que se denomina la garantía del juez natural y tiene por fin asegurar la máxima imparcialidad en el juzgamiento de las personas. La otra garantía deriva del alcance del concepto de imparcialidad, asegurada expresamente en los tratados de Derechos Humanos y en las leyes procesales mediante los institutos de la recusación y la inhibitoria.

La Constitución Nacional refuerza estas garantías con una expresa prohibición al presidente de la Nación, establecida en el art. 109. La norma le impide el ejercicio de funciones judiciales, conocer de las causas pendientes o restablecer las fenecidas. En virtud de esa disposición —a ntes art. 95 de la Constitución histórica— se llegó a plantear la inconstitucionalidad de la llamada jurisdicción administrativa, cuestión resuelta por la Corte Suprema en el caso *"Fernández Arias"*(740) . En esa sentencia, se admitió la constitucionalidad de la jurisdicción administrativa aplicada a controversias entre particulares, siempre que de ella se tuviere *control judicial suficiente*(741) . Aunque esta doctrina permanece vigente, la Corte Suprema acotó sus alcances en "*Ángel Estada y Cía. S.A.".* En el caso, la demandante, usuaria del servicio eléctrico, reclamó ante Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), los daños y perjuicios por la ineficiente prestación del servicio. La Corte consideró que las controversias sobre esa materia estaban excluidas de la competencia del Ente limitándose, ésta, a las cuestiones

referidas al correcto funcionamiento de servicio pues, lo contrario, implicaría la violación de los Art. 18 y 109 de la Constitución Nacional(742) .

También la validez de atribuciones judiciales de la administración sobre los administrados fue admitida desde antiguo, pero en caso de que pudiera revisarse en sede judicial lo decidido en uso de aquella atribución. En consecuencia, resultó viable el control judicial de la determinación de oficio de las obligaciones tributarias efectuada por la Dirección General Impositiva (DGI). Revisión judicial que también resulta procedente sobre las determinaciones que al efecto realice la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

La garantía del juez natural impide tanto la creación de fueros personales —prohibidos por el art. 16 de la Constitución Nacional, porque implicarían un privilegio inadmisible en una República— como la de comisiones especiales dispuestas con la finalidad de reprimir hechos sucedidos con anterioridad.

Sin embargo, la garantía no obstaculiza el establecimiento de fueros reales o de causa, entre los que se encuentra el fuero militar, a condición de que se apliquen a estos profesionales para delitos de esa naturaleza. En cambio, es discutible la constitucionalidad del fuero militar en los casos en que se imputen a militares delitos comunes, cometidos en lugares sometidos a esa jurisdicción o en oportunidad del ejercicio de funciones o mandatos militares (743) y resulta claramente inconstitucional la aplicación de ese fuero a civiles, salvo en los casos en que todos los tribunales judiciales estén imposibilitados de funcionar. La Corte Suprema, no obstante, convalidó la llamada *ley marcial* , es decir, la aplicación a civiles de la jurisdicción militar, sin estado de guerra ni bloqueo de los tribunales civiles. Las normas habían emanado de poderes constitucionales —el Ejecutivo que sancionó los decretos y el Congreso que los ratificó— y constituyeron el llamado *Plan Conintes*(744) .

Cabe referirse, además —respecto a la jurisdicción militar— a un fallo en el que se sostuvo, en lo que aquí interesa que: a) toda persona sometida a jurisdicción castrense goza de los derechos fundamentales reconocido a los habitantes de la Nación; b) debe distinguirse entre*derecho disciplinario militar* y *derecho penal militar* . Las faltas disciplinarias las sanciona el presidente de la Nación en su condición de comandante en jefe (art. 99, inc. 12C.N.) Acerca del derecho penal militar rigen todos los principios interpretativos constitucionales e internacionales que guían todo el derecho penal; y, c) la jurisdicción penal militar —sea ordinaria o especial— debe integrarse con jueces independiente, lo que significa que éstos no deben estar sometidos al poder disciplinario del poder ejecutivo (745) . La regla, enunciada en c), luce contundente pero, debe señalarse, sólo tres jueces sobre siete de la Corte Suprema la elaboraron en esos términos. Aunque los siete ministros hicieron lugar a la queja, declararon procedente el recurso extraordinario y absolvieron al militar condenado a un año de prisión menor, la concurrencia declaró arbitraria la sentencia en razón de varios vicios que adjudicó a la sentencia en recurso, sin pronunciarse sobre el alcance o validez de la jurisdicción militar, tal como estaba regulada en la normativa pertinente(746). Por su parte, la disidencia parcial consideró violada la

defensa en juicio del procesado, en tanto la normativa aplicable no le permitía elegir abogado defensor de su confianza y, éste, había visto restringida su capacidad de acción en la defensa, también en virtud de la normativa vigente(747).Esta última tacha constitucional también fue declarada por el primer voto y la concurrencia. Así pues, acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del fuero militar estimo que no hay, por ahora, julio de 2008, doctrina de la Corte Suprema, aunque, esta sentencia, motivó el proyecto de reforma del Código de Justicia Militar en el sentido de su primer voto. En cambio, existe doctrina del Tribunal —y ajustada a los preceptos constitucionales— acerca de que las limitaciones a la elección de un abogado defensor en el ámbito del derecho penal militar, que además puede ser lego y que está sometido al poder disciplinario del Poder Ejecutivo, vulnera gravemente el derecho a la defensa en juicio.

La sentencia en *"López"* , produjo consecuencias porque el 6 de agosto el Congreso de la Nación derogó el Código de Justicia Militar y lo reemplazó por otro en el que entre importantes modificaciones al sistema, se estableció que los miembros de las Fuerzas Armadas serás juzgados por la justicia federal y con aplicación del los Códigos Penal u Procesal Penal y que los imputados tendrán derecho a elegir a su abogado defensor matriculado como tal (747 Bis).

Aunque están conectadas, la prohibición de establecer comisiones especiales y el resguardo del juez natural constituyen dos situaciones diferentes. La primera se refiere al establecimiento en particular, para un caso o tipo de casos singulares, de tribunales cuya existencia es accidental y que concluyen su cometido con el enjuiciamiento de las personas involucradas en esos casos especiales. El impedimento para que esas comisiones juzguen a las personas deriva, también, de las prohibiciones dispuestas en el art. 29 de la Constitución Nacional en tanto esta norma bloquea la posibilidad de otorgar al Poder Ejecutivo —nacional o provincial— facultades extraordinarias (748) .

Por otro lado, la garantía del juez natural limita la aplicación retroactiva del cambio de competencia de los magistrados, aunque éstos conformen instituciones judiciales permanentes, con competencia delimitada por leyes generales pero que no tenían atribuciones para juzgar el hecho de que se trata, en el momento en que ha sucedido. Sobre esta cuestión, la Corte Suprema ha creado una regla interpretativa en virtud de la cual la garantía del juez natural "no resulta afectada por la intervención de nuevos jueces en los juicios pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de justicia o en la distribución de la competencia. Pues [el art. 18] sólo tiende a impedir la*sustracción arbitraria* de una causa a la jurisdicción del juez que continúa teniéndola para casos semejantes, con el fin de atribuir su conocimiento a uno que no la tiene, constituyendo así, por vía indirecta, una verdadera comisión especial disimulada" (749) . Aunque la solución es razonable, pues la doctrina citada se elaboró en un caso —*"Grisolía"* — en el que el tribunal competente había desaparecido por derogación de la norma que lo establecía, el punto conflictivo consiste en determinar cuándo existe una *sustracción arbitraria* de la causa, pues no todas las razones esgrimidas para mudar la competencia mediante leyes generales pasarían un estricto

control de razonabilidad y, desde luego, podrían poner en tela de juicio la independencia judicial (750) .

Más tarde, la Corte Suprema en el caso *"Greco* " basó la constitucionalidad del cambio de competencia en los motivos de la ley que la modificaba. Así, el Tribunal indicó razones de interés general, eficacia y conveniencia para la economía regional y salvaguarda de los derechos de los terceros eventualmente afectados (751) .

En el caso*"Videla"* , la Corte Suprema tuvo ocasión de examinar la constitucionalidad de la aplicación del art. 10 de la ley 23.049, de reformas al Código de Justicia Militar, a hechos sucedidos con anterioridad a su sanción. La norma introducía un recurso de revisión judicial —ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal— de las sentencias emanadas del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (art. 7º) y preveía una eventual avocación por parte de la Cámara Federal (art. 10). La eventual competencia de la Cámara Federal quedó abierta en virtud del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional, en tanto la disposición ordenó someter a juicio sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a los integrantes de las Juntas Militares que ejercieron el gobierno de *facto* desde 1976, en orden a una serie de graves delitos contra los derechos fundamentales cometidos en ocasión de reprimir a las asociaciones guerrilleras y al terrorismo. Al declarar la constitucionalidad de la competencia de la Cámara Federal para juzgar en el caso, la Corte Suprema argumentó acerca de que la cláusula "[del art. 18] ... que establece que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, no impide la inmediata aplicación de nuevas normas generales de competencia, inclusive a las causas pendientes, excepto que ello significara despojar de efectos a actos procesales válidamente cumplidos" (752) . El Tribunal, con cita del dictamen del Procurador General vertido en el caso *"Grisolía"* sostuvo que si los jueces han dejado de serlo o su jurisdicción ha sido restringida por obra de la ley, entonces no puede afirmarse que sigan teniendo poder para juzgar las causas de que se trate. De una ley, afirma la Corte Suprema, que no ha sido una decisión discrecional del legislador, *sino la necesidad de adecuar el régimen normativo del fuero castrense al principio en virtud del cual todo titular de una pretensión jurídica tiene garantizado el derecho a ocurrir en procura de justicia, ante los órganos integrantes del Poder Judicial*(753) . Con esta afirmación, la Corte Suprema puso en quicio el problema, al sostener implícitamente que los tribunales militares no constituyen, estrictamente, tribunales judiciales, por lo que cabe, de sus resoluciones, la revisión judicial. Este criterio, sin embargo, fue cuestionado por el primer voto en el caso "*López"* citado en párrafos anteriores, bajo el argumento de que constituyó un error pues llevó a consolidar la idea de la constitucionalidad de la jurisdicción militar (754) . Como se señaló en los párrafos anteriores, la derogación del Código de Justicia Militar y su reemplazo legislativo en agosto de 2008, transformó en *federal* la jurisdicción militar.

En cuanto a la*imparcialidad* propiamente dicha, es decir, a la que deben tener los magistrados instituidos conforme a la ley, para juzgar casos

generales y con competencia asignada también por normas generales, dictadas antes de los hechos de la causa de que se trate, varios de los Tratados de Derechos Humanos a los que la reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional establecen, expresamente, el derecho de toda persona a ser oída ante tribunales *independientes* e *imparciales*(755) .

La medida de la imparcialidad es una cuestión problemática que resuelven, en general, las leyes adjetivas o procesales, mediante instituciones como la recusación o la inhibitoria. Estas disposiciones y las que ordenan el proceso penal, organizando las tareas de los jueces intervinientes; admiten el examen de razonabilidad en tanto esas disposiciones pueden afectar la garantía del juez imparcial. Como se dijo en el punto anterior, las limitaciones de la Corte Suprema impuestas acerca del cumplimiento del requisito de sentencia definitiva, para abrir el recurso extraordinario federal, debilitan la garantía (756) . En cambio, la sala IV de la Cámara de Casación Penal, en el caso "*Galván* ", definiendo al juez imparcial como aquel que no es parte en el caso, que lo resuelve sin interés personal, con ausencia de prejuicio a favor o en contra de las personas o materias sobre las que debe fallar, se interrogó acerca de si existe temor de parcialidad frente a un juez que debe dictar sentencia habiendo estado a cargo de la instrucción (757) . Al responder afirmativamente, sostuvo la incompatibilidad de instruir y juzgar en un mismo proceso, interpretó que las causales taxativas de recusación no pueden prevalecer sobre la garantía constitucional de imparcialidad e hizo lugar a la recusación solicitada. Como resulta notorio, las razones de conveniencia —eventualmente, eficacia o celeridad— ceden —y deben ceder siempre— ante las garantías constitucionales en una estricta aplicación de éstas.

En el caso *"Llerena",* ya citado, la Corte Suprema tuvo ocasión de examinar minuciosamente y analizando jurisprudencia internacional, el alcance de la garantía de toda persona a contar con un juez imparcial, distinguiendo como causal de recusación la parcialidad subjetiva de la parcialidad objetiva, ésta, ligada a la organización del sistema judicial.

La Corte consideró, por unanimidad, que el rechazo de la recusación que afectaba la garantía del juez imparcial constituía cuestión federal (758) . Al examinar el problema sustantivo, los diversos fundamentos que desplegaron los ministros del Tribunal coincidieron en una regla en virtud de la cual, para asegurar la imparcialidad objetiva, el magistrado que investigó el caso no debe decidirlo. En la controversia concreta se resolvió que el juez correccional que instruyó el proceso no debía llevar adelante el juicio y dictar sentencia, según el sistema establecido en la norma procesal. En su disidencia parcial —y enfatizando que en el caso se trataba de un cuestionamiento a la organización judicial como tal y no a las calidades de imparcialidad de la jueza que había intervenido en la causa— los jueces *Belluscio* y *Argibay,* dijeron que "...no resulta admisible que sea un mismo juez el que intervenga en la instrucción del proceso y el que actúe en la etapa del juicio, *al menos en cuanto se trate del magistrado que dictó el auto de procesamiento* " (759) . Esta disidencia parcial parece más dispuesta a examinar, caso por caso, el tipo y alcance de la participación que hubiera tenido en el proceso como totalidad, el juez llamado por el sistema a absolver o condenar.

La imparcialidad, entendida como la ausencia de prejuicios o intereses que el magistrado puede tener frente al caso que debe de resolver, tanto en lo referente a las partes como a la materia implicada, nunca será absoluta. Ello así porque por más probidad que exhiban los jueces tendrán, éstos, convicciones propias como personas y como juristas. Sin embargo, es el Estado quien debe de asegurar condiciones objetivas de imparcialidad, en el sistema de procesamiento que establezca. Esto significa que a más de la celeridad en los procedimientos, en primer lugar en beneficio de los procesados con derecho a gozar de un juicio llevado a cabo en un tiempo razonable; de la necesidad de reducir los costos económicos del servicio de justicia; y del derecho de la sociedad a ser protegida en su seguridad y en sus legítimos intereses a través de un aparato jurisdiccional eficiente, entre otros mecanismos, el Estado debe idear un sistema que evite a los magistrados sentenciar luego de haber ordenado actos procesales que le lleven a formarse una opinión, a prejuzgar acerca de la culpabilidad o inocencia del procesado. Si, como se señaló, después de haber dictado un procesamiento, el magistrado se encuentra que en el debate su decisión fue equivocada tendrá, quizás, interés en que el error no aflore, se constituirá, entonces, una duda razonable acerca de su imparcialidad y el procesado tendrá justificado temor a la parcialidad de quien le juzga (760) .

En *"Llerena",* la defensa del procesado había sostenido la inconstitucionalidad de la norma procesal que había derogado la causal de recusación que invocaba. Sin una declaración de inconstitucionalidad neta por parte de los votos de los magistrados que confluyeron en la decisión, la Corte interpretó el sistema procesal *de modo tal* que no fuera el mismo juez correccional quien instruyera y sentenciara en la causa, sino dos magistrados integrantes de la misma competencia correccional.

Por cierto, el criterio estricto que empleó la Corte Suprema para medir la imparcialidad objetiva de los magistrados es consistente con el sistema de la Constitución Nacional, de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional y hasta con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, de las Reglas de Mallorca y el consenso jurídico generalizado, invocados por la Corte como fuente de legitimación externa. Pero esa pauta puede generar problemas de organización judicial en el Estado nacional y en los estados locales. No obstante, las dificultades pueden resolverse mediante la prudencia judicial encontrando la solución en el mismo sistema aplicado, éste, conforme a la garantía de imparcialidad, tal como sucedió en "*Llerena* ". De todos modos, son los poderes legislativos en el orden federal y en el orden local quienes deben establecer reglas de procedimiento estables, que transformen definitivamente el proceso penal bajo el principio acusatorio y garanticen adecuadamente la imparcialidad objetiva como un derecho de todos los justiciables. Y, para no contradecir lo dispuesto en el art. 8, inc.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto declara que toda persona tiene derecho a ser oída por un tribunal imparcial en la sustanciación de una acusación contra ella de cualquier carácter, debe extenderse esa garantía a los juicios públicos de responsabilidad a los que están sometidos los magistrados judiciales.

La pauta en "*Llerena"* volvió a ser aplicada por la Corte Suprema, haciendo suyo el dictamen del Procurador Fiscal, en "*Dieser"* en esta ocasión examinando el procedimiento penal de la Provincia de Santa Fe. En el caso consideró que el hecho de que dos de los tres integrantes de la Cámara de Apelaciones desestimaran las nulidades planteadas por la defensa y confirmaran el auto de procesamiento y la prisión preventiva, e integraran el Tribunal que confirmó la condena de primera instancia, viola la garantía de contar con un juez imparcial. El Procurador sostuvo que quien emitió un juicio de verosimilitud acerca de la pertinencia del procesamiento podría quedar psíquicamente condicionado a emitir un juicio de certeza al momento de revisar la sentencia de condena (761) .

5. Legalidad de la prueba frente a la necesidad social de aplicar sanciones. La regla de exclusión y la teoría del fruto del árbol venenoso

La necesidad social de aplicar sanciones para perseguir el delito y resarcir de algún modo a la víctima —cualquiera que fuese la justificación de las penas privativas o limitativas de los derechos, tales como la libertad— no puede satisfacerse de cualquier manera. Encuentra su límite en el sistema garantista establecido en la Constitución Nacional e impide la utilización de pruebas ilegales. Es, en suma, una aplicación del principio en virtud del cual el fin —el control del delito— no autoriza el empleo de cualquier medio, tal como las pruebas conseguidas violando otros derechos o garantías.

El art. 18 de la Constitución asegura el derecho a no declarar contra sí mismo como un modo de impedir los apremios ilegales y las torturas para alcanzar la confesión del delito. Pero la confesión obtenida mediante presiones inadmisibles es una especie del género *pruebas ilegales* dado que éstas también pueden generarse con la violación del domicilio o de los papeles privados.

En un antiguo precedente, el caso*"Charles Hnos.* ", la Corte Suprema aplicó la *regla de exclusión* de la prueba obtenida ilegalmente. El Tribunal —ante la falta de explicaciones por parte del Administrador de Rentas, acerca del origen de los papeles y documentos incorporados a la causa, o de su procedencia, o del modo en que llegaron a su poder— sostuvo que o bien aquellos documentos habían sido fraudulentamente sustraídos a los procesados, o falsificados, o constituían el resultado de una pesquisa desautorizada por las ordenanzas de Aduanas (762) .

En consecuencia, la invalidez del procedimiento inhabilitaba como prueba a lo incautado u obtenido —documentos, mercancías, confesión— pues aquellas probanzas no resultaban confiables y podían encaminar el proceso hacia la condena de un inocente (763) . Más compleja es la cuestión cuando la confesión extraída con apremios o torturas u otros medios ilegales

proporciona información que facilita la obtención de *otras* pruebas de la culpabilidad.

En el referido caso *"Charles Hnos"* la Corte desestimó la prueba *aun si los documentos incriminantes fuesen verdaderos* , con el argumento de que el interés de la moral y de la seguridad y el secreto de las relaciones sociales —finalidad perseguida por la ley que prohibía el procedimiento— las hacía inadmisibles.

Pero, como la doctrina lo ha señalado para el caso argentino, la Corte Suprema tardó casi cien años en volver a examinar la legalidad de la prueba —salvo un caso aislado— en *"Montenegro"*(764) .

La *regla de exclusión* de la prueba obtenida ilegalmente plantea dos cuestiones adicionales. La primera, acerca del alcance y expansión de la ilegalidad hacia otros procedimientos iniciados *a partir* de la prueba excluida. El segundo problema se refiere a la eventual invocación de la *regla* por otras personas diferentes a aquellas titulares de la garantía que proporciona la exclusión de prueba ilegal, a fin de bloquear la incriminación argumentando que a esas pruebas se ha llegado mediante un procedimiento inválido. En los Estados Unidos, la aplicación de la *teoría del fruto del árbol venenoso* intentó dar solución a ambas cuestiones.

De acuerdo a la *teoría del fruto del árbol venenoso* , la ilegalidad inicial en la obtención de la prueba contamina, envenena cualquier otro acto probatorio derivado de aquélla. Así, la Suprema Corte de los Estados Unidos decidió que el Estado no podía exigir de una persona documentos sobre cuya existencia tomó conocimiento en virtud de un allanamiento ilegal (765) .

Varias razones sustentan la *teoría del fruto del árbol venenoso* . En principio, las mismas que invalidan las pruebas obtenidas ilegalmente; el respeto a la dignidad, la intimidad, la libertad de los imputados. En segundo lugar, la necesidad de que el Estado en general y la justicia en particular no se beneficien —aunque el beneficio sea social— con la ilegalidad que ellos mismos generaron (766) .

Ahora bien, ¿hasta dónde es posible extender la regla de la exclusión de la prueba por sus frutos venenosos? Sin duda los valores que sostienen ambas reglas pueden entrar en conflicto con la *verdad objetiva* que procura establecer el proceso penal. No obstante, es posible armonizar los dos intereses estatales mediante el control de razonabilidad en dos sentidos, aplicando la regla de modo no automático y caso por caso. Por el primero, cuanto más alejada esté causalmente la prueba que se intenta hacer valer, de la presunta ilegalidad de la que está conectada con ella, mayor legitimidad para emplear la primera contra el procesado. Por el segundo, cuanto más gravemente se afecte el derecho o la garantía implicados, mayor contaminación de la prueba derivada.

En los Estados Unidos, la mayoría de la Suprema Corte ha distinguido el derecho constitucional en sí mismo, que se vería afectado por la práctica ilegal de la policía —por ejemplo si se efectúa un allanamiento sin orden judicial— del remedio empleado por los jueces para reparar esa violación, que podría ser, entre otros, la regla de exclusión, aplicable, ésta, según un

análisis de costos y beneficios. De su lado, en la República Federal Alemana se aplica la regla de exclusión según un balance entre la importancia del derecho vulnerado por la obtención de prueba ilegal y el grado en que se lo afectó, por una parte, y, por la otra, la gravedad del hecho investigado y la importancia de la prueba para esclarecerlo(767) . Como se advierte, la regla de exclusión de la prueba obtenida ilegalmente no luce absoluta en ninguno de los dos sistemas. El criterio empleado en Alemania propone una solución razonable al problema, siempre que exista en la sociedad una confianza básica, general y justificada en las fuerzas de seguridad y en la idoneidad e independencia de los magistrados judiciales.

La Corte Suprema argentina, en el caso *"Ruiz"* , revocó parcialmente una sentencia basada en prueba de los ilícitos, a la que se llegó como consecuencia de la confesión del condenado obtenida bajo apremios, y confirmó el fallo sustentado en prueba independiente de aquella confesión. En el caso, con motivo del asalto a mano armada en el que murió uno de los compañeros de Ruiz, los preventores, al revisar las ropas del fallecido, encontraron el documento de identidad de una persona quien reconoció al procesado como el individuo que le había robado. El Tribunal diferenció la prueba viciada —la confesión bajo apremios y los hechos delictivos conocidos por la confesión— de la prueba recabada de fuente diversa e independiente de aquélla, descalificó la primera y admitió la segunda (768) .

5.1. Derecho a no declarar contra sí mismo. La confesión en sede policial

En materia penal el derecho a guardar silencio implica la facultad de no incriminarse y a que la eventual confesión rendida lo sea conforme a determinadas garantías. En materia no penal puede pedirse la absolución de posiciones y la reticencia o el silencio es indicio de la veracidad de lo sostenido por la parte contraria.

En cambio, según doctrina de la Corte Suprema, una condena penal en base a una confesión prestada en sede policial y obtenida mediante apremios debe revocarse, pues no basta con procesar y castigar a los responsables de las torturas para cumplir el mandato constitucional que impide otorgar valor al delito para favorecer la investigación de ilícitos (769) . Por ello resulta más acorde con el principio constitucional, despojar de valor probatorio a la confesión rendida ante la prevención policial, más aun cuando aquella confesión es rectificada en sede judicial (770) . Como lo señaló la Corte Suprema en el caso *"Francomano"* , no puede otorgarse ningún valor a aquella confesión, ni aun a título indicativo. Sin embargo, la regla puede atemperarse si la confesión se realiza en presencia del abogado defensor o el Ministerio Público pueda acreditar, sin lugar a dudas, que el procesado renunció libremente a contar con un letrado (771) y una vez conocido su derecho a permanecer en silencio.

El Tribunal, en *"Francomano"* , enfatizó la necesidad de que las garantías del art. 18 de la Constitución Nacional no se conviertan "en mera fórmula verbal" citando, al efecto, el precedente de la Corte Suprema norteamericana, *"Miranda vs. Arizona"*(772) .

Las reglas de *"Miranda"* determinaron las condiciones en que una declaración en sede policial es legal y por tanto válida como prueba. Conforme a la sentencia, la prevención policial debe notificar al detenido que tiene derecho a guardar silencio; que cualquier declaración que efectúe puede ser utilizada como evidencia en su contra; que tiene derecho a un abogado defensor designado o contratado para consultarlo antes de declarar y para que lo asista durante la declaración. El detenido puede renunciar a esos derechos, voluntaria y conscientemente y es el Estado quien debe probar que se cumplieron los requisitos de validez de la confesión efectuada ante la policía, no bastando con la existencia del *expediente silencioso* , es decir, del que no surgen esos extremos. El estricto cumplimiento de las reglas citadas tiene por objeto evitar que inocentes, presionados por la policía, se declaren culpables por miedo o agotamiento. Sin embargo, la aplicación extensiva de aquellos requisitos a partir de una interpretación amplia de lo que se entiende por coacción psicológica, por ejemplo, ha suscitado críticas e intentos de emplearla razonablemente (773) .

El problema de la declaración en sede policial de los detenidos, que incluye a las personas encontradas en el lugar del hecho, y su valor como inicio de una investigación eficaz de los delitos —inclusive para proteger a las víctimas— o para aplicar las sanciones legales que correspondan, está directamente relacionado con la calidad y confianza que susciten las fuerzas policiales y de cuán respetuosas sean éstas de los detenidos.

Sin embargo, la controversia no se ha cerrado en nuestro país ni en Estados Unidos donde nació la advertencia *"Miranda"* . Ni acerca de la posibilidad de los interrogatorios policiales y la protección contra presiones inadmisibles debida a los interrogados, ni acerca de los requisitos de validez de esas eventuales declaraciones, o sobre la ampliación o restricción de esos recaudos.

En la República Argentina el debate ha llevado a distinguir la situación de quienes aparecían como autores de los delitos —ya sea por habérselos encontrado cometiéndolos o porque espontáneamente se incriminaron y a quienes la policía no debía interrogar, de los sospechosos o testigos a quienes sí se podrían interrogar y, si de ese cuestionario surgía algún fruto, debía levantarse acta (774) . De su lado la sanción de la ley 25.434 de modificación al Código Procesal Penal autorizó a la policía a interrogar a los *sospechosos* —en el criterio de la norma, los hallados en flagrancia— y en el lugar del hechos, pero no resulta claro en la ley la utilidad o empleo de esa declaración que, desde luego, no se equipara a la indagatoria judicial.

En Estados Unidos, la advertencia *"Miranda"* fue confirmada en *"Dickerson v. United States",* (2000). En la sentencia, por el voto del presidente de la Corte, se consideró que una ley del Congreso federal sancionada dos años después de *"Miranda"* , en la que se disponía que bastaba con que la declaración hecha por sospechosos ante la policía fuese prestada

voluntariamente, se hacía más dificultosa en su aplicación por parte de la policía y de los tribunales que las reglas de exclusión de "*Miranda* " (775) .

5.2. DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y PRUEBA DE ALCOHOLEMIA

Así como es admisible el reconocimiento en rueda de personas siempre que se efectúe con las garantías necesarias para que el reconocimiento no sea inducido, o resulta procedente la toma de huellas dactilares, la prueba de alcoholemia es oportuna, pues no obliga a declararse culpable sino a ser sometido a una especial pericia. La medida es razonable en tanto ella resulta proporcional a los intereses sociales que se pretenden proteger, tal como la seguridad de las personas en las rutas y de los bienes en tránsito (776) .

Las pruebas que se realizan sobre el cuerpo de las personas —extracción de sangre, prueba de alcoholemia— constituyen pericias y no están relacionadas con el derecho a no declarar contra si mismo, sino con la preservación de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la privacidad y a la intimidad. En consecuencia, deben disponerse respetando estos derechos y en base a los criterios de adecuación y proporcionalidad, tipos, ambos, de pautas específicas de razonabilidad.

Tal como se dijo, la prueba de rastros de alcohol en el organismo de la persona, resultan válidos aún sin el consentimiento de ésta, pues no significan una violación del derecho a declarar contra sí mismo ya que esta garantía sólo preserva las declaraciones orales o escritas del imputado. Sin embargo para disponerlas "...es necesario, en primer lugar, que exista una relación de adecuación entre la medida probatoria y el dato o información que, mediante ella, se pretende obtener. Y, en segundo lugar, es necesario que exista proporcionalidad entre la afectación a la integridad física o el ámbito de libre autodeterminación del afectado que implica la ejecución de esta clase de medidas y, por otra parte, el grado de sospecha que se tenga respecto de la persona que ha de soportar aquella, así como por otra parte, la gravedad del hecho que se investiga" (777) . Así, por ejemplo, resultaría excesivo y violatorio del derecho a la vida y a la salud, ordenar una operación quirúrgica para obtener una carga de drogas que el imputado portara en su interior, a fin de utilizarla como medio probatorio. Del mismo modo, resultaría irrazonable la medida pericial sobre la persona, si estuvieran dispuestas otras medidas menos gravosas para los derechos de ella y fueran igualmente conducentes.

5.3. INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y DE LOS PAPELES PRIVADOS

La inviolabilidad del domicilio, de los papeles privados y de la correspondencia epistolar, constituye una garantía expresa cuyo allanamiento requiere una ley que determine en qué casos y con qué justificativos procederá aquél. La importancia del derecho protegido exige una norma general *motivada* y *fundada.* Como se verá, también a la norma

particular —orden de allanamiento emanada del Juez, en principio— se le exige el cumplimiento de ambos requisitos.

La orden judicial es condición necesaria, pero no suficiente, de la legalidad del allanamiento, pues aquélla debe indicar causa y objetos a requisar. No obstante, la orden judicial puede dispensarse en caso de mediar consentimiento expreso de quien tuviere derecho a excluir del domicilio y pudiera verse afectado por el allanamiento, dado que la garantía protege a las personas —con el derecho a no incriminarse— y no a los lugares (778) . También puede dispensarse la orden de allanamiento por imposibilidad de obtenerla, por causa de urgencia o para impedir un delito quedando sujeto el procedimiento, en esos casos, a un estricto control de legalidad y razonabilidad por parte del juez.

La legalidad de los allanamientos está directamente ligada con la exigencia de juicio previo fundado en ley, como condición ineludible para emitir y aplicar una condena. Juicio que debe ser regular, es decir, que debe respetar las reglas del debido proceso adjetivo o debido proceso legal (779) .

Por su parte, la Corte Suprema relacionó, en el caso *"Fiorentino"* , la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados con el derecho a la privacidad, consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional. Al examinar el modo en que se había producido el ingreso de la policía, entendió que el consentimiento del detenido no había sido voluntario por la presión ejercida al ser interrogado por los preventores (780) . Así, pues, el consentimiento debe estar revestido de las garantías de la autenticidad para no invalidar las pruebas colectadas en el ingreso al domicilio. Según lo sostuvo la concurrencia en *"Florentino"* el consentimiento debe ser expreso —pues no se presume—; comprobadamente anterior al ingreso al domicilio de que se trate; concretado sin mediar fuerza o intimidación; a quien lo presta debe hacérsele saber que tiene derecho a negarse al ingreso de la fuerza policial, pues la eficacia en la represión del delito no debe derivar de consentimientos *ignorantes* de los propios derechos (781) .

5.4. REQUISA DE PERTENENCIAS PERSONALES. CAUSA PROBABLE DE REGISTRO

La Constitución de los Estados Unidos en la enmienda IV resguarda la inviolabilidad de la vivienda, papeles y *efectos,* de registros y aprehensiones irrazonables. La diferencia con la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional surge de la protección que aquella norma otorga a los efectos personales y del principio de razonabilidad expresamente consagrado para medir cuándo un allanamiento o requisa lo es.

Sobre esos parámetros, la Suprema Corte de aquel país realizó un ajustado análisis de razonabilidad sobre el registro efectuado por policías, de las pertenencias de un pasajero, habiendo *causa probable* para registrar al conductor del automóvil en el que aquél viajaba, sin orden para ello. La

Suprema Corte de los Estados Unidos hizo mérito de la reducida expectativa de privacidad, existente en el transporte de mercaderías en automóviles que transitan sobre la vía pública y efectuó un balance entre el fuerte interés estatal en el registro —para hallar los objetos específicos que habían de secuestrarse— y la mínima interferencia en los derechos a la privacidad del registrado (782) . El análisis de razonabilidad, caso por caso, examinando los valores e intereses en juego y la limitada afectación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio, papeles, correspondencia y objetos eventualmente incriminantes, es trasladable al sistema argentino en mérito a lo dispuesto por el art. 28 de la Constitución Nacional(783) .

Por su parte, los códigos de procedimientos —al reglamentar las garantías constitucionales y establecer las causas probables de registro policial, de personas y pertenencias— deben ajustarse, también, a parámetros estrictos de razonabilidad ponderando hasta qué circunstancias procede y bajo cuáles requisitos.

5.5. Derecho a la intimidad, escuchas telefónicas y control de los mails

En el art. 236 del Código Procesal Penal, en tanto ordena que el decreto que dispone las escuchas telefónicas o de cualquier otro medio de comunicación del imputado, debe contener fundamentos autónomos y ser autosuficiente, constituye una garantía para el acusado —de imparcialidad y objetividad— y una obligación estatal, en tanto la norma asegura la recta administración de justicia. La disposición, aunque adjetiva, es de raíz constitucional, pues garantiza el derecho a la intimidad y asegura los principios del Estado de Derecho, como estado de razón. En consecuencia de ello, cualquier resolución judicial que ordene escuchas telefónicas sin motivación o con motivación insuficiente o insustancial, viola la garantía amplísima del sistema democrático que obliga a los órganos de poder a expresar los fundamentos de sus decisiones, más aun cuando éstas están destinadas a limitar derechos personales. De ese modo, aunque la razonabilidad es una exigencia de toda decisión estatal, en el caso de las escuchas telefónicas, que angostan fuertemente el derecho a la privacidad e intimidad de las personas, la exigencia de motivación es todavía mayor. Ello así, pues la expresión de motivos de la decisión intrusiva de la intimidad es el requisito necesario para poder, eventualmente, examinar la razonabilidad de la orden judicial, ya sea que se utilice el *control más débil* —relación de medios y fines, a fin de analizar si las escuchas son operativas para la investigación del delito—, o *el control más intenso,* de proporcionalidad de las medidas, por ejemplo, midiendo la duración de las escuchas, contemplando los sujetos a los que se escucha, determinando, en fin, las manifestaciones que se han de tomar en cuenta, en relación con la gravedad del delito. También podrá ordenar aquellas medidas el fiscal, por auto fundado, en la

investigación de varios tipos de secuestros de personas, si hubiere peligro en la demora.

Sobre el punto, resulta aleccionadora la doctrina que emana del Tribunal Constitucional de España, a propósito del secreto de las comunicaciones y las escuchas telefónicas. El Tribunal sostuvo que el poder estatal para levantar el secreto de las comunicaciones exige el cumplimiento de dos requisitos necesarios: a) la observancia del principio de legalidad que, en esos casos, requiere una norma de singular precisión que utilice términos suficientemente claros para indicar de manera suficiente en qué circunstancias, y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos a tomar tales medidas y, b) el acatamiento del "principio de proporcionalidad [por el que se] exige verificar que la decisión judicial apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que se ven afectados por la medida y el delito investigado —presupuesto habilitante—, para analizar después si el juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público. La justificación exigida para limitar el derecho al secreto de las comunicaciones debe observarse en todas las resoluciones que limiten el ejercicio del derecho, expresándose las razones que llevan al órgano judicial a estimar procedente la medida, teniéndose en cuenta las circunstancias concretas, concurrentes en cada momento..."(784) .

La articulación de fundamentos del Tribunal español sobre legalidad y razonabilidad está en línea con la interpretación más acabada de los arts. 19 y 28 de la Constitución Nacional.

A partir de los criterios examinados en el párrafo anterior es posible cuestionar la constitucionalidad de sendas disposiciones que modificaron la Ley de Telecomunicaciones. En efecto, laley 25.873,dispuso en el Art. 1º que " todo prestador de servicios de telecomunicaciones deberá disponer de los recursos humanos y tecnológicos para la captación y derivación de las comunicaciones que trasmiten, para su observación remota a requerimiento del Poder Ejecutivo o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente..." y, en el Art. 2º, que "Los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán registrar y sistematizar los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones cursadas por los mismos para su consulta sin cargo por el Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente. Esta información debe de ser conservada por los prestadores por el plazo de diez años. El Estado nacional asume la responsabilidad por los eventuales daños y perjuicios que pudieren derivar para terceros, de la observación remota de las comunicaciones y de la utilización de los datos filiatorios y domiciliarios y tráfico de comunicaciones de clientes y usuarios, provista por los prestadores de servicios de telecomunicaciones" (785) .

La norma constituye un verdadero programa de habilitación técnica para el control absoluto de todas las comunicaciones personales, todos los días del año y a cualquier hora, sin indicar expresamente supuestos de captación y a quienes serán derivados esos informes. Aunque en la normativa se hace referencia a que todo ello se hará de conformidad con la legislación vigente,

el dispositivo parece enderezado a facilitar, con mecanismos técnicos, *el espionaje generalizado o selectivo* , si se quisiera recurrir a esa metodología. Más aún cuando el decreto reglamentario dispone que será la Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE) la encargada de ejecutar las interceptaciones referidas.

La ley y su decreto reglamentario fueron declarados inconstitucionales en el caso *"H. E. c/Poder Ejecutivo Nacional* ". Según dijo con acierto la magistrada interviniente, la ley y el decreto afectaban las garantías a la privacidad de las comunicaciones de las personas y a la privacidad de éstas, en el caso, del actor en sus comunicaciones telefónicas y por Internet y, como abogado, en el secreto profesional que debe preservar, (art. 18 y 19 de la Constitución Nacional). Además de ello, el decreto impugnado —suspendido pero no derogado, ante las críticas que despertó— constituía un claro exceso reglamentario (786) .

De su lado, la Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia y le recordó al Estado que el "superior interés general de la norma" alegado con "tono declamativo por su apoderada", es, en una república, el respeto por la intimidad de todas las personas (787) . Y esta es la cuestión central del debate, de qué modo se preserva la intimidad de las personas del espionaje del Estado y sus organismos. Las normas constitucionales y sentencias como las referidas constituyen sendas protecciones y límites precisos al avasallamiento de la privacidad y la intimidad. A más de ello deben controlarse, también, las "escuchas ilegales", algo más difícil de obtener pero que cuya eventual práctica no debe silenciarse.

6. Derecho a disponer de un abogado defensor

Aunque no surge de modo expreso del texto de la Constitución Nacional, el derecho a contar con un abogado defensor deriva de la defensa en juicio, que implica la existencia de formas sustanciales en el proceso penal: acusación, defensa, prueba y sentencia. Desde la primera intervención de todo acusado en el juicio —ha dicho la Corte Suprema— corresponde que se le informe del derecho que tiene a contar con un abogado defensor, pues la sentencia debe expresar las conclusiones definitivas de la acusación y de la defensa (788) . Una estricta interpretación garantista de lo sostenido por la Corte Suprema, implica que la detención o interrogatorio policial es la primera oportunidad en la que el imputado debiera conocer su derecho a ser asistido por un defensor o, a lo menos, el juez debe hacerlo saber antes de la indagatoria. Y ello más allá de la inhabilidad de aquella declaración ante la policía, sin que conozca sus derechos.

El derecho a la defensa legal —proveída por el Estado en caso de carencia de recursos para procurarla por sí mismo— no constituye un deber ineludible del procesado. La Convención Americana sobre Derechos Humanos declara el derecho *irrenunciable* de toda persona a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no, según la legislación interna

del Estado parte. Pero si el inculpado no se defendiese por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley (789) y más allá de que las normas procesales dispongan la *obligatoriedad* de la defensa, éste podría alegar —con base en el art. 19 de la Constitución Nacional— una objeción de conciencia para no emplear la asistencia del defensor letrado. En el caso, excepcionalísimo, el tribunal deberá constatar que el desistimiento por parte del procesado es efectivamente voluntario; que no ha sufrido presión de ninguna especie; que existe una objeción de conciencia o religiosa; que, en fin, tiene en claro las consecuencias de su obrar, para lo cual, en esa primera etapa deberá contar con asesoramiento. En caso de duda, se impone la designación de oficio del defensor.

El derecho a ser oído —contando con la asistencia legal adecuada— es particularmente intenso cuando el procesado se encuentra privado de libertad y, en ese caso, las deficiencias formales de los escritos que eventualmente pudieran presentar aquellos imputados o procesados, sin la firma del defensor, no pueden cerrar las vías recursivas(790).

La Corte Suprema reiteró el derecho a contar con un abogado defensor*hábil* y *eficaz* en sendos pronunciamientos. En el primero de ellos resolvió —a fin de salvaguardar el derecho a una "defensa técnica" y la voluntad recursiva de quien había sido condenado a 12 años de prisión— apartar a la defensora que no fundamentó la pretensión *in forma pauperis* de su defendido, ni dio cumplimiento a lo requerido por la Corte Suprema en dos oportunidades (791) . En la misma línea, el Tribunal declaró determinadas nulidades y dispuso que se nombrara nuevo defensor al procesado, quien no había contado con un asesoramiento legal adecuado. La Corte dejó de manifiesto que la cuestión era aún más grave puesto que quien prestaba ese deficiente asesoramiento era el defensor oficial (792) .

7. GARANTÍA CONTRA EL DOBLE JUZGAMIENTO

La garantía contra el doble juzgamiento emana expresamente del Código de Procedimiento Penal (793) e implícitamente del derecho de defensa consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional. A partir de 1994, la garantía alcanzó rango constitucional expreso a través de los Tratados de Derechos que la contemplan (794) .

Sin embargo, la Corte Suprema argentina admitió que el sumario administrativo y el proceso penal por el mismo hecho no vulneran la garantía, si las responsabilidades que se adjudican y aplican son diferentes. Pero si la sanción administrativa es accesoria de la penal, ambas dependen de la comprobación del mismo delito y se dicta el sobreseimiento respecto al ilícito, juega la garantía contra el doble juzgamiento, tal como lo resolvió la Corte Suprema en el caso *"De la Rosa Vallejos"*(795) .

En cambio, el art. 14 del Código Penal que impide conceder a los reincidentes la libertad condicional no viola la garantía contra el doble juzgamiento, según doctrina sentada por la Corte Suprema. Según dijo el

Tribunal, aquella disposición sólo expresa la finalidad de ajustar el tratamiento penitenciario más adecuado para aquellas personas que incurrieren en una nueva infracción criminal (796) . Sin embargo, debiera examinarse la finalidad de la norma penal —desalentar la comisión de nuevos ilícitos, resguardar a la sociedad ante la comisión reiterada de delitos graves— en relación, precisamente, de los delitos de que se trate. En consecuencia, la aplicación automática y absoluta de la disposición penal, que veda conceder a los reincidentes la libertad condicional, podría devenir irrazonable en los casos concretos en que la limitación de los derechos del reincidente fuera excesiva en relación con los fines del art. 14 del Código Penal y con la propia conducta del condenado.

8. La prohibición de la pena de muerte

El problema de distinguir entre delitos cometidos por causas políticas y delitos comunes a fin de admitir eventualmente la pena de muerte contra éstos y *abolirla para siempre* en el caso de los primeros, según lo establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional, dejó de ser relevante luego de la jerarquía constitucional obtenida por el Pacto de San José de Costa Rica.

La mencionada Convención estableció una serie de disposiciones que garantizan el derecho a la vida y restringen o prohíben la pena de muerte según los regímenes penales de los Estados parte. Así, en el art. 4º, ap. 3, dispuso que no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la hayan abolido y, en el ap. 4, que en ningún caso se la debe aplicar por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. Del cruce de estos mandatos surge que la República Argentina al no contemplar la pena de muerte en el Código Penal, no puede establecerla en el futuro sin incumplir las obligaciones que asumió al firmar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por fin la única pena de muerte prevista en el sistema jurídico argentino en el Código de Justicia Militar para delitos graves como la traición a la Patria, quedó suprimida al derogarse ese Código en agosto de 2008. En consecuencia de ello, en la República de Argentina desapareció esa pena inhumana y cruel en todos los casos.

9. Finalidad de las cárceles y garantías de los detenidos

El art. 18 de la Constitución Nacional dispone que *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.* La disposición ha dado lugar a dos interrogantes. El primero de ellos referido a la finalidad del encarcelamiento y a la posibilidad o no, de la supresión de la

pérdida de la libertad como *castigo* penal. El segundo, relacionado con el primero, acerca de si el alcance de la garantía corresponde *sólo* a los *detenidos* bajo proceso o debe extendérsela a los condenados por sentencia firme.

Como se dijo, 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 (797) .

Por otro lado, si cabía alguna duda acerca de la extensión a los condenados de las garantías expresas deparadas a los detenidos mientras duren los procesos, la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos y el art. 43 de la Constitución Nacional aseguran esa protección a quienes han perdido la libertad como sanción (798) .

Las condiciones dignas y habitables con las que deben contar las cárceles, sean éstas de detención o de cumplimiento de condenas, se extienden a las comisarías en caso de que deban alojar transitoriamente a los detenidos. La práctica de mantener a las personas procesadas en estos últimos lugares por largo tiempo no admite ninguna justificación constitucional. Los gobiernos nacional y provinciales deben construir cárceles adecuadas que respeten la dignidad de las personas —por imperativo constitucional y de los Tratados de Derechos Humanos— y la sociedad debe tomar conciencia acerca de cuán necesario resulta resolver el problema del hacinamiento y degradación carcelaria, por razones humanitarias y por razones de seguridad y de rehabilitación de las personas detenidas y de la misma sociedad.

El problema carcelario en la República Argentina es grave y así permanece a mediados de 2008. En parte por el crecimiento de la población cumpliendo condena; también por los numerosos detenidos en aplicación de la prisión preventiva, a la espera de la terminación de los procesos; o porque los políticos no suelen referirse a la cuestión en las campañas electorales, en el entendimiento de que el electorado no se interesa en la resolución del problema y que, proponiendo ese tema, no atraerían sufragios hacia sus postulaciones. Si esto último es verdad, siquiera en forma parcial, la sociedad debería tomar conciencia acerca de cuán contradictoria resulta esa actitud, por razones humanitarias y por razones de seguridad de ella misma. En un país federal como Argentina, la solución requiere de políticas públicas nacionales y locales que aseguren, a lo menos, la construcción de establecimientos adecuados para la detención y para el cumplimiento de las condenas y personal capacitado y bien remunerado para atender a las personas privadas de libertad. La visibilidad social del problema en su compleja totalidad resulta esencial a fin de que la autoridad pública asuma sus deberes.

Pero, además, en las condiciones denigrantes de detención y cumplimiento de condenas de prisión subyace otro problema que suele escapar a la discusión ante la opinión pública. Se trata del cuestionamiento que se formula a las políticas criminales del Estado —Poder Legislativo y Poder Judicial cuando éste no las controla y limita en los casos que se le presentan— que no disponen alternativas al encarcelamiento como medio de resolver el

conflicto social y la vulneración de los derechos que provoca el delito. La cuestión depende de los idearios y las convicciones que se sostienen acerca de la finalidad y tipo de las penas que se establecen —hasta dónde puede llegar el Estado sobre el punto para castigar o para prevenir la comisión de delitos— y va más allá de las condiciones en que las penas deben cumplirse.

Así, considero importante diferenciar ambas cuestiones porque implican problemas diferentes, aunque estén relacionados. Desde luego, no pongo en discusión la dignidad de toda persona humana, por el sólo hecho de serlo, ni que deben de humanizarse las penas o sanciones, tanto como las modalidades y condiciones de cumplimientos de las penalidades. También estimo incuestionable la prohibición absoluta de la pena de muerte, desde la perspectiva del derecho positivo argentino y desde los principios humanistas y republicanos de limitación del poder.

Sin embargo y dado que la Constitución Nacional presupone la existencia de cárceles, deben garantizarse las condiciones mínimas de seguridad y respeto para las personas detenidas y condenadas que tales establecimientos deben brindar. A mayor abundamiento, los Tratados de Derechos Humanos ya referidos obligan a los Estados parte en el mismo sentido, vedando todo trato inhumano y cruel. Sobre esta cuestión el Poder Judicial tiene atribuciones específicas para amparar a las personas detenidas o condenadas, asegurando condiciones de detención y prisión dignas, mediante la procedencia de *hábeas corpus* correctivos.

Una manera novedosa de afrontar el problema carcelario se suscitó ante la interposición de un *hábeas corpus* colectivo —presentado por una organización de la sociedad civil— a favor de un colectivo indeterminado pero determinable de personas: los detenidos alojados en establecimientos policiales superpoblados y en comisarías de la Provincia de Buenos Aires, a fin de que cesaran esas situaciones. Según se denunció en el *hábeas corpus* , en violación de la Constitución y la ley, se encontraban detenidos en comisarías, menores y enfermos y las condiciones carcelarias eran agraviantes para las personas allí alojadas y para el personal penitenciario a cargo.

Pero, debe señalarse, el *hábeas corpus* pretendió algo más que *corregir* las inadmisibles condiciones para la dignidad humana en que se cumplían las detenciones y condenas en esa provincia argentina. Según surge de la sentencia de la Corte Suprema en "*Verbitsky* ", la actora —el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)— cuestionó la política criminal del Estado local en tanto esa política había causado el aumento del número de prisiones preventivas y de condenas a prisión, sin utilizar alternativas posibles al encarcelamiento de personas. Aún más, se sostuvo en uno de los escritos del CELS —párrafos transcriptos y cuya foliatura la Corte cita expresamente— que esos hechos causaron las condiciones indignas de detención y prisión, o, en palabras de la presentante, constituyeron "variables fundamentales" del incremento de aquellas situaciones (799) . Como puede advertirse, en realidad, el *hábeas corpus* colectivo impugnaba, en primer lugar, la política criminal de la Provincia, referida a la aplicación de la prisión

preventiva, a las condenas de encarcelamiento y a sus consecuencias denigrantes para los encarcelados .

El conflicto era complejo y difícil de resolver, porque comprendía la afectación de derechos fundamentales concretos, aunque generalizados, y requería soluciones de macro política criminal, todo en el marco de un recurso extraordinario federal, interpuesto por el rechazo de un *hábeas corpus* colectivo. La Corte Suprema, comenzó por mensurar sus atribuciones jurisdiccionales y los límites de su poder en un sistema republicano; tuvo por cierto el uso excesivo de la prisión preventiva en la Provincia de Buenos Aires, utilizada como pena corta de privación de libertad; hizo mérito de que en la instancia extraordinaria no podían acreditarse todas las situaciones alegadas por la actora; pero que, pese a ello, se había reconocido por la Provincia demandada que los hechos referidos se correspondían con una situación "*genérica, colectiva y estructural";* que, aún así, no todas las situaciones carcelarias revestían la misma gravedad; que a pesar de las dos audiencia a las que el Tribunal había convocado a las partes, no se había arribado a un acuerdo específico y conducente para resolver la grave situación.

En vista de todo ello, el Tribunal resolvió: a) hacer lugar al *hábeas corpus* colectivo; b) declarar que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de la Naciones Unidas —recogidas en la ley 24.660— constituyen las pautas a las que debía adecuarse toda detención (800) ; c) disponer que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en el plazo de sesenta días, y a través de los jueces competentes, haga cesar la detención de menores y enfermos en comisarías; d) instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia y a los jueces competentes a fin de que dispongan el cese de toda situación de agravamiento de las detenciones y de todo trato cruel e inhumano; e) ordenar al Poder Ejecutivo provincial que por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remitan un informe acerca de las condiciones de detención de las personas alojadas en las instalaciones carcelarias de su dependencia, con el objeto de que los jueces competentes ponderen, en cada caso, la necesidad de mantener las detenciones preventivas o bien dispongan medidas de cautela o formas de cumplimiento de la pena menos lesivas; f) disponer que el Poder Ejecutivo local informe a la Corte, cada sesenta días, acerca de las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos; g) exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a que ajusten la legislación procesal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y su legislación de ejecución penal y penitenciaria a los estándares constitucionales e internacionales y, h) encomendar al Poder Ejecutivo provincial a que convoque a una mesa de diálogo a la que invite a la accionante, a los amigos del tribunal que se presentaron en autos, sin perjuicio de que se invite a otros integrantes de la sociedad civil, a fin de que examinen el problema carcelario e informen a la Corte Suprema, cada sesenta días, acerca de los avances logrados por las propuestas en ejecución para resolver esa cuestión (801) .

La sentencia reseñada es ciertamente novedosa y creativa, por el modo en que resuelve y el equilibrio que intenta mantener entre las garantías insoslayables que se deben a todas las personas y las decisiones que

corresponden tomar a los poderes políticos surgidos de la voluntad electoral. Sin embargo, lo dispuesto en el punto e) en orden a que*los jueces competentes ponderen, en cada caso, la necesidad de mantener las detenciones preventivas o bien dispongan medidas de cautela o formas de cumplimiento de la pena menos lesivas* , puede dar lugar a medidas apresuradas por parte de los magistrados judiciales, quienes pueden sentirse impulsados a ordenar excarcelaciones generalizadas que, a la postre, resulten peligrosas para los mismos liberados y para las restantes personas (802) .

10. El problema de la constitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado y la cuestión de la peligrosidad como criterio de prevención especial

Después de un largo debate doctrinario y jurisprudencial acerca de la validez constitucional y convencional de la reclusión por tiempo indeterminado, la Corte Suprema —en el caso "*Gramajo* "— declaró la inconstitucionalidad del art. 52 del Código Penal que la establecía, y consideró necesario manifestar, expresamente, que la "...doctrina [del precedente "*Sosa"* , *Fallos* 324:2153] debe ser abandonada" (803) .

La norma en debate dispone que "se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1º cuatro penas privativas de la libertad, siendo una de ellas mayor de tres años. 2º cinco penas privativas de la libertad, de tres años o menores. Los tribunales podrán, por única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el art. 26". Aunque el art. 52 no se refiere al criterio de "peligrosidad" para imponer la accesoria, la pauta está presente en la norma siguiente. En efecto, el art. 53 del Código Penal, dispone que podrá concederse la libertad condicional al condenado, siempre que la conducta de éste permita suponer que no constituirá un "peligro para la sociedad".

El cuestionado art. 52 del Código Penal, al referirse a la reclusión por tiempo indeterminado no la denomina "pena"; la dispone como "medida accesoria" y faculta a los magistrados a dejarla en suspenso ante determinadas circunstancias. Esta redacción de la norma lleva a la Corte Suprema a plantearse dos cuestiones: a) si la reclusión por tiempo indeterminado constituye una "pena" de las establecidas en el art. 5 de ese Código o si se trata de una medida de seguridad, excluida, por tanto, de las garantías que limitan el establecimiento de las penas; y, b) si considerada una pena, ésta respeta los principios constitucionales que la condicionan.

En primer lugar, la Corte consideró que la reclusión por tiempo indeterminado no es una medida de seguridad pues, según dijo, no hay base legal para considerarla de ese modo; en la legislación argentina, sólo las

curativas lo son; a más, en el Código Penal existen otras penas que también son accesorias sin dejar de ser, por ello, penas(804) . En segundo lugar, al examinar extensamente la génesis del referido art. 52, el Tribunal afirmó que la reclusión allí establecida se originó en la pena de deportación, consistente en relegación por tiempo indeterminado —"...parte de toda la historia mundial de la pena"— que ha tenido y tiene como finalidad "excluir" de la sociedad a los que se consideran "molestos" (805) . En tercer lugar, reconoció la atribución del Estado de Derecho para imponer a los delitos penas proporcionales a la gravedad de éstos. Es decir, la Corte Suprema atendió sólo a la finalidad retributiva de la pena y en términos casi absolutos.

Además, y en lo que constituye el punto central de la cuestión que subyace a la controversia sobre la reclusión por tiempo indeterminado, el Tribunal afirmó que ésta constituye una manifestación del derecho penal de autor basada en la *peligrosidad,* pues persigue encarcelar a una persona —"que el Estado decide considerar culpable o peligrosa"— "debido a la forma en que conduce su vida" (806) .

Esas consideraciones de la mayoría de fundamentos de la Corte Suprema, la llevaron declarar la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado por entender que, ésta, resulta violatoria de los principios de culpabilidad; de proporcionalidad de la pena; de reserva; de legalidad; de derecho penal de acto; de prohibición de persecución penal múltiple (*ne bis in idem*) y de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes (807) . Tal impugnación, según lo entiendo, constituye un rechazo en términos absolutos del criterio de peligrosidad establecido en las políticas criminales.

En efecto, con cita del precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso*"Fermín Ramírez c/ Guatemala"* (2005), la Corte argentina de modo central, consideró, que "...la invocación de la "peligrosidad" [que sirve de fundamento a la reclusión por tiempo indeterminado] ´constituye claramente una expresión del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el derecho penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía..." (808) .

La comprensible desconfianza y la condena que suscita el uso del criterio de "peligrosidad" para imponer penas o medidas de seguridad, remite al temor que suscita la reiteración de las experiencias históricas en las que el Estado ha perseguido a sus enemigos, a partir de aquella pauta de valoración. La determinación del tipo penal en un hecho concreto y comprobable constituye un límite al poder estatal y es una de las máximas garantías de la persona frente al poder.

Sin embargo y tal como se ha señalado, en los Estados democráticos los códigos penales están plagados de "delitos de peligro" que no siempre resultan compatibles con el derecho penal de hecho, en términos absolutos (809) . Ahora bien, cuando se aplica la reclusión por tiempo indeterminado ¿no sería legítimo considerar que, en realidad, no se está

imponiendo una pena por lo que la persona ha decidido ser, sino por lo que ha hecho en concreto, una multiplicidad de delitos sucesivos? ¿Qué el tipo penal puede constituir con determinado número de acciones en las que se reincide?

Por otra parte, el art. 5, p. 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que "las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados". Ello implica, en primer lugar, que la pena no tiene una única finalidad retributiva, como parece emerger del voto de la mayoría de fundamentos en *"Gramajo* " y, que para medir la readaptación social no hay manera de dejar de considerar un pronóstico de futuro. En segundo término, que "...no hay prevención especial posible sin consideraciones de peligrosidad. Ciertamente, es posible evitar la palabra y utilizar expresiones que suenen más 'democráticas', como 'pronóstico de reinserción social'" (cf. Art. 13 CP arg.) o "reglas adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos" (art. 27 bis CP arg.). Pero lo que no conviene hacer es eludir la realidad o esconder el complejo problema teórico implicado: el grado de probabilidad de que el condenado vuelva a cometer delitos es un factor ineludible a ser tomado en consideración, y esto no es otra cosa que 'peligrosidad'" (810) .

Tal como dice *Ziffer* , no debe eludirse la realidad, ni esconderse el complejo problema teórico referido a la prevención especial de los ilícitos. Agrego, por mi parte, que esa realidad y esos problemas tienen muchas implicancias concretas para los derechos fundamentales de los imputados, de los procesados, de los condenados y de los que resultan víctimas de la comisión de delitos.

El examen de todas estas cuestiones debería llegar, también, a la opinión pública no especializada y a los medios de comunicación social. Los habitantes del país son los primeros interesados en que sean respetados los derechos fundamentales de todos y, entre ellos, está el conocer sobre qué bases se toman decisiones de política criminal.

11. El derecho a una acusación y la condena penal pese al pedido de absolución formulado por el Fiscal

El principio constitucional de la defensa en juicio de la persona y los derechos requiere, en materia penal, la pertinente acusación previa a la condena. El sistema acusatorio constituye, en consecuencia, una garantía constitucional aunque ésta admite tanto la forma pura —acusación popular o privada— como la persecución estatal a cargo del Ministerio Público, organismo diferenciado del sentenciador, a fin de preservar el proceso contradictorio y la imparcialidad de juicio al momento de condenar o absolver.

No obstante, el problema principal acerca de la acusación consiste en determinar qué se entiende por ésta, qué actos la constituyen y qué alcance debe tener para satisfacer la garantía constitucional de una oportuna y

completa defensa. En otros términos, se trata de precisar qué acto procesal reúne los requisitos de una *acusación suficiente* que posibilite al procesado contradecir puntualmente todos los cargos, los hechos y las pruebas aportadas (811) . Del mismo modo se requiere resolver cuán imprescindible resulta el pedido de condena por parte del Fiscal a fin de que la defensa del procesado pueda objetar la cuantía de la pena solicitada.

En el caso "*Tarifeño"* la Corte Suprema entendió, por mayoría, que la acusación constitucionalmente válida a los fines de una eventual sanción penal era el pedido de condena efectuado por el Fiscal, una vez concluida la audiencia oral, aunque sin determinar en qué consistía aquélla (812) . La Corte dijo, entonces, que en todo proceso penal regular debían observarse la etapas de acusación, defensa, prueba y sentencia (813) .

El criterio fue mantenido por el Tribunal hasta la sentencia recaída en el caso *"Marcilese"*(814)*.* La mayoría del Tribunal consideró inadmisible que el criterio del fiscal —solicitando la absolución—, sin control alguno, resolviera la suerte del procesado luego de haber formulado una verdadera acusación con pedido de remisión a juicio, lo que lo convertiría en juez y parte. En otras palabras, la mayoría y los votos en concurrencia de los ministros *Moliné O'Connor* y *Fayt* entendieron que constituye una verdadera acusación el pedido de elevación de la causa a juicio, y su ampliación haciendo mérito de la prueba. En consecuencia, el Tribunal mantuvo la condena del procesado pese al pedido de absolución formulado por el fiscal.

Sin embargo, la ampliación de la acusación en el debate oral, el pedido de absolución considerado infundado y que en *"Marcilese"* se trataba de un hecho —instigación a cometer el delito de homicidio agravado por alevosía y promesa remuneratoria— cuya pena no admite escala penal, configuraron la singularidad del caso que, quizás por ello, no implicó una mudanza en términos estrictos de la doctrina *"Tarifeño".* En efecto, si el hecho delictivo, concreto y singular, imputado a una persona, prevé una pena que no admite escalas, el pedido de absolución penal no entorpece la defensa sobre el *quantum* de la pena no solicitada, desde que aquél no varía para el delito en cuestión (815) .

Ahora bien y más allá del alcance interpretativo que pueda darse a la sentencia recaída en "*Marcilese* ", lo cierto es que sostener el efecto vinculante para el juez del pedido de absolución formulado por el Fiscal en el debate, genera serios cuestionamientos. En primer lugar, ante un eventual dictamen fiscal emitido en violación del principio de legalidad o por prevaricato. En segundo término, ante un dictamen fiscal carente de la más mínima razonabilidad, esto es, inmotivado o infundado. En cualquiera de estos casos, la absolución no constituiría una derivación de las reglas del debido proceso y se vulnerarían los derechos de las víctimas, de sus deudos y de la sociedad en su conjunto.

No obstante, más que prescindir del pedido de condena por parte del fiscal (816) —lo que pondría en entredicho la legítima defensa y la existencia de causa o caso—, lo atinado al sistema constitucional consiste en que el tribunal ejerza, con eficacia y prudencia, el control de legalidad y razonabilidad sobre el dictamen fiscal, eventualmente, declarando su nulidad.

Ello armonizaría con lo dispuesto por el art. 120 de la Constitución Nacional, en tanto la norma atribuye el ejercicio de las funciones del Ministerio Público *en coordinación con las demás autoridades de la República*(817) , claro que en esa hipótesis, el juez que declarara tal nulidad no debería sentenciar en el caso.

La cuestión es sin duda problemática y de ello da cuenta el nuevo giro tomado por la mayoría de la Corte Suprema en *"Mostaccio"* , al decidir que para la condena se requiere inescusablemente acusación fiscal (818) . En este fallo, el Tribunal volvió, por mayoría, a la doctrina "*Tarifeño"* , aunque citando otro precedente posterior, emitido en la misma dirección (819) .

12. Los derechos del querellante en la acusación penal

Tal como se sostuvo en el precedente *"Santillán"* el querellante particular tiene un derecho personal a apelar e impulsar el proceso, aunque el Ministerio Público no apele. Como dijo la Corte Suprema, "la exigencia de acusación como forma sustancial de todo proceso penal salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito contenga distingo alguno respecto de quien la formula [nada obsta a que lo haga el querellante] (820) .

13. La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y el principio de irretroactividad de la ley penal

En rigor la prescripción de los delitos no está garantizada por la Constitución Nacional, ni integra las garantías de la defensa en juicio (821) . En otros términos, la prescripción de la acción penal puede considerarse conveniente y aún necesaria conforme a determinados y cambiantes criterios de política criminal, pero no resulta indispensable jurídicamente para asegurar el cumplimiento de las garantías dispuestas en el art. 18 de la Constitución. El instituto de la prescripción puede fundarse en el hecho de que el tiempo transcurrido desde la comisión del ilícito borra o al menos atempera o morigera los efectos sociales negativos de aquél. No se trata de que el ilícito deje de serlo o que el valor que llevó a establecer el reproche penal haya desaparecido o se perciba de otro modo por la comunidad. Quizás lo que se diluya con el tiempo sea la necesidad imperiosa de aplicar las penas a personas que tal vez ya no sean las mismas, por hechos ocurridos mucho tiempo atrás. En la prescripción está implícita la idea acerca de que el castigo no es la única —ni quizás la principal— razón de la persecución penal.

Sin embargo, el instituto de la prescripción de la acción penal —una vez establecidos y vigentes los plazos de extinción de la acción o de la pena— está unido al principio de legalidad, por lo que sería inconstitucional una ley

posterior que alterase la operatividad de aquélla en perjuicio del imputado o procesado. Esa fue la doctrina que reiteradamente aplicó la Corte Suprema argentina desde el precedente *"Mirás"*(822) . De ese modo, la prescripción legalmente dispuesta —se la considere de derecho sustantivo o procesal— integra, comprende, el régimen de extinción de la acción o de la pena y se incluye entre "todos los presupuestos de la punibilidad", por lo que se encuentra protegida, sin discusión, por el principio de legalidad en materia penal (823) .

Pero, hacia el futuro, el legislador en el orden interno —o los Estados u organismos internacionales en el orden internacional— pueden disponer que ciertos y determinados delitos no prescriban, en razón de la gravedad del hecho, de la cantidad víctimas que suelen producir algunos crímenes, de la importancia de los derechos que de común se vulneran y del grado intenso o aberrante de afectación de esos derechos. Crímenes cometidos por las mismas agencias punitivas, operando fuera del control del derecho penal(824) . En fin, delitos de tal magnitud que, para sus autores, no se encuentre protección ni en el tiempo ni en el espacio, a fin de que ese ininterrumpido reproche de la comunidad humana mantenga viva la conciencia acerca de cuán graves resultaron y resultan tales ilícitos (825) . La imprescriptibilidad operaría, además, como un modo necesario aunque no suficiente, de evitar la reiteración delictiva.

Con ese punto de partida —que puede discutirse desde una teoría de la función de la pena, de la efectividad para prevenir el delito y de la igualdad de su aplicación según sean los Estados cuyos nacionales resulten alcanzados por la imprescriptibilidad de los ilícitos— la comunidad internacional ha intentado definir los delitos de*lesa humanidad* .

El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg comenzó definiendo los crímenes internacionales, cometidos contra la humanidad en tiempos de guerra —asesinatos, exterminio, sometimiento a la esclavitud, deportación y otros casos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales, o religiosos—. De su lado, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, incluyó entre estos últimos a los actos inhumanos debidos a la política de apartheid o genocidio (826) .

La Convención mencionada adquirió jerarquía constitucional en la República Argentina mediante la ley 25.778, en 2003. No obstante, la Corte Suprema, por mayoría, consideró aplicable la imprescriptibilidad de los crímenes que se imputaban al procesado, en el caso "*Arancibia Clavel",* por hechos sucedidos mucho tiempo antes de la sanción de aquella ley.

Según se planteó en los diversos votos que conformaron la mayoría y en las tres disidencias, en "*Arancibia Clavel"*(827) , el Tribunal debía resolver si correspondía —de conformidad con las normas internas vigentes en la República Argentina, e internacionales vinculantes para el país— declarar imprescriptible el delito de asociación ilícita con fines de persecución y exterminio de opositores políticos.

Aunque con matices y, en algún caso intentando tomar distancia de posiciones iusnaturalistas, cuatro ministros entendieron aplicar el derecho de gentes, el derecho internacional consuetudinario, en tanto éstos consagraron la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, *norma* anterior, por lo tanto, a la comisión del delito imputado. En consecuencia, según los fundamentos de estos votos, no se estaba empleando *retroactivamente* una disposición anterior a los hechos delictivos, sino derecho vigente emanado de otra fuente jurídica (828) . En cambio, el juez *Pretracchi* , mudando su anterior posición en "*Priebke"* , consideró que mantenerla resultaba incompatible con el estado de evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con los deberes del Estado en orden a garantizar el respeto por los derechos, por lo que correspondía declarar que la prescriptibilidad quedaba desplazada por la Convención (829) . En otros términos, para este ministro, procede la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los crímenes de *lesa humanidad* .

Como quiera que fuese, y más allá del problema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino y de la interpretación del alcance del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional(830) , lo cierto es que la sentencia resulta inquietante por dos motivos. En primer lugar por la amplitud del poder de los jueces que supone —si la regla de la vigencia del derecho de gentes o constitucional consuetudinario se extiende— que sean los magistrados quienes descubran el alcance y contenido de tal derecho. En segundo término, por la caracterización laxa de los delitos de *lesa humanidad* y la eventual necesidad de subsumirlos en tipos penales nacionales para encontrar en éstos la sanción pertinente. Otra vez, los bordes del poder de los jueces se tornan difusos y en una cuestión tan sensible como lo es la de las garantías en materia penal.

No obstante, esa línea interpretativa ha prevalecido haciendo mérito del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos o de la preeminencia del *ius cogens.* Así, en seguimiento de la dirección trazada en "*Arancibia Clavel* ", la Corte Suprema mantuvo, en *"Simón",* el criterio en virtud del cual la prescripción no debe impedir la investigación de la verdad ni la responsabilidad penal de los imputados por delitos de *lesa humanidad* . Si bien los siete ministros que conformaron la decisión emitieron votos separados, existe una clara mayoría en el Tribunal acerca de que la prescripción de la acción penal no es oponible ante delitos de *lesa humanidad*(831) .

En el caso, la Corte debía pronunciarse acerca de la constitucionalidad de las leyes *punto final* y *obediencia debida* , 23.492 y 23.521, respectivamente. La ley de *punto final* había establecido un límite temporal de sesenta días para presentar denuncias contra militares a quienes se acusara de cometer graves delitos en la represión de la guerrilla y el terrorismo, durante el último gobierno de facto. Vencido ese plazo, se imposibilitaba el procesamiento de los responsables de aquellos hechos y, en consecuencia, la responsabilidad penal que les pudiera corresponder. La ley de *obediencia debida* , trazaba una línea divisoria que liberaba de responsabilidad a los militares de menor

graduación por los hechos eventualmente delictivos que, se presumía legalmente, constituían el cumplimiento de órdenes superiores (832) .

En "*Simón* " el procesado en la contienda judicial, planteó dos defensas: la excepción de prescripción de la acción penal y la operatividad de las leyes de punto final y obediencia debida, normas, éstas, que habían sido declaradas nulas por el Congreso de la Nación, considerándolas como verdaderas amnistías. En consecuencia, también se planteaba en la causa la validez de esa ley (833) .

Con abundante cita de *jurisprudencia internacional* , la Corte Suprema sostuvo la inadmisibilidad de las amnistías y de la prescripción penal, así como del establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y la sanción de delitos de *lesa humanidad*(834) .La regla acerca de la inaplicabilidad de algunas de las garantías constitucionales del debido proceso penal es muy amplia y de ello da cuenta la sentencia recaída, más tarde, en *"Mazzeo",* en tanto en este fallo se declararon inconstitucionales determinados indultos, aún en el caso de un procesado alcanzado por el beneficio de la cosa juzgada (835) .

Debe señalarse, no obstante, que en "*Simón* ", la jueza *Argibay* , anticipó su disidencia en "*Mazzeo* ". En efecto, en la primera de las sentencias mencionadas, la magistrada afirmó que si se reconoce en un caso que los hechos imputados constituyen delitos de *lesa humanidad* no debe declararse extinguida la acción por amnistía o prescripción, salvo imposible realización por muerte del procesado o *sentencia con efecto de cosa juzgada*(836) . Este límite trazado, otra vez, por la jueza en "*Mazzeo* ", tuvo además fundamentos institucionales.

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.

Concordancias: Arts. 1º; 14; 14 bis; 15; 16; 17; 18; 20; 28; 33; 76; 99, incs. 2 y 3, C.N. Art. V, DADDH; Art. 12, DUDH; Art. 17, PIDCP; Art. 13, ap.2. a), y ap.4 CADH;

1. La privacidad y el principio de legalidad. Interpretación general de la norma

El artículo contiene dos principios básicos y sustantivos de la democracia liberal, el de privacidad, que incluye el derecho a la intimidad, y el de legalidad. Ambos contienen la ideología del sistema y destilan los valores que lo estructuran.

De los dos principios, el de privacidad es el que suscita más controversia y, a mi modo de ver, el que resulta más importante.

La trascendencia de la primera parte de la norma es tal que sólo con ella es posible diseñar un sistema de respeto a la autonomía y a la libertad personal y establecer una frontera democrática ante las atribuciones estatales para limitar los derechos.

La fuente de la disposición —que ya había sido sancionada en antecedentes constitucionales argentinos, anteriores a la organización nacional— proviene, en su inspiración ideológica, de la *Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano* francesa pero afina, más que esa declaración, el concepto de privacidad. En efecto, las normas francesas definieron la libertad como el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros; establecieron que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos, y dispusieron que la ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Así, en la *Declaración* francesa, la libertad personal se detiene ante el daño a terceros; la facultad de todos a disfrutar de los mismos derechos; y las acciones perjudiciales a la sociedad (837) .

En cambio, el art. 19 de la Constitución Nacional introdujo la expresión *acciones privadas, reservadas a Dios,* y las resguardó de la intromisión estatal siempre que *de ningún modo* ofendan el *orden y la moral pública* , o *perjudiquen a un tercero* .

La disposición —verdadero gozne de la libertad— suscita dudas interpretativas en cuanto al concepto de acción privada y moral pública y respecto del alcance de las limitaciones razonables que la privacidad e intimidad admiten. No obstante, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del art. 19 de la Constitución argentina amplió los horizontes de la libertad y del respeto a las *opciones* de las personas en la sociedad democrática: la libertad de elegir —según lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación— el propio plan de vida, no sólo frente al Estado sino también ante las preferencias y pese a la reacciones de terceros.

El punto focal de la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional es, en consecuencia, el principio de autonomía de la persona humana, tomada ésta como centro del sistema político que debe servir al desarrollo de la libertad y que no debe utilizar a las personas para sus propios objetivos. Este principio y su aplicación práctica diferencian los sistemas políticos entre sí, más allá de la declaración sobre la forma de gobierno que formulen expresamente en sus respectivas constituciones.

Ahora bien, el principio de privacidad —que como se dijo incluye el de intimidad— reconoce la autonomía personal pero no dispone la neutralidad del Estado en materia de fines y medios, relativos al orden, la moral pública y la prohibición de causar daño a terceros. Desde el mismo Preámbulo, la Constitución enuncia principios y adopta valores entre los que incluye los de la libertad como axiología central.

En concordancia con ello, la primera parte del art. 19 no parece filiada a la filosofía *paternalista* ni a la *perfeccionista*(838) en lo que se refiera a las *acciones privadas,* pero no renuncia a fines tuitivos, ni de bien común, ni de bienestar general, todos ellos reconocidos en el Preámbulo de la Constitución, en el art. 14 *bis* , y en el hoy art. 75, incs. 18 y 19 relacionados, en principio, con la moral pública, que también tiene una dimensión social (839) . Lo que aparece como fuera de dudas en el art. 19 de la Constitución Nacional es que existe —y se reconoce protegido— un ámbito cerrado a la intervención o interferencia del Estado y de terceros, al que únicamente se puede acceder si lo abre, voluntariamente, la persona involucrada, ¿o acaso no buscan proteger, perfeccionar, *salvar* , las subvenciones estatales a fundaciones, o las prestaciones directas de organismo públicos que asisten, por ejemplo, a los drogodependientes, o a los que intentan suicidarse?

La distinción entre *acciones privadas y acciones realizadas en privado* es vital para proteger conductas humanas que, aun realizadas en público, no interfirieran con los derechos de terceros ni afectan al orden ni a la moral pública. Al respecto, los trabajos de *Carlos Nino* impulsaron un saludable debate acerca de una cuestión, sin duda problemática (840) .

El tema central de la discusión gira en torno a si la atribución estatal para imponer o prohibir conductas debe ejercerse ante cualquiera de estas tres hipótesis: la afectación del orden, de la moral pública o del daño a terceros o, si sólo existe afectación de los dos primeros intereses protegidos, cuando se causa perjuicio a terceros. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que, elegida la segunda interpretación, queda aún en pie la delimitación y alcance del *daño a tercero* como cuestión problemática, cuya dilucidación también implica emitir juicios de valor.

Además, la segunda parte del art. 19 de la Constitución Nacional contiene el principio general de legalidad, con varias aplicaciones especiales, establecidas en la Constitución, en materia penal o tributaria. Constituye el principio de limitación formal a la acción del Estado y está, también, en la raíz del Estado liberal democrático desde sus orígenes.

2. La privacidad como principio de no interferencia

Como lo señalara con agudeza *Carlos Nino* , el art. 19 de la Constitución Nacional resguarda de la interferencia estatal algo más que la privacidad, entendida ésta como acciones realizadas en privado. La norma, eje central del principio de libertad jurídica, no impone una moral privada, ni un modelo de vida, ni un ideal de perfección personal, diseñados por el Estado. Deja ello librado a la moral, a las convicciones, a los principios religiosos de las personas y de la sociedad civil. Únicamente interviene, impidiendo o imponiendo conductas cuando éstas ofenden al orden o a la moral pública o perjudican a un tercero (841) o cuando los afectados por las propias

conductas aceptan voluntariamente alguna acción pública o social sobre las consecuencias de aquéllas.

Ahora bien, aunque está claro que el art. 19 protege un área del obrar humano de la interferencia estatal, y lo declara reservado a Dios y exento de la autoridad de los magistrados (842) , surgen dudas acerca del significado de las excepciones que habilitan la intromisión normativa y jurisdiccional del Estado.

Como se dijo, el art. 19 menciona la afectación del orden y la moral pública y el perjuicio a terceros. Esta norma puede leerse de dos modos. O bien que el orden y la moral pública se afectan cuando perjudican a terceros, con lo cual estaríamos ante una sola hipótesis que habilitaría la intromisión estatal. O bien que las alternativas son diferentes una de las otras y todas permiten la restricción de las conductas personales.

Sin embargo, efectuando una hermenéutica del art. 19 de la Constitución Nacional a partir de la expresión "... que de *ningún modo* ofendan el orden y la moral pública" y reparando en la coma que separa esa frase de la siguiente *"ni perjudique a un tercero* " surge con evidencia que el constituyente estaba definiendo tres circunstancias en las cuales la reglamentación normativa de los derechos y la contención judicial de las conductas son constitucionales (843) .

Pero, aun admitiendo que en aquella norma la perturbación del orden o la moral pública se producen cuando sí se dañan a terceros, medir el perjuicio, evaluarlo, cuantificarlo y remediarlo implica, en algunas circunstancias —por no decir en todas— optar por un modelo moral. Trazar la línea divisoria entre las acciones que afectan de tal modo a las personas, que el Estado está autorizado a prohibirlas o limitarlas a determinados ámbitos o de acuerdo a cierta escala, de las que afectan a terceros sensibles, pero son tolerables en una sociedad plural, constituye una tarea que se realiza desde algún principio axiológico. Como lo sostuvo el*justice White* , "las leyes constantemente están basadas en nociones de moralidad" —y agregó— "si todas las leyes que representan elecciones esencialmente morales hubieran de ser invalidadas bajo la cláusula del debido proceso, los tribunales estarían realmente muy ocupados" (844) . De ello puede deducirse que este ministro de la Corte Suprema norteamericana, está sosteniendo que una elección moral en la base de la ley no la convierte *necesariamente* en inconstitucional (845) .

Si examinamos de qué modo nos afectan las conductas de terceros— n uestros familiares más próximos, los compañeros de trabajo, las personas con las que nos topamos en los lugares públicos a los que asistimos voluntariamente, o a los que no tenemos otro remedio que concurrir, como la vía pública para trasladarnos de un sitio al otro— y de qué modo nosotros mismos afectamos con todo ello y en cada uno de esos lugares a los demás, advertiremos cuán difícil resulta discriminar la afectación tolerable de la que no lo es, sin partir de un parámetro necesariamente valorativo, y en ocasiones moral. Por ello resulta materialmente imposible prescindir de una escala axiológica para examinar qué se entiende por daño a terceros. El punto consiste, entonces, en determinar cómo se llega, con qué resguardos, por cuál método, con qué legitimidad, mediante qué reglas razonables, a la

determinación del daño a terceros que permite la acción limitativa de las autoridades (846) . En suma, en instalar y circunscribir los conceptos de *orden* y *moral pública.*

Preservar la privacidad de las acciones en el *espacio público* —es decir, la no interferencia de las autoridades sobre ellas— constituye una de las cuestiones más problemáticas de resolver. El ejercicio de la libre expresión, de la creación artística, de la difusión de mensajes publicitarios y de campañas públicas, pueden afectar a terceros que no concuerdan o consienten esas manifestaciones y, eventualmente, dañar a los niños. La sociedad democrática y plural requiere respeto por los ideales y modos de vida de unos y otros. En ocasiones, ausente el arbitraje estatal, son los mismos afectados quienes con sus reclamos o acciones tienden a reestablecer el equilibrio en las demandas y ofertas encontradas (847) .

Finalmente, cabe señalar la distinción entre la privacidad como principio de no interferencia, de la intimidad. Esta última derivada de la primera, ampara el derecho a ser dejado a solas, a velar y excluir de las miradas de terceros la interioridad, los pensamientos, el núcleo central de la personalidad. Como se advierte, no se trata de impedir que el Estado reprima conductas o las imponga, sino de preservar del conocimiento ajeno —público, sea estatal o no— aquellos derechos, de resguardar el derecho al secreto y al silencio de las personas.

2.1. El problema de la protección estatal de la vida humana y la autonomía personal

En la República Argentina, la regla expresa de la Constitución Nacional establece, a mi modo de ver, algunas pautas para resolver el problema de la protección de la vida humana frente a la autonomía personal, al resguardar una zona de reserva cuando las acciones privadas no dañan a un tercero. Esa regla es más sencilla de aplicar a la cuestión de la interrupción de los tratamientos médicos y al derecho a morir con dignidad, cuando se trata de la *propia vida.*

Aunque en el mismo sentido en que la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió el caso *"Vacco"*(848) no se trata de autorizar la eutanasia, en tanto acción destinada directamente a procurar la muerte de otro por piedad y con ayuda de terceros, sino de reservar para el paciente —y para sus representantes, si carece de conciencia— la decisión acerca del tratamiento a seguir, o de no continuar ninguno o de utilizar medios para atemperar el dolor, aunque colateralmente, ello lleve a debilitar o extinguir la vida personal (849) .

La cuestión en el caso *"Vacco"* se planteó por los actores en términos de violación de la cláusula de la igualdad. La Suprema Corte norteamericana, al declarar la constitucionalidad de una ley del Estado de New York que sancionaba penalmente el acto de prestar ayuda a otro para cometer un

suicidio, examinó la razonabilidad de esa prohibición, más allá del problema de la igualdad (850) .

Según el planteo de los demandantes en *"Vacco",* a los integrantes de una misma categoría —los enfermos terminales con graves padecimientos y dolores— no se los trataba del mismo modo porque a alguno de ellos se les permitía cometer suicidio asistido y a otros no. Según este razonamiento, no habría ninguna diferencia entre suspender tratamientos médicos, desconectar a pacientes de aparatos, o administrar drogas contra el dolor que, indirectamente, aceleraran la muerte, por un lado y, por el otro, suministraran al enfermo una droga directamente letal.

Con esa línea de pensamiento, la cuestión se traslada a develar si, efectivamente, *la interrupción de un tratamiento médico, la negativa a recibirlo o la administración de medicamentos para aliviar el dolor que potencialmente pueden acelerar la muerte son esencialmente similares a un suicidio asistido por profesionales de la medicina.* Si, en realidad, las primeras de las prácticas mencionadas constituyen o no formas activas o pasivas de suicidio asistido.

Si, por el contrario, hay una diferencia de hecho esencial entre las prácticas indicadas, correspondería indagar si esa diferenciación de trato establecida por la norma, priva a alguien de algún derecho fundamental consagrado expresa o implícitamente en la Constitución.

Al sentenciar el caso, la Suprema Corte sostuvo que la ley del Estado de New York daba un trato igualitario a *todos.* Esa norma reconocía a *cualquier* persona capaz, el derecho a rehusar un tratamiento médico destinado a salvarle la vida y negaba a todos la autorización para ayudar al suicidio de un tercero. El Tribunal afirmó que existía una diferencia entre ambas situaciones, distinción que coincidía con los principios jurídicos fundamentales de la *causalidad* y la *intención* . De ese modo, si un enfermo rechaza el tratamiento médico que se le aconseja o rehúsa continuarlo, muere a resultas de la enfermedad que padece. En cambio, si ese mismo paciente ingiere una droga letal suministrada por su médico, muere como consecuencia de esta última acción. Para el Tribunal, cuando el médico suspende el tratamiento médico que mantiene con vida a su paciente o acepta la negativa de éste para comenzarlo, está respetando la voluntad del enfermo, sus deseos de dejar de lado tratamientos inútiles o degradantes para su dignidad. Del mismo modo, cuando el profesional proporciona cuidados intensivos o suministra drogas paliativas a fin de atemperar los sufrimientos y, como consecuencia de ello, se acelera la muerte del enfermo, el propósito del médico es respetar las decisiones del enfermo ayudando al paciente a mitigar el dolor.

Como se advierte, la Corte emplea un criterio clásico de diferenciación, distinguiendo entre acciones llevadas a cabo con *el fin de obtener un resultado* , de las acciones realizadas *a pesar del resultado* —en ocasiones secundario o eventual— que pudiera producirse (851) .

El criterio de diferenciación empleado por la Corte norteamericana, utilizado frecuentemente para resolver problemas morales y aun religiosos, es similar a la pauta de distinción empleada en el texto de la Constitución

Apostólica *Fidei Depositum* , en tanto el documento dispone que "la interrupción de tratamientos médicos onerosos, peligrosos, desproporcionados a los resultados, puede ser legítima. Interrumpir estos tratamientos es rechazar el "encarnizamiento terapéutico". Con esto no se pretende provocar la muerte, "se acepta no poder impedirla". [Desde luego] "las decisiones deben ser tomadas por el paciente, si para ello tiene competencia y capacidad o si no, por los que tienen los derechos legales, respetando siempre la voluntad razonable y los intereses legítimos del paciente" (852) .

Pero, a mi modo de ver, lo que sin duda es un aceptable y ajustado principio de distinción en cuestiones morales, suscita algunos interrogantes trasladado al ámbito jurídico y aplicado a ciertas hipótesis.

En efecto, pese a las afirmaciones certeras de la Suprema Corte norteamericana en el sentido de que la mayoría de las legislaturas estatales han trazado una barrera nítida entre el rechazo de los tratamientos médicos no deseados y la ayuda al suicidio, estimo inquietante y difícil establecer y deslindar los bordes de esas acciones.

Sin duda, es posible coincidir con la *justice*O'CONNOR acerca del derecho constitucional de los enfermos a recibir ayuda para mitigar los sufrimientos en las etapas finales de la vida; o para mantener las decisiones personales sobre los tratamientos médicos que se les aconsejen, o para rechazar el encarnizamiento terapéutico que denigra a la persona. El fin de todas esas acciones es legítimo, pues no causa daño a terceros y el Estado debe respetarlas como expresión de la autonomía y responsabilidad personal.

Mas, ¿cómo distinguir —en las múltiples hipótesis que pueden presentarse— *la intención de la causación, en el hecho de dejar actuar a la naturaleza* ? ¿Y qué significa, por otro lado, dejar actuar a la naturaleza?

Aunque parece existir una diferencia entre dejar morir en paz —permitiendo que el curso de la enfermedad surta sus efectos, por un lado sin interferencias de soportes asistenciales— y hacer que el paciente muera —interfiriendo artificialmente en su vida con una acción destinada a matar, por el otro—, existen situaciones en las cuales los límites se hacen más difusos. Tales los casos en que para atemperar el dolor se administran calmantes que logran el efecto buscado pero afectan la sobrevida del paciente, cuando se interrumpen los tratamientos médicos o cuando se plantea la decisión de dejar de hidratar a personas en estado vegetativo permanente. Las respuestas, quizá provisionales, pueden llegar a partir de la diferenciación de los fines que persigue el Estado al autorizar algunas conductas y prohibir otras, admitiendo o negando la existencia de determinados derechos.

En efecto, la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo, en anterior pronunciamiento, que una persona capaz tiene un derecho constitucional a rehusar un tratamiento médico no deseado. Pero no derivó esa facultad de un derecho general a apresurar la propia muerte sino del derecho a la integridad corporal, a la libertad de no verse sometido a *entrometimientos físicos no deseados* . Y apoyó el rechazo al suicidio asistido en el interés legítimo, válido y racional de los estados en: a) resguardar la vida; b)

preservar el papel del médico como el que sana a los enfermos; c) proteger a las personas vulnerables de la indiferencia, del prejuicio, de las presiones psicológicas y financieras para acabar con sus vidas. Así, el Tribunal encontró una relación razonable entre la prohibición legislativa del Estado de New York y un suficiente e importante interés público.

Sin embargo, como bien dijo la Corte norteamericana, la distinción entre el rechazo a un tratamiento médico y la asistencia al suicidio no siempre es clara. Y, agregó: sobre todo cuando no se trata de un enfermo terminal o bajo severos sufrimientos físicos o psíquicos.

Ahora bien, en ocasiones, el interés legítimo del Estado en la preservación de la vida puede implicar la alteración de otros derechos personalísimos, igualmente protegidos por la Constitución, tales como la privacidad, la autonomía, la religiosidad y el respeto a las propias convicciones.

Entonces, ¿hasta dónde puede llegar la prioridad de aquel interés? En mi opinión pueden establecerse dos criterios: a) el de la mayor indefensión de la persona —los por nacer, los menores, los incapaces, los privados de conciencia—, en estos casos, existe un mayor interés del Estado en establecer reglas que la protejan y en tanto que los medios articulados sirvan a la defensa del derecho a la vida, con la menor restricción posible de los demás derechos constitucionales de aquéllos o de los terceros con quienes entren en conflicto y, b) el de los derechos reconocidos constitucionalmente, para examinar el grado de resguardo que les son debidos. En casos similares al de *"Vacco"* , los derechos a ser aliviado en el dolor, a rechazar el encarnizamiento terapéutico, a controlar los últimos momentos de la propia vida, a morir con dignidad.

Sin duda, los dos últimos derechos presentan la dificultad de determinar qué implica cada uno de ellos y qué cabe esperar de los médicos al respecto.

La diferencia entre la *intención* y la *causalidad* como se estableció en el caso *"Vacco"* es un principio interpretativo útil que los jueces pueden emplear —más aun en los casos dudosos— a fin de resolver los conflictos concretos, respetando el núcleo de la dignidad humana.

En el caso de la protección de la vida y el derecho a rechazar un tratamiento médico por objeción de conciencia u objeción religiosa, llegó a la Corte Suprema argentina una controversia en la que una persona adulta, alegando convicciones religiosas —la pertenencia al credo de los Testigos de Jehová— se negaba a ser transfundida. Aunque la mayoría de la Corte Suprema, en *"Bahamondez* ", no se pronunció sobre la cuestión sustantiva en la convicción de que no existía agravio actual, pues al momento de dictarse sentencia el paciente había sido dado de alta (853) , la sentencia es importante porque tanto el voto en concurrencia como las dos disidencias sentaron doctrina acerca del alcance de la autonomía personal y el derecho a decidir por sí mismo acerca de los tratamientos médicos a recibir.

En efecto, el voto en concurrencia coincidió acerca de que el pronunciamiento se había tornado inoficioso, pero sostuvo que la ley civil imponía el deber de respetar los deseos del paciente, en cuanto a recibir o no tratamiento médico o a internarse (854) . No obstante ello, examinó el

alcance del art. 19 de la Constitución Nacional, y concluyó en que esa norma otorga a todas las personas, 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, más allá de sus creencias religiosas, por todo lo cual *Bahamondez* tenía incuestionable derecho a rehusar una transfusión de sangre que no consintiera (855) .

Por su parte, la disidencia de los ministros *Belluscio* y *Petracchi,* pese a reconocer la inexistencia de agravio actual en el objetor, decidió sobre la cuestión de fondo, a fin de evitar que la rapidez con que se produce el desenlace en cuestiones como la de autos lleve a la frustración del rol que cabe a los tribunales, como garantes supremos de los derechos humanos. Así, en línea con la concurrencia, *Belluscio* y *Petracchi* afirmaron que no resultaba constitucionalmente justificado someter a una persona adulta a un tratamiento que ella rechazaba, excepto que existiese un interés público relevante y la restricción del derecho fuese el único medio para tutelar el interés —por ejemplo, si se pusiese en peligro la vida de pequeños hijos— (856) .

El derecho a rehusar una transfusión de sangre o un tratamiento médico determinado incluye el derecho del paciente a negarse a una nueva intervención quirúrgica que lo mutilaba (857) .

Una situación diferente a la examinada, se plantea en el caso del aborto solicitado como expresión de la autonomía personal. Ello así, porque antes de resolver ese conflicto debe determinarse si se está en presencia de vida humana personal. Si la respuesta es afirmativa, bajo la regla del art. 19 no sería constitucional autorizar el aborto para preservar la autonomía, ni constituiría un caso de interferencia irrazonable por parte del Estado que no lo autorizara, lo impidiera o penara la conducta abortiva, dado que la autoridad pública estaría protegiendo del daño —el mayor daño posible, la muerte— a un tercero, el no nacido, en el caso, sin ninguna alternativa de defensa para su derecho a nacer (858) .

2.2. El problema de la tenencia de estupefacientes para uso personal

Las leyes que incriminan la tenencia de estupefacientes para uso personal han suscitado fuerte controversia en la República Argentina y cambios en los criterios jurisprudenciales acerca de si esas disposiciones violaban o no las garantías de la privacidad, establecidas en la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional.

La cuestión a dilucidar consistía en determinar si la tenencia de estupefacientes para uso personal —caracterizado este último por la pequeña cantidad de la posesión— constituía una acción privada y era, por tanto, ajena a la autoridad de los legisladores y magistrados. Por eso conviene distinguir, al analizar la controversia, que una cosa es concluir que la penalización de la tenencia de estupefacientes para uso propio no viola el art. 19 de la

Constitución —o sí— y otra es examinar la conveniencia y eficacia de una tal política pública de incriminación. En efecto, por hipótesis podría sostenerse que aquella penalización no viola el principio de privacidad, pues, bajo determinadas circunstancias, causa daño a terceros y aun así preferir la no incriminación, alegando que es una política errada, poco eficiente para limitar el consumo y el tráfico de drogas prohibidas y que produce más males que bienes.

La doctrina de la Corte Suprema, acerca de la cuestión de la privacidad y la tenencia de drogas para uso personal, recorrió, hasta julio de 2008, tres etapas en la República Argentina.

En la primera de ellas, el Tribunal entendió que la ley que penaba aquella conducta no era inconstitucional. En efecto, en el caso *Colavini,* la Corte Suprema calificó severamente el uso de estupefacientes por los graves efectos que esa práctica produce, comparándolos a los generados por guerras o pestes; afirmó que la tenencia personal integra la cadena de producción, comercialización y consumo, por lo que el tenedor constituye un eslabón necesario de esa serie; que la tenencia trasciende la intimidad personal, pues suele traducirse en la ejecución de *acciones antisociales* aunque sin indicar cuáles serían esas acciones (859) .

Más tarde y con otra composición, la Corte Suprema reexaminó el problema y llegó a la conclusión contraria: la tenencia de estupefacientes para consumo personal estaba amparada por la garantía de privacidad del art. 19 de la Constitución Nacional(860) .

La mayoría de la Corte Suprema en*"Bazterrica"* —luego de hacerse cargo de la magnitud del problema de la drogadicción y de la licitud de la actividad del Estado dirigida a evitar las consecuencias que para la *ética colectiva y el bienestar y seguridad general* pudieran derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal— sostuvo que: a) no obstante *no se debe presumir que en todos los casos esa tenencia tenga consecuencias para la ética colectiva*(861) ; b) no está probado que la incriminación de la tenencia para uso personal evite consecuencias negativas para el bienestar y la seguridad general; c) al incriminar la simple tenencia se está castigando la mera creación de riesgo y no un daño concreto a terceros; d) la Organización Mundial de la Salud ha sostenido que *la detención obligatoria no resulta por sí misma beneficiosa* por lo que: e) una respuesta de tipo penal, tendiente a proteger la salud pública mediante *la creación de un delito de peligro abstracto, no tendrá siempre un efecto moralizador positivo* respecto al consumidor; y f) *en ese marco médico-psicológico, el Estado no debe imponer planes de vida a los individuos sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan*(862) .

Como puede advertirse en este voto, sólo el argumento indicado en c) está definiendo el tipo de daño que autoriza la incriminación de conductas, bajo la regla del art. 19 de la Constitución. Los argumentos de a); b); d) y e) admitirían la incriminación, si se dan y prueban las hipótesis contrarias previstas en la sentencia. Argumentos que, como bien señala la minoría en *"Bazterrica"* son de conveniencia, oportunidad o eficacia de la normativa en cuestión (863) . Por ello, pese al impacto y repercusión periodística y social que tuvo la

sentencia, estimo que la regla elaborada, acerca de la libertad de elección de los planes de vida, en ese marco *médico-psicológico* — por lo menos en el voto de *Belluscio* y *Bacqué*— es restringida.

El voto en concurrencia del ministro *Petracchi* extendió el derecho a la privacidad y a ser dejado a solas, distinguió acciones privadas de acciones realizadas en privado y declaró la inconstitucionalidad de la norma que pena la tenencia de droga para uso personal que *se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros*(864) .

En suma, la regla creada en *"Bazterrica"* es lábil e imprecisa y muestra cuán difícil y complejo —verdadera aporía, quizás— resulta delimitar las acciones privadas de las públicas y trazar lindes claros al hecho que causa daño a terceros.

La decisión en*"Bazterrica"* fue celebrada con algún apresuramiento como la legalización del uso de drogas en la Argentina. Sin embargo, la doctrina del fallo era más estrecha de lo que parecía. En consecuencia de ello —y pese a cierta inconsistencia con aquel precedente— la Corte Suprema circunscribió, en otras sentencias, lo que entendía por daño concreto en el caso de la tenencia de droga para consumo personal y, aunque mantuvo el precedente, no lo consideró aplicable al caso de quien *transitando por la vía pública en un vehículo, acompañado por tres personas les incitaba a consumir droga y logró que uno de ellos aceptara el convite*(865) .

Sin embargo, pese a la limitación de la regla que es posible advertir con una lectura atenta de *"Bazterica"* , la declaración de inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 20.771(866) produjo efectos en el Poder Legislativo. En consecuencia de ese fallo, también el Congreso reexaminó la cuestión y de ello resultó la sanción de la ley 23.737(867) . No obstante, esta norma mantuvo la incriminación de la simple tenencia, bajando la pena cuando por su escasa cantidad hiciera presumir que es para consumo personal y estableció una opción para el imputado, quien si se sometía voluntariamente a un programa de rehabilitación y lo cumplía satisfactoriamente, podía obtener que se suprimiese la anotación de la condena en el Registro de Reincidencia.

La ley, que pretendió establecer un equilibrio entre el interés social en el mantenimiento de una política prohibitiva del uso de drogas y la privacidad, no resolvió, a mi modo de ver, el problema original, pues tan intrusiva puede resultar la penalización —si así se la considera— como el sometimiento a un tratamiento médico obligatorio para evitar la sanción.

Más tarde en el caso *Montalvo* , la Corte Suprema estableció la tercera etapa jurisprudencial sobre la cuestión de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para uso personal y retornó al criterio elaborado en *Colavini* , ya bajo la vigencia de la mencionada ley 23.737(868) .

Todavía vigente la doctrina de la Corte Suprema en *"Montalvo"* , la Cámara Nacional Federal dictó dos sentencias en las que examinó la constitucionalidad de las normas que penan la tenencia de droga para uso

personal. La Cámara estableció una misma regla para ambos casos, aunque en uno confirmó el sobreseimiento y en el otro lo revocó (869) .

Según el tribunal de segunda instancia, la penalización de la tenencia de droga para uso personal es constitucional si de las condiciones de ésta —pequeña cantidad— y de las circunstancias que la rodean —la persona se disponía a consumir un cigarrillo de marihuana a media tarde, en una plaza pública donde había niños jugando— emerge un concreto *riesgo potencial para la salud pública* , en tanto bien jurídico protegido por la ley penal (870) . Por el contrario, si la referida tenencia consistía en una escasa cantidad de estupefacientes y *el contexto en el que se la verificó* permitían descartar el *riesgo potencial para la salud pública* —en el caso, el imputado circulaba solo por la vía pública, en horas de la madrugada— la penalización de esa conducta vulneraría la privacidad y sería, por lo tanto, inconstitucional (871) .

Así, la Cámara sostuvo que cuando la tenencia de estupefacientes no está destinada a *uso privado e individual* , la salud pública como bien jurídico supraindividual puede considerarse afectada y, en consecuencia, tiene validez constitucional su penalización. Con este criterio se trazó una línea divisoria que deja márgenes a los jueces para evaluar, caso por caso, cuándo la tenencia de estupefacientes para uso personal deja de ser privada y puede penarse legítimamente. Dicho de otro modo, los magistrados analizaron y establecieron algunos alcances de la privacidad constitucional en el caso de la punición de la tenencia de drogas para uso personal.

Sin embargo, a más de ello, el tribunal efectuó consideraciones acerca de la *inoperancia* de la criminalización indiscriminada de los consumidores de drogas, como instrumento eficaz para reducir la oferta y demanda de estupefacientes y la *inutilidad* de esa política como medida tuitiva de los consumidores. Como puede advertirse, este análisis de razonabilidad de la norma cuestionada implica un examen de los criterios de necesidad y conveniencia de la ley.

El problema, sin duda, es complejo de resolver y no sólo desde la perspectiva legal y jurisdiccional porque implica, también, lo que los habitantes del país perciben, están dispuestos a proponer y a asumir acerca de la cuestión.

Por cierto, la cuestión jurídica permanece abierta, aunque no siempre se distingue con claridad si los cuestionamientos a la incriminación de estupefacientes para uso personal parten de considerar que esa política criminal viola el principio de privacidad o que resulta ineficaz para proteger los bienes jurídicos involucrados: la salud pública o la eventual salud personal de quien *usa* drogas. Los problemas son diferentes y considero que así deben tratarse, sobre todo cuando se discute la política legal adecuada.

El principio de privacidad garantiza a todas las personas el derecho a decidir por sí mismas acerca de qué quieren hacer con su vida, en tanto que con ello no ofendan de ningún modo al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero. En ese sentido, podría sostenerse que sólo pueden incriminarse hechos —la tenencia de estupefacientes— en tanto comprometan la salud de terceros, pero no para proteger la del tenedor de

drogas, porque ello cercenaría su autonomía para decidir. Ahora bien, aunque resulta obvio que no todo tenedor de una pequeña cantidad de droga puede considerarse un adicto a éstas, cabría preguntarse si, en caso de que lo fuera, podría sostenerse que el adicto es una persona autónoma para decidir por sí misma el uso de estupefacientes (872) . Por otro lado, la opción que la ley permite al tenedor —entre el tratamiento y la incriminación— también constituye una interferencia estatal, porque el tratamiento de salud se acepta por el imputado para que no se lo condene. Entonces ¿la finalidad de la norma persigue resolver el problema de salud del tenedor de droga, porque el Estado tiene un deber para con él? O, imponiendo un tratamiento en subsidio, ¿tiende a evitar que terceros puedan verse perjudicados de algún modo concreto con aquella conducta y en tanto lo sean? Si se trata del primer objetivo, nuevamente aparece el problema del respeto a la autonomía y libertad personal del inducido a tratarse.

Desde otra perspectiva, las políticas de*reducción de daños* que se proponen en lugar de la incriminación —en tanto facilitan el acceso gratuito, higiénico y controlado a las drogas, mediante instrucciones para morigerar sus efectos, prevenir consecuencias secundarias o directamente entregándolas por medio de personal sanitario— ¿no implican que el Estado interfiere *de todos modos* en las conductas de los drogodependientes? O, desde otra mirada, ¿que renuncia a ayudar a los adictos desentendiéndose de ellos porque éstos no pueden o no quieren dejar el uso de drogas, controlándolos en su adicción y gastando recursos para evitar que perjudiquen a terceros incitando a éstos al consumo o cometiendo delitos para procurarse las drogas? ¿Debería variar la respuesta si el problema es acotado en su dimensión o en cambio se generaliza? Dicho de otra manera, una *política de reducción de daños* ¿se constituiría en un paradigma individualista más que liberal? ¿En un abandono de la solidaridad propia del Estado Social de Derecho para con los que caen bajo la dependencia de las drogas?

2.3. LAS IMPOSICIONES ESTATALES Y LA SEGURIDAD PERSONAL

La Ley Nacional de Tránsito 24.449, arts. 30 y 40 y el Decreto Reglamentario 779/95 imponen la obligación del uso del cinturón de seguridad a todos los que se desplacen en vehículos como conductores o pasajeros. La norma parece a simple vista una intromisión estatal en la vida privada de las personas adultas, con un fin claramente paternalista al pretender cuidar a quienes no desean cuidarse. No obstante, la disposición es defendible —aunque resulte a algunas personas incómoda de cumplir— en la preservación del daño a terceros, pues, en casos de accidentes, pueden generarse responsabilidades mayores para el conductor —e n caso de que quien no use el cinturón sea un pasajero— o para los terceros, eventualmente involucrados en el accidente.

2.4. La objeción de conciencia y el derecho a la objeción de conciencia

La objeción de conciencia implica la actitud pasiva de quienes —dentro de una comunidad nacional— se niegan a aceptar determinadas normas legales, alegando que ese cumplimiento violaría sus convicciones religiosas, filosóficas o morales, en suma, las creencias que conforman su ideario de vida. La actitud frente a la norma que se cuestiona puede llevar a los objetores a aceptar las consecuencias punitivas de su obrar o, en cambio, a resistir esas consecuencias acudiendo al sistema judicial para ser exonerados de los deberes que rechazan cumplir (873) .

De su lado y frente a la actitud del objetor de conciencia, el Estado puede admitir la objeción como una excepción legal al cumplimiento de la norma, librándolo de las sanciones penales o consecuencias no penales de la desobediencia. En estos casos, en realidad, el propio ordenamiento jurídico otorga validez a la objeción que se convierte, así, en un derecho subjetivo más, para la categoría de personas que incumplirán determinada manda legal.

El eventual reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia puede estar inserto de modo general en la Constitución Nacional, en las leyes para situaciones específicas o en sentencias judiciales, en los casos concretos en los que se presentan esos conflictos.

El derecho a la privacidad y a la intimidad que reconoce el art. 19 de la Constitución Nacional establece límites al poder estatal. Límites infranqueables para la legislación y para las decisiones de los magistrados que en ningún caso deben traspasarse. En cambio, cuando el Estado admite la objeción de conciencia no deroga, por ello, la norma general, ni la disposición administrativa o el criterio jurisprudencial, por el contrario todos ellos continúan vigentes, sólo que con las excepciones pertinentes para los objetores de conciencia. En ese sentido, no resulta claro que exista un derecho subjetivo pleno a plantear objeción de conciencia, siempre y en todos los casos.

Los tribunales argentinos, y en especial la Corte Suprema, han debido resolver varias cuestiones problemáticas en las que se invocaron la libertad religiosa y la objeción de conciencia (874) .

Por cierto, la objeción de conciencia —el derecho a ella— constituye un modo de respetar a las minorías en sociedades cada vez más plurales. Pero, exacerbada, puede desarrollar individualismos extremos que entorpezcan la solidaridad y la convivencia social.

2.5. LOS INTERESES ESTATALES EN MATERIA EDUCATIVA, LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LA PRESERVACIÓN DE LA PROPIA CULTURA

En 1972, la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió un caso en el que se planteaba el conflicto entre los intereses del Estado en materia educativa y el derecho a preservar la propia creencia y cultura.

En "*Wisconsin vs. Yoder* " una comunidad religiosa —la de los *Amish* — se había negado a cumplir una norma estadual que imponía la escolaridad obligatoria hasta más allá de la escuela elemental, en establecimientos públicos. La negativa les trajo aparejada una condena y la aplicación de una multa (875) . Los *Amish* habían aceptado enviar a sus hijos a la escuela elemental hasta el octavo grado, pues consideraban que el aprendizaje en ese nivel —lectura, escritura, matemáticas— les era útil para leer la Biblia y necesario para la relación que, de todos modos, debían mantener con la sociedad no *Amish* .

La Corte estadounidense —después de oír a peritos en estudios religiosos y en educación, presentados por los apelantes— dio por probado que el concepto de vida alejado del mundo moderno y de sus valores constituía el centro de la fe religiosa de aquéllos. El Tribunal reconoció que la escuela secundaria moderna desarrollaba valores tales como la competencia en el aula y en los deportes y era impartida por maestros que, inclusive, podían ser hostiles a las convicciones religiosas de los *Amish* .

En opinión de los expertos, imponer a los jóvenes la concurrencia compulsiva a las escuelas públicas que transmitían valores ajenos, podría generar conflictos psicológicos en los estudiantes compelidos a ello y producir la extinción de un estilo de vida como el de los *Amish* , tal como se había mantenido hasta el presente.

Al mismo tiempo que apreciaba las razones invocadas por la comunidad religiosa y por los padres —pues aceptó el derecho de la comunidad a la preservación de sus valores y el de los padres a decidir la educación de sus hijos— el Tribunal estadounidense reconoció el poder del Estado —por s u alta responsabilidad en educar a los ciudadanos— de imponer reglas razonables sobre el control y duración de la escolaridad obligatoria. Pero, en opinión de la Suprema Corte, ese interés, aunque sustantivo, debía equilibrarse con el similar derecho de los padres a conducir la educación religiosa de sus hijos y el de la comunidad *Amish* a la conservación de su cultura. En consecuencia de ello, el interés estatal en la educación no debía ejercerse en forma absoluta ni excluir o subordinar el resto de los intereses comprometidos en el caso.

En la confluencia de esas coordenadas, el Tribunal estadounidense amparó el derecho de los *Amish* a preservar la propia religión y costumbres, de la interferencia estatal.

Sin embargo, el Tribunal sostuvo que el mismo concepto de libertad dentro de un orden impide que cualquier persona fije sus propios parámetros de conducta en los que la sociedad en su conjunto tiene un interés sustantivo. Analizó, luego, el interés del Estado en que los individuos se preparen para

la vida y desarrollen su confianza en sí mismos, de modo tal que no constituyan una carga para la sociedad. Y, por último, afirmó que, en realidad, los *Amish* no rechazaban la educación, sino la enseñanza formal y convencional, impartida en escuelas públicas. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal tuvo en cuenta cuán exitoso había resultado el grupo religioso; de qué modo se valía por sí mismo y qué inconsistente resultaba afirmar que mantenía a los niños en la ignorancia, por el solo hecho de brindarles una educación diferente.

En suma, la Suprema Corte estadounidense —al comparar el caso de los *Amish* con el de los miembros de las órdenes religiosas que en la Edad Media se autoaislaban para preservar sus valores— sostuvo que *una forma de vida que es original y aun errática, si no interfiere con derechos o intereses de terceros, no puede ser condenada sólo porque es diferente* .

Como se advierte, el criterio desarrollado por la Suprema Corte de los Estados Unidos —fundado en las enmiendas I y XIV— es similar —aunque en la Constitución de los Estados Unidos no exista una norma parecida— (876) al que surge de la interpretación del art. 19 de la Constitución argentina, en tanto esta disposición garantiza el derecho a elegir el propio plan de vida, siempre que con ello no se ofenda de ningún modo el orden y la moral pública o se cause daño a terceros.

Mucho después de que se hubiese dictado sentencia en *"Wisconsin vs. Yoder"* en la República Argentina se suscitó un conflicto similar en el caso de los *Menonitas* , una comunidad religiosa muy antigua, desprendida del tronco cristiano. Un grupo de ellos se instaló pacíficamente en la Provincia de La Pampa; conforme a sus convicciones interpretan la Biblia según su peculiar perspectiva y se dedican a diversos trabajos relacionados con el campo, actividad en la que son exitosos y prósperos. Se destacan —según lo manifiestan quienes tienen trato comercial con ellos— por ser excelentes vecinos, cumplidores de la palabra empeñada y ajenos a la creación de conflictos o controversias con el resto de las personas que no comparten su fe. Mantienen tradiciones que los alejan de la sociedad de consumo, son austeros, trabajadores y también en el vestir se distinguen del resto de la sociedad, adoptando la sencillez como norma. Siendo como son muy celosos de sus creencias y costumbres, desean preservar a los niños y jóvenes de su comunidad en escuelas propias, para evitar el contacto con una cultura que consideran incompatible con su fe, que los aleja de ella y que no aprecian. Por lo que se sabe, no se registran denuncias penales en contra de ellos (877) .

El rechazo a la cultura de la sociedad moderna que profesan los *Menonitas* es tan fuerte que incumplieron la norma que los obligaba a enviar a los niños de la comunidad a escuelas públicas, estatales o privadas.

Las autoridades educacionales de la Provincia de La Pampa intentaron imponer el cumplimiento de las normas escolares, pese a la objeción de conciencia efectuada por los *Menonitas* . El Estado provincial alegó, para ello, la obligación que tenía de proteger los intereses de los menores, dando cumplimiento a las normas legales. Enfatizó el deber de incorporar en los

niños el uso del idioma nacional, dado que la comunidad *Menonita* emplea y enseña a los jóvenes una lengua extranjera, el alemán en versión arcaica.

En el conflicto estaban comprometidos principios constitucionales, derechos de la persona y fuertes intereses estatales. Sin embargo, en mi opinión, la aplicación del art. 19 y del art. 28 de la Constitución otorga quicio suficiente para encontrar una solución satisfactoria a la disputa.

En efecto, en un caso como el de los *Amish* y o el de los *Menonitas* debe examinarse si la oposición de los líderes religiosos de aquellas comunidades, y de los padres de los menores involucrados, a que los jóvenes participen de la educación formal que controla o supervisa el Estado causa ofensa al orden, a la moral pública o daño a terceros. En la hipótesis, si se afectan derechos sustantivos de los jóvenes, al privárselos de la oportunidad de conocer, valorar y, eventualmente, adoptar otra cultura diferente a la transmitida por sus padres y el grupo religioso.

Ahora bien, en el caso de los *Amish* la Suprema Corte de los Estados Unidos entendió que los jóvenes no sufrían perjuicio con la inasistencia a las escuelas públicas, porque de todas maneras recibían una educación que les permitía ser exitosos económicamente y valerse por sí mismos. Ante esta argumentación cabe un interrogante. ¿Amparó el Tribunal estadounidense a los *Amish* porque la Constitución les reconocía el derecho a vivir conforme a los principios de su religión, a conservar el núcleo de su cultura y a que los padres elijan la educación de sus hijos? ¿O hizo lugar a tales peticiones porque, de todas maneras, el modo de vida de la comunidad no resultaba sustancialmente incompatible con uno de los valores originarios y sustantivos de la sociedad norteamericana?

Así pues, si —como se determinó en el caso de los *Amish* en los Estados Unidos— los *Menonitas* , al mantener y resguardar sus convicciones religiosas y su particular modo de vida alejado de la sociedad moderna, no causan perjuicio a los niños y jóvenes del grupo, el Estado debería abstenerse de imponer una obligatoriedad escolar que aquéllos rechazan por principios religiosos.

Mas, ¿cómo medir el eventual daño a los menores? ¿Puede prescindirse, al examinar la calidad de la educación que reciben en su comunidad, de los valores centrales de ésta? ¿Debería evaluarse el grado de libertad residual de los jóvenes, una vez adultos, para abandonar el grupo religioso? ¿Debería el Estado exigir el desarrollo de algunas habilidades mínimas —lectura, escritura, idioma nacional— pero permitiendo adquirirlas dentro del grupo?

Al emplear aquellos criterios de decisión se recurre a un equilibrio razonable entre los intereses constitucionales en juego, la libertad de vivir conforme a las propias convicciones y la atribución estatal de garantizar la educación de los ciudadanos(878) . Solución, por otro lado, compatible con una interpretación situada del derecho a la identidad y pluralidad cultural, reconocida en el art. 75, inc. 19, de la Constitución argentina (879) .

2.6. Los intereses estatales en materia de salud reproductiva y procreación responsable y el derecho a la intimidad e identidad familiar

La salud es considerada —junto con la educación, la justicia y la seguridad— una obligación básica que hasta el Estado democrático liberal está obligado a cumplir. Ni quienes rechazan las vertientes paternalistas y perfeccionistas dudan acerca de que garantizar la salud de la población impone al Estado moderno deberes insoslayables. Por cierto, desde la perspectiva del Estado Social de Derecho, de las preocupaciones ambientales y de las necesidades de usuarios y consumidores, las atribuciones estatales se amplían en el ejercicio del poder reglamentario para satisfacer mejor aquellos requerimientos.

En torno a la salud de la población se hacen nítidas las relaciones que la prevención y la prestación de servicios sanitarios tienen con la educación. Por otro lado, se hace visible el cambio de las costumbres, la prolongación del período de la adolescencia, el crecimiento del de sempleo y las limitaciones de las familias y de la escuela para asistir a las crecientes dificultades de los jóvenes. El embarazo y maternidad adolescentes crea, a su vez, problemas en la atención de la salud de las madres precoces y de sus hijos, del eventual abandono de la escolaridad y del desamparo económico, si aquéllas carecen de apoyo familiar.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, sancionada en 1996 prestó atención a esas cuestiones. Así, estableció entre las políticas especiales sobre salud, la promoción de la maternidad y paternidad responsables, obligándose a poner a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos *reproductivos* (art. 21, inc. 4). Por otro lado, aquella norma consagró en el art. 37 —ubicado en el capítulo referido a la *igualdad entre varones y mujeres*— el reconocimiento de los derechos *reproductivos* y *sexuales,* libres de coerción y violencia, especialmente, a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos.

A fin de reglamentar esas normas, la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires sancionó la ley 418 y la modificó mediante la ley 439, luego del agrio debate que suscitó el dictado de la primera de aquéllas a propósito de lo que pareció una intromisión estatal en cuestiones propias de la más estricta privacidad que interfería con las cosmovisiones morales y religiosas de las personas (880) .

Según el art. 4° de la ley 418, entre los objetivos de la norma se mandaba: garantizar la información y el acceso a los métodos y prestaciones de anticoncepción a las personas que lo requieran para promover su libre elección, otorgar prioridad a la atención de la salud reproductiva de las/os adolescentes, en especial a la prevención del embarazo adolescente y

la asistencia de la adolescente embarazada; promover la reflexión conjunta entre adolescentes y sus padres sobre la salud reproductiva y la procreación responsable, y la prevención de enfermedades de transmisión sexual (inc. n). De acuerdo al art. 5, son destinatarias/os de las acciones legales la población en general, en especial las personas en edad fértil. A esta disposición, la ley 439 le agregó que se deberán respetar creencias y valores propios. De conformidad con el art. 7, se garantizó la implementación, entre otras, de las siguientes acciones: información completa y adecuada y asesoramiento personalizado sobre métodos anticonceptivos, su efectividad y contraindicaciones, así como su correcta utilización en cada caso particular (inc. a); la prescripción de métodos anticonceptivos, que en todos los casos serán de carácter reversible, transitorio, no abortivo, aprobado por el Ministerio de Salud de la Nación; elegidos voluntariamente por las/os beneficiarias/os luego de recibir información completa y adecuada por parte del profesional interviniente: abstinencia periódica; de barrera; químicos; hormonales; dispositivos intrauterinos (inc. c); provisión de los recursos necesarios, y en caso de ser requerido, la realización de la práctica médica correspondiente al método anticonceptivo respectivo (inc. d); promoción de la participación de los padres, en la medida que sea posible, en todo lo relativo a la salud reproductiva de sus hijos (inc. e).

La materia legislada por la Ciudad presentaba varias aristas cuestionables. En principio, se había dictado en ejercicio del poder de policía de salubridad que conforme a la distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados locales, corresponde a estos últimos. Sin embargo, al no circunscribir la implementación de la política pública diseñada por la Legislatura a las personas mayores, al poner el acento en la atención de la salud reproductiva de los adolescentes y al promover la participación de los padres en las cuestiones referidas a la salud reproductiva de sus hijos, en *la medida de lo posible,* comprometía el ejercicio de la patria potestad, materia propia del Estado federal conforme a lo dispuesto en el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional.

De otro lado, y más allá de los propósitos enunciados a fin de evitar, como se dijo, el embarazo adolescente, los abortos provocados y las enfermedades de transmisión sexual, en especial de HIV-SIDA, las políticas públicas diseñadas en la ley comprometían decisiones que, respecto a los hijos, sujetos a la patria potestad y que no se encontrasen en estado de abandono o peligro, compete a sus padres. La ley parece, no obstante, respetar la voluntad de los mayores y recabar la participación de los padres en lo que se refiere a los menores, pero no contempla la eventual objeción de conciencia de los agentes de salud, actuantes en ámbitos de la medicina pública.

Los cuestionamientos a la normativa llegaron a los tribunales mediante una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que no se aplicara a los actores y a sus hijos menores, la ley de marras. En primera instancia se hizo lugar a la petición, declarándose inconstitucional la ley 418, aunque, quizás, hubiera bastado con no aplicarla a los amparistas. Resulta interesante señalar los derechos que la magistrada encontró afectados por la normativa: a) el derecho a la intimidad que incluye el derecho

al secreto, al desconocimiento por terceros —se supone, los agentes de salud— de actos propios de su privacidad y, b) el derecho a la identidad familiar a preservar las relaciones interpersonales de ese grupo social (881) . Sin embargo, y más allá de la pertinencia o eficacia de la política pública diseñada por la ley 418, en el caso no estaba comprometido el derecho al secreto de la conducta o salud sexual, desde que en principio adultos y jóvenes debían pedir información, asesoramiento o prácticas médicas determinadas en esa materia. En cambio, la ley 418 sí interfería con la identidad familiar y no sólo porque el Estado se inmiscuía en aspectos relacionados con la salud sexual. En efecto, la cosmovisión de la norma puede no ser compartida por los valores de diversas minorías, no sólo religiosas. Pensemos en los casos de los *Amish* o de los *Menonitas* que preferían no enviar a sus hijos a escuelas públicas a fin de preservar su propia cultura, o en los *Testigos de Jehová* que rechazan determinados tratamientos médicos (882) . En el caso de la ley de salud reproductiva el Estado local dio un paso más en la definición de la política de salud —no sólo sexual—: intentó llevarla a cabo sobre menores, con la participación de los padres, pero *en la medida de lo posible* . En una materia tan sensible como la legislada, en el caso de los menores, el principio debe ser el del conocimiento y autorización familiar.

2.7. El derecho a la no interferencia estatal en las creencias religiosas de las minorías, en los ámbitos públicos

La interferencia del Estado en las creencias religiosas o en las convicciones personales de las minorías puede producirse en razón de los fuertes intereses públicos en educar o proteger la salud de esas mismas minorías religiosas o culturales, como se analizó en el caso de los *Amish* y los *Menonitas,* en *Bahamondez,* o en el caso de la ley de salud reproductiva de la Ciudad de Buenos Aires.

Pero el problema puede tomar otra dirección cuando la interferencia estatal se genera para resguardar la libertad religiosa de las mayorías como, por ejemplo, en el caso analizado sobre la constitucionalidad o no de colgar crucifijos en las escuelas públicas, suscitado en Alemania (883) . La norma que ordenaba esa práctica en el Estado de Baviera, fue declarada inconstitucional, siempre que no se tratase de una escuela confesional cristiana.

Alguno de los fundamentos de la decisión del tribunal alemán tienen directa relación con el derecho a la no interferencia estatal, sobre las convicciones de las minorías. Así, dijo la Corte que la colocación de la cruz no se justifica por la libertad positiva de creencias de padres e hijos de la fe cristiana. La libertad positiva de creencias les corresponde a *todos* , es decir, no sólo a los padres y alumnos cristianos. En consecuencia, para el tribunal, el ejercicio de la libertad positiva de creencias no concede un derecho irrestricto a profesar sus convicciones religiosas en el marco de las instituciones públicas. La clase de religión, la oración escolar y otras actividades religiosas en la escuela deben estar marcadas por el principio de voluntariedad. En cambio, *la colocación de cruces en las aulas no deja a quienes profesan otras creencias*

posibilidades exigibles, no discriminatorias, de un ejercicio divergente, ya que no pueden sustraerse de su presencia y exigencia . Como puede advertirse, el tribunal optó por preferir las convicciones de las minorías, las que, a juicio de la Corte alemana, no dejaba a ellas posibilidad alguna de protección de sus creencias mientras que las mayorías podían acceder voluntariamente a las prácticas religiosas.

En la misma línea de fundamentos, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania estableció que se violaba la libertad negativa de creencias si la parte en un juicio, en este caso un judío, se veía obligado a litigar en la sala de audiencias de un tribunal en cuya pared colgaba un crucifijo (884) . El criterio parece desmesurado a poco que se repare que en un país como los Estados Unidos, que ha establecido una pared de separación entre el Estado y las iglesias, de todos modos admite iniciar y concluir la ceremonia de la transmisión del poder presidencial con una oración y ha validado los adornos navideños en los espacios públicos como expresión de una tradición cultural.

Ahora bien, en caso de seguir el itinerario interpretativo del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, ¿no sería inconstitucional en la República Argentina —por violar las convicciones ideológicas de eventuales minorías— la*autorización implícita* que las autoridades de las Universidades públicas hacen a los estudiantes para que éstos cuelguen propaganda político-partidaria en los muros de las facultades? ¿Podría alegarse que en ese caso *todos* pueden exhibir sus carteles? Pero, ¿el tribunal alemán no nos está diciendo que el Estado debe ser neutro en materia religiosa, para no ofender las creencias de ninguno? ¿Es asimilable esa prudencia respetuosa, a las convicciones ideológicas y políticas? (885) .

3. Principio de intimidad

El principio de intimidad se desprende del de privacidad protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional, pero no se confunde con este último.

El derecho a la intimidad ampara —como bien lo señaló el ministro *Petracchi* en cita de *Cooley* — "el derecho a ser dejado a solas [pues] la incolumidad del principio de determinación autónoma de la conciencia requiere que la persona sea dejada a solas por el Estado —no por la religión ni la filosofía— cuando toma las decisiones fundamentales de la vida"(886) , o cuando se enfrenta a ellas.

Con el resguardo de la intimidad se protege de la mirada de terceros un área personal vedada a los demás, al poder público o los particulares.

La protección de ese derecho a excluir la interioridad y la exterioridad personal de la vista y difusión por parte de terceros, de raíz constitucional, fue reglamentado por el art. 1071 *bis* del Código Civil. La norma dispone: "El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuese un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado; y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del

agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

Otras disposiciones del sistema argentino reglamentan aspectos de las relaciones humanas —actividad económica-financiera o comercial— o procesos penales que puedan violar la intimidad

3.1. INTIMIDAD Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN

La intimidad personal puede ser afectada por el ejercicio del derecho a informar (887) .

Dado que los derechos a expresarse, a informar y a recibir información constituyen libertades preferidas en los sistemas democráticos —p ues ayudan a mejorar las instituciones, por el control que ejercen sobre la actividad gubernamental— las autoridades circunstanciales o las personas con actividad pública son las más expuestas por la difusión de aspectos de su vida privada que desearían mantener fuera del alcance del público.

La regla razonable según la cual a mayor responsabilidad política o social menor protección de la intimidad requiere una definición acerca de dos cuestiones. En primer lugar, la determinación de qué ámbitos personales tienen relación directa con la función o actividad pública, e interesan a la sociedad no por mera curiosidad, aunque ésta sea inevitable. En segundo término, la delimitación de hasta dónde debe llegar el conocimiento del público, a través de la información que se le brinde. Este último aspecto depende, también, de la propia conducta del involucrado. En efecto, suele suceder que muchos líderes políticos y sociales —del campo económico, artístico y hasta religioso— utilizan la prensa para lograr la atención y consideración positiva del público; develan por sí mismos aspectos íntimos sobre los que podrían reclamar reserva; declinan la defensa de su intimidad; en suma, la*hacen* pública. En consecuencia, cuando la noticia se echa a rodar por propia iniciativa, resulta inconsistente reclamar luego silencio sobre ella, pues ha dejado de pertenecer a la intimidad.

Estos aspectos del derecho a la intimidad en pugna con el derecho a informar, fueron considerados por la Corte Suprema en *"Ponzetti de Balbín"*(888) . En el caso, una revista de actualidad había fotografiado a un líder político —quien no ejercía cargo gubernamental alguno— en la sala de terapia intensiva en la que se lo asistía. La fotografía, obtenida sin consentimiento del afectado ni de su familia, fue publicada en la *tapa* de la revista y causó conmoción. Por esos día, el público seguía con interés las alternativas de la enfermedad de *Ricardo Balbín* , por entonces un personaje público que había gravitado de modo significativo en la política nacional (889) . La esposa y el hijo del enfermo demandaron a la editorial por los daños y perjuicios causados con la publicación, se ampararon en los términos del art. 1071 *bis* del Código Civil, alegando la violación del derecho a la intimidad del Dr. *Balbín* .

La Corte Suprema, con fundamento en el derecho a la privacidad e intimidad consagrados en el art. 19 de la Constitución Nacional, desarrolló una regla en virtud de la cual la actuación pública o privada de los personajes

célebres cuya vida tiene carácter público o la de los personajes populares, puede divulgarse en lo que se relaciona con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad, siempre y cuando lo justifique el interés general. No obstante, para el Tribunal, el avance sobre la intimidad de esas personas no autoriza a dañar la imagen pública ni el honor de ellas y menos a sostener que no tienen un sector o ámbito de la vida privada protegida de toda intromisión. Máxime cuando su conducta a lo largo de su vida no ha fomentado las indiscreciones por propia acción, ni autorizado, tácita o expresamente la invasión de su privacidad y la violación del derecho a su vida privada en cualquiera de sus manifestaciones (890) .

De uno de los votos en concurrencia surge un control de razonabilidad en términos de proporción, entre el derecho a informar acerca de la salud de un personaje célebre y el medio empleado para hacerlo, notablemente excedido en el caso, por su *innoble brutalidad*(891) .

La sentencia en *"Balbín* ", a mi modo de ver, procura un equilibrio ajustado entre derechos constitucionales —la intimidad y la responsabilidad por el ejercicio de la libertad informativa— y distingue diferentes hipótesis, personales y circunstanciales, para afinar el derecho y fijar la responsabilidad de los medios de comunicación.

3.2. Intimidad, protección de la imagen y derecho a la opinión crítica

La libertad de opinión consiste en emitir juicios de valor, expresar ideas, defender creencias y convicciones personales. Sin embargo, en algunos supuestos, requiere la narración de hechos si es que éstos constituyen el presupuesto para la formación de opiniones. En ocasiones puede recurrirse a las expresiones satíricas o al sarcasmo y a la mención de nombres propios y fotografías de los involucrados en los hechos que sustentan la opinión.

Ese modo de formular la opinión crítica puede afectar la intimidad de las personas, pues implica una intrusión en sus vidas, al exhibir públicamente las imágenes personales quizás celosamente resguardadas y perturbar la actividad diaria de los afectados.

Un caso singular de esos derechos en tensión debió de ser resuelto por el Tribunal Superior de Alemania (892) . La controversia se presentó cuando *Greenpeace* —una asociación ambientalista mundialmente conocida— instrumentó una campaña contra la elaboración de un elemento químico, causante de la destrucción de la capa de ozono, a fin de que cesara esa producción (893) . Para ello exhibió en la vía pública una serie de afiches en los que se mostraban las fotos de los directivos de la empresa productora del elemento químico considerado dañino con sendas leyendas —sobre y debajo de las fotografías— que expresaban: "*Todos hablan del clima, nosotros lo arruinamos"* y "Lo máximo en la destrucción del medio ambiente y en la producción del efecto invernadero". Además, se instaba a los lectores del afiche a llamar a la empresa —cuyos números telefónicos se indicaban— a fin de manifestar su protesta (894) .

El representante de la empresa en cuestión, inició una demanda tendiente a obtener la finalización de la campaña de afiches. Invocó, para ello, el

resguardo constitucional de su derecho a la personalidad y a la imagen. Por su parte, Greenpeace alegó el derecho a la libertad de expresión y a la libertad artística.

El Tribunal Supremo de Alemania fundó su decisión en la utilidad de la confrontación de ideas —como medio para alcanzar la verdad, confirmar la ya lograda o descubrir el error— y en las necesidades del sistema democrático de controlar el poder político garantizando, por ese medio, las libertades personales y colectivas, pero extendió el significado del campo político al del poder económico. Entonces, el Tribunal alemán examinó los elementos constitutivos de la opinión protegida por la libertad de expresión y midió, al mismo tiempo, el interés público y actual en que aquélla efectivamente se divulgase.

Según sostuvo el Tribunal alemán —estableciendo la primera regla— la opinión no debe, necesariamente, expresar todos los hechos que conforman el caso y lo sustentan. Aun cuando los aspectos omitidos en el relato pudieran matizar y, por ende, disminuir la responsabilidad ética y social de las personas expuestas ante la opinión pública, sobre todo cuando lo que se persigue es enfatizar la opinión crítica acerca de las conductas de los involucrados y las nefastas consecuencias que se siguen de aquellas acciones para —por caso— la conservación de la vida en el planeta.

En su dimensión moral la mentira no se constituye sólo con la narración de hechos falsos sino, también, con la omisión de los hechos o circunstancias verdaderas, las que de ser tenidas en cuenta mudarían el significado de la crónica trasmitida. No obstante, para el Tribunal alemán, el énfasis en el modo de presentar los hechos, la exageración de las conductas que se adjudican, la acentuación de determinadas circunstancias o los silencios sobre otros pormenores de hechos, acciones y personas, forman parte de los juicios de valor emitidos y puestos en confrontación en el debate público —de la opinión, en suma— y, en consecuencia, merecen ser protegidos aunque ello genere algún grado de molestia o mortificación a los terceros afectados.

Ese fastidio a la persona e imagen de terceros —que eventualmente podría vulnerar derechos constitucionales— lleva al Tribunal Supremo alemán a efectuar un balance entre los valores de los derechos enfrentados y una ponderación situada de la intensidad con la cual se afecta, en el caso concreto, cada uno de los derechos en disputa. De tal modo, la Corte alemana elaboró la segunda regla del caso. Así, a fin de deslindar hasta dónde llega el ejercicio de la libertad de opinión y hasta qué punto le establece límites el derecho a la imagen personal, deben mensurarse: a) el interés público involucrado en la opinión fastidiosa para los terceros, derivado de la "importancia fundamental" del tema y del "problema acuciante" para la sociedad, implicado en la discusión y, b) la mayor o menor notoriedad adquirida por el afectado, con motivo de las opiniones controversiales. Es decir, si el sujeto molestado por la difusión de su imagen con leyendas irónicas o duras para su consideración social ya ha participado en la discusión del tema, por medio de la cual se expuso ante la opinión pública a recibir menor protección en la defensa de su intimidad.

En suma, a mayor interés público en el debate de "cuestiones existenciales", en la discusión sobre los problemas que afectan bienes esenciales de la sociedad —tales como la preservación del ambiente en general y del clima en particular—, mayor necesidad de que las ideas y opiniones referidas a esos temas se sometan al escrutinio social.

Pero sucede que los medios empleados para lograr la atención social sobre las opiniones críticas y controversiales requieren, en una sociedad abierta y saturada de información, modos específicos de presentar las ideas. Por cierto, el empleo de algunos modos de emitir opiniones puede causar molestias o incomodidades para los involucrados en las crónicas. Es el costo en tranquilidad y buena imagen que —a criterio del Tribunal alemán— deben pagar quienes con sus acciones directas o indirectas afectan valores e intereses sociales y han participado del debate que ese accionar generó.

Como se advierte, la Corte alemana examinó, expresamente, el interés público comprometido en la campaña de afiches que instrumentó la asociación ambientalista; ponderó como esencial para la comunidad el debate sobre aquel interés y equiparó con los poderes públicos a la persona jurídica que afectaba con sus productos a la comunidad. A partir de esas conclusiones, garantizó la libertad de opinión construida con la narración de hechos, la difusión de retratos personales y las expresiones sarcásticas sobre las conductas de los representantes de la empresa productora, cuya demanda rechazó.

Al resguardar la libertad de opinión, convalidó acciones que producen un cierto grado de mortificación en los aludidos por el interés general afectado y equiparó a los grupos económicos que eventualmente degradan el ambiente humano con los poderes políticos, necesitados de control.

El derecho a emitir opiniones críticas sobre hechos y actos no gubernamentales o sobre personas que no son funcionarios públicos es amplio y merecedor de las garantías constitucionales cuando los actos de que se trate impliquen fuertes intereses públicos, por ejemplo, cuestiones referidas al ambiente, a la salud, a la preservación del patrimonio cultural. Cuando se trata de acciones gubernamentales o de personas que ejercen el poder político institucionalizado, existe mayor razón para proteger y facilitar las opiniones críticas. El derecho de *crónica* —relato de los hechos— se complementa con el derecho de *crítica* —opinión valorativa sobre esos hechos—.

La pretensión de algunos gobernantes de circunscribir la libertar expresiva a la narración de hechos, actos y circunstancias, brindando, además, una crónica de aquellos tal cómo los percibe el funcionario público es insostenible en una sociedad abierta y plural. Significa tanto como clausurar el debate, instalar versiones oficiales, construir la historia de los acontecimientos según los objetivos de política agonal que persigan los gobernantes en sus turnos electorales.

3.3. Intimidad, derecho a la imagen y tomas fotográficas no consentidas

La protección legal de las imágenes fotográficas de las personas tiene, en la República Argentina, antigua data. La ley 11.723, de propiedad intelectual, dispone que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento de ella y, una vez muerta, de su cónyuge, hijos, descendientes y ciertos parientes que enumera la norma. Más aún, la disposición autoriza a quien haya dado su consentimiento para divulgar fotografías con su imagen, a revocarlo, resarciendo los daños y perjuicios (895) . El aseguramiento de la intimidad de la persona, velando al público tomas fotográficas de ella tiene, en este caso, relación con los derechos propietarios sobre las imágenes propias que puedan utilizarse con fines comerciales. No obstante, el hecho de que la ley admita el arrepentimiento de quien autorizó las tomas fotográficas, implica que privilegia el control que las personas deben tener sobre sus imágenes, sobre otros intereses legítimos, aunque bajo condición de que resarzan los daños que cause.

La prohibición legal de reproducir imágenes personales se extiende a la difusión de ellas por otros medios electrónicos, además de los fotográficos. Sin embrago, según sostuvo la Corte Suprema, la interdicción cede si se da un "interés general social" y consideró que no lo constituía un "fin eminentemente comercial" aún cuando, en el caso, las actoras habían consentido la filmación y habían recibido por ello un pago, pero sus imágenes fueron utilizadas por un tercero a quien ellas no habían autorizado la reproducción de las tomas (896) . Aunque la Corte no definió en esta controversia que entendía por interés general social, la información de los actos gubernamentales, de los relacionados con ellos, de los grupos de interés social o económico que influyen en las relaciones sociales, las cuestiones que afectan a la comunidad o a sectores de ella son, en primer lugar, los que admiten excepciones a la protección de las imágenes personales.

Por cierto, aunque se trate de imágenes referidas a temas de interés general, debe resguardarse siempre un mínimo de intimidad y respeto a fin de no vulnerar la dignidad humana. No obstante, en ocasiones, las imágenes brutales de los acontecimientos que causa la misma criatura humana podrían despertar conciencias e impulsar a las personas a evitarlos en el futuro. Dicho en otras palabras, la libertad de información en su justificación social puede dar la medida del interés general en divulgar —y hasta dónde— imágenes consideradas atroces.

3.4. Intimidad y análisis médicos no anunciados

Los exámenes o análisis clínicos que la Policía Federal impone a sus agentes para constatar la buena salud de ellos a fin de decidir sus ascensos fueron considerados, por la Corte Suprema, una acción discrecional de la Institución, en principio no revisable judicialmente, aun cuando se efectuaron análisis para la detección del H.I.V., sin informar al agente de ello (897) . No obstante, el Tribunal confirmó la sentencia de Cámara que dejó sin efecto el acto administrativo por el que dispuso el retiro obligatorio del agente, sosteniendo la ilegitimidad del acto por no contener éste una ponderación de los efectos reales de la deficiencia inmunitaria sobre la aptitud laboral del agente, quien, además, era portador asintomático del virus en cuestión (898) . Es decir, la Corte Suprema efectuó un análisis adecuado de la razonabilidad del acto administrativo, pero, al referirse a los fines de la ley 23.798 de lucha contra el SIDA —según el Tribunal, de protección de la salud pública y no de la intimidad— equiparó la autorización de la norma para *obligar* al análisis en determinados casos con la realización de éste sin *conocimiento* del afectado como regla general (899) , generando con ello un "acto intrusivo que desconoce los límites del Estado frente a la autonomía individual" (900) .

3.5. INTIMIDAD Y PRUEBA HEMÁTICA COMPULSIVA

La posibilidades que brinda la prueba hemática de averiguar la identidad biológica de las personas con un altísimo grado de certidumbre, constituye una conquista científica que puede ayudar a quienes desean conocer la propia identidad y la buscan con ahínco. Por cierto, constituye también una herramienta en la averiguación de diversos delitos y en la indagación del parentesco cuyo conocimiento haya sido bloqueado por la acción ilegal de agentes estatales o privados, mediante la supresión del estado civil y retención de menores. Este último delito fue una de las secuelas más atroces de la represión ilegal a los grupos armados que actuaron en la década de 1970 en la República Argentina, proponiéndose la toma violenta del poder y operando aún durante períodos constitucionales(901) . Aquel crimen se materializó en el secuestro de niños nacidos en cautiverio, de madres detenidas también ilegalmente (902) .

No obstante, y más allá de su calidad para determinar la filiación biológica, el empleo de la prueba hemática genera problemas constitucionales si se la impone compulsivamente sobre personas mayores de edad que se niegan a prestarla y han sido víctimas de delitos.

El caso de "*Evelin* " ilustra al respecto. A mediados de 1977, *Susana Pegoraro* fue secuestrada de su hogar por fuerzas paramilitares y llevada a un centro de detención clandestino, sito en la Escuela de Mecánica de la Armada, en la Ciudad de Buenos Aires. Estaba embarazada de cinco meses. A partir de entonces nunca más se supo de ella, engrosando la lista de los tristemente célebres *desaparecidos* .

Más tarde, la madre de *Pegoraro* querelló a dos personas —*Policarpo Vázquez* y *Ana Ferrá* — sosteniendo que la joven *Evelin* , considerada hija de

ambos, había sido sustraída por ellos y podría ser su nieta. En el proceso penal que les siguió los querellados admitieron no ser los padres biológicos de la joven; el certificado de nacimiento de ésta resultó falso y, en base a ello, se procesó a *Vázquez* y a *Ferrá* por el delito de supresión de estado civil y retención de un menor. La jueza de primera instancia —a pedido de la querellante, presuntamente abuela de la joven— ordenó la realización de una prueba inmunogenética compulsiva sobre *Evelin* , ante la negativa de la joven a prestarla voluntariamente, y, además, dispuso la retención de todos sus documentos de identidad. La Cámara confirmó lo resuelto, pero calificó a la prueba hemática de complementaria. La afectada por tales decisiones interpuso recurso extraordinario federal alegando que se agraviaba su intimidad, su integridad física y su dignidad, pues no se respetaba su decisión de no vulnerar los intensos lazos afectivos que mantenía con quienes consideraba sus padres, al obligársela a prestar su cuerpo como prueba de cargo contra ellos.

La Corte Suprema, por mayoría, atendió los agravios de la joven y desestimó que se la pudiera obligar a una extracción compulsiva de sangre, a fin de determinar su verdadera identidad, si esa prueba podía utilizarse en contra de quienes considera sus padres, afectando sus sentimientos y el derecho a la intimidad resguardado por el art. 19 de la Constitución Nacional(903) .

Tal como fue planteado, el conflicto desnudaba parte del drama argentino en su lado más sensible y oscuro. A aquellos niños secuestrados ningún reproche podía hacérseles, ni jurídicos, ni políticos (904) . Sin embargo, como consecuencia de las trágicas circunstancias que vivieron, se convirtieron en víctimas por partida doble. En primer lugar, cuando les fue sustituida la identidad biológica, familiar y cultural, en suma sus raíces e historia. En segundo término, cuando debieron enfrentar la verdad de lo acaecido y la dolorosa posibilidad de que quienes los habían criado como hijos y a quienes prodigaban afecto, pudieran ser autores, partícipes o cómplices de la muerte de sus padres biológicos. La cuestión implicaba también un interrogante social. Tal como se dijo, el caso interpelaba a la sociedad argentina acerca de si estaba dispuesta a "admitir la decisión libre y voluntaria de una persona adulta de proteger a quienes se imputa(ba) la comisión de un delito en circunstancias históricas que produjeron heridas dolorosas" en el país (905) .

Aunque el debate en el caso de "*Evelin* " parecía ceñirse a determinar la identidad verdadera de la joven —y los derechos de su presunta abuela a encontrar a su nieta de sangre—, lo cierto es que el objeto del proceso fue otro: determinar si los imputados, *Vázquez* y *Ferrá* , eran los autores del delito de retención de menores y sustitución del estado civil de aquella (906) . De ahí, la resistencia de la joven a proporcionar la prueba hemática, pues no quería violentar la fidelidad afectiva que ella —mayor de edad y víctima del delito en cuestión— quería resguardar con quienes consideraba sus padres (907) .

Según la regla establecida por la Corte Suprema en el caso, no será obligatorio el examen de ADN en un proceso penal sobre una persona adulta víctima de un delito que ha expresado su negativa fundada en su derecho a

la intimidad y a la dignidad como persona, de no contribuir a condenar a quienes considera sus padres.

Dos precedentes antecedieron al caso de "*Evelin* ". El caso *"Muller, Jorge* " (908) y el caso "*H., G. S* " (909) . En el primero de ellos la Corte Suprema denegó la prueba hemática con fundamento en que el menor de edad —u na diferencia con "*Evelin* "— no resultaba ni imputado ni víctima y no se había probado que la medida condujese a esclarecer el delito que se investigaba: en el caso, la falsedad del certificado médico de nacimiento del menor. De todos modos, al no provenir la negativa a la prueba de ADN de la parte afectada, no existían razones constitucionales para desestimarla, como sí las había en el caso de la joven, aun cuando el padre adoptivo alegó, en base a una prueba psicológica, cuán traumático sería para el niño someterlo a esa pericia.

En cambio en *"H., G. S.* " la Corte Suprema autorizó la extracción de sangre con fundamento en que, en el caso, se trataba de una menor que era la presunta víctima del delito de *tráfico de niños,* sus padres resultaban los imputados de haber recibido a la menor —abandonada o sustraída— mediante el pago de sumas de dinero y la medida resultaba conducente para establecer los dichos de *H* —el imputado—, quien sostenía que la niña era hija suya y como tal la había anotado (910) .

De los tres casos examinados resulta que la prohibición de la prueba hemática compulsiva es de excepción e inadmisible si la víctima es mayor de edad, se niega a ella alegando su derecho a la intimidad y a la dignidad de no contribuir a la incriminación de quienes considera sus padres, y la medida resulta complementaria a los fines de determinar el objeto del delito.

En cambio, si la medida se recaba como prueba de un ilícito que afecta a un menor; el imputado es quien se niega a que se realice sobre aquél, y, además, la probanza resulta pertinente para asegurar la identidad del menor, la práctica es procedente por no afectar ningún derecho constitucional del procesado y resguardar los derechos constitucionales y convencionales de la presunta víctima.

En cambio, si la medida se recaba como prueba de un ilícito que afecta a un menor; el imputado es quien se niega a que se realice sobre aquél, y, además, la probanza resulta pertinente para asegurar la identidad del menor, la práctica es procedente por no afectar ningún derecho constitucional del procesado y resguardar los derechos constitucionales y convencionales de la presunta víctima.

3.6. INTIMIDAD Y REGISTRO DE DATOS PERSONALES

La garantía del *hábeas data* , incorporada expresamente en la reforma constitucional de 1994, adiciona una protección especial a la intimidad cuando la intrusión proviene de los bancos de datos públicos o de los privados destinados a proveer informes.

El registro de datos constituye una realidad en crecimiento y proporciona importantes beneficios económicos, financieros y en el ámbito de la salud, o de la educación, por mencionar algunos. Pero puede generar intromisiones irrazonables a la intimidad de las personas (911) .

La ley 25.326 reglamentaria del *hábeas data* estableció protecciones específicas de la intimidad referidas a los datos sensibles (art. 7º), a los relativos a la salud (art. 8º); y dispuso el deber de confidencialidad de los responsables de los bancos y de quienes intervienen en el tratamiento de datos (art. 10) (912) .

3.7. Intimidad e intervenciones telefónicas

Las intervenciones telefónicas llamadas*"operaciones de pesca"* iniciadas antes de la investigación penal como medida exploratoria, no resultan compatibles con el resguardo de la intimidad de las personas. La resolución judicial que las ordena —en muchas ocasiones apresurada o inmotivada— por la que se dispone una intervención telefónica de un presunto sospechoso sin valorarse elementos de convicción de ningún tipo, ni siquiera el más minúsculo indicio que relacione la escucha dispuesta con los motivos que la sostienen, son irrazonables. No basta con citar en la resolución un número telefónico sin indicar su titularidad ni el domicilio en el que está instalado, sin vincularlo con persona alguna como mínimo sospechada.

Por otro lado, la sospecha que motive la intervención debe estar en el ánimo del juez, no de los interventores. La transcripción de las escuchas debe hacerse en su totalidad porque, de lo contrario, es la policía quien decide qué tramos de las conversaciones resultan importantes para la causa y cuáles no (913) .

3.8. Privacidad e intimidad del correo electrónico y en Internet

El correo electrónico es definido como un "equivalente electrónico del correo convencional de papel" (914) o como "toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se trasmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras" (915) .

Tal como los papeles privados o la correspondencia epistolar, el correo electrónico está protegido por las garantías que reconocen los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, las que por esa similitud son directamente operativas para el medio de comunicación. Aunque pueda resultar necesario instrumentar legalmente esas seguridades por las particularidades que caracterizan al correo electrónico, puede aplicarse al caso la responsabilidad del art. 1071 bis del Código Civil, en la hipótesis de

afectación de la privacidad(916) . Desde luego, la protección del correo electrónico mediante la incriminación de conductas exige ley específica que así lo disponga. Esa ley se dictó en 2008, estableciendo tipos penales con la finalidad de proteger la confiabilidad del correo electrónico. En efecto, se dispuso que constituyen delitos el "abrir o acceder indebidamente a una comunicación electrónica... o apoderarse indebidamente de ella... o suprimir o desviar su destino cuando no le esté dirigida... o interceptar o captar correos electrónicos provenientes de cualquier sistema de carácter privado o público. Las penalidades se incrementan si se comunica a otro o se publica el contenido del correo electrónico así habido y se suma la pena de inhabilitación especial para el funcionario que abusando de su cargo cometiera esos ilícitos (917) .

Por otro lado, también se requiere ley reglamentaria de los recaudos de certificación de la firma digital, a fin de que el documento electrónico pueda ser validado en su autenticidad e integridad (918) .

La privacidad de los *e-mail* —y su viabilidad como medio de prueba, en determinadas circunstancias que no se dieron en la controversia— fue reconocida por la justicia comercial. En una diligencia preliminar en la que se solicitó el control de la computadora de la demandada para establecer la remisión o recepción de correo electrónico, que justificaría la rescisión del contrato que habría unido a las partes, el magistrado denegó el pedido por no estar autorizado al secuestro o exhibición compulsiva de esos documentos. El magistrado sostuvo que debe distinguirse el efecto probatorio de la correspondencia epistolar entre comerciantes, de la posibilidad de ordenar, de manera genérica, el allanamiento de esa correspondencia. El juez señaló que quien pidió la medida omitió toda mención al texto de los correos enviados y los por ella recibidos, no acompañó copia de los mismos, ni individualizó a su servidor de Internet, a fin de acreditar lo que sostenía. De ello se sigue que en la hipótesis contraria, el correo electrónico hubiera servido como un elemento de prueba (919) .

De igual modo se rechazó el elemento arrimado en forma anónima al estudio de uno de los letrados patrocinantes del recurrente pues su validez probatoria significaba el acceso ilegítimo al correo electrónico de un periodista. Ni éste, ni la autoridad judicial, habían autorizado el acceso a la cuenta electrónica en cuestión. En consecuencia de ello, la aceptación de esas probanzas constituiría una intromisión a la privacidad, sin sostén constitucional alguno a más de afectar la libertad expresiva (920) .

Según dije al examinar la libertad expresiva, ésta alcanza al tráfico de información, conocimientos, ideas y opiniones emitidas por Internet. Sin embargo, ese medio tiene aptitud tecnológica para afectar la privacidad —por ejemplo, introduciendo mensajes o publicidad no solicitada— o la intimidad, alterando datos de las personas o desvirtuando los fines para los que se otorgaron. En efecto, y tal como se ha sostenido, dado que una enorme cantidad de datos y opiniones personales circulan en la red, deberían respetarse tres principios al momento de descubrirlos, captarlos, y utilizarlos: el respeto por la privacidad; por la integridad y por la calidad de la información, tal como se exige a los bancos de procesamiento de datos comerciales o

financieros. La posibilidad técnica que brinda la red de captar gustos, preferencias y hábitos de consumo, y hasta de incorporar un dispositivo en el disco rígido de la computadora personal a fin de controlar los movimientos de los usuarios cuando éstos navegan, visitan y se detienen en el sitio que eligen (921) , limita notablemente el derecho al secreto y al silencio garantizados por el sistema jurídico argentino (922) . También a estos casos son aplicables los principios de la responsabilidad por daños, pero la especificidad del medio requiere el desarrollo de la legislación interna y de fuente convencional internacional.

La intimidad de las personas, de las familias en general, y de los menores en especial, puede vulnerarse por un acceso desprevenido e involuntario a algunos sitios de Internet. A fin de evitar esos efectos no queridos y dañosos para las propias convicciones o sensibilidades, en el acceso a los sitios de todo tipo con que cuenta la red, la ley 25.690 dispuso que las empresas de ISP (Internet Service Provide) están obligadas a ofrecer software de protección que impida el acceso a sitios específicos, al momento de ofrecer los servicios(923). Con el objetivo de armonizar la protección de la intimidad y el honor de las personas con la libertad expresiva, la ley 26.032 dispuso que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión"(924).

3.9. PRIVACIDAD E INTIMIDAD DEL CORREO ELECTRÓNICO EN EL ÁMBITO LABORAL

El correo electrónico, ya fue dicho, se asimila a la correspondencia epistolar y, por tanto, está protegido por las garantías que emanan de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. Pero ambos instrumentos de comunicación tienes características que los diferencian entre sí. Tal como se dijo lose-*mail* "no están escritos de puño y letra, generalmente no llevan firma digital; y los proveedores del servicio tienen la posibilidad de ver el contenido de los mensajes cuando no se implementa algún sistema de encriptación" (925) .

Además de ello, el correo electrónico está considerado un instrumento de trabajo personal y empresarial, en algunos casos, difícil de sustituir por otras herramientas. En el ámbito de las empresas, éstas suelen proveer a sus dependientes y hasta a quienes prestan algún tipo de servicio sin relación de dependencia, de cuentas de correo electrónico para uso y en beneficio de las empresas que los suministran, a fin de que las tareas requeridas se realicen con mayor eficacia. En algunos casos, expresa o implícitamente, los empleadores admiten que los correos electrónicos de que disponen los empleados se utilicen también para cuestiones personales. La autorización para usar una palabra clave de acceso a la cuenta respectiva es un indicador

de la privacidad que se reconoce a ese correo y de la intimidad que se asegura a los mail que por allí circulan.

El tipo de trabajo que se realiza en empresas informatizadas en las que la mayoría de los trabajadores disponen de computadores y correos electrónicos diluye —se lo quiera o no— la línea divisoria entre relaciones laborales y relaciones privadas(926) . Esta realidad genera tensiones en el ámbito laboral acerca del alcance de los derechos de unos y otros: a la intimidad, en el caso de los trabajadores y al control de la eficiencia en el trabajo y de las herramientas que provee, en el caso de los empleadores.

Los principales problemas que pueden presentarse en el ámbito laboral a propósito de una cuenta de correo electrónico a nombre del empleado y de la empresa para quien trabaja son, en especial, dos: a) el empleado usa de ese correo para fines personales no autorizados y, b) lo emplea para fines ilícitos o para causar perjuicio a la empresa.

Un modo de resolver los problemas —en realidad, de prevenirlos— en el caso del correo electrónico puesto a disposición del trabajador por el empleador dentro de las facultades de organización empresaria y en resguardo de su propiedad, consiste en establecer con claridad y sin ambigüedades, las restricciones o prohibiciones aplicables para monitorear los mensajes recibidos y enviados por aquél medio y las consecuencias en caso de incumplimiento (927) . Es conveniente —para ambas partes— que la empleadora notifique de forma clara su política en cuanto al uso permitido o prohibido del correo electrónico (928) . En caso de no hacerlo, se estará a las presunciones y demás probanzas pertinentes pero, al no constituir un deber del empleador, ello no constituirá prueba en su contra.

La jurisprudencia argentina ha preservado los derechos del empleador contra el uso indebido de los correos electrónicos. Pero queda en pie el problema de la protección de la intimidad y su alcance frente a aquellos derechos.

Por su parte, la Cámara Nacional del Trabajo consideró justa causa de despido el hecho de que el trabajador enviara datos confidenciales a una empresa competidora de su empleador. Para ello consideró que "el proceder del empleador que cotejó los registros y constancias de la información que contenía el servidor de Internet de la empresa, y revisó el correo electrónico del trabajador, no vulnera el derecho a la intimidad de éste ni viola su correspondencia personal, pues la inspección estuvo limitada prudentemente a verificar las comunicaciones dirigidas por parte del dependiente a otra empresa competidora a fin de comprobar el grave incumplimiento de aquél en sus deberes" (929) . Aunque, en el caso, la pesquisa sobre los *mail* del trabajador, se hicieron con el concurso de un técnico, de un escribano público y solamente sobre los dirigidos a la empresa competidora en un porcentaje muy menor de todos los correos enviados y recibidos —y dejando de lado el problema de la certeza de la prueba, acerca de que esos correos cuestionados efectivamente fueron enviados por el trabajador infiel— una importante corriente de opinión considera que en todos los casos en que se pretenda conocer, utilizar o difundir el contenido del correo electrónico, es necesaria la intervención y la autorización judicial, bajo pena de nulidad de la

prueba así colectada (930) . No obstante, considero que la regla debiera ser menos rígida y depender tanto de los acuerdos celebrados entre el empleador y el trabajador, cuanto del sistema informático que utilice la empresa, en el caso de que en éste pueda distinguirse de modo claro los *mail* privados de los correros corporativos, que pueden entrar en red intraempresaria y ser de lectura libre para todos los conectados.

4. Principio de legalidad

El principio de legalidad está expresado de modo genérico en el art. 19 de la Constitución Nacional. También tiene su fuente en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de Francia. La Constitución argentina dispone en varias normas aplicaciones específicas de ese principio, por ejemplo, en matera penal (art. 18) o en materia tributaria (arts. 4º, 17 y 75 inc. 1º). La reforma constitucional de 1994 estableció otras especies del principio de legalidad reforzando, si cabe, esa garantía. Así, en el art. 75, inc. 2, en lo referido a la ley convenio de coparticipación y, en el art. 99, inc. 3, expresamente prohibió al Poder Ejecutivo el recurrir a los decretos de necesidad y urgencia, en materia tributaria y penal y sobre materia referida a los partidos políticos y el régimen electoral.

La Corte Suprema declaró el carácter absoluto del principio de legalidad en materia tributaria, al disponer la inconstitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia que creaba un impuesto (931) e invalidó en otra sentencia una promulgación parcial de leyes que, en lo hechos, tuvo un efecto similar (932) .

El principio de legalidad está directamente vinculado con lo que *Juan Francisco Linares* denominó *debido proceso adjetivo* y, éste, con el *debido proceso legal* , como garantía innominada de la Constitución Nacional(933) . El primero, exige el cumplimiento de una serie de procedimientos a fin de que los actos que afecten derechos o garantías constitucionales sean legítimos. El principio de legalidad requiere la existencia de ley emanada del Congreso y sancionada y promulgada por el Poder Ejecutivo mediante los requisitos constitucionales.

Aun cuando el art. 76 de la Constitución Nacional habilita por excepción la delegación legislativa en materia determinada de administración o de emergencia pública, la garantía del debido proceso adjetivo se mantiene en tanto el decreto delegado debe ajustarse a la ley delegante. Ese control fue ejercido por la Corte Suprema en el caso "*Provincia de San Luis c/Estado Nacional* ", sobre inconstitucionalidad de la *pesificación* de los depósitos bancarios efectuados en dólares norteamericanos (934) . En efecto, según la mayoría del Tribunal, el decreto 214/02 había excedido las bases de delegación establecidas en la ley de emergencia pública 25.561 y, por ello, devino inconstitucional (935) .

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.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 14; 15; 16; 17; 18; 19; 21; 22; 25; 75, incs. 1, 2, 12, 18, C.N.

1. Los derechos de los extranjeros. Finalidad e interpretación general de la norma

El art. 20 configura, junto con el art. 25 y el Preámbulo de la Constitución Nacional, el entramado normativo que acoge la idea de *contrato social abierto* . En efecto, a la igualdad implícita que surge de la enunciación de derechos reconocidos a los habitantes en el art. 14, sin distinguir entre nativos y extranjeros, se une la invitación del Preámbulo que contiene un proyecto público de bienestar general con el aporte de la inmigración, favorecida expresamente. De ese modo, el ofrecimiento del Preámbulo a todos los habitantes del mundo que quieran habitan en la República Argentina establece una pauta de control de razonabilidad más estricta para examinar las eventuales reglamentaciones normativas aplicadas a los extranjeros.

Aunque el art. 20 puede parecer redundante, teniendo en cuenta que los derechos y garantías se reconocen a los habitantes del país, lo que incluye a los extranjeros, la importancia de la norma radica en que establece un criterio de igualdad material, el de la nacionalidad. Ello impide, en principio, utilizar la pauta de la nacionalidad para diferenciar en categorías legales o administrativas, en materia de derechos civiles.

Por otro lado, la declaración de igualdad contenida en el primer párrafo del art. 20 y la enunciación de derechos civiles no taxativa que formula esa norma, refuerza la protección a los extranjeros, lo que no impide, desde luego, el control del ingreso legal al país y el reconocimiento de esos derechos sólo a quienes han entrado legalmente (936) . Aunque como se verá en el punto siguiente, los extranjeros que ingresan y permanecen ilegales en el país deben tener, por lo menos, el derecho de defensa y las garantías procesales, frente a la orden de expulsión administrativa.

2. El alcance de los derechos reconocidos a los extranjeros

Los derechos civiles se reconocieron en el art. 20 de la Constitución histórica de 1853/60 a los extranjeros, sin ninguna condición expresada formalmente en la norma. No obstante, una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales admite reglamentaciones razonables al disfrute de esos derechos, tal como se deriva de la primera parte del art. 14 de la Constitución Nacional, pues no resultaría compatible con la organización social postular el acceso incondicionado a aquellos derechos, dado que implican actividades sujetas a reglamentación legal igual que para los argentinos (937) .

La primera restricción de los derechos de los extranjeros emana del eventual ingreso y permanencia ilegal en el país. En tal sentido, el requisito de entrada y estadía legal no afecta ni incumple con lo dispuesto en el art. 20 de la Constitución porque deriva del poder estatal para atender el cumplimiento de intereses públicos, como la seguridad, la salubridad, las necesidades de la población y las posibilidades de incorporar a los inmigrantes al mercado de trabajo sin crear desequilibrios sociales. En esa línea, la reforma constitucional de 1949 otorgó los derechos civiles a los extranjeros que ingresaran al país sin violar las leyes (938) .

Pero, como se anticipó, aun los extranjeros ingresados ilegalmente o cuya residencia en el país hubiera devenido ilegal tienen, a lo menos, el derecho de defensa en juicio para demostrar su derecho a permanecer en la República, ello por aplicación del art. 18 de la Constitución Nacional. Por eso resulta incompatible con la igualdad entre nacionales y extranjeros establecida en el art. 20 de la Constitución Nacional, el rechazo de un *hábeas corpus* interpuesto por el representante de un ciudadano uruguayo detenido y expulsado del territorio nacional. En el caso, la mayoría de la Corte Suprema estimó que la cuestión había devenido abstracta, pues al momento de resolver la apelación extraordinaria, el extranjero en cuestión ya no se encontraba privado de su libertad, pues se lo había expulsado (939) . A mi modo de ver, el Tribunal ignoró que el *hábeas corpus,* al proteger la libertad ambulatoria, ampara el derecho a no ser detenido ilegalmente y a desplazarse sin interferencias por el territorio nacional, derecho que el ciudadano uruguayo expulsado no podía ejercer, quizás inconstitucionalmente. En la causa, la mayoría en *"De La Torre"* inaplicó su propio precedente en *"Solari Yrigoyen"* , sentencia en la que consideró irrazonable un decreto de detención, durante el estado de sitio, de un ciudadano argentino en el exterior —que por ello no estaba detenido—. No obstante, la Corte Suprema entendió que aquél tenía afectado su derecho a ingresar al país (940) . Cierto es que en el caso de *"Solari Yrigoyen"* se trataba de un ciudadano argentino y que en *"De La Torre"* el impedido de ingresar era un extranjero pero, precisamente, el art. 20 de la Constitución Nacional iguala, en el reconocimiento de los derechos civiles, a ambos (941) . Como lo señalara con acierto la disidencia, la expulsión de un extranjero sin que se haya garantizado la posibilidad de acceso a un tribunal judicial, podría no sólo ser contraria al derecho interno sino al derecho internacional y dar lugar a reclamaciones diplomáticas o ante tribunales internacionales (942) .

El art. 20, inspirado en el del proyecto de *Alberdi* , tenía como objetivo desarrollar políticas inmigratorias para poblar, estimular el comercio y la industria, acabar con el desierto y engrandecer, de ese modo, el país (943) . Como consecuencia de ello, las disposiciones constitucionales mencionadas favorecían la situación de los eventuales inmigrantes para atraerlos a la República Argentina.

En esa dirección el goce de los derechos civiles comprometidos en la Constitución no implica la obligación de admitir la ciudadanía argentina para poder ejercer aquellas facultades. La regla es la igualdad de los ciudadanos extranjeros con los argentinos manteniendo, los primeros, la propia identidad nacional.

Del mismo modo se prohíbe hostigar a los extranjeros con contribuciones extraordinarias por su calidad de tales. Ello no impide que deban tributar impuestos de emergencia o excepcionales que se apliquen por igual a toda la población, esto es, sin distinguir entre nacionales o extranjeros.

Ahora bien, la igualdad utilitarista entre nacionales y extranjeros, preconizada por *Alberdi* en las *"Bases* " (944) y establecida por los constituyentes con un espíritu algo más altruista, en el art. 20 de la Constitución Nacional, ¿es absoluta o relativa? ¿Puede el Estado reglamentarla, limitándola? ¿Para ello se requiere la existencia de un interés público vital que deba ser protegido? ¿Basta con la existencia de ese interés urgente o se requiere, además, que la restricción al derecho del extranjero sea la única alternativa posible para satisfacer aquel interés? ¿Cumple el Estado con el principio de razonabilidad, con sólo invocar el interés público en la restricción al derecho del habitante del país, por su calidad de extranjero? (945) .

La Corte Suprema tuvo ocasión de analizar el alcance del art. 20 de la Constitución Nacional en el caso *"Repetto"* en el cual, por aplicación de una normativa provincial, se prohibía a una ciudadana norteamericana, con título de maestra jardinera obtenido en la República Argentina, ejercer esa profesión en la escuela pública de gestión privada. El Tribunal, por la unanimidad de sus entonces cinco miembros aunque con tres concurrencias, declaró la inconstitucionalidad de aquella disposición y amparó el derecho de la extranjera a enseñar.

Sin embargo, el voto que hizo mayoría y las tres concurrencias examinaron y evaluaron la cuestión debatida desde diferentes perspectivas. La mayoría sentó el principio en virtud del cual en la Constitución argentina los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos en el ejercicio de los derechos civiles. Ello implica, a mi modo de ver, que no podría utilizarse la categoría de la nacionalidad como criterio de selección para reconocer o negar derechos. Pero además, la Corte, efectuó control de razonabilidad del medio legal, sosteniendo que si se prohibiese enseñar a los extranjeros no sólo en el ámbito estatal sino también en el privado, la profesión de maestro les estaría totalmente vedada. Como se advierte es una aplicación concreta del art. 28 de la Constitución Nacional reforzado, porque, para este voto no basta con invocar el interés vital del Estado en la educación, de modo genérico, para justificar la restricción —en realidad eliminación— del derecho a

enseñar (946) . También coincidieron con la exigencia de precisión, a la hora de invocar el interés vital del Estado en establecer la limitación de los derechos de los extranjeros, la concurrencia de los magistrados *Petracchi* y *Belluscio*(947) .

En cambio, el ministro*Fayt* admitió la constitucionalidad de las reglamentaciones razonables al derecho a la igualdad civil de los extranjeros. Pero efectuó el examen de relación y proporcionalidad entre el interés del Estado en la educación y la medida restrictiva, situándolo en la específica circunstancia en que la controversia se suscitaba. Para el magistrado, lo que en las épocas de inmigración masiva pudo ser razonable para cumplir con la finalidad educativa de formar al ciudadano y socializar al inmigrante mediante maestros que hubieran aceptado la nacionalidad, ya no se justifica en momentos en que aquella tarea está cumplida y el control administrativo sobre la enseñanza, plenamente asentado (948) .

Por su parte la concurrencia integrada por los ministros *Petracchi* y *Bacqué* en lo referido al art. 20, sostuvo que cualquier diferenciación en el ejercicio de los derechos civiles entre nacionales y extranjeros se encuentra afectada de una *presunción de inconstitucionalidad* —se diría que estamos ante las *categorías sospechosas* de la jurisprudencia norteamericana— (949) , por lo que no basta con invocar un interés vital por parte del Estado ni que la medida sea razonable (950) .

Ahora bien, aunque la regla creada por la Corte Suprema implica un control estricto de la constitucionalidad de la diferenciación legal, al no perfilarse los contornos ni el criterio de lo que se entiende por interés vital del Estado, éste debe, necesariamente, establecerse en relación con los derechos y valores en conflicto, situados, por otro lado, en la particular circunstancia en que se conjuga la controversia (951) .

En la misma línea de "*Repetto",* la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 15 de la ley 7625 de la Provincia de Córdoba, en tanto exigía la nacionalidad argentina para integrar el Equipo de Salud Humana de ese Estado local. El Tribunal consideró que dada la igualdad plena de derechos de los extranjeros para el ejercicio profesional, debía exigirse a la Provincia una justificación suficiente de la restricción legal y la acreditación del interés estatal protegido con ella (952) .

3. LOS EXTRANJEROS Y LA CIUDADANÍA

Los extranjeros no están obligados a nacionalizarse para ejercer los derechos civiles que se reconocen al habitante pero pueden, si lo desean, obtener la nacionalización, residiendo dos años continuos en el territorio de la República. Sin embargo, la autoridad puede acortar el término de dos años a favor de quien solicite la nacionalidad argentina, alegando y probando servicios a la República.

La ley de ciudadanía 346 en su versión original sancionada en 1869 denota, al enunciar los servicios a la Nación que habilitan acortar el plazo de dos años para obtener la ciudadanía por parte de quienes la requieran, las actividades consideradas valiosas y que los extranjeros podían desarrollar para beneficio propio y del país (953) . Conforme al art. 2º, los extranjeros mayores de dieciocho años que residiesen dos años continuos en la República pueden manifestar ante los jueces federales su voluntad de obtener la ciudadanía por naturalización. Ese tiempo puede acortarse en caso de alegar y probar haber desempeñado con honradez empleos de la Nación o de las provincias, dentro o fuera de la República —a partir de 1994, estimo que resultan equiparables los empleos de ese tenor prestados para la Ciudad de Buenos Aires—; haber servido en el ejército o en la escuadra (incluye todas las fuerzas armadas) o asistido a acciones de guerra en defensa de la Nación; haber establecido en el país una industria o introducido invención útil; ser empresario o constructor de ferrocarriles, en cualquier provincia; formar parte de alguna colonización, siempre que posean alguna propiedad raíz; habitar o poblar en las líneas de fronteras o fuera de ellas; haberse casado con mujer argentina. El mismo derecho emana para la extranjera que contrae matrimonio con varón argentino, pues lo contrario implicaría una intolerable discriminación prohibida por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, tratado con jerarquía constitucional desde 1994 en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema; ejercer en alguna provincia el profesorado en cualquiera de los ramos de la educación o de la industria.

La ley 346 recibió varias modificaciones que acompañaron mudanzas axiológicas, no siempre en línea con los valores de la república democrática. Después de la restauración de las instituciones constitucionales en 1983, se incluyeron algunos resguardos para fortalecer los objetivos primigenios de la igualdad y la apertura, establecidos en el Preámbulo de la Ley Suprema. Así se dispuso que no podrá negarse la ciudadanía por razones políticas, ideológicas, gremiales, religiosas o raciales (954) .

La adquisición de la ciudadanía por parte de los extranjeros los equipara a los nativos para el ejercicio de los derechos políticos —salvo las excepciones establecidas en la Constitución Nacional, por ejemplo para postularse al cargo de presidente o vicepresidente de la Nación—. Y, según se analizó párrafos arriba, la interpretación estricta del art. 20 de la Constitución Nacional, en cuanto a los derechos acordados a los extranjeros, exige que cualquier restricción de aquéllos esté fundada en un interés vital del Estado —que éste debe acreditar— y la igual demostración acerca de que esa limitación es la única alternativa posible para satisfacer el interés público alegado. Cabe, también descalificar, en principio, diferenciaciones entre argentinos nativos y por opción, por un lado, y los argentinos naturalizados, por el otro. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de Mendoza declaró la inconstitucionalidad de la ley local que impedía a los argentinos naturalizados ingresar como agentes en la policía provincial. En el caso, se trataba de un ciudadano argentino, de origen chileno, casado con otra argentina naturalizada del mismo origen, docente y, ambos padres de tres hijos argentinos nativos. La Suprema Corte de Mendoza —primer voto de la

jueza *Kemelmajer de Carlucci* — calificó la prohibición normativa de ilógica, prejuiciosa y contraria al llamado que la Constitución formula a los extranjeros que quieren tomar la nacionalidad argentina y afirmó la necesidad de que las distinciones legislativas obedezcan a una objetiva razón de diferenciación y pasen el control de razonabilidad que justifique la diferencia de tratamiento donde se da identidad de situaciones (955) .

No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido la constitucionalidad del reglamento de prácticos y pilotos para ríos, canales y cursos de agua de la República Argentina, en tanto exige a quienes aspiren a ingresar a esa profesión la nacionalidad argentina nativa o por opción, bajo el fundamento de que aquéllos realizan una función pública en la que está comprometida la seguridad nacional (956) . La pauta empleada por la Corte Suprema no pasaría el *standard* creado varios años más tarde en el precedente *"Repetto"* ya examinado, ni la jurisprudencia posterior emanada de la Corte Suprema indicada al analizar el art. 16 de la Constitución Nacional, y denota vaguedad extrema para caracterizar el interés estatal en mantener la diferenciación (957) .

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.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 17; 20; 22; 36; 52; 75, incs. 16, 25, 27 y 28; 99, incs. 12, 13, 14 y 15; 119; 126; 127, C.N.

1. La defensa de la patria. Interpretación general de la norma

El art. 21 se inscribe entre los instrumentos tendientes al logro de los objetivos enunciados en el Preámbulo de la Constitución: constituir la unión nacional —entre las hasta entonces provincias divididas y enfrentadas— consolidar la paz interior —desgarrada en múltiples luchas civiles— y proveer a la defensa común, centralizando las fuerzas militares bajo el mando civil.

Como un antecedente de lo expresado en el Preámbulo de la Constitución argentina, a fin de obtener la unificación de las fuerzas armadas y ponerlas bajo el mando de la autoridad legítima, debe señalarse el art. 15 del *Acuerdo de San Nicolás* . Por esta cláusula se acordó conceder a *Urquiza* —en calidad de General en Jefe de los Ejércitos de la Confederación— *el mando efectivo de todas las fuerzas militares que actualmente tengan en pie cada Provincia,*

las cuales serán consideradas desde ahora como parte integrante del Ejército Nacional(958) .

El art. 21 impone un deber constitucional a todos los argentinos. Pero, tanto como en el caso de los derechos reconocidos por el art. 14 —que se ejercen conforme a las leyes que los reglamenten— también la obligación de armarse en defensa de la Patria y la Constitución debe cumplirse bajo los reglamentos legales que dicte el Congreso. Al igual que todas las normas, aquéllos deberán respetar los límites de la razonabilidad impuestos por el art. 28 de la Constitución. Ello implica que el deber impuesto a los argentinos de integrar la defensa militar es relativo (959) 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.

Del art. 21 surge también —en concordancia con lo dispuesto en los arts. 99, incs. 12, 13 y 14, y 75, inc. 27— que el mando y jefatura de las fuerzas armadas, y la estructura y organización de ellas, es civil, a cargo del presidente de la Nación y del Congreso Federal, respectivamente.

De la norma constitucional no se infiere un deber constitucional de armarse y organizar milicias civiles o populares, fuera de las instituciones militares establecidas en la Constitución y bajo mando constituido y jefatura presidencial. Una decisión y acción de tal naturaleza violaría claramente las prohibiciones de los arts. 22 y 36 de la Constitución Nacional.

La excepción a los ciudadanos extranjeros que se convierten en argentinos por naturalización se inscribe en el objetivo de incorporar plenamente la inmigración a la sociedad argentina, aunque el plazo concedido —diez años— es menor que el proyectado por *Alberdi* , quien lo extendió a treinta años (960) .

2. El servicio militar obligatorio y la objeción de conciencia

Según lo determina la Constitución, la reglamentación de la estructura, organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas constituye una atribución del Congreso Federal (art. 75, inc. 27). El proyecto de ley de reclutamiento de tropas debe iniciarse por la Cámara de Diputados, en virtud de que en esa Cámara se expresa la representación popular (art. 52).

Ahora bien, como lo reconoció la Corte Suprema, la obligación constitucional de armarse en defensa de la Patria es relativa. La anterior ley de servicio militar obligatorio 17.531 así lo había dispuesto, al admitir varias excepciones *razonables* a la prestación del servicio militar por parte de los ciudadanos. En primer lugar ese deber sólo comprendía a los ciudadanos varones. Luego, éstos podían exceptuarse por razones de ineptitud física; por motivos familiares o por causa de haber ingresado en seminarios religiosos (961) . Pero la regla constitucional y legal era la obligatoriedad de la prestación del servicio militar.

En cambio, en varias constituciones modernas, fue admitida la objeción de conciencia en la materia. Así, la Constitución de Alemania dispuso que "nadie será obligado contra su conciencia a prestar servicio militar con las armas" (art. 4º). La Constitución del Reino de España de 1978, declaró "el deber y derecho de defender a España" y dispuso que "la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustituta" (art. 30, 1 y 2).

Como se advierte, la diferencia entre los textos de la Constitución argentina —sancionada a mediados del siglo XIX— y los de las constituciones de Alemania y España —ambas del siglo XX— son, sobre el punto, importantes, pues mientras en la primera se impone el deber de armarse en defensa de la Patria, en las dos últimas, expresamente, se reconoce la objeción de conciencia.

No obstante, la Corte Suprema de la República Argentina, armonizando el deber de armarse en defensa de la Patria con el derecho a la libertad religiosa y de conciencia (arts. 14 y 19) llegó a admitir —con límites— la objeción formulada en el caso "*Portillo".*

El Tribunal analizó el alcance del deber de*armarse,* en el sentido de vestir las armas, y entendió que la obligación emanada del art. 21, en sentido análogo, podía cumplirse de modo de auxiliar a quienes las vistieran con una variedad de servicios. Pero para que prosperara la objeción de conciencia exigió que el objetor invocara con sinceridad las razones de aquélla y demostrara que la obligación de armarse le producía un serio conflicto con sus creencias religiosas o éticas, contrarias éstas a todo enfrentamiento armado (962) . Al mismo tiempo, la Corte Suprema —en lo que constituyó la regla en el caso *"Portillo* "— entendió que para resolver un conflicto como el suscitado, debía examinar el grado de interés del Estado en cumplimiento de los fines de la defensa prevista en el artículo 21 de la Constitución; el grado de interferencia con ese interés que produciría el incumplimiento del deber de armarse en defensa de la Patria, y hacer mérito de la posibilidad de que esos fines de defensa pudieran satisfacerse con otros medios —servicios alternativos— de modo que se evitara la restricción del derecho alegado (963) . En consecuencia, el Tribunal confirmó la sentencia que imponía a *Portillo* el servicio en las fuerzas armadas, *pero sin el empleo de armas* , con fundamento en la libertad de cultos y de conciencia (964) .

En 1995, el Congreso Federal sancionó la ley 24.429 que modificó el régimen anterior mediante la cual se estableció el servicio militar profesional, voluntario y rentado (965) . Sin embargo, para el caso de que con el nuevo sistema no se cumpliese con el cupo anual proyectado para cada fuerza militar, la norma autorizó al Poder Ejecutivo a convocar a los ciudadanos a la prestación del servicio militar. Ante esta hipótesis, la norma consagró la objeción de conciencia fundada en profundas convicciones religiosas, filosóficas o morales opuestas al uso de armas y estableció, a cambio, la prestación de servicios sociales sustitutivos no necesariamente en unidades militares, en tiempos de paz.

La ley recogió la regla elaborada por la Corte Suprema en *"Portillo* " y la desarrolló. El criterio, por otro lado, es el que mejor se compadece con el equilibrio entre deberes y derechos en una sociedad democrática y plural.

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 éste, comete delito de sedición.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 1º; 14; 21; 30; 36; 39; 40, C.N.Art. 21 PIDCP; Art. 15 CADH y Art. XXIV DADDH.

1. Democracia y peticiones populares. Interpretación general de la norma

La primera parte del art. 22 en concordancia con las nuevas disposiciones establecidas en los arts. 39 y 40 sobre iniciativa legislativa y consulta popular configuran un signo de que la forma de gobierno adoptada en el art. 1º de la Ley Suprema lo es conforme a lo establecido por la Constitución Nacional. Es decir que el sistema se devela, en sus alcances, a través de la totalidad de las normas que se refieren a él.

La disposición no siguió el modelo de *Alberdi* , trazado en los arts. 25 y 26, por los cuales se prohibía la *deliberación* de las fuerzas armadas, a las que asignó un papel *completamente pasivo* —se supone, referido a la acción de gobierno y ejercicio del poder— y tipificó el delito de sedición, cometido por toda persona o reunión de personas, que asumiera el título o representación del pueblo o peticionara a su nombre (966) .

Tal como quedó redactada la norma, el sistema democrático es representativo aun cuando esta característica ha sido atemperada por la inclusión de formas semidirectas de democracia. La prohibición de deliberar se refiere a la que es previa a la toma de decisión gubernamental y no impide, en virtud de los arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional, la deliberación asociativa, comercial, religiosa, sindical, o el derecho de reunión, reclamo y protesta.

2. El derecho a peticionar y sus límites en una república democrática

El art. 22 impone límites al derecho a peticionar. En efecto, la proclamación de que se representan los derechos del pueblo, en general, o de un sector de él en particular, por parte de personas o grupo de ellas y se peticiona a nombre de aquél, desliza el ejercicio del derecho hacia la comisión del delito de sedición. Queda claro, que el delito sólo podría cometerse en caso de que se asumiera la representación popular y no la del sector o de los sectores a nombre de quienes se peticiona o protesta. Se trata, en suma, de armonizar los derechos de los ciudadanos ejercidos en las elecciones y las representaciones de mayorías y minorías que constituyen los cuerpos legislativos y ejecutivos, con el derecho de peticionar a nombre de sectores o intereses. Suplantar la representación popular electiva —e imponerle a ésta determinadas soluciones por la fuerza— puede llevar a que minorías iluminadas o vanguardias que desprecian la democracia, la anulen y reemplacen por fuerzas militares o civiles que toman las armas. El ejercicio de la democracia por sus causes institucionales suele ser menos heroico, requerir más paciencia y racionalidad pero, al final, constituir un dique de contención de aspiraciones dictatoriales.

Sin embargo —y aun antes que se incorporara a la Constitución Nacional el art. 40— el art. 22 no impedía a las autoridades legítimamente constituidas consultar al cuerpo electoral. Tal sucedió en 1984, cuando se llamó a una consulta popular acerca de la conveniencia o no de aprobar un tratado de paz con la República de Chile, que implicaba la delimitación del canal de Beagle entre este país y la República Argentina. La consulta popular era no obligatoria —es decir, era facultativa para los votantes, quienes podían no concurrir al acto eleccionario, sin consecuencias jurídicas para ellos— y no vinculante para los poderes públicos. Esto significaba que los Poderes Ejecutivo y Legislativo no estaban compelidos a ejercer sus respectivas atribuciones en materia de tratados, según fuese el resultado de la consulta y, por su parte, el Poder Judicial mantenía su atribución de control jurisdiccional en la hipótesis de que se presentase un caso y agravio concreto.

No obstante, un planteo de inconstitucionalidad llegó a la Corte Suprema, sosteniendo el actor que la consulta popular convocada por el Poder Ejecutivo violaba los arts. 1º y 22 de la Constitución Nacional en el caso *"Baeza c. Estado Nacional"* . La mayoría del Tribunal no se expidió sobre la cuestión sustantiva, pues entendió que el accionante no había presentado un caso ni agravio concreto y rechazó la petición (967) .

Las acciones llevadas a cabo con la finalidad de llamar la atención de la opinión pública y presionar a las autoridades con cortes de rutas, caminos o calles encuadran en la prohibición constitucional, aun cuando las autoridades suelen ser complacientes con aquéllas, por motivos políticos o sociales y, en ocasiones, para evitar males mayores. Por otro lado, los cortes totales de rutas, caminos y calles pueden vulnerar gravemente los derechos de terceros, a la salud, a trabajar, a circular libremente. A más de ello, cuando esa metodología se generaliza y extiende suele generar dos efectos contraproducentes para los mismos peticionantes: se enajenan la voluntad de la población que padece en sus derechos y, aunque parezca un contrasentido, el mecanismo pierde efectividad por acostumbramiento. Claro

que este es un argumento de conveniencia u oportunidad de la metodología de protesta que se le elija emplear. Otra cuestión es hasta dónde puede llegar esa protesta sin afectar el núcleo duro de los derechos de los demás, incluidos otros grupos contestatarios.

En cambio, los reclamos y protestas ante los medios de comunicación social, en especial frente a las cámaras de televisión, denotan el interés de sus propulsores por hacerse visibles ante las autoridades o ante el público. Pero, más allá de que puedan encubrir uno de los llamados*operativos de prensa* , no sería sino la manifestación de disconformidad o queja amparada por la libertad expresiva. No me estoy refiriendo, como alguna crítica ligera podría interpretar, a los factores reales de poder —económicos y sociales— porque estos no efectúan sus peticiones por medio de manifestaciones ante las cámara de televisión sino ejerciendo presiones directas sobre los funcionarios, no necesariamente ilícitas. Estos grupos tienen, en efecto, más oportunidades para hacerse oír por los funcionarios públicos y, en ocasiones, prefieren mantener velados al gran público los intereses que defienden. Por cierto, los factores reales de poder —y hasta las agencias gubernamentales o funcionarios dentro de ellas— pueden, también *mover la calle,* asociados con grupos que protestan para debilitar gobiernos o instituciones específicas. La referencia a las protestas ante los medios de comunicación no las *califica* sino que *describe* el hecho de que quienes cortan calles o rutas suelen llamar a determinados canales de televisión para que esa acción tome estado público, se haga visible al mayor número de personas y atraiga la simpatía popular hacia el interés defendido. Dado que ya no estamos en tiempos de la Revolución Francesa, la plaza pública difícilmente se convierta en ágora y los medios de electrónicos de comunicación tienen llegada planetaria, la protesta social requiere y se afana por obtener la publicidad de sus demandas. Diría que, en estos casos, no es el periodista o el medio quien va en busca de la noticia *protesta* , sino que es ésta quien busca convertirse en *noticia*(968) .

Conviene recordar que, la Declaración Americana de Derechos Humanos, proclama en el art. XXIV que "Toda persona tiene derecho a presentar peticiones *respetuosas* a cualquier autoridad competente, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución".

3. LOS ATENTADOS Y DELITOS CONTRA LA SOBERANÍA POPULAR

El delito tipificado por el art. 22 de la Constitución Nacional puede ser cometido por alzamientos militares, cívico-militares, civiles que se militarizan o civiles que sin militarizarse generan violencia callejera y saqueos. De los cuatro tipos de insurrecciones da cuenta acabada la historia argentina y todos ellos implican un desconocimiento de la Constitución Nacional y las reglas democráticas para el cambio de manos en el ejercicio del poder.

Los golpes de estado, dirigidos y concretados por militares asumen una gravedad mayor, dado que las Fuerzas Armadas constituyen instituciones de

la Constitución (art. 75, inc. 27, y art. 99, incs. 12, 13 y 14) y, en aquellos casos, emplean la fuerza dada por la República para su defensa, en la destitución de las autoridades legítimas (969) .

Sin embargo, las insurrecciones populares —o las organizaciones civiles que se militarizan— también carecen de legitimidad, fundamentalmente cuando resisten a gobiernos que, aunque hipotéticamente pudieran calificarse de mediocres e ineficientes, gozan de legitimidad electoral (970) .

En 1984 se sancionó la ley 23.077 de *Protección del orden constitucional y la vida democrática*(971) . La norma produjo importantes modificaciones al Código Penal, tipificando delitos contra la vigencia de la Constitución y contra la estabilidad de las instituciones y las autoridades legítimamente elegidas. Sus tipos penales comprenden actos llevados a cabo tanto por militares como por civiles (972) y reprimen a quienes se "alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del Gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales", agravando la pena si las acciones mencionadas se cometieren con "el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación" (973) .

4. LAS PROTESTAS POPULARES Y LAS INSTITUCIONES POLÍTICAS

A fines de diciembre de 2001, después de la implantación del llamado *corralito* financiero que impuso rigurosas restricciones al retiro de fondos depositados en el sistema bancario (974) , se generaron en Argentina una serie de protestas callejeras, en principio pacíficas, de personas que con utensilios de cocina en mano los golpeaban rítmicamente, camino de la Plaza de Mayo (975) . El fenómeno de las clases medias en las calles de la ciudad —entre la tristeza por las pérdidas dinerarias y el regocijo por compartir una identidad, siquiera precaria— fue mirado con simpatía hasta por quienes habían escapado al *corralito,* pero tenían otros agravios que presentar al gobierno. Sin embargo, la repetición de las movilizaciones y la participación de grupos mayoritariamente de jóvenes que provocaron disturbios y más tarde violencia indiscriminada, hasta las puertas mismas de la Casa de Gobierno, excedieron, con creces, el derecho de reunión y el derecho de peticionar, aunque se solicitase la renuncia del ministro de Economía y del presidente de la Nación, quienes finalmente dejaron el poder (976) .

Pero, ya antes de los *cacerolazos,* el crecimiento del desempleo, la pobreza y el descrédito de las organizaciones sindicales formalizadas, había alumbrado a fines de la década de 1990 otro fenómeno mucho más complejo, el de los *piqueteros* que se instalaban en rutas y caminos, impidiendo la libre

circulación de personas y mercancías y efectuaban por días y semanas reclamos de puesto de trabajo o subsidios de diverso tipo (977) .

En uno y otro tipo de protesta popular contra los efectos de las medidas económicas se ha incluido la reprobación a los políticos *profesionales,* y al modo de funcionamiento de las instituciones políticas *(978)* . El reclamo *"que se vayan todos"* empleado por las clases medias urbanas en la gran crisis de 2002 postuló lo imposible en un sistema de reglas democráticas, pero, en el primer semestre de ese año, al menos, no se reclamó el reemplazo de la democracia.

Ahora bien, ¿cómo ubicar estas protestas en el sistema jurídico de la república democrática? Cuando los derechos de reunión y de petición generan daños a las personas y a los bienes públicos y privados, ¿deben ser tolerados por el sistema como un mal menor, ante la imposibilidad de satisfacer las justas demandas y a fin de descomprimir la situación? ¿o debe reglamentarse más estrictamente el derecho de reunión, a fin de librar espacios mínimos para la circulación y garantizar los derechos de terceros? ¿o es preferible recurrir a la tipificación penal cuando se agredieran aquellos valores y bienes? (979) . En principio, en estos casos —aunque puedan producirse excesos en el modo de peticionar, se cometan algunos delitos y eventualmente se consiga la sustitución de los gobernantes legítimamente elegidos que renuncian a sus cargos, como fue el caso del presidente De La Rúa—, la resolución del conflicto debe darse dentro de las reglas del sistema, con prudencia y firmeza a la vez. Sin embargo, ¿cómo tratar jurídicamente el caso las protestas populares cuando se convierten en *rutinas sociales* o en una *gimnasia de oposición* ? Como se advierte, esas acciones están en los bordes del sistema, pueden configurar escaramuzas prerrevolucionarias y encuadrarse en las previsiones del art. 36 de la Constitución Nacional, destinado a neutralizar los ataques contra el orden constitucional. Pero, llegado a ese punto, la fortaleza de las instituciones dependerá más que del dictado y la aplicación de las normas adecuadas —con ser éstas necesarias— del compromiso y las convicciones democráticas de la sociedad (980) , porque como lo registra la historia, las *puebladas* no pueden encausarse con la ley penal.

De todos modos, el poder judicial debe tener la suficiente independencia para distinguir las manifestaciones populares de protesta que tangencialmente dificultan y aún impiden transitoriamente la libre circulación de personas y bienes, de las que se hacen con el propósito de obstruir deliberadamente el tránsito. Más aún, si en esas prácticas contestatarias se cometen delitos. En esa dirección debe anotarse lo resuelto por la Cámara Nacional de Casación Penal quien hizo lugar al recurso fiscal contra la sentencia que había sobreseído a quienes intervinieron en el incendio provocado sobre vías del ferrocarril, a fin de impedir el paso del tren(981) . Como bien se dijo, el ejercicio de los derechos constitucionales —de huelga, expresión, manifestación y organización sindical— no deben vulnerar los derechos que asisten a otros miembros de la sociedad (982) .

Desde otra perspectiva, puede analizarse el impacto político de las manifestaciones y protestas callejeras que se*profesionalizan* , cuando los

integrantes de las agrupaciones que las impulsan y concretan dependen de aportes encubiertos en forma de subsidios entregados por oficinas gubernamentales. El soporte económico puede partir de funcionarios públicos, en lucha partidaria entres sí, o de grupos económicos o sociales en competencia por esos espacios. Aquellas protestas pueden significar, también, la atomización del conflicto social en variadas representaciones de intereses con sesgo individualista. Como quiera que fuese, denotan la debilidad institucional y sus mecanismos reglados para la resolución de problemas.

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.

Concordancias: Arts. 1º; 6º; 14; 18; 28; 29; 43; 61; 75, inc. 29; 76; 99, incs. 3 y 16; 109; 126. C.N.Art. 4º PIDCP; Art. 27 CADH.

1. Concepto y orígenes del estado de sitio(983)

El estado de sitio, junto con la intervención federal, constituyen las respuestas institucionales, regladas por la Constitución Nacional, ante emergencias de carácter político. Después de la reforma de 1994, se admitieron dos tipos más de emergencias, las que dan lugar a la delegación legislativa (art. 76) y las que autorizan el dictado de decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3).

El estado de sitio —en tanto implica un quiebre en la normalidad institucional y otorga facultades excepcionales al Poder Ejecutivo referidas a la libertad de las personas— pone en tensión al llamado Estado de Derecho y establece una atenuación del principio de la división de poderes. En ese sentido cuestiona las bases últimas del sistema político demoliberal fundado en el paradigma de la separación, independencia y control de los poderes y en la declaración de derechos reconocidos y anteriores a la existencia del Estado, ambos instrumentos garantistas de las libertades personales.

Sin embargo y como ya lo señalara la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde muy antiguo, el estado de sitio y los valores constitucionales no son antagónicos, pues aquél ha sido creado para *defender* la Constitución y las autoridades creadas por ella y no presupone la anulación de la Ley Suprema (984) . En realidad, el estado de sitio tiene por función preservar el

sistema constitucional, las libertades públicas y la sociedad nacional en torno al orden de la libertad, la seguridad, la justicia y los derechos humanos, sin que la garantía de unos pueda enervar la de los otros.

Un antecedente remoto de esta institución —la dictadura romana— preveía, para emergencias extraordinarias, poderes de excepción. Limitada en el tiempo de vigencia y con causas específicas de instauración requería la decisión del Senado para ser otorgada aunque en algunas ocasiones también la Asamblea concedió poderes dictatoriales de funesta memoria (985) .

Pero, tal como se lo concibe en el Estado moderno, la primera experiencia deriva de la ley francesa de 1791, aunque la hipótesis allí reglada confería el poder civil al comandante militar de una plaza o puesto militar sitiado, emergencia externa que luego se asimiló a las convulsiones internas. Ya antes, en cambio, la Constitución de los Estados Unidos había prohibido al Congreso "suspender el privilegio de '*hábeas corpus* ', salvo en aquellos casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública lo requiriera", en una versión atenuada de los regímenes de excepción pues sólo y por situaciones extraordinarias puede suspenderse la garantía del *hábeas corpus*(986) .

Desde el inicio del proceso emancipador argentino, al mismo tiempo en que se declaraban y garantizaban las libertades personales, se estableció la facultad de suspenderlas por causas siempre excepcionales en las que se viera comprometida la seguridad o la paz pública (987) .

Por su parte las Constituciones sancionadas en 1819 y en 1826 mantuvieron la facultad de suspender las seguridades individuales con textos casi idénticos al del Estatuto de 1815, en la primera de las normas citadas, con la obligación de dar "cuenta al Cuerpo Legislativo" y, en la segunda, otorgando directamente la atribución al Congreso.

La expresión *estado de sitio* se utilizó en el proyecto de Constitución de *Juan Bautista Alberdi* , publicado en las *Bases y Puntos de Partida para la organización política de la República Argentina* de 1852. El art. 28 de ese proyecto 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 arrestar o trasladar las personas a otro punto dentro de la Confederación, cuando ellas no prefieran salir fuera" (988) .

La Constitución argentina sancionada en 1853 tomó como fuente el proyecto de *Alberdi* , con una importante modificación, pues la declaración del estado de sitio, *no suspendía el imperio de la Constitución* sino las *garantías constitucionales* . Por otro lado, la conmoción interior y el ataque exterior que justificaran la declaración del estado de sitio debían ser de tal magnitud que pusieran en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella.

Pero, al mismo tiempo, la Constitución de 1853 había atribuido al Poder Ejecutivo una facultad que generó una encendida crítica en la Convención Constituyente de 1860 y que, en 1985, volvería a suscitar controversias de todo tipo (989) .

En efecto, en el art. 83, inc. 20, de la Constitución de 1853 se expresaba: "Aun estando en sesiones el Congreso, en casos urgentes en que peligre la tranquilidad pública, el Presidente podrá por sí solo usar sobre las personas de la facultad limitada en el artículo 23, dando cuenta a este cuerpo en el término de diez días desde que comenzó a ejercerla. Pero si el Congreso no hace declaración de sitio, las personas arrestadas o trasladadas de uno a otro punto, serán restituidas al pleno goce de su libertad, a no ser que habiendo sido sujetas a juicio, debiesen continuar en arresto por disposición del Juez o Tribunal que conociere de la causa".

Esta capacidad presidencial para arrestar o trasladar personas,*aun sin declaración del estado de sitio y estando reunido el Congreso* , fue derogada lisa y llanamente en 1860. En la Convención Constituyente reformadora la potente voz de *Sarmiento* descalificó con duros términos la disposición. Llegó a decir que la norma otorgaba al presidente poderes similares a los de *Napoleón* ; que concentraba en él toda la Constitución; que, en fin, lo facultaba para hacer lo que le pareciera en casos urgentes, de los cuales era el único juez. Rindió sus frutos la vehemencia del sanjuanino pues ningún convencional defendió el precepto que, al decir de *Montes de Oca* , cayó en el mayor de los desprestigios (990) . La comisión revisora de la Constitución de 1853, a su turno, había desaconsejado el mantenimiento de la norma por considerar que ponía a disposición del Ejecutivo, en todo tiempo, la libertad de todos los ciudadanos, lo que equivalía tanto como abolir las garantías personales, situación que no remediaba el ilusorio límite del plazo de diez días para dar cuenta al Congreso de la medida decretada por el Ejecutivo (991) .

Si se examina la historia nacional —fundamentalmente en el siglo XX— se advierte que en la República Argentina se usó y abusó del establecimiento del estado de sitio y se extendieron, hasta límites intolerables, las restricciones de los derechos y las garantías. Las detenciones de personas se prolongaban en el tiempo y se agravaban por la suspensión del derecho de optar por salir del país. En la experiencia argentina sobre el estado de sitio debe computarse, además, el proceso de desconstitucionalización vivido por el país, acentuado a partir de 1930 en que se instaló el primer gobierno de facto en el siglo XX, pues los gobiernos militares usaron, como instrumento de control civil, el estado de sitio.

El empleo abusivo del estado de sitio —para enfrentar las crisis y superarlas— significó el fortalecimiento de la rama ejecutiva del poder y un debilitamiento del principio de la separación de poderes. Por ello se ha sostenido desde su improcedencia en una auténtica democracia, postulando la necesidad de su supresión constitucional, hasta la necesidad de reglamentar su ejercicio a fin de limitar las facultades presidenciales durante la vigencia del mismo.

Sin embargo, con suficiente control de legalidad sobre su declaración y adecuado control de razonabilidad de las medidas dispuestas en su consecuencia, constituye un remedio excepcional pero conveniente de defensa de la Constitución.

2. Interpretación general del art. 23

En la distribución de poder establecida en la Constitución de 1853/60 —y mantenida en la reforma de 1994— corresponde al Congreso declarar el estado de sitio en caso de conmoción interior y aprobar o suspender el decretado por el Poder Ejecutivo durante su receso, conforme a los arts. 75, inc. 29, y 99, inc. 16 (992) . En caso de ataque exterior, el Presidente tiene la atribución para declararlo, por tiempo determinado y con acuerdo del Senado según lo dispuesto por el art. 99, inc. 16, y por el art. 61 de la Constitución Nacional(993) .

Pero dos disposiciones constitucionales introducidas por la reforma de 1994 implicaron nuevos límites al estado de sitio. Una de ellas —el art. 43— *constitucionalizó* el control judicial de la detención de personas durante el estado de excepción, exigiendo la resolución inmediata del eventual *hábeas corpus* presentado.

La restante limitación deriva de la jerarquía constitucional otorgada por el art. 75, inc. 22, a varios Tratados sobre Derechos Humanos. En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, contempla la suspensión de las *obligaciones* del Estado parte, establecidas en la Convención por causa de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado parte (art. 27, inc. 1). Al mismo tiempo —y ello es lo sustantivo— dispone la no suspensión de *derechos* considerados esenciales: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; del derecho a la vida; del derecho a la integridad personal; de la prohibición de la esclavitud y servidumbre; del principio de legalidad y de retroactividad; de la libertad de conciencia y de religión; de la protección de la familia; del derecho al nombre; de los derechos del niño; de los derechos a la nacionalidad; de los derechos políticos; ni de las garantías judiciales *indispensables* para proteger tales derechos (art. 27, inc. 2). Esta norma, además de la responsabilidad internacional que pudiera aparejar su incumplimiento, proporciona una regla de interpretación del art. 23 acerca de cuáles son las garantías que pueden suspenderse o no durante el estado de sitio, conforme al art. 23 de la Constitución Nacional(994) .

Sin duda, en la permanencia y alcance del estado de sitio está comprometida una concepción del poder y de la libertad. Si, por definición, aquél supone una expansión de la autoridad sobre los derechos personales, se requieren muy buenas y justificadas razones para imponerlo, así como claros límites para su ejercicio.

No obstante, como lo señalara *Sarmiento* : "La Constitución no se ha hecho solamente para dar libertad a los pueblos, se ha hecho también para darles seguridad, porque se ha comprendido que sin seguridad no hay libertad" (995) . Por otro lado, ello está implícito en los objetivos del Preámbulo de la Ley Suprema: consolidar la paz interior, proveer a la defensa común y asegurar los beneficios de la libertad. Pero, si para lograr esos

objetivos y ante conmociones extraordinarias que pongan en peligro la vigencia de la Constitución se acrecientan temporalmente los poderes del Estado, en la misma medida deben intensificarse los controles de legalidad en la declaración del estado de sitio y de razonabilidad de las medidas dispuestas en su consecuencia.

3. Empleo del estado de sitio en la historia constitucional argentina

La larga vigencia del estado de sitio en la historia argentina convirtió un remedio excepcional en un recurso reiterado. En efecto cuando el coronel *Cáceres* invadió un departamento de la provincia de Corrientes se inició la larga serie de declaraciones de estado de sitio —total o parcial— en el país. Fue el 12 de septiembre de 1854, decretado por el Ejecutivo en la Provincia de Corrientes y por un plazo de treinta días, aunque fue levantado el 11 de aquel mes. Por causa de ataque exterior —la guerra con Paraguay en 1865— fue declarado una sola vez, aunque por la situación internacional también fue dispuesto el 16 de diciembre de 1941.

Durante el período comprendido entre 1900 y 1983 —año este último de la restauración democrática en la República Argentina— el estado de sitio fue declarado en veinte oportunidades. En el período indicado de ochenta y tres años, veintiséis se han vivido bajo el imperio del estado de sitio, lo que representa un porcentaje de aproximadamente un 31,50%. Si el punto de arranque lo situamos en 1930 —fecha del primer gobierno de facto en el siglo XX— en cincuenta y tres años, veinticinco transcurrieron con la vigencia de aquel instituto.

Diferentes *motivos* se alegaron para dar por configurada la causal de conmoción interior. Así se lo declaró por la agitación popular desatada por un proyecto de unificación de deudas nacionales (1901); por huelgas portuarias (1902); para enfrentar la revolución radical (1905); con motivo del asesinato de *Ramón L. Falcón* (1909); para prevenir posibles desmanes y atentados a las delegaciones extranjeras que llegaban al país con motivo de las fiestas del centenario de la Revolución de Mayo; por insurgencia armada; para evitar las conmociones internas que originaba la Segunda Guerra Mundial (1941); por la violencia desatada por el terrorismo (1974) (996) . Por el estallido social que dio paso a la renuncia del presidente de la Nación en diciembre de 2001, en todo el país. Y en algunas provincias, a pedido de sus autoridades, el 21 de diciembre de 2001.

4. El estado de sitio como atribución federal

Varias constituciones provinciales dictadas en los inicios de la organización nacional dispusieron la facultad local de declarar el estado de sitio en sus respectivos territorios, como por ejemplo, las de Mendoza, La Rioja, San Luis y Corrientes. Pero, en ejercicio del control de constitucionalidad asignado por el art. 5º de la Constitución de 1853, el Congreso Federal —al revisar las constituciones provinciales— suprimió aquellas facultades (997) .

En 1863, *Sarmiento* , quien era gobernador de la provincia de San Juan, declaró en esa Provincia el estado de sitio. En aquella ocasión se suscitó un memorable debate entre el gobernador sanjuanino que defendía una atribución a la que se consideraba facultado y el ministro del Interior, *Rawson* , quien argumentó con los casos decididos por el Congreso Nacional. La provincia de San Juan persistió en su postura y en dos oportunidades más —en 1869 y 1870— la legislatura volvió a declarar el estado de sitio. Pero fueron posturas aisladas. La interpretación prevaleciente considera que el establecimiento del estado de sitio es una atribución delegada en el gobierno federal.

5. Estado de sitio y decreto de necesidad y urgencia impostergable

Según lo establecía la Constitución histórica de 1853/60, en caso de conmoción interior, correspondía declarar el estado de sitio al Congreso Federal, salvo que éste estuviera en receso en cuyo caso podía declararlo el Poder Ejecutivo. Ese criterio fue mantenido por la reforma constitucional de 1994.

Pero antes de la reforma de 1994, en mayo de 1989, en virtud de los graves hechos que se sucedían en el país como consecuencia de la hiperinflación y los conflictos sociales que fueron su consecuencia, el presidente de la Nación, invocando la urgencia en tomar medidas, ante los acontecimientos que parecían fuera de control —la imposibilidad del desenvolvimiento normal de la instituciones en una de las provincias, la de Santa Fe— decretó el estado de sitio sin que el Congreso estuviera en receso. Es decir, que el presidente de la Nación empleó una atribución que claramente le estaba negada por la Constitución.

En primera instancia se hizo lugar al *hábeas corpus* interpuesto y se declaró la inconstitucionalidad del decreto respectivo. La Cámara, en cambio, admitió la legitimidad de la declaración de estado de sitio. El tribunal afirmó que el control judicial posible se circunscribía al examen de los requisitos de competencia, forma, plazo y determinación del lugar afectado por las medidas. La Cámara fundó la legitimidad de la atribución que había empleado el presidente, en razones de urgencia y la sujetó a la posterior ratificación legislativa (998) . Aunque a los dos días el Congreso declaró el estado de emergencia social, sanitaria y alimentaria en todo el país y ratificó el decreto

presidencial que declaraba el estado de sitio, la cuestión planteaba un verdadero dilema constitucional.

En 1989 aún no se habían constitucionalizado los decretos de necesidad y urgencia. Sin embargo la doctrina había admitido los reglamentos de necesidad bajo estrictos requisitos.

En efecto, sosteniendo que la Constitución histórica de 1853/60 no daba respuesta válida a la cuestión, *Sagüés* , en un adelanto del que se nutriría más tarde la doctrina *"Peralta* " (999) enumeró los requisitos que, a su juicio, habilitarían los decretos de necesidad y urgencia para la declaración del estado de sitio: 1) una emergencia capaz de poner en peligro la estabilidad del Estado, sus instituciones o la comunidad; 2) insuficiencia de la normativa formal —constitucional o infraconstitucional— para enfrentar aquella emergencia; 3) necesidad de adoptar respuestas jurídicas impostergables (1000) .

Ahora bien, ¿resulta aplicable esta doctrina después de 1994, cuando se institucionalizaron los decretos de necesidad y urgencia en el art. 99, inc. 3, de la Constitución Nacional? Si la razón que esgrimieron los convencionales constituyentes —al incorporar los decretos de necesidad y urgencia al texto constitucional— fue la de limitar el uso de esa práctica mediante la exigencia de determinados requisitos y prohibiciones expresas en materia legislativa, ¿puede interpretarse que habilitaron al presidente para el ejercicio de atribuciones *no legislativas* que expresamente corresponden al Congreso, por razones de urgencia? En mi opinión la respuesta es negativa, pues esa alternativa no fue concedida en 1994 (1001) . Sin embargo, si concurren las circunstancias indicadas por *Sagüés* en 2) y 3), se da cuenta inmediata al Congreso —como hizo el presidente de la Nación en 1989—, y el Poder Legislativo en el tiempo que le lleva llamar a sesiones, lo trata y convalida, la medida es en principio legítima, aunque quedarían sujetas a un control judicial más estricto las restricciones a los derechos dispuestas en consecuencia del estado de sitio.

6. Efectos del estado de sitio

Al no suspenderse la vigencia de la Constitución ni alterarse la estructura de poder, subsisten en sus funciones todos los poderes del Estado, por ello no pueden ser arrestados sus integrantes(1002) . No se requiere necesariamente la actuación de las fuerzas militares y es inconstitucional la jurisdicción militar aplicada a civiles —la llamada *ley marcial* — aunque en una controvertida sentencia, la Corte Suprema haya sostenido lo contrario (1003) .

Los problemas más importantes que plantea la vigencia del estado de sitio se refieren a los derechos o garantías que eventualmente pudieran restringirse; al tipo y alcance de las medidas de limitación de aquéllos, es decir, a sus efectos para las instituciones y las personas y a la extensión del control judicial sobre las restricciones a los derechos.

6.1. Derechos y garantías afectados

Del texto del art. 23 pueden inferirse distintas interpretaciones acerca de cuál es el alcance otorgado por la norma básica a la *suspensión de las garantías constitucionales* . Si esta expresión incluye sólo las garantías procesales típicas, como el *hábeas corpus* y el amparo, o también comprende los restantes derechos constitucionales. Por otro lado, la norma nada dice acerca de hasta dónde pueden restringirse las garantías y los derechos —*la medida constitucional de la afectación* —ni acerca de la amplitud de la atribución presidencial para detener personas o sobre el carácter —absoluto o no— del llamado derecho de opción para salir del país.

La construcción doctrinaria de la Corte Suprema dio alcance interpretativo al art. 23, en una jurisprudencia con altibajos y no siempre garantista. Por ello, la ley 23.098 de regulación del *hábeas corpus* estableció resguardos judiciales para la preservación de la garantía (1004) .

Según doctrina de la Corte Suprema, la expresión "garantías constitucionales" es comprensiva de los derechos civiles y políticos. En consecuencia, el Tribunal aceptó la restricción de los derechos de reunión (1005) ; de libertad de prensa, incluida la clausura de una editorial, la prohibición de circulación y el secuestro de las ediciones (1006) ; de la expresión cinematográfica, aunque en este caso, la exhibición de la película *Ni vencedores ni vencidos,* fue librada por la Corte, en mérito a la ponderación que de la misma hizo el Tribunal (1007) .

Como dije más arriba, la jerarquía constitucional del Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 27 proporciona una regla de interpretación para delimitar los derechos que no pueden suspenderse ni aun durante la vigencia del estado de sitio. De todos modos, algunos derechos en particular, por la amplitud de su declaración, requieren de una delimitación situada en los casos particulares. Atribución que claramente corresponde ejercer a los tribunales judiciales.

6.2. Atribución presidencial para arrestar personas

Acerca de la facultad presidencial de arrestar o trasladar personas durante la vigencia del estado de sitio, la Corte Suprema consideró que, en principio, es una atribución privativa del presidente, cuyo control por los tribunales es excepcional, sin que ello impida requerirle informes suficientes que el Poder Ejecutivo está obligado a rendir. Todo ello para que los tribunales puedan ejercer control de razonabilidad (1008) .

6.3. La opción para salir del país

La opción para salir del país pertenece tanto al arrestado como al trasladado por disposición del Poder Ejecutivo (1009) . Es el seguro contra la persecución política y contra la aplicación de sanciones, disfrazadas de remedio doloroso para recuperar la tranquilidad pública. De acuerdo al texto del art. 23, no se requiere ninguna reglamentación legal para hacer efectiva la opción y, lo que es más importante, para limitarla. En un antiguo precedente, el magistrado *Virgilio M. Tedín* sostuvo que el derecho de las personas arrestadas o trasladadas de un punto a otro del país —en virtud de la orden del Poder Ejecutivo durante el estado de sitio— para salir del territorio nacional, si así lo prefieren, constituye una limitación absoluta e infranqueable de los poderes del presidente. Sin embargo, esta doctrina no encontró seguimiento en la jurisprudencia de la Corte Suprema, quien, al convalidar la atribución del Poder Ejecutivo para exigir al arrestado el compromiso de no residir en países limítrofes o la de conducirlo a otros Estados, declaró que el derecho de opción no era absoluto y admitía regulación razonable, pues constituía un derecho a salir y no un derecho a residir en un sitio determinado y a elección del detenido. Más tarde, en el caso "*Rodríguez Araya* " el Tribunal encontró inconstitucional la imposición a quien optaba por salir del país, de residir en un Estado en particular (1010) .

En una interpretación extensiva, la Corte Suprema aplicando el control de razonabilidad declaró inválido el decreto 1878/76 que disponía el arresto de *Solari Yrigoyen* , aunque al momento de la sentencia el peticionante no se encontraba efectivamente detenido, pues había utilizado el derecho de opción. Entendió la Corte que el extrañamiento forzoso importaba restricción a la libertad ambulatoria, en tanto le impedía entrar y permanecer en el territorio argentino. En consecuencia, examinó si —al momento de dictar sentencia— el arresto dispuesto por el poder político resultaba adecuado a los motivos determinantes de la declaración del estado de sitio. El Tribunal concluyó que esa relación entre la medida y los motivos del estado de sitio era inexistente, después de siete años de dictada aquélla (1011) .

La legislación emitida durante el gobierno militar iniciado el 24 de marzo de 1976 restringió fuertemente el derecho de los arrestados o trasladados a optar por salir del país y, en el marco de la represión a la guerrilla y al terrorismo, se llegó a suspender el ejercicio de aquel derecho (1012) .

Finalmente, la ley 23.098 de reglamentación del *hábeas corpus* , dispuso en su art. 4º, ap. 4), que en casos de limitación de la libertad personal por motivo del estado de sitio, en el procedimiento de *hábeas corpus* deberá comprobarse el efectivo ejercicio de opción para salir del país.

Esa disposición, cuya finalidad tuvo en mira impedir la neutralización de la garantía, estableció un derecho absoluto a salir del país pero admitió limitaciones razonables de los lugares elegidos para residir a fin de evitar, por ejemplo, que personas detenidas a disposición del Poder Ejecutivo eligieran países limítrofes y reingresaran al territorio argentino por algún paso de sus extensas fronteras.

7. El control judicial durante el estado de sitio

7.1. Regulación del estado de sitio. Ley 23.098

Tomando algunas reglas elaboradas por la jurisprudencia de la Corte Suprema, la ley 23.098 dictada en 1984 dispuso en el art. 4º que:

"Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el artículo 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de *hábeas corpus* podrá tender a comprobar en el caso concreto:

1) La legitimidad de la declaración del estado de sitio.

2) La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio.

3) La agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas.

4) El efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del artículo 23 de la Constitución Nacional".

Como se señaló, el derecho consagrado en la ley a interponer una acción de *hábeas corpus* , no se suspende durante la vigencia del estado de sitio también por mandato constitucional (art. 43). Ahora bien, la ley proporciona reglas que amplían el ámbito de control de los tribunales sobre la medida restrictiva de la libertad personal.

Las atribuciones judiciales contenidas en los incs. 2, 3 y 4 de la ley 23.098 ya habían sido asumidas —con sus más y con sus menos— por la Corte Suprema en ejercicio del control de razonabilidad que ésta ejerció, con particular intensidad, a partir del caso *"Zamorano"*(1013) . En ese caso, el Tribunal exigió una relación de grado y de causa entre las limitaciones impuestas y los motivos de la declaración del estado de sitio considerando que, a tales fines, no es suficiente una información genérica e imprecisa del Poder Ejecutivo, quien debía formular en cada caso una aserción inequívoca de los motivos de la detención, a fin de que el Poder Judicial pudiese ejercer contralor constitucional sobre ellas.

Sin embargo, y como con acierto lo dijera *Vanossi* al proponer la reglamentación del estado de sitio, la jurisprudencia sentada en punto al control cada vez más estricto de la razonabilidad de las medidas, con ser importante, puede mudar —aunque no debiera— con los cambios en la integración de la Corte Suprema (1014) . La ley, pues, otorga un grado de seguridad mayor. Y ése fue el propósito de los legisladores que sancionaron el art. 4º de la ley 23.098.

Pero el inc. 1 del art. 4º de la ley de *hábeas corpus* dio un paso más. En efecto, pese a la jurisprudencia de la Corte Suprema —acerca de que la

declaración del estado de sitio constituye una cuestión política no justiciable; a que la apreciación de las causas o motivos que llevan al presidente de la Nación o al Congreso Federal a declararlo son cuestiones privativas de cada uno de esos órganos; a que el mantenimiento de la medida excepcional igualmente es una decisión política y por ende no revisable por el órgano judicial y, en fin, a que la dimensión territorial y temporal del estado de sitio son atribuciones exclusivas de los poderes electivos— la ley 23.098 dispuso que cuando la libertad de una persona se vea restringida en virtud de la vigencia del estado de sitio, en el procedimiento de *hábeas corpus* podrá comprobarse la legitimidad de aquella declaración. El alcance de esta disposición suscitó un vivo debate entre el senador *Fernando de la Rúa* —autor del proyecto de ley— y el senador *Eduardo Menem* quien advertía acerca de los peligros que a su juicio entrañaba la interpretación del artículo.

Para el miembro informante, el sentido de la norma era claro. Establecer que los jueces pueden examinar la legitimidad de la declaración del estado de sitio significaba —para *de la Rúa*— que pueden constatar si el órgano que lo declara está habilitado para ello por la Constitución, si se reúnen los requisitos exigidos por la norma básica. No implica que los tribunales puedan expedirse acerca de la oportunidad de tal declaración o sobre la apreciación de los hechos que lo fundamentan, competencia claramente atribuida a los poderes políticos. Sin embargo, llevaba razón el senador *Menem* , pues aunque la jurisprudencia era clara en el sentido de que la declaración en sí misma no era revisable, ello no surgía inequívocamente del texto de la ley . Sin embargo y pese a estas objeciones no se introdujeron reformas y la norma se sancionó del modo propuesto.

Es posible que la larga historia de abusos que limitaron hasta extremos inconcebibles la libertad física durante los prolongados estados de excepción, muchos de ellos dispuestos por gobiernos de *facto* que además suspendían el derecho a salir fuera del país de los detenidos o trasladados, haya impulsado a los legisladores de la restaurada democracia a obrar movidos casi por instinto de conservación y, al dictar la norma, pensaran más en la experiencia pasada, ausente la legitimidad de origen de los gobiernos de *facto* , que en el sistema que estaban restaurando, basado en la fuerza de la voluntad popular pero frágil por emerger en una contracultura autoritaria que, como es obvio, no había desaparecido del todo. Quizás, ello condujera al entonces senador *de la Rúa* a no delimitar claramente los campos de la *legitimidad* de los de la *legalidad* . Lo cierto es que se pensaba entonces y casi excluyentemente en preservar la libertad (1015) .

7.2. Evolución de la jurisprudencia

La historia de la atribución estatal para suspender las garantías constitucionales en la República Argentina evidencia un desmesurado crecimiento del poder sobre las libertades, producto de una gran variedad de causas, y no siempre los controles constitucionales funcionaron para contener los excesos.

En principio, según doctrina elaborada por la Corte Suprema, la declaración del estado de sitio constituía una cuestión política no justiciable, privativa de los poderes políticos no susceptible de ser revisada por los tribunales.

Pese a ello, la propia Corte desplazó el límite que se había impuesto a sí misma a partir del caso "*Sofía"*(1016)*.* El Tribunal mantuvo su doctrina acerca de que la conveniencia u oportunidad de los medios elegidos por el poder político escapaban a su control, excepto para analizar: a) la relación entre la garantía afectada y el estado de conmoción interna y b) la proporción entre el medio elegido y los fines del estado de sitio. Este camino que el Tribunal abrió, le fue permitiendo una revisión más estricta de las medidas dispuestas por el órgano político y le exigió a éste una adecuación mayor —concreta e inequívoca— entre la restricción y los motivos de la medida de excepción. Así se expidió, en *"Zamorano"* y, más tarde en *"Timerman".*

La interpretación del alcance de la ley 23.098 fue establecida por la Corte Suprema en el caso *"Granada"* después de una azarosa circunstancia, en las que el presidente de la Nación ordenó la detención de personas sin declaración de estado de sitio. El fundamento empleado no se sostenía jurídicamente (1017) .

El Poder Ejecutivo se había equivocado y reparó su error. El 25 de octubre de 1985 dictó el decreto 2069/85 declarando el estado de sitio en todo el territorio nacional y por el término de sesenta días. Dispuso el mantenimiento de los derechos y garantías constitucionales, en especial aquellos cuyo ejercicio se requerían para el acto eleccionario en ciernes y puso en conocimiento de lo ordenado al Congreso de la Nación. En la misma fecha y por decreto 2070/85 ordenó varias detenciones.

El caso *"Granada"* llegó a la Corte Suprema con un planteo de irrazonabilidad de la medida de arresto (1018) . Aunque en las instancias inferiores se había cuestionado la legitimidad de la declaración del estado de sitio, el punto no se mantuvo. No obstante, el Tribunal se expidió sobre el tema en *obiter dictum.*

La Corte Suprema reiteró su doctrina acerca de que la oportunidad de la declaración del estado de sitio era cuestión no revisable judicialmente, así como también la apreciación de los hechos que llevaron a establecerlo, sosteniendo que debía interpretar el art. 4º de la ley 23.098 a la luz de su propia jurisprudencia anterior. En tal sentido el *control de legitimidad* incluiría el examen de los requisitos de competencia y forma de las modalidades extrínsecas de la ley o decreto y del cumplimiento de requisitos del mismo acto como la fijación de plazo y la determinación del lugar donde se impusiera la declaración del estado de sitio (1019) .

Acerca del control de razonabilidad de la medida de arresto, el Tribunal consideró suficientes las razones aducidas por el Poder Ejecutivo que emanaban del primitivo decreto 2049/85, antecedente inmediato de los decretos 2069/85, de declaración del estado de sitio, y 2070/85 de detención del quejoso, rechazando asimismo la "idea de que el Poder Ejecutivo necesite probar judicialmente el fundamento de las decisiones que motivan el acto de arresto" (1020) .

La disidencia del ministro*Belluscio* , en cambio, no se dio por satisfecha con la explicación dada por el Poder Ejecutivo sobre la detención y dispuso oficiar al presidente de la Nación para que suministrara informe sobre los elementos de juicio que llevaran a sospechar la vinculación del detenido con los hechos que desencadenaron el estado de excepción.

Pero, lo que es más importante, la disidencia del juez *Belluscio* enumeró los criterios de control de razonabilidad elaborados por la Corte Suprema, los que, a su juicio, recibieron consagración normativa en la ley 23.098: a) relación existente entre la garantía afectada y los motivos que determinaron el estado de sitio; b) proporcionalidad entre el acto restrictivo y los fines perseguidos por la declaración de aquel estado; c) obligación del Poder Ejecutivo de brindar a los jueces, en cada caso, información suficiente sobre las causas que originaron la medida que se cuestiona; d) consideración de la situación fáctica y jurídica existente al momento de resolver las actuaciones (1021) .

En cambio, la doctrina de la mayoría en *"Granada* " mostró un sensible retroceso en el control de razonabilidad de las medidas restrictivas de la libertad personal respecto a la jurisprudencia anterior. No obstante, resultó positivo que el Tribunal declarase que la fijación del plazo de vigencia breve constituye un requisito ineludible de legitimidad del mismo (1022) .

El mantenimiento de la democracia con instituciones políticas débiles puede requerir del estado de sitio para proteger los derechos personales. Las experiencias de las administraciones que se sucedieron a partir de 1983 mostraron que se recurrió al remedio constitucional por períodos muy breves ejerciéndose control judicial sobre las medidas restrictivas dispuestas. Es cierto que en el caso "*Granada"* la Corte Suprema fue menos estricta en el control de razonabilidad. No obstante, mantuvo su doctrina acerca de la revisión judicial de las medidas y consideró requisito de legalidad el establecimiento de plazo en la declaración del estado de sitio.

Durante la crisis económico-financiera desatada a finales de 2001, se declararon estados de sitio breves. Tales los emanados del decreto 1678/01, del 19 de diciembre de 2001, dictado por el presidente de La Rúa, quien lo levantó por decreto 1689/01, el 21 de diciembre, antes de presentar su renuncia al cargo. Ese mismo día, el presidente provisorio, senador *Puerta,* lo decretó en la Provincia de Buenos Aires (decreto 16/01. B.O. 24/12/01), en la Provincia de Entre Ríos (decreto 18/01. B.O. 24/12/01) y en la Provincia de San Juan (decreto 20/01. B.O. 24/12/04), todos por el plazo de diez días. En los tres últimos decretos se dejó constancia de que las medidas se tomaron a pedido de las respectivas provincias y ante "los hechos de violencia generados por grupos de personas que en forma organizada promueven tumultos y saqueos a comercios de diversa naturaleza".

Pero, sin duda, la consolidación del sistema, de sus instituciones políticas y de la vigencia del bienestar general para todos, constituye la mayor garantía, contra el abuso del estado de sitio.

8. Suspensión de las garantías durante las emergencias según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 8/87 y Opinión Consultiva 9/87

La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió dos Opiniones Consultivas acerca de los efectos de las emergencias sobre las obligaciones contraídas por los Estados parte conforme a lo acordado en el Pacto de San José de Costa Rica (1023) .

La Opinión Consultiva 8/87 fue emitida en enero de 1987 a solicitud de la Comisión Americana. En ella, la Corte Interamericana sostuvo que los procedimientos consagrados en el art. 25.1 —derecho a un recurso judicial sencillo y rápido para proteger derechos fundamentales, lo que en la República Argentina se conoce como acción de amparo— y en el art. 7.6, el *hábeas corpus,* no se suspenden en los casos previstos en el art. 27.1 —guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado—, porque constituyen *garantías judiciales indispensables,* que se hacen tanto más necesarias en situaciones de emergencia (1024) .

La Opinión Consultiva 9/87 se produjo en octubre de 1987 a requerimiento de la República Oriental del Uruguay. La consulta interrogaba acerca de la vigencia de las garantías establecidas en el art. 8º de la Convención, bajo estados de emergencia (1025) . La Corte Interamericana consideró que esas garantías comprendían el llamado debido proceso legal y se constituían en los requisitos de eficacia, de operatividad de las garantías específicas del *hábeas corpus* y del amparo. Sin embargo, la Corte estimó que correspondía a cada Estado parte establecer cuáles de aquellos requisitos de eficacia de las garantías podían suspenderse.

De la interpretación de ambas Opiniones Consultivas surge que, pese a la ambigüedad del art. 27 de la Convención —en especial de la denominación del Capítulo IV que se refiere a la suspensión de garantías— los que se suspenden durante los estados de excepción son algunos derechos y no las garantías procesales, en tanto que los requisitos de eficacia de éstas, establecidos en el art. 8º de la Convención, sólo pueden restringirse en la medida extrema de su requerimiento para hacer frente a la emergencia y, todo ello, con suficiente control judicial, sustantivo y adjetivo.

En consecuencia, sobre el control judicial, las Opiniones Consultivas establecen una amplitud mayor de revisión —pues incluyen el examen de la emergencia y de las medidas dictadas en su consecuencia— que la interpretación de la Corte Suprema argentina, pues, para el Tribunal nacional, en principio, la declaración del estado de sitio constituye una decisión política no judiciable. No obstante, el art. 27 de la Convención es, sobre un punto, menos garantista que laConstitución Nacional, pues esta norma prevé el derecho de opción para salir del país en caso de detención a disposición del Poder Ejecutivo, hipótesis no contemplada en el Pacto Internacional.

Art. 24. — El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.

Concordancias: Arts. 75, inc. 12; 118, C.N.

1. La reforma de la legislación y el juicio por jurados. Finalidad de la norma

La disposición contiene un mandato histórico del constituyente al Poder Legislativo Federal, a fin de que éste complete la tarea de *independencia jurídica* , pendiente de realizar en 1853.

El proceso de emancipación de la hoy República Argentina, iniciado en 1810 con la Revolución de Mayo, se concretó en dos etapas. La primera, en 1816, con la declaración formal de independencia de España y luego de toda otra dominación extranjera, efectuada por el Congreso de Tucumán. Con ello se expresó la soberanía en el orden *externo*(1026) . La segunda etapa se materializó con la sanción de la Constitución Federal de 1853/60, con la que el país obtuvo la soberanía en el orden *interno,* constituyó el Estado y atribuyó a los órganos de poder la capacidad de dictar normas jurídicas, en sus distintos niveles y grados (1027) .

Pero, las normas jurídicas que se aplicaban en la *Confederación* —en realidad, en el *Estado Federal*(1028) — provenían de fuentes diversas, no todas ellas del derecho patrio. Así, como en todo proceso histórico de transformación del sistema político, junto a las nuevas disposiciones de estructura y funcionamiento del poder, coexistían viejas disposiciones que seguían ordenando las relaciones de derecho común. En consecuencia, el mandato del art. 24, recogió la necesidad de desarrollar la *independencia jurídica* —lo que no significa prescindir de los antecedentes normativos en la nueva legislación a dictarse— a fin de que las disposiciones que ordenaran las relaciones y conflictos en materia civil, comercial, penal, fueran consistentes con los principios, y disposiciones constitucionales.

De todos modos, la disposición de la primera parte del art. 24 resulta ociosa en virtud del tiempo transcurrido desde que se dictó la Constitución histórica, y redundante, en vista de lo dispuesto en el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

2. El juicio por jurados

El art. 24 de la Constitución Nacional manda al Poder Legislativo el establecimiento del juicio por jurados. La norma se inspira en disposiciones de la Constitución norteamericana y constituye una institución típica del derecho anglosajón (1029) . El juicio por jurados implica que un grupo de ciudadanos —*del pueblo* — sin formación jurídica alguna, determinen la culpabilidad o inocencia del acusado, expidiéndose sobre los hechos, no sobre el derecho que se debe aplicar. Por ello, el jurado actúa conducido por un magistrado experto en leyes.

El mandato de esta parte de la disposición constitucional, junto con el que emanaba de los anteriores art. 67, inc. 11 (hoy art. 75, inc. 12) y art. 102 (hoy 118) nunca fue cumplido en la República Argentina, configurando una inconstitucionalidad por omisión legislativa. El sistema del juicio por jurados, aunque tiene algunos propulsores —entre ellos, Organizaciones del Sector Social— no ha logrado arraigar en la estructura judicial argentina (1030) .

En los Estados Unidos, la Suprema Corte ha sostenido que la persecución penal por medio del juicio por jurados estaba *garantizada* a los procesados, contra los Estados locales (1031) , constituyendo, en consecuencia, un privilegio de las personas que éstas pueden rehusar (1032) . De tal doctrina surgen dos reglas: a) el juicio penal a cargo de personas imparciales integra el conjunto de garantías del debido proceso penal —un derecho subjetivo de los imputados— de ahí la importancia del proceso de aceptación o rechazo de las personas que integrarán un jurado concreto y, b) la organización y reglas de los jurados y la competencia corresponden a los Estados, salvo para los delitos federales.

En cambio, la disposición de la Constitución argentina ha atribuido al Congreso Federal el *establecimiento* de juicio por jurados, en lo que constituiría una excepción a las atribuciones provinciales en materia de administración de justicia. Así, la ley del Congreso debería establecer la organización del juicio por jurados, sus características, alcance e instrumentación dejando, no obstante, la aplicación de esa ley, a los Estados locales (1033) . Por otro lado, la Ley Suprema argentina ha aludido al juicio por jurado en tres disposiciones: dos referidas a atribuciones del Congreso Federal y en otra incluida en el capítulo dedicado a las atribuciones del Poder Judicial de la Nación.

En los hechos, algunas provincias, como por ejemplo la Provincia de Córdoba, iniciaron el estudio e instrumentación del juicio por jurados en sus propias jurisdicciones. Esa provincia estableció y aplicó un sistema de jurado mixto. Ello podría implicar, en los hechos, la interpretación acerca de que el Congreso Nacional estaría atribuido para establecer el sistema de juicio por jurados sólo para los delitos sujetos a la jurisdicción federal y, hasta que se opere la transferencia de la totalidad de la justicia a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —d e acuerdo a lo que dispone el art. 129 de la Constitución Nacional— a la que se refiere a esa jurisdicción.

No obstante, la inconsistencia puede salvarse, ante los términos expresos del art. 24 de la Constitución Nacional, distinguiendo, tal como se dijo más arriba, la creación del juicio por jurados con sus características salientes —atribución nítidamente federal— de la aplicación de esa ley por parte de las

provincias. Ello, exige, sin duda, un trabajo de armonización entre las jurisdicciones federal y locales para delimitar competencias. En otros términos, implicando el establecimiento del juicio por jurados una modificación sustantiva en la administración de justicia penal —c on la participación del pueblo en ella— y, tal como lo dispone la Constitución Nacional, debe ser el Congreso de la Nación quien lo instituya (1034) .

La disposición del art. 24 referida al juicio por jurados, aunque incumplida, ha sido ratificada por la Convención Constituyente de 1994, por lo cual la obligación de instituirla por parte del Congreso se mantiene en pie. Antes de ello, la Corte Suprema sostuvo que los arts. 24 y los entonces arts. 67 y 102 (hoy 75 y 118) de la Constitución Nacional no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento de juicio por jurados, al igual que el art. 24 no le impuso términos perentorios para la reforma de la legislación en todas sus ramas (1035) .

La problemática acerca del efectivo establecimiento del juicio por jurados en la República Argentina —más allá del notorio incumplimiento por el Congreso de la manda constitucional, de la disputa sobre las jurisdicciones obligadas a reglamentarlo o, en el caso de las provincias, del empleo o no de una competencia procesal reservadas por ellas— suele plantearse en términos de oportunidad y conveniencia para la mejor administración de justicia, en especial en causas penales, para incrementar la participación de la sociedad en la resolución de esos conflictos e involucrar a los ciudadanos en las cuestiones públicas.

En torno al tema, periódicamente se presentaron proyectos de ley que no cuajaron por uno u otro motivo. No obstante, en el año 2004, el debate se incrementó y el Ministerio de Justicia impulsó la creación y reglamentación del juicio por Jurados, proyecto que recibió tratamiento en el Congreso.

A pesar de las críticas que ha recibido y que recibe y de algunos fracasos de la institución, según de ha dicho: "...la opinión pública mantiene vivo el sentimiento del jurado, y en las circunstancias extraordinarias de la justicia, en las situaciones conmovedoras, extraña su ausencia" (1036) .

La Provincia de Córdoba, en base al art. 162 de su constitución, instituyó una especie del juicio por jurados para algunos delitos. La disposición constitucional establece que "la ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados". Tal como está redactada, la norma bien puede armonizarse con el art. 24 de la Constitución Nacional, por ejemplo, aguardado la reglamentación del Congreso Federal para determinar los pormenores de su instrumentación en la jurisdicción local. Pero, sin esperar a que ello sucediese, el Poder Legislativo de Córdoba sancionó la ley 9.182 mediante la cual estableció, para determinados delitos, la integración obligatoria de las Cámaras Criminales con jurados populares, ocho titulares y cuatro suplentes. Estos jurados populares tienen la atribución de deliberar con los jueces técnicos, determinar la existencia de los hechos delictivos y declarar la culpabilidad o inocencia de los procesados, aunque la justificación jurídica de la sentencia corre por cuenta de los magistrados.

Hasta mayo de 2006, hubo siete juicios con participación de jurados populares en la Provincia de Córdoba. El Tribunal Superior local declaró la constitucionalidad de la ley que los creó, en lo referente a la aplicación para el juzgamiento de todas las causas elevadas a las Cámaras en los Criminal, a partir de la entrada en vigencia de la ley (1037) . Según lo recogió la prensa nacional, la experiencia lució exitosa y suscitó un fuerte compromiso por parte de los ciudadanos que participaron en calidad de jurados populares (1038) . Pero las objeciones acerca de la constitucionalidad del sistema, por violar la distribución de competencias federal, se mantuvieron (1039) . Esas críticas, por un lado, y la práctica provincial que se consideró positiva por los resultados y por la participación ciudadana que significó, por el otro, ponen de relieve, aún más, la mora en que se mantiene el Congreso de la Nación al omitir legislar al respecto.

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.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 14; 20; 21; 75, incs. 18 y 19; 125, C.N.Art. 22, inc. 6, 7, 8 y 9 C.A.D.H.

POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA INMIGRATORIA

La norma, inspirada en el pensamiento y el proyecto de *Juan Bautista Alberdi* perfilaba, junto con la invitación efectuada por el Preámbulo y el art. 75, inc. 18 (antes art. 67, inc. 16, de la C.N.), la política inmigratoria de la República Argentina.

Pero, en *Alberdi,* la promoción y resguardo de la inmigración con prohibiciones específicas al gobierno federal fue más radical. En efecto, en lo que constituyó toda una definición acerca de lo que para él significaba la inmigración, incluyó disposiciones referidas a ella en el Capítulo IV de su proyecto de Constitución, al que denominó *Garantías Públicas de Orden y Progreso.* En una norma incluyó una excepción más amplia para prestar el servicio militar —por treinta años— que la que aceptó la Constitución histórica de 1853 para los argentinos por naturalización, con lo cual buscaba promover la naturalización en los extranjeros. Por otra disposición la inmigración no podía ser restringida, ni limitada de ningún modo, en ninguna circunstancia, ni por pretexto alguno (1040) .

Por otro lado, en la nota al art. 21 del proyecto de *Alberdi* , que sirvió de fuente al art. 20 de la Constitución Nacional, el autor explicó la razón de una norma que igualaba a los extranjeros entre sí y con los nacionales, en el disfrute de los derechos civiles. Ese reconocimiento igualitario tenía también

como fin el fomento de la inmigración (1041) . El publicista sostuvo —en un rasgo de su pensamiento claramente utilitarista— que la disposición —la que igualaba nacionales y extranjeros— estaría de más en la Constitución de un país europeo, pues para éste sería insensato atraer lo que le convendría alejar, al contrario de lo que debería hacer un país desierto, como describía con precisión a la Argentina. Así pues, en palabras de *Alberdi* , la razón de la disposición, su propósito, era esencialmente económico, a fin de poblar, activar, civilizar (1042) .

En consecuencia, la razón de ser de la norma en el pensamiento de *Alberdi* , tenía como finalidad poblar y desarrollar —en lo económico y cultural— el extenso país.

Dado que el fomento de la inmigración constituye un*instrumento* de gobierno tanto federal (art. 75, inc. 18) como local (art. 125) el Estado puede reglamentar *razonablemente* el ingreso y permanencia de los extranjeros, conforme a las políticas públicas que aquél desarrolle y de acuerdo a las necesidades sociales o problemas económicos por los que atraviese el país (1043) . Pero, esas políticas no pueden ser, además de irrazonables, discriminatorias, ello en virtud de los términos del propio Preámbulo —el proyecto de *Alberdi* no contenía una invitación similar— y de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional que lo impedirían. No obstante, los tratados de integración firmados por el país, como por ejemplo, el Tratado de Asunción que creó el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) pueden establecer la libre circulación de nacionales de los países firmantes del Tratado, franquicias que no podrían reclamar que les sean aplicadas, con la misma liberalidad, otros extranjeros.

A mayor abundamiento, la Corte Suprema sostuvo en *"Scheimberg (los deportados en el 'Transporte Chaco' de la Armada Nacional)",* que la invitación del Preámbulo no establece derechos subjetivos absolutos para los extranjeros que quieran aceptarla (1044) .

No obstante, la jerarquía constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos establece limitaciones a la atribución reglamentaria del Congreso, en punto a la protección de los extranjeros en territorio nacional y a la eventualidad de su expulsión. Por de pronto, el art. 22, inc. 9 de la Convención Americana prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros y en el inc. 8, la individual de ellos a su país de origen, cuando la vida o la libertad del extranjero corra peligro por causa de su raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas.

Y aun más, de la atribución del gobierno federal para fomentar la inmigración europea que establece el art. 25 de la Constitución Nacional se ha pasado a un derecho a la migración, esencial e inalienable de la persona que la República Argentina garantiza (1045) .

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.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 9º; 10; 11; 12; 13; 14; 27; 43; 75, incs. 10, 13, C.N.

LIBERTAD DE NAVEGACIÓN POR LOS RÍOS INTERIORES DE LA REPÚBLICA

La norma deriva del art. 34 del proyecto de Constitución de *Juan Bautista Alberdi* . Pero en esta disposición no se incluía limitación alguna proveniente de la reglamentación legal. El liberalismo de *Alberdi* , en este punto, era sin duda excesivo e inconveniente para los intereses generales de la República Argentina y sus habitantes.

El artículo 26 fue reformado en 1949. La versión de la libre navegación por los ríos interiores del país establecida entonces fue más limitada que la sancionada en 1853. Esa enmienda constitucional dispuso en el art. 18 que "la navegación en los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, *en cuanto no contraríe las exigencias de la defensa, la seguridad común o el bien general del Estado* y con sujeción a los reglamentos que dicte la autoridad nacional" (1046) . Como se advierte, el art. 18 concedía mayor poder reglamentario al gobierno federal, en tanto las razones para limitar la libre navegación estaban expresadas con términos indeterminados, dejando un amplio margen a la discreción federal. De todos modos, el retorno a la Constitución histórica en el año 1956 dejó vigente una norma que preservaba para el gobierno nacional un control amplio de la navegación por los ríos interiores.

En consecuencia de ello, el Congreso Federal está atribuido para sancionar normas que reglen la *libre* navegación por los ríos interiores (art. 75, inc. 10) y el presidente de la Nación puede, a su vez, reglamentar esas normas (art. 99, inc. 2) de la Constitución Nacional. El objetivo de la reglamentación va en línea con la protección de los recursos itícolas, la no contaminación de los cursos de agua y la preservación del ambiente — a tribución concurrente con las provincias— todo conforme con lo dispuesto en el art. 41 de la Constitución Nacional, además de la preservación de la seguridad.

El art. 26 no se aplica a la navegación marítima en el mar territorial argentino, por lo que el Estado Federal tiene competencia para cobrar derechos de navegación y pesca (1047) . Sobre esta navegación corresponde, también, el ejercicio del poder de policía de seguridad y de protección del ambiente y las especies marinas.

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.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 30; 31; 75, incs. 13, 15, 22, 24, 25 y 28; 99, inc. 11; 116; 117; 118; 124, C.N.

1. El gobierno federal y las relaciones internacionales

El art. 27 de la Constitución Nacional impone una obligación al Gobierno federal que es un signo de la concepción ideológico valorativa y política de los constituyentes de 1853/60. La norma consagra una ubicación de la República Argentina en el mundo, de *puertas abiertas* : en la invitación del Preámbulo, en el fomento de la inmigración (arts. 25 y 67, inc. 16 —hoy 75, inc. 18—) en la declaración de derechos para los habitantes (art. 14), en la igualdad expresa para los extranjeros (art. 20) y en el reconocimiento del derecho de gentes (art. 102, hoy art. 118). En consecuencia de ello, el Gobierno Federal debe vincularse con los demás Estados en relaciones de paz y comercio. Pero los tratados que se celebren deben respetar —es decir, sujetarse, subordinarse— al derecho público de la Constitución, lo que significa a toda la Constitución Nacional.

Así, la Constitución histórica, al mismo tiempo que desestimó las posiciones aislacionistas, adoptó el principio de supremacía constitucional —propia de los Estados nacionales que se organizaron en el siglo XIX— y lo desarrolló y puntualizó en el art. 31.

De resultas de ambos artículos —el 27 y el 31— no cabía duda alguna acerca de que la Constitución prevalecía sobre todo el orden jurídico interno; y dado que los tratados celebrados conforme a la Ley de Suprema ingresaban y se integraban al sistema de normas de la República, sobre esos convenios internacionales podía ejercerse el control de constitucionalidad, en última instancia por la Corte Suprema desde luego, ante caso y agravio concreto (1048) .

Estos principios interpretativos entraron en cuestión con la sanción de las reformas constitucionales de 1994 en materia de tratados, en especial con la declaración de jerarquía constitucional otorgada a determinadas Convenciones de Derechos Humanos —y a las que en el futuro pudieran adquirirla— emanada del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

En efecto, el tema de la ubicación jerárquica de los tratados en general, y de los Tratados de Derechos Humanos en particular —respecto de la Constitución Nacional y entre todos ellos— suscitó mucho debate en la Convención Constituyente de 1994.

Lo que resultaba claro para los convencionales —y acerca de lo que había acuerdo entre ellos— era que los tratados internacionales, cualquiera fuese su tipo o modalidad, debían estar por encima de las leyes. Sobre el punto, la

decisión se había visto favorecida por la regla creada en el precedente "*Ekmekdjian c. Sofovich* ". En este fallo, la Corte Suprema hizo mérito del art. 27 de la Convención de Viena que obliga a los Estados parte a no invocar el derecho interno para incumplir las disposiciones de un tratado (1049) .

Pero no hubo consenso en la Convención Constituyente acerca de otorgar primacía al derecho internacional por sobre la Constitución Nacional. De ese modo y en mi opinión, el principio del art. 27 mantuvo su plena eficacia y con él la preeminencia de la Constitución por sobre los tratados (1050) , con la excepción de los Tratados de Derechos Humanos a los que el art. 75, inc. 22, declaró con jerarquía constitucional.

La solución a la que llegó la Convención de 1994 respetó sobre el punto los límites que la ley 24.309 declarativa de necesidad de reforma constitucional había impuesto a la Constituyente en el sentido de no enmendar ninguno de los artículos de la primera parte de la Constitución Nacional, entre los que se encontraban los arts. 27 y 31 y el ordenamiento jerárquico que de ellos emanaba. Por otro lado, sobre la cuestión, los convencionales siguieron la línea interpretativa de la Corte Suprema en*"Ekmekdjian c. Sofovich"* —los tratados están por encima de la ley— (1051) y, sobre todo, la desarrollada más tarde en *"Fibraca Constructora S. C. A.* ", sentencia en la que el Tribunal sostuvo que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino —*una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales* — asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria (1052) . Como se advierte, la Corte Suprema, con claridad, está refiriéndose a los términos del art. 27 de la Constitución Nacional, aunque sin mencionarlo expresamente.

Tampoco la Convención Constituyente aceptó otorgar jerarquía constitucional a *todos* los Tratados de Derechos Humanos, como lo había dispuesto la Comisión respectiva. Los términos en los que se reconoció esa jerarquía constitucional a varios tratados y convenciones internacionales generaron nuevos problemas interpretativos acerca de su alcance, pero, a mi modo de ver, ya resueltos por la Corte Suprema, de modo tal que no se afectaba el principio del art. 27 de la Constitución Nacional(1053) .

En efecto, y tal como se puso de manifiesto en la sentencia de la Corte Suprema recaída en *"Arancibia Clavel"*(1054) , la cuestión de la jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos permanece problemática, por lo menos en la distinta percepción de los antecedentes del Tribunal, que evidenciaron dos de los ministros de la Corte Suprema, los jueces *Boggiano* , quien concurrió con la mayoría, y *Fayt* , en su voto en disidencia (1055) .

Por otro lado, en el precedente *"Arancibia Clavel"* resalta un *obiter dictun* acerca del efecto que el artículo 27 de la Constitución Nacional tiene sobre los demás tratados y la eventualidad del control constitucional de éstos por parte de la justicia. Así, según *Boggiano* "...la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional tienen la misma supremacía. Es diáfano que ello es así, pues no cabe la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma de un tratado con jerarquía constitucional; *en cambio se debe declarar*

la inconstitucionalidad, en su caso, de un tratado que no ostente aquella jerarquía como ocurrió, antes de la reforma de 1994, en el caso "*Washington Julio Efraín Cabrera* " (*Fallos* : 305:2150)" (1056) . A ello debe sumarse que según las disidencias de los jueces *Belluscio* y *Fayt* , los Tratados de Derechos Humanos tienen una jerarquía de segundo rango que exige, por parte de la Corte Suprema, un ineludible juicio de comprobación de su armonía con los derechos constitucionales (1057) . Si ello resulta de tal manera respecto de los Tratados de Derechos Humanos —p ara esos dos ministros del Tribunal— con mayor razón estos jueces estarían dispuestos a efectuar control de constitucionalidad respecto de los *demás* tratados que firme, apruebe y ratifique la República Argentina.

De todos modos, esa postura referida a los Tratados de Derechos Humanos ha resultado minoritaria en la Corte Suprema, más todavía, luego de la renuncia del juez *Belluscio* al Tribunal. En cuanto a los otros tratados, desde la perspectiva jurídica no cabe duda de que están por debajo de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos que obtuvieron —en la reforma de 1994 y luego de ella— jerarquía constitucional. Pero desde el punto de vista político institucional y de la responsabilidad del Estado por los compromisos que libremente asume, la respuesta no es tan sencilla, aunque, por cierto, quienes celebren compromisos internacionales con el Estado argentino se supone que lo hacen conociendo el orden normativo jerárquico del país y el eventual control de constitucionalidad a que pueden someterse esos convenios.

2. El gobierno federal y los tratados internacionales

En principio, la celebración de los tratados internacionales constituye una atribución otorgada al Gobierno Federal. Así lo dispone el art. 27 y surge de otras normas constitucionales que fijan las etapas mediante las cuales ingresan al derecho argentino.

Conviene aclarar, antes de referirse a las mencionadas etapas, que los tratados presentan dos tipos de problemas, además de los de su ubicación jerárquica en el sistema jurídico. El primero de ellos se refiere a cómo, de qué modo ingresan al sistema argentino, cuestión ésta resuelta por el texto constitucional. El segundo problema está relacionado con el alcance de los tratados en el orden interno, es decir, si sus disposiciones son operativas o programáticas y, en la primera de las alternativas, qué obligaciones caben a los Estados parte al respecto. Desde luego, este tercer problema está ligado al de la jerarquía, pues, como lo advirtió la Corte Suprema en el citado caso *"Ekmekdjian* ", el incumplimiento de una convención puede derivar tanto de que el Estado sancione una norma contraria a sus cláusulas, como de que omita legislar para hacerla operativa.

En el sistema argentino, el presidente de la Nación, en virtud de la jefatura del Estado que ejerce, está atribuido para negociar, concluir y firmar las convenciones, los tratados y los concordatos con la Santa Sede (art. 99, inc.

11); el Congreso Federal tiene la competencia para aprobar o desechar esos acuerdos internacionales entre países o con organismos internacionales (art. 75, inc. 22 y 24). Aunque el Congreso aprueba los tratados por medio de una ley formal, el acto no es estrictamente legislativo sino que integra la voluntad estatal en la celebración del tratado, por lo que estimo que esa ley no puede ser vetada, y mucho menos de modo parcial, porque en este caso se estaría retrotrayendo la situación a la etapa negociadora, ya concluida. La ley aprobatoria debe publicarse en el Boletín Oficial a fin de que se convierta en exigible en el orden interno. Finalmente, el tratado aprobado debe ser ratificado, etapa que concierne al Poder Ejecutivo como jefe del Estado, a cargo de las relaciones exteriores. El procedimiento en esta etapa dependerá del tipo de tratado en cuestión, si es bilateral se opera el cambio de ratificaciones entre Estados; si es multilateral, la misma convención suele fijar el número de ratificaciones necesarias para que entre en vigencia.

Bajo las reglas de la Constitución histórica de 1853/60 la competencia para celebrar tratados era federal y lo sigue siendo, pese a la modificación introducida al sistema por el art. 124 de la Constitución Nacional. La facultad asumida por las provincias en 1994 para celebrar tratados es acotada y se ejerce con *conocimiento* del Congreso Nacional. El alcance de ese conocimiento, depende del tipo de tratado que hayan celebrado las provincias (1058) .

3. Los límites a la celebración de tratados. El principio de supremacía

Los límites para la celebración de convenciones internacionales están dados por el art. 27 —el derecho público constitucional—, por el art. 31 y por el art. 30, porque cualquier alteración del sistema de supremacía violaría la división de poderes entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Acerca de los Tratados de Derechos Humanos que han obtenido jerarquía constitucional, el art. 75, inc. 22, contiene una cláusula de interpretación que ha dado lugar a variadas hermenéuticas. Pero la Corte Suprema ha zanjado la cuestión en varios precedentes aunque, sin mayorías netas en algunas etapas de la integración del tribunal (1059) .

Art. 28. — Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Concordancias: Arts. 1º; 14; 15; 16; 17; 18; 19; 31; 99, inc. 2; 116, C.N.Art. 29, inc. 2 DUDH; art. 29 y 30 CADH.

1. El principio de razonabilidad y el estado de derecho

El art. 28 debe leerse en paralelo con la primera frase del art. 14 de la Constitución Nacional —escrita antes de la declaración de derechos— en tanto establece que todos ellos se ejercen conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. La atribución reglamentaria del Congreso Federal es lo que la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema —innecesariamente, a mi modo de ver— ha denominado *poder de policía*(1060) . La disposición del primero de los artículos mencionados funciona como un límite al ejercicio del poder de policía o competencia reglamentaria de los derechos y garantías constitucionales.

El artículo 28 tiene su fuente en el proyecto de Constitución de *Juan Bautista Alberdi* , aunque el publicista estableció límites al Congreso en la reglamentación legal de las seguridades personales, de los derechos de los extranjeros y de las que denominó garantías públicas de orden y progreso (1061) .

De lo dispuesto en el art. 28 se sigue una amplia garantía institucional derivada de la división de poderes, que implica controles entre todos ellos y fronteras para el ejercicio de las atribuciones de cada uno de los órganos de poder.

En principio, el art. 28 de la Constitución fija los lindes a la competencia reglamentaria del Congreso establecida en el art. 14, en tanto esta norma declara que los derechos allí enumerados se ejercen conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. De ambas disposiciones constitucionales resulta claro que los derechos no son absolutos en su ejercicio; que tal como lo sostuvo la Corte Suprema, lo contrario implicaría un uso antisocial de las facultades constitucionales; que, en consecuencia, existen múltiples razones para limitar aquel uso, pero que la capacidad reglamentaria no es ilimitada, tiene bordes: las leyes no deben *alterar* los principios, los derechos y garantías (1062) .

El problema interpretativo mayor que plantea esta norma está referido al significado del término*alterar* . Podría afirmarse que una alteración conlleva una afectación sustantiva, esencial, que desnaturaliza el principio, derecho o garantía, que inutiliza el núcleo central de aquéllos. Pero, para determinar en los casos concretos cuándo las normas producen tales efectos se hace necesario elaborar criterios o pautas específicas de control.

Las otras cuestiones problemáticas que suscita el art. 28 de la Constitución se refieren a los órganos de poder a quienes está dirigida la prohibición de alterar los principios, derechos y garantías declarados, dado que la disposición se refiere a las *leyes* ; al alcance de los derechos y garantías protegidos contra la alteración, pues la regla indica a los reconocidos en los *anteriores* artículos ¿al 28? y, finalmente, si la disposición establece un principio interpretativo o un principio normativo.

Ahora bien, el art. 28 con ser tan breve en su redacción, es en sí mismo una suma de garantías de limitación del poder. De las *declaraciones* emergen

la forma de gobierno; la libertad; la igualdad; las fronteras de las atribuciones impositivas; el principio de legalidad y el de privacidad. De los *derechos* , el reconocimiento de los que se conciben propios de la persona humana y, por ello, anteriores a la formación del Estado y de las personas jurídicas, en especial, de las organizaciones sociales. De las *garantías* expresas, emergen las seguridades frente a la competencia represiva de los delitos, atribuida al Estado. Así, por interpretación analógica e interpretación extensiva (1063) , el art. 28 irradia hacia todas las disposiciones constitucionales, las anteriores y las posteriores a la norma; las dictadas junto con ellas y las que se incorporaron en otras reformas, porque el principio que contiene es sustantivo en el sistema, es el principio de *limitación* , básico en el estado de derecho, por definición, sujeto a reglas, a leyes, no a persona alguna, tal como lo ordena el art. 29 de la Constitución.

De ello se sigue, también, que todos los poderes del Estado y sus funcionarios —no sólo el Congreso Federal— están ligados, obligados por el principio de *limitación.* Así, el Poder Legislativo, cuando dicta normas generales; el Poder Ejecutivo cuando las reglamenta y aplica en la interpretación no arbitraria de aquéllas; y el Poder Judicial cuando resuelve conflictos en los casos concretos, dictando normas particulares y derivadas de las generales; todos ellos se encuentran compelidos a no alterar las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución.

La obligación de dictar normas generales o particulares razonables pesa, también, sobre los denominados órganos extrapoder en tanto y en cuanto, con sus decisiones, afecten directa o indirectamente derechos y garantías constitucionales. Pero, además, el principio de razonabilidad exige que las decisiones se justifiquen siempre, aun si quien ejerce algún tipo de poder estatal lo hace en uso de facultades discrecionales. En esa línea puede anotarse la decisión de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, quien sostuvo que el Consejo de la Magistratura de esa Provincia debía justificar la elaboración de las ternas de candidatos a los cargos de Agente Fiscal y Agente Fiscal Adjunto en el Departamento Judicial de Mar del Plata. En palabras del juez *Domínguez* —siguiendo el pensamiento doctrinario de *Agustín Gordillo* , *(Tratado de Derecho Administrativo* , Tomo III, Fundación de Derecho Administrativo), "al no motivarse el acto, no puede evidenciarse la razonabilidad del mismo, constituyendo esta última, una motivación coherente con los principios generales del derecho, los propios del derecho administrativo y los fines que hubieren justificado el dictado de la normativa aplicable al caso". En la misma línea, al adherir por sus fundamentos al voto anterior, el Juez *Soria* sostuvo que "...la razonabilidad es un requisito esencial de legitimidad que deben observar todos los actos de las autoridades públicas, entre cuyas manifestaciones se exige la *fundamentación suficiente de la decisión que se adopte para justificar su dictado, en especial, en materia de facultades discrecionales"* . En consecuencia y al carecer de la justificación necesaria, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, dejó sin efecto la terna que había aprobado el Consejo de la Magistratura y mandó que el organismo la elaborara "observando el requisito de publicidad y *adecuada motivación* " (1064) .

2. El principio de razonabilidad como norma operativa

Aunque el art. 28 no contiene la expresión, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado el principio de razonabilidad, como un intento de delimitación entre la reglamentación legítima y la que altera los derechos y garantías, tarea compleja y nada sencilla de resolver(1065) . No obstante, es posible afinar las pautas o criterios de razonabilidad para delinear un principio interpretativo que afiance los controles y resguarde los derechos.

El principio interpretativo de razonabilidad, de todos modos, emana de una norma operativa por lo que resulta ineludible de aplicar por todos los órganos de poder en el Estado de Derecho, entendido éste, precisamente, como estado de razón. En efecto, si lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, es decir contrario a lo carente de sustento —o que deriva sólo de la voluntad de quien produce el acto, aunque esa voluntad sea colectiva—, una ley, reglamento o sentencia son razonables cuando están motivados en los hechos y circunstancias que los impulsaron y fundados en el derecho vigente.

3. La razonabilidad o el debido proceso sustantivo, como límite al poder estatal

Junto con el principio de legalidad, el principio de razonabilidad completa la estructura de limitación del poder. El primero de ellos se asienta en la legitimidad formal: una norma es legítima si ha emanado del órgano atribuido para dictarla, conforme a la ley jerárquicamente superior, y ha sido dictada bajo el procedimiento establecido por esa ley. En último término, la ley que legitima todo el sistema —las normas inferiores dictadas en su consecuencia— es la Constitución o norma básica (1066) . Cuando una disposición jurídica se ha dictado incumpliendo el principio de legalidad se ve afectado el debido proceso adjetivo o formal. Se suscita, entonces, una clara inconstitucionalidad como, por ejemplo, si el presidente de la Nación dicta un decreto de necesidad y urgencia en materia penal o el Congreso no respeta las mayorías necesarias para aprobar la ley.

Pero una norma puede cumplimentar los requisitos del debido proceso adjetivo y ser, no obstante, inconstitucional. Ello sucede cuando el contenido de la norma, la sustancia de la disposición, la reglamentación de los derechos o garantías carece de razonabilidad, es decir, afecta o vulnera el debido proceso sustantivo o material.

De ese modo la razonabilidad de las leyes, tal como lo señalara *Linares* , constituye una garantía innominada del debido proceso (1067) y aunque la razonabilidad, como la constitucionalidad, se presume en las normas emanadas de las autoridades legítimas (1068) , sobre ellas se puede predicar

lo contrario mediante sentencia judicial, pues la irrazonabilidad constituye una especie de la inconstitucionalidad.

Cuando las normas de que se trate constituyen el ejercicio de atribuciones constitucionales de emergencia, la presunción de razonabilidad se atempera en la misma medida en que se acrecientan los poderes de la magistratura judicial, en orden al control de las medidas tomadas para resolver la urgente necesidad acaecida.

4. CRITERIOS O PAUTAS DE RAZONALILIDAD

La Corte Suprema argentina ha elaborado desde antiguo pautas de razonabilidad para examinar la constitucionalidad en el ejercicio del poder de policía, básicamente, pero no sólo cuando se trataba de controlar leyes dictadas durante emergencias sociales y económicas.

Según doctrina de la Corte Suprema, ésta no tiene atribuciones para analizar la *conveniencia* , *oportunidad* o *eficacia* de las normas, pues ésa es una atribución propia de los poderes políticos. Lo contrario implicaría sustituir, por parte de los tribunales, los criterios del Congreso Federal acerca de las políticas públicas que deben instrumentarse, por las opiniones de los magistrados judiciales sobre el punto, violando, con ello, la división de poderes. En consecuencia, el Tribunal estableció, en principio, la frontera de las *cuestiones políticas* no judiciales para examinar la razonabilidad de las leyes —por lo menos en materia de emergencias económicas y sociales— que no parecía dispuesta a forzar.

No obstante, a partir de la década de 1990 la Corte Suprema dejó de emplear de modo sistemático la expresión *cuestiones políticas* como justificación de un control de constitucionalidad y razonabilidad diluidos. A cambio de ello, las barrares que debieron y deben sortear esos controles fueron los de la exigencia de legitimación, activa en especial, y la existencia de agravio concreto.

La Corte Suprema ha analizado la proporcionalidad de los medios utilizados por la norma, en relación con los fines perseguidos por la ley, deparando deferencia a los motivos que el legislador tuvo para sancionarla.

Uno de los casos citados con mayor frecuencia para mostrar cómo la Corte Suprema ha utilizado el control de razonabilidad ha sido *"Inchauspe c. Junta Nacional de Carnes* " (1069) . En el caso, se discutía la constitucionalidad de una ley de creación de la Junta Nacional de Carnes, que establecía una contribución de hasta el uno y medio por ciento sobre el precio de venta del ganado, y autorizaba a la Junta a fijar la contribución entre esos parámetros. La finalidad de la ley era la de proteger la industria de la carne argentina (1070) . El Tribunal, al considerar constitucional la norma cuestionada sostuvo que *"el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse ésos u otros procedimientos,* son ajenos a la jurisdicción y competencia de la Corte Suprema, 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 proporcionales a los fines que el legislador se propuso conseguir* , y, en consecuencia, si es o no admisible la restricción de los derechos afectados". Con esa doctrina, la Corte Suprema pareció adoptar la *proporcionalidad* como medida de la razonabilidad. Sin embargo —más adelante y en el mismo considerando— el Tribunal afirmó que el actor no había demostrado que los medios adoptados por la ley no *guardaban relación* con los fines que se propusieron en defensa de la ganadería nacional *ni* que fueran *desproporcionados* con respecto a éstos (1071) .

Por tanto, es posible abrir el control de razonabilidad en dos pautas respecto a fines y medios de las normas. Por un lado, cabe examinar si el medio resulta desproporcionado, es decir, si aunque obtiene el fin perseguido, lo excede; por otro, si el medio guarda alguna relación de causalidad con el fin, aunque aquél no sea el único con el que se lo pueda alcanzar. Según se utilice la primera o segunda pauta de razonabilidad el control será más o menos estricto. En efecto, en la primera alternativa la *relación* debe ser, además, *proporcionada* ; en la segunda basta con que exista la relación. Aunque la cuestión es problemática, la primera opción brinda un mayor amparo judicial a los derechos afectados (1072) .

Pero antes de *"Inchauspe* ", la Corte Suprema había usado el control de razonabilidad examinando la proporción del medio en sí mismo. En el caso, se trataba del control de precios de las locaciones urbanas, ante la crisis habitacional. Para el Tribunal el precio de los arriendos no era arbitrario porque se correspondía con el valor locativo, en tiempos de normalidad (1073) .

En suma, puede afirmarse que el control de razonabilidad empleado por la Corte Suprema en casos de emergencias sociales y económicas y en materia de derechos de propiedad y contractuales ha sido tenue (1074) . Así sucedió, en el caso *"Cine Callao"* en el que el Tribunal consideró constitucional una norma que exigía contratar a artistas de variedades para resolver el problema de desocupación de ese sector (1075) . En cambio, la disidencia afirmó la legitimidad del fin perseguido por la norma pero sostuvo la existencia de medios alternativos —tales como la creación de fuentes de trabajo por parte del Estado, o la entrega de subsidios— que no afectaban los derechos del actor (1076) .

El control más intenso de proporcionalidad —que evalúa la medida mensurando si la restricción, aunque adecuada para lograr el objetivo perseguido por las normas jurídicas, se excede en cuanto a la limitación del derecho afectado— fue aplicado por la Corte Suprema, entre otros precedentes, en el caso *"Smith"* sobre el llamado *corralito* bancario (1077) . El criterio exige un análisis pormenorizado de los hechos y del alcance de la norma, bajo las circunstancias del caso. Por ejemplo, y aplicado a la crisis financiera de fines del 2001 en Argentina, podría considerarse que si para detener la corrida bancaria se requiere escalonar los vencimientos de los créditos ¿por qué cambiar los términos de las otras obligaciones contractuales? O, si por la situación del sistema financiero o de los deudores de ese sistema, se hace necesaria una rebaja de los intereses, ¿cómo

justificar bajo el *standard* de proporcionalidad, la licuación del capital en perjuicio de los acreedores, imponiéndoles, al mismo tiempo, el cambio de la moneda pactada en el contrato?

La pauta de control basada en el análisis de los *costos y beneficios* que produce la norma para los derechos personales y para el interés público en general se acerca a la evaluación de la conveniencia, de la oportunidad o de la eficacia de las medidas de limitación de derechos, criterio que, en principio, la Corte Suprema desestima emplear para no interferir con las atribuciones propias de los otros poderes del Estado. No obstante, el Tribunal —asumiendo una postura paternalista que hubiera disgustado a *Carlos Nino* — (1078) se preguntó en *"Peralta",* "¿qué beneficio hubieran obtenido a la postre los actores afectados por el *Plan Bonex* [de canje obligatorio de depósitos a plazos fijos por bonos de la deuda pública] llevándose sus australes hacia la vorágine del proceso inflacionario? ¿en qué situación estarían hoy? ¿en qué situación concluirían por estar cuando efectivicen sus créditos?" (1079) .

Otras pautas de control de razonabilidad consideran el *interés estatal urgente* en resolver la necesidad pública, por ejemplo, en la protección de otros derechos diferentes de los restringidos con las normas cuestionadas, o en casos de extrema emergencia. En esta hipótesis, es el Estado quien tiene que invocar y justificar aquel interés estatal urgente que no puede satisfacer con una medida menos intrusiva.

Como ya se señaló, todos los órganos de poder están obligados a respetar el principio de razonabilidad como constitutivo del estado de derecho. También, los entes públicos no estatales, como los colegios profesionales o sindicatos. En ese sentido, la Corte Suprema enfatizó la exigencia de razonabilidad en el actuar que obligaba a un Colegio de Abogados, embarcado en la defensa de los intereses profesionales (1080) .

Pero, si la emergencia económica y financiera da paso a una verdadera emergencia jurídica generadora de múltiples litigios —por la cantidad creciente de reglas dictadas, algunas contradictorias entre sí, y en cambio permanente por impulso de las protestas sociales o de la presión de los intereses—, cabe al Poder Judicial la delicada tarea de equilibrar los costos y las cargas. Entonces, la vigencia de la *teoría de la imprevisión,* del *enriquecimiento sin causa* , de la *justicia conmutativay la igualdad de las contraprestaciones,* del *derecho propietarioemanado de los contratos* , de clara raíz constitucional los tres últimos, proveen a los magistrados judiciales herramientas para resolver los conflictos que el desorden y la irrazonabilidad normativa ha generado, deparando justicia en los casos concretos (1081) .

En materia de derechos no económicos la Corte Suprema ha intensificado el control, aunque empleando en general el criterio de relación de causalidad y de proporción entre medios y fines. Así, en materia de libertad, bajo estado de sitio (1082) , referido al derecho a trabajar (1083) , al derecho de aprender (1084) y al de enseñar de una extranjera (1085) .

Existen y pueden desarrollarse otros *standards* de razonabilidad, distinguiendo, para aplicarlos, el ejercicio del poder de policía de emergencia de la reglamentación ordinaria de los derechos, y diferenciando por categorías de derechos y garantías afectados, lo cual supone admitir una jerarquía entre ellos o, al menos, que determinadas reglamentaciones anulan el derecho.

La evaluación de la existencia de medios alternativos menos gravosos para el derecho implicado, plantea el problema de la sustitución del criterio legislativo por el de los tribunales y debiera usarse con suma prudencia (1086) . Pero sin duda, resulta en mayores seguridades para los derechos humanos.

Por otro lado, el control de razonabilidad puede ejercerse tanto sobre la norma general, como sobre el acto particular de aplicación por la autoridad administrativa o judicial. En esa línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional Español consideró necesario, en el caso de las escuchas telefónicas, que la ley definiese las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a esa medida; estableciese límite a la duración de la medida, determinase las condiciones que deberían reunir las transcripciones y las relativas a la utilidad de las mismas. Acerca de la decisión judicial, el Tribunal español consideró necesario verificar —para medir la proporcionalidad— la conexión entre los sujetos que se veían afectados por la medida y el delito investigado (1087) .

Con la misma orientación y acentuando el control, el Tribunal Constitucional español estableció una regla para el examen de proporcionalidad de las medidas restrictivas, que a mi modo de ver constituye un compendio de pautas eficaces y perfectamente aplicables al derecho argentino, a partir del art. 28 de la Constitución Nacional. Ese criterio seguido por el Tribunal español, incluye tres juicios: a) el de la idoneidad de la medida para obtener el fin perseguido; b)el de la necesidad o subsidiariedad —o posibilidad de acudir a otro medio menos gravoso— y, c) el de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el de la ponderación entre los beneficios y ventajas para el interés general y los perjuicios sobre bienes o valores en conflicto (1088) .

En materia de derechos no económicos —como, por ejemplo, el derecho a la salud, o a las indemnizaciones por infortunios laborales o por despidos sin causa justificada— que producen efectos económicos sobre el colectivo social del que forman parte los reclamantes, debería emplearse, según lo entiendo, un examen de costos y beneficios. Bajo esa pauta de control de razonabilidad puede ponderarse el alcance de la protección más razonable al derecho del peticionante —que corresponde asegurar en primer término— sin desentenderse de las consecuencias de la sentencia y, sobre todo, de la extensión de la regla establecida en ella, sobre el colectivo social implicado.

Aunque no siempre el poder político repara, acepta y obedece los mensajes meta jurídicos emitidos en los fallos, éstos pueden señalar que la resolución del problema requiere una política integral que corresponde dictar a los otros poderes del Estado (1089) . Si la opinión pública es suficientemente anoticiada acerca de estas sentencias, la puesta en mora que implican y las responsabilidades que emergen de la inacción de los funcionarios

respectivos, esos fallos pueden impulsar los trazados de políticas adecuadas. Claro que si esos meta mensajes de los tribunales no arraigan en la sociedad y ésta no hace suyo el reclamo, aquellas consideraciones de los jueces son maderos en el mar.

5. Razonabilidad e inconstitucionalidad sobreviniente

La inconstitucionalidad sobreviniente constituye una pauta de control de razonabilidad peculiar en la interpretación constitucional. Consiste en examinar la norma cuestionada a la luz de las circunstancias en las que aquélla debe aplicarse —aunque esa coyuntura no sea, estrictamente, parte de la controversia— y en evaluar cómo, y en qué grado, una disposición reputada constitucional cuando se la dictó —o cuando se la sometió a prueba en una controversia judicial pasada— sobrevino inconstitucional por mudanza en las situaciones de hecho o jurídicas bajo las cuales se la sancionó.

Un caso típico de inconstitucionalidad sobreviniente emana de la doctrina en base a la cual la Corte Suprema sostuvo la inconstitucionalidad de la ley de matrimonio civil en tanto esa disposición vedaba el divorcio vincular y, por ende, el derecho de los esposos divorciados a contraer nuevas nupcias. La ley de matrimonio civil había sido considerada constitucional por casi cien años. Sin embargo, en el caso "*Sejean c/Zack de Sejean",* en el primer voto del ministro *Fayt,* se hizo mérito de las *transformaciones históricas y sociales de las que la Corte Suprema no debía desentenderse* y de los cambios *en la sensibilidad y en la organización social* para examinar las disposiciones cuestionadas y reconocer un derecho constitucional a recuperar la aptitud matrimonial. En esa línea de análisis se preguntó el magistrado si aunque el Tribunal no había rechazado en su oportunidad el desconocimiento de los derechos electorales de la mujer, mantendría tal postura aunque el legislador no hubiese reconocido aquellos derechos políticos más tarde, para concluir afirmando que *cuestiones que no hieren la sensibilidad de una época pueden ofender profundamente las de las que siguen*(1090) . Por cierto, según se mire y a qué tipo de conflictos se aplique, la inconstitucionalidad sobreviniente puede entrañar una posición excesivamente relativista y convertir al derecho, exclusivamente, en una variable dependiente de los hábitos y rutinas sociales generando, en esa hipótesis, problemas de discernimiento de valores.

En cambio, la aplicación del criterio de la inconstitucionalidad sobreviniente parece menos complejo de emplear en el caso de la actualización de deudas dinerarias por causa de la desvalorización de la moneda porque en esas situaciones, en realidad, no se opera un cambio en las contraprestaciones sino que se intenta mantener inalterables los términos reales del contrato.

Un uso implícito de la pauta puede detectarse en el por muchos motivos célebre caso *"Smith"* , sobre las medidas financieras que limitaron la libre disposición de los depósitos bancarios (1091) . En efecto, aunque la Corte Suprema debía evaluar la constitucionalidad del decreto 1570/01, enunció pormenorizadamente las disposiciones legales, los decretos ejecutivos y las

reglamentaciones del Ministerio de Economía que crearon y modificaron posteriormente lo dispuesto en aquella norma ampliando o restringiendo sus límites y hasta declarando que no se lo convalidaba, *generando un inédito y prolongado estado de incertidumbre* " (1092) . Y aun más, tanto la mayoría como la concurrencia subrayaron que el conjunto de medidas financieras adoptadas se sumaron *a la modificación del régimen cambiario* ; que si bien sobre ello nada cabía decir a la Corte Suprema desde que no era materia de discusión en el caso, ni le competía sustituir a la administración en la determinación de las políticas, *provoca un generalizado menoscabo en la situación patrimonial del conjunto social.* En consecuencia de ello, en tal singular y *nueva* situación, las restricciones cuestionadas carecían de razonabilidad y proporción (1093) .

En cambio, en el caso "*Tobar* " la aplicación de la inconstitucionalidad sobreviniente como criterio de control de razonabilidad resulta más nítida aunque, por otro lado, muestra su ambivalencia. En efecto, la mayoría de la Corte Suprema y la concurrencia de *Fayt,* volvieron a examinar la cuestión de la disminución de los salarios de los empleados de la administración pública —que el Tribunal reputó constitucional en el caso *"Guida"*(1094) —. Al hacer mérito de la *devaluación* operada a comienzos del 2002 y del *acelerado envilecimiento de los sueldos, jubilaciones y pensiones,* sostuvieron que en virtud de esas nuevas circunstancias, la normativa cuestionada había devenido irrazonable (1095) . En otras palabras, el Tribunal consagró —tal como surge de la línea interpretativa en el caso *"Smith",* aunque sin designarla de ese modo— una *inconstitucionalidad sobreviniente,* que le permitió considerar la variable de la devaluación como un elemento que convirtió en irrazonable— por desproporcionado— una rebaja de salarios públicos, antes constitucional.

Sin embargo, considerando *otras circunstancias sobrevinientes* —en el caso, el aumento del déficit fiscal, las restricciones y el estrangulamiento del sistema financiero y la *declaración formal de suspensión de pagos internacionales de la Nación, calamidad ésta, en la que jamás había caído la República Argentina* — el ministro *Boggiano* en el caso "*Tobar"* sostuvo la constitucionalidad de una rebaja de salarios del sector público no confiscatoria (1096) . El ministro entendió que el agravamiento de la situación y la necesidad pública de solucionarla, añadía proporcionalidad a la medida restrictiva de derechos (1097) .

En consecuencia, y dado que el examen de las circunstancias nuevas puede configurar tanto una inconstitucionalidad como reforzar la constitucionalidad, la pauta de interpretación será útil en tanto se argumente en torno a cómo, de qué manera y con qué intensidad la situación nueva impacta de modo tal que convierte en irrazonable la disposición normativa que no lo era en circunstancias diferentes.

6. Criterios o pautas de razonabilidad en materia de igualdad

En materia de igualdad, el control de razonabilidad suscita, a mi modo de ver, dos problemas. Uno sencillo de resolver, el otro complejo. En el primero de ellos se debe analizar si a todas las personas o situaciones incluidas en la categoría se les reconocen iguales derechos o se les aplican similares cargas. En síntesis, se trata de evaluar la categoría hacia adentro de ella, para observar si se excluye a alguien, quien, dado los elementos que la componen, debería estar dentro y recibir igual atención jurídica.

La otra cuestión, más compleja de solucionar, exige examinar el criterio de diferenciación de la categoría en sí misma. Ello significa partir de la igualdad material, considerando elementos tales como la raza, el sexo, la nacionalidad, la edad, las que, en principio y tal como la doctrina norteamericana lo ha establecido, tienen una fuerte presunción de discriminación arbitraria (1098) . Cuando se trata de esos criterios sospechosos o de acciones positivas a favor de personas por razón de esos criterios, el control de razonabilidad no puede menos que ser estricto, porque existe una fuerte presunción de inconstitucionalidad. Cuando la categoría empleada para diferenciar no es sospechosa, el control de razonabilidad puede ser menos intenso (1099) .

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 otorgarle 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.

Concordancias: Arts. 1º; 5º, 17; 18; 19; 23; 33; 36; 76; 99, inc. 3; 109; 119, C.N.

1. La prohibición de las dictaduras. Razón histórica y finalidad de la norma

El art. 29 establece una expresa prohibición dirigida en principio al Congreso Federal y a las legislaturas provinciales, que se extiende a las personas que eventualmente pudieren proyectar o consentir los actos vedados. La norma proviene y tiene su fuente en una experiencia histórica e institucional del país que se rechaza formalmente: la dictadura legal.

Así, del mismo modo en que el nuevo artículo 36 impugna el alzamiento contra el orden constitucional y exhibe —al apartarla del sistema político— una rutina ilegítima ejercida a lo largo del siglo XX, el art. 29 repele lo que constituyó una práctica llegada a su cenit con *Juan Manuel de Rosas*(1100) , pero que también fue autorizada al gobernador *Viamonte*(1101) .

Estrictamente, las *facultades extraordinarias* implican el ejercicio de funciones judiciales, y la *suma del poder público* el uso y concentración de *todo* el poder. Al otorgar las primeras, se abre el camino hacia la dictadura, con la segunda, el sistema ya es una dictadura. *Rosas* gobernó su primer período con *facultades extraordinarias* y en su segundo mandato asumió con la *suma del poder* . La dictadura era legal, porque esas atribuciones fueron otorgadas por la legislatura provincial y la suma del poder *confirmada* por un plebiscito popular.

Bajo tal experiencia política, los redactores de la Constitución de 1853 sancionada inmediatamente después de haber concluido aquella etapa histórica, escribieron en el art. 29 una declaración de defensa del sistema republicano consagrado en el art. 1º de la Ley Suprema y un rechazo explícito de toda dictadura.

En consecuencia de ello, en el paradigma de 1853/60 los principios de la república constitucional se resguardaron, además, con la prohibición impuesta al presidente de la Nación de condenar por sí o aplicar penas durante el estado de sitio (art. 23) y de ejercer algún tipo de función judicial, conocer de las causas pendientes o restablecer las fenecidas (art. 109) (1102) .

No obstante estos principios, las enmiendas constitucionales de 1994 diseñaron una presidencia con poderes ampliados —atribuciones para dictar decretos de necesidad y urgencia; promulgar parcialmente las leyes; dictar decretos delegados— pero, en todos los casos establecieron limitaciones precisas en orden a evitar cualquier violación del art. 29(1103) .

Precisamente, la fuente de los decretos delegados, esto es, las leyes de delegación de facultades legislativas emitidas por el Congreso por causa de emergencia pública o en materias determinadas de administración, han sido vistas —más desde la perspectiva política que desde la jurídica— como ejemplo de transmisión —por parte del Congreso— de la *suma del poder* en el presidente de la Nación. Así sucedió en marzo del 2001, cuando el presidente de la Rúa —en un dramático mensaje dirigido al país, y empleando una frase nada feliz, se refirió al pedido que haría al Congreso a fin de que éste le concediera *facultades especiales* en la que sería la Ley de Competitividad. Quizás pueda comprenderse la expresión —que luego se instaló críticamente en los medios de comunicación y fue usada por la oposición política para intentar el bloqueo de las medidas que ese Presidente se disponía a tomar— por la situación de extrema gravedad institucional y económica por la que atravesaba el país, con el gabinete en conmoción y desintegrado y las cuentas públicas en rojo, pero lo cierto es que las *facultades especiales* son incompatibles con el sistema republicano, tal como surge expresamente de la prohibición establecida en el art. 29 de la Constitución Nacional(1104) .

En consecuencia, las *facultades extraordinarias* y la *suma del poder* no pueden confundirse con las atribuciones delegadas, pues las primeras significan la concentración del poder en el Ejecutivo, quien suma las atribuciones de legislar y de ejercer funciones jurisdiccionales, sin límites y sin control. En cambio, la delegación legislativa tiene límites, en el tiempo de ejercicio y en la materia y alcance de la delegación; puede ser controlada por el mismo Congreso y, eventualmente, por el Poder Judicial, si es que se lleva a los tribunales una controversia concreta, con efectos para ese caso en particular. Además, el Poder Legislativo puede reasumir las competencias que delega y, desde luego, derogar hacia el futuro la normativa delegada.

Según lo establece el art. 76 de la Constitución Nacional, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo está prohibida, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública. Esta última causal ha incrementado hasta los bordes constitucionales las delegaciones del Congreso que ha llegado a establecerlas en el jefe de Gabinete de Ministros para la Ley de Presupuesto, a fin de que el funcionario pueda reasignar partidas. El exceso en la delegación es notorio en este último caso, sobre todo porque el Poder Legislativo parece declinar sus funciones de control.

Quizás por las críticas que recibió la rutina legislativa de ceder atribuciones al jefe de Gabinete de Ministros en la ley de presupuesto, a fin de que el funcionario reasignara partidas en razón de las emergencias, el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.124 que modificó el art. 37 de la ley de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público(1105) . Esta reforma pretendió reglamentar las atribuciones *ordinarias* que la Constitución otorga al jefe de Gabinete en el art. 100, en especial, en los incs. 1º y 7º convirtiendo en hábito de la Administración el ejercicio de facultades que, eventualmente, pueden admitirse bajo estrictas medidas de emergencia y por plazo determinado y breve. Así, las modificaciones a la ley de presupuesto sin intervención del Congreso —y sin debate, por medio del cual la oposición pida cuenta y exija razones de esas mudanzas— concentra una enorme cuota de poder en el presidente de la Nación, quien, disponiendo de esos recursos, puede disciplinar detrás de sí y de sus políticas, a gobernadores provinciales y a sectores sociales contestatarios (1106) .

2. Delitos institucionales y funcionales

El art. 29 de la Constitución tipifica delitos institucionales y funcionales, pues los sujetos que están en posición de cometerlos integran instituciones políticas —el Congreso Federal y las legislaturas provinciales— y pueden incurrir en ellos ejerciendo las respectivas competencias legislativas, ya sea que propongan los actos vedados o consientan que otros los lleven a efecto, pasiva o activamente.

La norma, al extender la responsabilidad en la concesión de facultades extraordinarias o de la suma del poder a quienes la formulen, consientan o firmen, incluye los actos emanados del Poder Ejecutivo, por ejemplo, al enviar

un proyecto de ley, o a los magistrados judiciales en el caso en que dicten una sentencia convalidando facultades extraordinarias. Estas conductas podrían ser sancionadas especialmente por la ley penal aunque debiera precisarse concreta y expresamente el tipo penal, para no afectar el principio de legalidad en la materia.

Del mismo modo, luego de la transformación de Buenos Aires en ciudad autónoma —muy cercana al *status* de provincia— la legislatura de ese distrito puede estar incursa en la tipificación del delito previsto en el art. 29 de la Constitución. Pero, a fin de salvaguardar la garantía de legalidad, la norma penal debe contemplar la hipótesis.

3. Efectos de los actos prohibidos

Los efectos de los actos vedados consagrados en el art. 29 son de dos tipos: a) la sanción penal aplicable a los infames traidores a la patria, regulada en el Código Penal en los arts. 114 y 115 (1107) y b) la nulidad insanable de aquellos actos, en el caso de que se concretaran. Esta última consecuencia sólo es posible si la sociedad en su conjunto repudia las prácticas dictatoriales, no las consiente y sanciona con su voto o protestas los intentos en ese sentido.

La ley penal incrimina expresamente a los integrantes del Congreso Federal o de las legislaturas locales por cometer actos como los previstos en el art. 29 de la Constitución (1108) . Pero, los magistrados judiciales, los ministros y el presidente pueden ser sometidos a juicio político, en caso de que consientan o proyecten aquellos actos, y los legisladores pueden ser excluidos de las respectivas Cámaras, por hacer lo propio.

Al debatirse la que luego sería la ley 25.779 de declaración de nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final, en la Cámara de Diputados se invocaron, en sustento de esa sanción, los artículos 29 y 36 de la Constitución Nacional(1109) . A mi modo de ver, ninguna de las dos disposiciones resultaban aplicables al caso. El art. 29, porque aquellas leyes —a unque discutibles desde la perspectiva de la moral y de la justicia— fueron dictadas por el Congreso Federal democráticamente elegido y en uso de atribuciones constitucionales. No constituían, pues, autoamnistías. El art. 36, porque no se encontraba vigente al momento de la sanción de la cuestionada legislación.

4. Derechos especialmente protegidos

Al vedar la concesión de supremacías o sumisiones al presidente de la Nación o a los gobernadores provinciales, por los que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna, la Constitución está reconociendo implícitamente el derecho a la vida y el

derecho al honor. Cierto es que el primero es la base de todos los demás y que, junto con el derecho al honor, se deriva, también, del reconocimiento de los derechos implícitos.

El art. 29 de la Constitución Nacional, protege expresa y de modo preferencial, los derechos a la vida, al honor y a la integridad del patrimonio, de las arbitrariedades de los gobernantes y garantiza la división e independencia de los poderes como una seguridad de aquellos 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.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 1º, 31; 39; 40; 75, inc. 22; 99, inc. 4; 81, 83; 116, C.N.

1. Poder constituyente reformador o derivado. Interpretación general. Características del problema

La Constitución Nacional proclama en el Preámbulo de quien ella emerge, los tres sujetos del poder constituyente originario o primigenio: los *representantes del pueblo* de la *Nación Argentina* , reunidos en Congreso General Constituyente, por voluntad y elección de las *provincias* que la componen. Cada una de estas entidades históricas, sociológicas y jurídicas hacen parte del poder constituyente que creó el Estado Federal.

El Preámbulo y el art. 30 de la Constitución Nacional indican y establecen el poder constituyente originario y derivado, respectivamente, y dan origen en relación con los arts. 75; 99, 116, 117 y 120 (1110) a la división entre poder constituyente y poderes constituidos, división que en virtud de los arts. 31 de la supremacía constitucional y 75, incs. 22 y 24 de la jerarquía de los Tratados, proporcionan una de las justificaciones del control de constitucionalidad (1111) .

Ahora bien, toda reforma constitucional, aunque se opere por medio de normas, constituye una acción esencialmente política, pues pone en funcionamiento la faz arquitectónica de aquélla. Aun si la reforma fuese parcial, o comprendiera el alcance y límites de los derechos y garantías, toca de modo directo o indirecto, pero siempre significativo, al sistema político global.

En ocasiones, además, el proceso reformista moviliza la faz agonal de la política en procura, sus protagonistas, de alzarse con el poder o retenerlo por más tiempo. Así, el peso de uno y otro aspecto de la acción política en el proceso reformador desnuda las intenciones con las que aquél se afronta. Mas, sea como fuere, el mecanismo de la reforma, por ser reglado, está sujeto

a las normas previstas en la Constitución. En el caso de la Constitución Nacional, en el art. 30. Ello implica, siempre, algunas limitaciones en el obrar de los órganos reformadores y plantea dos órdenes de problemas típicos: el alcance interpretativo de las normas previstas para reglar el proceso de la reforma y la eventual invalidez de las enmiendas, si se incumplen aquellas disposiciones referidas al procedimiento reformador.

En un Estado de Derecho, la Constitución, además de ley básica que crea y regula el poder estatal y sus relaciones con los habitantes del país, configura un orden de valores que garantizan la libertad, limitando la acción de los actores políticos. La teoría de la división de poderes construye un dique de contención de las decisiones gubernamentales, atribuyendo distintas funciones a los poderes constituidos y, en las constituciones rígidas, distinguiendo el modo de operar las enmiendas a la Ley Suprema, del procedimiento empleado para dictar la legislación común. De esta última diferencia deriva, como se dijo, la división entre el poder constituyente —originario o derivado— y los poderes constituidos.

2. Problemas interpretativos del art. 30

El art. 30 diseña un proceso de enmienda constitucional rígido, integrado por dos etapas. La primera de ellas, llamada *preconstituyente* , a cargo del Congreso Federal, quien debe declarar necesaria la reforma; la segunda por medio de la actuación de una Convención Constituyente, convocada al efecto.

Del art. 30 surge, también de modo claro, que la Constitución puede reformarse en todo o en cualquiera de sus partes. Fuera de ello se han planteado varios interrogantes interpretativos acerca del sentido de aquella norma, los que se incrementaron después de la reforma constitucional de 1994, en tanto esta modificación incluyó en el art. 40 el mecanismo de consulta popular, sin prohibirlo expresamente para las enmiendas constitucionales. No obstante, los problemas hermenéuticos planteados por el art. 30 pueden resolverse merced a una interpretación armónica y finalista del articulado constitucional.

2.1. Alcance de la reforma. La cuestión de los contenidos pétreos

Dado que el art. 30 de la Constitución Nacional prevé que ésta puede reformarse en *el todo* o en *cualquiera de sus partes,* resulta inconsistente, desde el punto de vista jurídico, sostener la existencia de contenidos pétreos que no deben modificarse. Salvo que la misma Constitución incluyera expresamente algún contenido inmutable, en cuyo caso la regla del art. 30 contendría el principio general que admitiría una o más excepciones concretas. O que se interpretara la norma constitucional diferenciando

reforma *cuantitativa* de reforma *cualitativa* . En ese sentido todos los artículos de la Constitución podrían reformarse, pero algunos —los que contuvieran cláusulas pétreas— sin alterar, o suprimir el núcleo fuerte de ese contenido (1112) .

En realidad, postular la existencia de contenidos pétreos es el intento de una generación por condicionar a las futuras y, desde el exclusivo punto de vista jurídico, un vano intento por detener las transformaciones sociales, sean éstas positivas o negativas. Desde luego, el problema remite a la necesidad de preservar los valores humanos esenciales y resguardarlos de los excesos del poder político, económico o social. La filosofía iusnaturalista, al sostener la existencia de derechos inalienables y universales de la persona humana, defendibles en todo tiempo y lugar va en línea con la postulación de contenidos pétreos en las constituciones, así como también lo ha sostenido la teoría de los derechos humanos. El problema consiste no sólo en determinar el núcleo central de esos valores vigentes y derechos inmutables, sino, una vez discernidos, en mantenerlos socialmente vigentes. Porque la experiencia histórica ha demostrado que no basta con declarar, enumerar y reglamentar principios, derechos y deberes si no existe una voluntad social y cultural de encarnarlos en las normas y en las conductas.

Sin embargo, no se trata de sostener un relativismo valorativo sino de señalar que los contenidos pétreos son siempre metajurídicos (1113) . En ocasiones se constitucionalizan con intención de permanencia y se rodean de garantías jurídicas que constituyen a la vez un compromiso de la generación que las establece y una esperanza en su mantenimiento por parte de las generaciones futuras. Cuando ello ocurre, se plantean límites a la democracia como sistema de resolución de conflictos en el que median elecciones mayoritarias, pues las minorías, sin dejar de serlo, construyen bordes a las decisiones de poder y, entonces, la democracia no es sólo un instrumento de decisión sino un sistema que provee mecanismos contramayoritarios, fundados en los valores de toda persona humana.

Ahora bien, ¿posee la Ley Suprema de la República Argentina contenidos pétreos expresos o implícitos? En la Constitución histórica de 1853 se establecía la prohibición de su reforma hasta pasados diez años del día en que la juraran los pueblos. Sin embargo, antes de ello y en razón de que la Provincia de Buenos Aires estuvo ausente en la Convención de 1853, se sancionaron las enmiendas de 1860 a impulsos de esa Provincia y se derogó aquella limitación reformista. A partir de entonces, la Constitución histórica de la República Argentina fue la de 1853/60 cerrándose el proceso constituyente abierto que se había iniciado con una de las provincias alejada de la Federación.

En ese texto de la Constitución histórica se dispuso que *la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino* (art. 17) y que *quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes* (art. 18) fijando, con ello, un énfasis fuerte para el rechazo de estas prácticas aberrantes. En la reforma constitucional de 1994, el art. 36 de defensa de la democracia dispuso la *nulidad insanable* para los actos de fuerza contra el orden institucional y el

sistema democrático, sin establecer la misma sanción para el caso de que se alterase el sistema, por medio de una reforma reglada y respetuosa del procedimiento formal. Si se diera el caso, parece insuficiente y poco eficaz esperar la respuesta y el rechazo *sólo* del control jurídico. Éste es necesario y esperable pero no suficiente para resguardar el sistema.

2.2. LOS REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DE LA NECESIDAD DE REFORMA

La Constitución establece que la necesidad de su reforma debe cumplir dos requisitos: ser *declarada* por el Congreso con una mayoría de *dos terceras partes, al menos, de sus miembros* .

Respecto a la primera exigencia, debe señalarse en primer lugar que el Congreso se expresa mediante la sanción de leyes materiales y formales (1114) ; de reglamentos (1115) ; de resoluciones (1116) y, eventualmente, de declaraciones en las que podría expresar su opinión o voluntad institucional sobre actividades u omisiones de otros organismos o personas. Dado que el art. 30 de la Constitución Nacional nada dice acerca del instrumento formal mediante el cual debe materializarse la declaración de la necesidad de reforma, se discute si ella exige la sanción de una ley. La cuestión no es sólo académica, pues plantea interrogantes político-institucionales. En efecto, si la declaración se efectúa por medio de una ley, ¿podría ésta ser proyectada o vetada por el Poder Ejecutivo? ¿Debería cumplir con todas las exigencias formales del proceso de sanción de leyes? Sobre el punto, el ministro *Fayt* sostuvo en el caso *"Polino* " que era facultativo del Congreso Federal elegir la forma de la declaración de la necesidad de reforma, pero que si optaba por dictar una ley ésta debía ajustarse al procedimiento fijado en la Constitución Nacional(1117) . No obstante, la atribución preconstituyente es —más allá de la forma en que se exprese— una facultad política exclusiva del Congreso en el que está representado el pueblo de la Nación y las provincias argentinas, sujetos del poder constituyente originario, según se anuncia en el Preámbulo. En ese sentido, no es admisible el veto presidencial que, de todos modos, se diluiría, pues frente a las observaciones del Ejecutivo prevalece la voluntad del Congreso con los dos tercios de votos de cada Cámara que —se supone— éstas podrían reunir, pues ya tendrían dos tercios de sus miembros favorables a la reforma constitucional.

Acerca del segundo requerimiento constitucional para declarar necesaria la reforma de la Ley Suprema, los dos tercios pueden computarse, en los hechos, sobre el total de la Asamblea Legislativa —reunidas en su conjunto ambas Cámaras— o sobre el total de miembros *integrantes* de cada Cámara por separado; sobre el total de los miembros en *ejercicio* o sobre el total de los *presentes* , una vez reunido el quórum para sesionar, en estos tres últimos casos, en cada Cámara por separado.

Aunque en 1860, 1866 y 1949 no se cumplió con los dos tercios de los miembros totales lo que sí sucedió en 1898 y en 1993, existen razones

jurídicas y políticas que sostienen la exigencia de aquella mayoría en cada una de las Cámaras, votando éstas por separado. En primer lugar, cuando la Constitución requiere que la decisión se efectúe computando los votos de los presentes, así lo indica. En segundo lugar, la Constitución argentina es rígida pero diferente a la norteamericana por lo que no es trasladable la interpretación de la Suprema Corte de los Estados Unidos —como se argumentó en 1949— (1118) , acerca de que se requieren para proponer enmiendas a la Constitución, dos tercios de los presentes de ambas cámaras, pues, en aquel país, se necesita además la ratificación de las legislaturas de las tres cuartas partes de todos los Estados (1119) . En tercer lugar, la experiencia política argentina mostró, con la contundencia de los hechos, que el criterio de los dos tercios de los miembros presentes aplicados a la reforma de 1949 fue percibido como ilegítimo y cuestionada la Constitución que resultó de ese proceso. La lección fue aprendida por unos y otros y en el proceso que se inició en 1993 su utilizó la interpretación correcta (1120) .

2.3. Atribuciones del Congreso Federal

El Congreso debe manifestar inequívocamente que considera necesaria la reforma constitucional, en el todo o en cualquiera de sus partes. Si declara necesaria la reforma de la Constitución, sin más, está habilitando la enmienda total porque su declaración es general y no fija ninguna excepción. Si declara necesaria la reforma parcial debe indicar los artículos sujetos a modificaciones o bien las partes o materias que requieren revisión y hasta puede indicar las normas inmodificables en la ocasión.

En cambio, no respeta la ortodoxia constitucional, el imponer el Congreso cómo debe votar los temas o cuestiones sujetos a reforma la Convención Constituyente, tal como se hizo en 1993 en consecuencia del Pacto de Olivos firmado por el entonces presidente de la Nación y el jefe del partido de la oposición. En el caso, el Congreso Federal excedió su competencia avanzando sobre atribuciones de la Convención, quien es la que debe decidir qué reforma de la Constitución y cómo la hace. No obstante, la Convención Constituyente de 1994, al hacer suyo el criterio del Congreso, salvó sus propias atribuciones (1121) .

Aunque no constituye una obligación constitucional, el Congreso puede, y es conveniente que lo haga, establecer plazo para efectuar la reforma.

2.4. Atribuciones de la Convención Constituyente

La Convención constituyente es elegida por el cuerpo electoral. Aunque el art. 30 de la Constitución Nacional no lo exige expresamente, es la solución que armoniza con el Preámbulo y los arts. 1º y 22 de la Ley Suprema.

La Convención puede reformar una, algunas, todas, o ninguna de las disposiciones que el Congreso declaró necesarias de enmendar. Si la Convención fuese más allá de lo declarado por el Congreso, esa cláusula sería inconstitucional, aunque nada dijera sobre ello la ley declarativa, pues carecería del antecedente necesario, cual es la declaración de la necesidad de reformas. Aunque la vulneración de la voluntad del Congreso debe ser clara, precisa y no dejar lugar a duda alguna, dado que lo obrado por la Convención Constituyente goza de la presunción de legitimidad que le otorga la elección popular de sus integrantes (1122) .

La Convención debe adoptar un criterio de deliberación y decisión. Lo hace dictando un Reglamento Interno en el que es necesario respetar el proceso democrático, los derechos de los convencionales y la representación que ellos invisten.

2.5. El carácter excluyente del procedimiento del art. 30 de la Constitución Nacional para producir la reforma

Una particular coyuntura política llevó a algunos legisladores a plantear la alternativa de la consulta popular como un instrumento para enervar las exigencias del art. 30 de la Constitución Nacional(1123) .

La reforma constitucional de 1994 introdujo dos formas de democracia semidirecta: la iniciativa legislativa (art. 39) y la consulta popular en sus dos modalidades, vinculante y no vinculante, con sufragio facultativo. En el caso de la iniciativa legislativa, la Convención Constituyente de 1994 prohibió expresamente su uso, entre otras materias, para presentar proyectos de reforma constitucional. En cambio, no estableció similar prohibición para la consulta popular.

Sin embargo, resulta claro de la lectura del art. 40 de la Constitución Nacional que, al menos, la consulta obligatoria y vinculante no procedería para generar una reforma constitucional, pues, en ese caso, la disposición específica establecida en el art. 30 y los requisitos exigidos se neutralizarían hasta desaparecer (1124) .

3. Control de la reforma constitucional. Problemas

La posibilidad de declarar inconstitucional una reforma a la Ley Suprema —emanada del poder constituyente derivado— remite a la cuestión de los controles jurídicos posibles sobre el procedimiento seguido para concretar las modificaciones y sobre el contenido de éstas, y cuestiona los sujetos eventualmente habilitados para ejercer aquel control, sin mengua de la separación de poderes.

Un problema de tal envergadura excede la interpretación jurídica de las normas reguladoras del proceso reformista, desde una perspectiva

exclusivamente dogmática —aunque la incluya—, pues, de modo sustantivo, el tema involucra los principios del sistema político global e interfiere, directamente, en el proceso democrático.

En efecto, reconocida la diferenciación entre poder constituyente y poderes constituidos y los principios políticos en los que esa distinción se apoya, cabe, a lo menos, la interrogación acerca de varias cuestiones de índole constitucional, procesal y política: a) ¿es admisible el control de constitucionalidad de una reforma constitucional, sin que ello recorte hasta límites intolerables para la soberanía popular, las atribuciones reformadoras?; b) suponiendo que la respuesta a la primera cuestión resulte afirmativa, ¿qué aspectos de la reforma resultarían revisables? ¿el procedimiento y contenido de la declaración de necesidad de la reforma? ¿La integración de la Convención y el procedimiento —reglamento incluido— seguido en aquélla? ¿Los contenidos de la reforma?; c) ¿qué tipo de controles —jurídicos, políticos, sociales— serían compatibles con el sistema de la república democrática y hasta dónde podrían aplicarse?; d) ¿qué sujeto estaría legitimado para solicitar el control y cómo se liga el problema con los conceptos de *partes adversarias, caso concreto y agravio subjetivo?* y, e) ¿qué fundamento jurídico-político avalaría el control de una reforma constitucional y su alcance?

3.1. CONTROL JUDICIAL DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL Y PROCESO DEMOCRÁTICO

Uno de los problemas que plantea el control de constitucionalidad de una reforma constitucional consiste en el eventual recorte de las atribuciones reformadoras hasta límites inadmisibles para la soberanía popular. Encontrar algún punto de solución implica dar con muy buenas razones —es decir, fundamentos de orden político— para postular tal revisión y, por otro lado, establecer, muy claramente, los límites a tal control para no reemplazar la voluntad reformadora —en cabeza del Congreso, del electorado y de la Convención— por la de la Corte Suprema, en última instancia.

En realidad, el del control judicial de una reforma a la Constitución es un capítulo —quizás el más crítico— del control de constitucionalidad. Como tal, plantea los mismos problemas, aunque potenciados, por estar referida la revisión de la reforma al control del diseño del poder.

Los enfoques para analizar el problema parten de dos perspectivas que se ligan entre sí. Una de ellas examina el valor constitucional implicado en el control, la defensa de los derechos personales o del sistema democrático. La otra indaga acerca del papel que asume la Corte —Tribunal de garantías constitucionales o guardiana del proceso político— al efectuar el control (1125) .

¿Qué valores son los que prevalecen cuando se cuestiona el procedimiento preconstituyente y reformador y, eventualmente, los contenidos de ambos?

¿Qué papel puede y debe, conforme a la Constitución, jugar la Corte? ¿La protección del proceso democrático amplía los agravios posibles, hasta otorgar legitimidad activa a la condición de ciudadano, pero sólo para activar la revisión del procedimiento preconstituyente y reformador?

En el caso *"Polino"*(1126) la disidencia del ministro *Fayt* , reconociendo el agravio a los actores como ciudadanos, acentúa los tonos del control del proceso democrático, caracterizando a la Corte como guardiana de la Constitución. La necesidad de "preservar las reglas del juego" ensancha el daño político al sistema que, para el magistrado, deviene en interés protegido.

Pero el empleo de la teoría del resguardo del proceso democrático —p ara justificar la revisión del procedimiento de enmienda a la Constitución— ilustra acerca de las aporías del control de constitucionalidad, al evidenciar su ambivalencia. En efecto, desde otra vertiente interpretativa, también se utiliza aquella doctrina para restringir el control, abriendo un ancho espacio de reconocimiento a las cuestiones políticas no justiciables —en las que se incluye el control de constitucionalidad— se dice, para "fortificar el papel institucional del tribunal" (1127) .

Aun desestimando toda posible revisión judicial del contenido de las enmiendas constitucionales —oportunidad, conveniencia o eficacia— excepto que la Convención violase la competencia fijada por el Congreso al declarar necesaria la reforma (1128) , cabe atribuir a la Corte Suprema —e n uso de su papel de guardiana del proceso democrático— el control del procedimiento reformador cuando éste trabe o anule las reglas del juego político dispuesto en la Constitución y sólo hasta donde sea estrictamente necesario para restablecerlas. Me refiero tanto al proceso reformador llevado a cabo por el Congreso cuando declara necesaria la reforma, como al desarrollado por la Convención cuando la efectúa. No obstante, incluso ese limitado control requiere prudencia y mesura en su ejercicio, por el fuerte impacto que sobre la estabilidad del ordenamiento jurídico puede generar (1129) .

Que la Convención posee atribuciones para dictar un Reglamento a fin de organizar su trabajo interno es cuestión que no suscita polémica. En cambio, otra cosa ocurre con las reglamentaciones que aquélla dicte para establecer el tiempo y orden de los discursos, los lindes del debate y las formas de votación, al relacionarse directamente —todas éstas— con el ejercicio de los derechos de participación, representación y voto libre.

¿Significa todo esto que debe abandonarse la doctrina acerca del papel de la Corte como guardiana del proceso democrático? Sin afirmar tal cosa es posible unir y dar alcance a esa perspectiva con otro tipo de controles.

3.2. LOS CONTROLES POSIBLES DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

No hay duda que postular, sin más, el control judicial de una reforma constitucional, dejando la revisión de ésta en manos de un poder constituido "hace estremecer", por todo lo que "el tema tiene de comprometido y

peligroso para la estabilidad del sistema jurídico" (1130) . Y ello así porque cualquier revisión del proceso de reforma toca el nervio vivo del sistema político. Si del contenido de las enmiendas se trata, la cuestión no tiene arreglo jurídico (1131) . En este campo, los controles, nítidamente, sólo podrán venir de los valores metajurídicos que comparta y esté dispuesta a hacer respetar la sociedad por medio de los otros controles del sistema. En primerísimo lugar, con el poder del voto.

Pero, desechada toda posible revisión judicial del contenido de una reforma, cabe atribuir a la Corte Suprema —en uso de su papel de guardiana del proceso democrático— el control del procedimiento reformador cuando éste trabe o anule las reglas del juego político dispuesto en la Constitución y sólo hasta donde sea estrictamente necesario para restablecerlas. Sin embargo, hasta este limitado control provocará tensiones al sistema político si la revisión judicial no emana de una Corte Suprema cuyas decisiones sean respetadas por igual por los ciudadanos y por los gobernantes. Si tal ocurre y las creencias sociales perciben a la Corte Suprema tal cual la describe el ministro *Fayt* en el caso *"Polino* ", los límites al poder del Tribunal vendrán de su propia autoridad.

Por cierto, al desechar el control del contenido de una reforma constitucional en sí mismo y no por afectación del proceso mediante el cual se incorporó ese contenido, queda sin solución *jurídica* el problema de una enmienda que consagre violaciones o desconozca los derechos fundamentales de la persona o que ignore los compromisos asumidos por el Estado en materia de derechos humanos o el orden público internacional —*ius cogens*— . En éste último caso, el control podría emerger del aislacionismo internacional en que podría caer el país.

Pero, aunque mediante reforma constitucional se instrumentaran mecanismos de control, referidos al cumplimiento de las reglas de procedimiento de las enmiendas constitucionales posteriores, o de las materias reformadas y su alcance y ese eventual sistema resultara operativo y garantizara el proceso democrático, (1132) , siempre permanecerá abierta la cuestión de la *sustancia* de la reforma si la sociedad que la acepta o consiente con su silencio no se muestra dispuesta a defender del ideario de limitación del poder y garantía de los derechos fundamentales.

3.3. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE CONTROL JUDICIAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Algunos de los problemas concretos indicados en el punto anterior, referidos al alcance y límites del control sobre una reforma constitucional, fueron examinados por la jurisprudencia y la doctrina en diferentes momentos de la historia constitucional argentina. En ocasiones, cuando se trató del control *judicial* de constitucionalidad, formó parte del análisis y evaluación el papel de la Corte Suprema y sus límites al ejercer aquel control.

En el proceso de reforma constitucional producido en 1949, ante la Convención Reformadora, la oposición propuso la declaración de inconstitucionalidad de la ley declarativa de la necesidad de la reforma. Las dos objeciones principales se centraron en el modo de la declaración, que tomó la forma de una ley(1133) , y en el criterio empleado para computar los dos tercios de los miembros del Congreso requeridos para impulsar las enmiendas. En la ocasión, en la Cámara de Diputados se habían computado los dos tercios sobre los miembros presentes y no sobre el total de los que integraban el Cuerpo. Tocó al convencional *Arturo Sampay* contestar las impugnaciones presentadas (1134) . El punto central del debate giraba en torno a las atribuciones de la Convención, sobre lo efectuado por el Congreso como poder preconstituyente. Sin embargo, *Sampay* comenzó por analizar la procedencia de la ley como forma legítima de declarar necesaria la reforma y, luego, examinó la validez constitucional de aquella declaración producida sólo con el voto de los dos tercios de los miembros presentes. Sólo después de argumentar acerca de la corrección del procedimiento empleado en el caso, sostuvo que la Convención —poder constituido— carecía de atribuciones para controlar lo operado por el Congreso. El orden de análisis elegido por *Sampay* , sosteniendo en último término los límites a las atribuciones de la Convención como poder constituido que ésta era, le permitió al convencional evaluar la pertinencia de la ley declarativa y, en consecuencia, revisar en el seno de la Convención la constitucionalidad del proceso preconstituyente, pese a lo que en contrario argüía.

Catorce años después, llegó a la Corte Suprema un conflicto laboral en el que se controvertía la validez del art. 14 *bis* de la Constitución Nacional. La parte agraviada alegó que la citada norma no se había incorporado a la Ley Básica, por incumplir la Convención reformadora de 1957 uno de los recaudos exigidos por el Reglamento interno que aquélla había dictado, en punto al procedimiento de aprobación de las enmiendas. La mayoría de la Corte decidió el rechazo de la queja, al mantener la doctrina en virtud de la cual las facultades jurisdiccionales del Tribunal no alcanzan, como principio, al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes —a fin de resguardar el principio de la separación de poderes— *excepto que se demostrase la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley*(1135) . Acto seguido, la Corte Suprema aplicó ese criterio al caso, desestimando la procedencia del control judicial sobre el cumplimiento o no, por parte de la Convención Reformadora, de su reglamento interno (1136) .

En el orden local cabe citar dos precedentes, elaborados en la década de 1980. Las Cortes de Santiago del Estero y de Mendoza revisaron, respectivamente, la integración de la Convención y el proceso reformador, provocando diversas consecuencias según los alcances del control que ambos tribunales ejercieron. Así, en *"Castiglione c. H. Convención Constituyente"* , el Superior Tribunal de Santiago del Estero examinó el rechazo del diploma de un convencional electo, efectuado por la comisión de poderes de la Convención Reformadora, declarando inconstitucional la medida y ordenando la incorporación del convencional a su banca (1137) . El tribunal, para decidir de ese modo, desestimó la aplicación al caso de la

doctrina de las cuestiones políticas no justiciables y, en su opinión, reformuló el principio de separación de los poderes, distinguiendo entre actos institucionales exentos de control judicial y actos políticos o de gobierno, susceptibles de aquél.

En el segundo precedente, elaborado en*"Unión del Centro Democrático c. Provincia de Mendoza"* , la Suprema Corte mendocina revisó el modo de computar la mayoría de los votos del electorado llamado a decidir —a firmativa o negativamente— acerca de la procedencia del proceso de reforma constitucional, previamente declarada necesaria por la Legislatura (1138) . El tribunal, al decidir que la cuenta debía efectuarse sobre el total de los empadronados y no sobre el total de los votos emitidos, declaró inconstitucional el decreto del Poder Ejecutivo provincial que había convocado a elección de convencionales constituyentes y, al resolverlo así, paralizó el proceso reformador (1139) . Desde luego, los efectos de esta sentencia fueron más intensos para el sistema político que la decisión tomada por el Tribunal Superior de Santiago del Estero, pues la reforma iniciada en Mendoza no se llevó a cabo. Sin embargo, no debe desestimarse el impacto que el control judicial sobre la integración de una convención puede suscitar —como sucedió en Santiago del Estero— dado que, en algunas circunstancias, la diferencia de un voto hace la mayoría requerida.

Tal como lo señala *Kemelmajer de Carlucci* , la cuestión del control judicial de una reforma constitucional reconoce antigua data en el orden provincial (1140) . En efecto, fue la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires quien reconoció legitimidad activa a dos ciudadanos inscriptos —uno de ellos, además, convencional electo— para plantear y obtener la inconstitucionalidad de la decisión de la legislatura bonaerense que al reunirse para efectuar el escrutinio de la elección de convencionales constituyentes, declaró caducos —por el transcurso del tiempo— el mandato de aquéllos, y dispuso una nueva elección. También declaró inconstitucional el decreto del Ejecutivo dictado en consecuencia del acto de la legislatura (1141) . Los hechos que motivaron la resolución de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires fueron los siguientes: bajo la administración de *Bernardo de Irigoyen* , en 1901, se había declarado necesaria la reforma de la Constitución local, para lo cual se eligieron los respectivos convencionales constituyentes. Reunida la legislatura para efectuar el escrutinio de aquella elección decidió, el 14 de setiembre de 1904, que el tiempo transcurrido desde la fecha del sufragio hasta entonces —d os años— había operado la caducidad de los mandatos de los convencionales electos, por lo que procedía llamar a nuevas elecciones.

Dos de los afectados, los doctores *Sánchez Viamonte* y *García* —habían sido electores y el primero, además, resultó elegido convencional— demandaron la inconstitucionalidad de lo actuado por la Legislatura y el Ejecutivo y la Corte hizo lugar a ello cuando ya se habían celebrado las nuevas elecciones. La importancia del control realizado por el tribunal puede medirse por los alcances de la inconstitucionalidad declarada: decidió la validez de las primeras elecciones de convencionales y nulificó las posteriores revisando, de ese modo, la composición total de la convención

Constituyente. En su oportunidad, esta sentencia fue severamente criticada, por incumplir el límite impuesto por las cuestiones políticas no justiciables (1142) . En cambio, la decisión del Tribunal bonaerense constituyó uno de los precedentes invocados en *"Unión de Centro Democrático c. Gobierno de la Provincia de Mendoza"*(1143) para efectuar la revisión del proceso reformador en esta provincia.

3.4. El caso "Polino"

Héctor T. Polino y *Alfredo P. Bravo* , ambos diputados nacionales por la Capital Federal, elegidos de la lista del Partido Socialista Democrático-Unidad Socialista, promovieron, el 3 de enero de 1994, acción de amparo a fin de obtener la nulidad e invalidez del proceso preconstituyente —q ue culminó con la sanción de la ley 24.309 (1144) declarando necesaria la reforma parcial de la Constitución argentina— y del decreto de promulgación que, además, fijó la fecha del 10 de abril de 1994 para que en ella se celebrase la elección de convencionales constituyentes. Solicitaron, también, prohibición de innovar a fin de que el Poder Ejecutivo se abstuviera de realizar las acciones subsiguientes, destinadas a llevar a cabo las mencionadas elecciones.

Los amparistas invocaron su calidad de ciudadanos y representantes del pueblo. En la primera de aquellas condiciones, alegaron agravios a sus derechos políticos y, por el segundo carácter, a sus derechos de formular en la Cámara legislativa los planteos pertinentes, que el trámite irregular de aprobación de la ley 24.309 les impedía presentar. De ese modo y por ese camino sostuvieron el incumplimiento del proceso de sanción de leyes, previsto en la Constitución Nacional, utilizado por el Congreso para emitir la declaración de la necesidad de reforma constitucional.

Por último, debe señalarse que la demanda, al enumerar los pasos cumplidos hasta la promulgación de la ley 24.309, se refirió al *Núcleo de Coincidencias Básicas* que debía ser votado en su conjunto, por sí o por no, por los convencionales constituyentes (1145) .

3.4.1. Cuestiones relevantes en el caso "Polino". Doctrina de la Corte Suprema y disidencias

En el caso *"Polino"* los actores solicitaron la revisión del proceso de formación de la voluntad reformadora del Congreso, expresada por medio de la ley 24.309 y argumentaron en punto al contenido inconstitucional de aquella voluntad, en tanto exigía un modo de votar el *Núcleo de Coincidencias Básicas* que violaría atribuciones de los convencionales constituyentes (1146) . Para presentar sus agravios los amparistas encadenaron el procedimiento de aprobación de la ley 24.309 a los Acuerdos Políticos que la motivaron —entre ellos, el mencionado *Núcleo de*

Coincidencias Básicas— y al método imperativo para aprobarlo, que dispuso la ley 24.309. De ello dedujeron los agravios que padecían en su calidad de ciudadanos.

Ante el planteo, pudo la Corte seguir alguno de los siguientes caminos —y quizás otros—: 1) analizar la eventual irregularidad del proceso reformador y a) decidir que sí la hubo o, b) decidir que no la hubo; 2) en caso de admitir irregularidades en el proceso reformador, analizar la existencia de agravio subjetivo concreto y a) decidir que sí existió; b) decidir que no existió; 3) invertir el orden y comenzar por la evaluación del eventual agravio, en cuyo caso, si llegaba a la conclusión de que no lo había, todo lo demás que dijese sería puro *obiter dicta;* 4) examinar el problema en términos de la justiciabilidad del caso, por estar involucrada o no una cuestión política. En este supuesto y siguiendo la doctrina del caso *"Marbury"* , pudo identificar la cuestión política con la inexistencia de agravio individual (1147) , mediante lo cual la Corte se encontraba en posición de seguir la opción 3).

El tribunal resolvió el caso por la mayoría de cinco jueces. Hubo dos votos concurrentes y dos magistrados expresaron sendas disidencias.

3.4.1.1. La cuestión política ausente, en el voto de la mayoría

En una breve sentencia, la Corte Suprema eligió analizar si estaba ante una causa, caso o controversia concretos, por la existencia, o no, de un interés afectado de los apelantes (1148) . Sin nombrar, siquiera, a las cuestiones políticas no justiciables, rechazó la pretensión de los amparistas considerando que éstos no habían sustentado el agravio que invocaron. Al mismo tiempo, el Tribunal estimó contradictorio el interés alegado como legisladores —para discutir en la Cámara de Diputados el rechazo de la enmienda aprobada en el Senado— con el interés del que dispondrían, como ciudadanos, para elegir convencionales que pudieran aprobar o rechazar las propuestas de reforma del *"Núcleo de Coincidencias Básicas* " por separado (1149) .

Así, pues, el*holding* de la sentencia se elaboró en torno a la falta de agravio sustentado y no sobre la supuesta cuestión política implicada en el caso. En consecuencia, no emana del fallo doctrina alguna acerca de la revisión del proceso preconstituyente, por lo menos en forma expresa. Pero, ¿al recortarse de ese modo el alcance del agravio en los actores, no se está, implícitamente, apelando a la ignorada cuestión política? Y si la cuestión política se identifica con la carencia de agravio, ¿no se trata, en última instancia, del alcance que a aquél se reconozca? Con disparidad de análisis, los votos en concurrencia de los doctores *Nazareno* y *Moliné O'Connor* y las disidencias respectivas de los doctores *Boggiano* —en este caso, parcial— y *Fayt* , dan otras respuestas.

3.4.1.2. Legitimación, caso concreto y agravio

Una de las cuestiones implicadas en el control judicial de una reforma constitucional se refería, directamente, a la determinación de la legitimación activa y de qué modo ésta se ligaba a la existencia de caso concreto —partes adversarias— y agravio subjetivo.

En el caso*"Polino"* desconocieron la existencia de agravio subjetivo tanto la decisión de la mayoría como los dos votos en concurrencia. Pero lo hicieron por caminos diferentes. Para la mayoría el agravio no fue "sustentado en modo alguno" y las peticiones de los actores, en la doble calidad de diputados y ciudadanos, eran contradictorias. Sin embargo, más que ante un problema de sustentación del recurso, ¿no nos encontramos frente a la cuestión del alcance y límites del agravio, en el proceso de reforma constitucional? Que ése es el punto parecen indicarlo las disidencias de *Boggiano* y *Fayt* y hasta el voto en concurrencia de *Moliné O'Connor* , quienes ejercieron control sobre el proceso de sanción de la ley 24.309. En efecto, para el ministro *Boggiano* se hallaba comprometido el derecho de los diputados para concurrir con su voto a la formación de las mayorías requeridas. Por su parte, el ministro *Fayt* sostuvo el derecho fundamental de los ciudadanos a que la Constitución se mantuviera, señalando que no estaba en debate el resultado del juego de las normas constitucionales, sino las mismas reglas de ese juego.

En cambio, al evaluar la corrección del proceso reformista —interpretando las obligaciones que el art. 30 de la Constitución impone al Congreso como órgano preconstituyente— el ministro *Moliné O'Connor* desestimó la existencia de agravio, pero no en razón de que los peticionantes careciesen de un derecho comprometido en el caso, sino porque, a juicio del ministro, tal derecho no se había vulnerado por la acción del Congreso. Pero, vale reiterarlo, también *Moliné O'Connor* halló revisable el tema, al admitir que la pretensión de los actores revestía gravedad institucional.

Un matiz presenta el voto del ministro *Nazareno* . Al rechazar el recurso sostuvo la falta de legitimación activa en los actores, por carecer el caso de carácter contencioso entre partes adversas.

3.4.1.3. Forma y alcance de la declaración de necesidad de reforma constitucional

Sólo tratan este punto las disidencias y los dos votos que concurren en la resolución del caso. Es decir, *cuatro votos consideran revisable el proceso de sanción de la necesidad de reforma constitucional* . Pero no todos dan a la doctrina que elaboran el mismo peso, ni interpretan de igual forma el art. 30 de la Constitución, en lo que se refiere a las atribuciones que en la Ley Suprema se le reconocen al Congreso.

Los ministros *Nazareno* y *Moliné O'Connor* examinaron las exigencias del art. 30 y concordaron en que sólo se requiere al Congreso declarar la

necesidad de reforma con los dos tercios de los miembros de aquél. Pero con una diferencia esencial. Para el primero la cuestión es puro *obiter dictum,* dado que desestimó la existencia de agravio y, en su voto, la cuestión se decidió con ese argumento. En cambio, en *Moliné O'Connor* , el caso se definió —y constituyó su *holding* — por el control efectuado a la aplicación que el Congreso hizo del art. 30 de la Constitución Nacional. El acuerdo de los ministros, entonces, radicó en la apreciación del tema sustantivo. Así, para ambos, el modo elegido por el Congreso, aunque históricamente revistió la forma de ley, no modifica el acto de declaración de la necesidad de reforma, que es preconstituyente y no legislativo. *Moliné O'Connor* agregó, además —estimo que para salvar la irregularidad de la ley 24.309—, que las diferencias entre diputados y senadores, en punto a la duración del mandato de los últimos, no traducían una contradicción insuperable, desde que los convencionales podían optar por uno y otro de los criterios de las Cámaras. El juez hizo uso del principio según el cual no cabe la nulidad por la nulidad misma. Aunque se trate nada menos que de los procedimientos para reformar la Constitución.

Con otra hermenéutica acerca de lo que cabe exigir al Congreso cuando declara la necesidad de reforma constitucional, el ministro *Boggiano* sostuvo que ambas Cámaras deben aprobar lo mismo, pues, de lo contrario, sobre la discrepancia de aquéllas, no existirían los dos tercios exigidos. Con tal interpretación elaboró el *holding* en el que fundó su voto, declarando, expresamente, la inconstitucionalidad del art. 2º de la ley 24.309, en lo referido a la declaración de necesidad de reforma del art. 48 de la Constitución Nacional. En esta breve disidencia hay mucha tela para cortar. El ministro consideró el caso revisable judicialmente, admitió la existencia de un agravio concreto en los amparistas, estimó que la exigencia al Congreso para declarar la necesidad de reforma impone que ambas Cámaras aprueben lo mismo y circunscribió la declaración de inconstitucionalidad a la parte de la ley-declaración 24.309, aprobada irregularmente.

Por su parte, el ministro*Fayt* sostuvo la prerrogativa del Congreso para elegir el modo en que ha de declararse necesaria la enmienda constitucional. Dijo el juez que el art. 30 no impone ni prohíbe la forma de ley, pero, si se elige esta última alternativa, deben cumplirse las exigencias que la Constitución manda para la sanción de leyes. En el caso en análisis con mayor cuidado, pues, como bien lo señaló el ministro, se trataba de la reforma de la Constitución, de la ley que establece las reglas del juego democrático. Pero no le bastó al magistrado con este análisis para evaluar que la ley 24.309 contrariaba las normas de la Constitución. Además de descalificar el procedimiento empleado en aquella ley, dio un paso más en el examen y enjuició, severamente, parte del contenido de la norma en cuestión. Transitando ese camino, consideró *Fayt* de "dudosa constitucionalidad" las cláusulas 5ª y 6ª de la ley 24.309 en tanto *encadenaban*(1150) la voluntad de los convencionales constituyentes —al imponerles un modo de votación, por sí o por no a la totalidad del *Núcleo de Coincidencias Básicas* — hasta sustituir aquella voluntad por la del Congreso, reduciendo a la nada el

mandato dado a los convencionales por la Constitución a fin de que efectuaran la reforma.

3.5. El caso "Romero Feris"

El planteo formulado por el entonces convencional constituyente *José Romero Feris*(1151) acerca de la inconstitucionalidad de los arts. 5º y 6º de la ley 24.309 (1152) brindó a la Corte Suprema la oportunidad de examinar, siquiera tangencialmente, las atribuciones de la Convención Reformadora.

Aunque la cuestión propuesta al Tribunal requería la tacha de dos disposiciones de la ley declarativa de la necesidad de reforma constitucional —la que imponía a la Convención un modo de votar y la que fulminaba con la nulidad absoluta cualquier extralimitación de aquélla apartándose de la competencia fijada en la ley— se trataba, claramente, de dos normas referidas al alcance y límites de las atribuciones de la Convención. Sin embargo, considero que uno solo de los artículos cuestionados —el 5º— circunscribió indebidamente las prerrogativas de la Convención (1153) . En cambio, el art. 6º no hace más que seguir la buena doctrina sobre los bordes que la ley del Congreso establece a la Convención, declarando la materia que requiere enmiendas y, por esa vía, fijándole las competencias (1154) . No se trataba, entonces, de que aquella última norma "dispusiese la nulidad de la participación libre e independiente de los convencionales" impugnación que sí cabía efectuar al art. 5º de la ley declarativa.

Por la mayoría de cinco miembros la Corte Suprema, en una brevísima sentencia, rechazó el amparo. Dos ministros concurrieron con su voto y se registró la disidencia del doctor *Fayt* . Hubo, no obstante, una coincidencia. En ningún caso el *holding* de los diferentes pronunciamientos elaboró doctrina sobre la cuestión sustancial.

3.5.1. La decisión de la mayoría y el voto en concurrencia

Como en el caso *"Polino"* la controversia se resolvió por una cuestión procesal (1155) . Dijo la Corte que la disputa se había tornado inoficiosa por haber mudado la circunstancia que le dio origen. Consideró el Tribunal que al momento de dictarse la sentencia ya la Convención había regulado específicamente la materia motivo de la impugnación del actor, es decir, había resuelto —en el art. 127 del Reglamento— el modo de votar los temas incluidos en el art. 2º de la ley declarativa de la necesidad de reforma. En esas condiciones, para la mayoría, resultaba abstracto el juzgamiento del art. 5º cuestionado por la demanda. Y en verdad la mentada norma ya no era aplicable, porque la propia Convención había decidido el tema, eligiendo el mismo criterio para votar las cuestiones incluidas en el *Núcleo de Coincidencias Básicas* . No obstante, ¿debió avanzar el Tribunal y examinar la disposición del Reglamento que ordenaba lo mismo que la ley del

Congreso? ¿Fue la posición de la Corte demasiado rigorista y formal? ¿O lo que correspondía impedir al Congreso —que fijase sistemas de votación—, controlando la norma impugnada, constituía una facultad propia de la Convención? ¿Está diciendo la Corte que como la Convención ya resolvió el punto nada más hay que hacer, pero no porque faltase el planteamiento del amparista sino porque aquel tema excedía el control judicial?

Por su parte, el voto en concurrencia mantuvo el rechazo de la acción, sosteniendo la inutilidad del pronunciamiento. Pero agregó —en *obiter dictum* — que "en el proceso seguido y concluido por los órganos de carácter político que ejercen el poder constituyente... ninguno de éstos evidenció la existencia de conflicto", por lo cual, en la circunstancia, no cabe la intervención del Poder Judicial. Considerando que cada uno de aquellos organismos pueden, a su turno, resolver la cuestión por el "pronunciamiento político normal", la concurrencia admitió implícitamente que, ambos, el Congreso y la Convención, optaron por el mismo criterio a la hora de resolver el modo en que se habría de votar el *Núcleo de Coincidencias Básicas* . En consecuencia, y para este voto, las minorías no deben imponer su criterio a las mayorías, si se siguió el procedimiento político normal en la toma de decisiones. Lo contrario implicaría tanto como utilizar el "auxilio de los jueces para imponer una postura individual". Sin embargo, es posible replicar este criterio, pues de lo que realmente se trataba en el caso era del cumplimiento de las reglas del debate democrático y no de un criterio individual sobre el alcance o extensión, conveniencia o acierto de una eventual reforma. En esta última hipótesis, desde luego, no se le reconoció derecho a la minoría para reclamar del Poder Judicial, lo que no logró convenciendo a las mayorías. Excepto, claro está, que las reglas de la discusión y de las decisiones hayan impedido la expresión y manifestación de la voluntad minoritaria o que en las votaciones se haya registrado algún tipo de fraude.

Acerca de las atribuciones de la Convención en punto a escoger una regla diferente, rechazando el criterio impuesto por el Congreso sobre el modo de votar las eventuales reformas, nada se dijo en el voto en concurrencia por lo que, sobre ello, no se elaboró doctrina alguna.

3.5.2. La disidencia del ministro Fayt

Tampoco la disidencia construyó el *holding* del fallo sobre la cuestión sustantiva. En efecto, el magistrado, después de efectuar una prolija enunciación de los antecedentes del caso, hizo lugar al recurso extraordinario, dejando sin efecto la sentencia de Cámara y declarando inadmisibles las apelaciones del Estado nacional contra las decisiones que, en su momento, tomó el juez de grado. Pero la revocatoria del fallo de segunda instancia se fundó en la falta de competencia de este tribunal para acoger la apelación intentada por el Estado, con base en la doctrina de la arbitrariedad.

Pudo allí concluir el voto del magistrado. Sin embargo, entrando en la cuestión de fondo, el ministro reconoció legitimación activa al convencional constituyente, citando su propio voto en el caso *"Polino"* y circunscribió el conflicto a la forma en que los representantes habrían de ejercer su mandato; formuló una hermenéutica del término "pueblo", según se lo emplea en el art. 1º de la Constitución Nacional —conjunto de ciudadanos que constituyen el cuerpo electoral, con derecho a elegir y ser elegidos—; y perfiló el contenido de la representación política, libre y sin ataduras, como esencial al constitucionalismo moderno, afirmando que —en el sistema institucional argentino— "el concepto de representación política sólo se halla plenamente vigente cuando, *definidas las fronteras del debate* , el representante es libre de toda restricción" (la bastardilla me pertenece).

Aquellas fronteras del debate imponen —a juicio del magistrado— el único límite que el Congreso puede fijar al obrar de la Convención cuando declara la necesidad de la reforma, estableciendo, en esa oportunidad, las disposiciones que considere requieren ser enmendadas. Esos bordes no debe traspasarlos la Convención, pero, dentro de ellos, está facultada para efectuar la enmienda de la forma y modo que estime conveniente. En consecuencia, para el ministro *Fayt* , el art. 5º de la ley 24.309 "quebranta los procedimientos regulares que legitiman la reforma, haciendo abrasión del sistema representativo" al imponer el Congreso un mandato imperativo a los convencionales.

Ahora bien, llegado a ese punto, la disidencia consideró que la cuestión controvertida no devino abstracta por causa del Reglamento dictado por la Convención. Y ello así, pues descartó de plano la improcedencia del control de constitucionalidad de cualquier norma, por la sola circunstancia de haber sido aquélla aprobada por la mayoría de un órgano deliberativo. Máxime cuando las facultades de ese cuerpo —en el caso, la Convención Constituyente— no son ilimitados, conforme doctrina de la Corte en el precedente *"Ríos".* Por último, estimó el magistrado que tal postura llevaría a impedir el control de constitucionalidad de cualquier ley, pues, se supone, que todas son aprobadas, por lo menos, por una mayoría.

Entonces —declarada la inconstitucionalidad de la norma que imponía a los convencionales votar por sí o por no, en su conjunto, trece temas determinados por el Congreso, y sentado que el Reglamento dictado por la Convención, aunque resolviese el punto en el mismo sentido, era susceptible de control judicial— la controversia giraba a otro plano: hasta dónde podían los representantes del pueblo en la Convención elegir el sistema de votación de las reformas y exigir su cumplimiento aún a los convencionales que lo impugnaron.

3.5.3. Atribuciones de la Convención Reformadora

En *"Ríos"* la Corte Suprema de la Nación sostuvo —cierto es que en *obiter dictum*— que "los poderes conferidos a la Convención no pueden

considerarse ilimitados, porque el ámbito de aquellos se encuentra circunscripto por los términos de la norma que convoca y le atribuye competencia", aunque, en el caso, no encontró el Tribunal que la Convención hubiese rebasado su competencia (1156) . Como se observa, el precedente no es, en rigor, aplicable al caso *"Romero Feris* " y no sólo porque la doctrina no constituyó el sostén de la sentencia, sino porque el límite que la Corte reconoce a la Convención se refiere, estrictamente, a su capacidad reformadora, ubicada entre los lindes de la competencia —materia que le fija el Congreso—. No hay, en el caso *"Ríos"* , referencia alguna a las atribuciones de la Convención cuando sanciona su reglamento interno.

Ante la inválida limitación que impuso el art. 5º de la ley 24.309 a la Convención Reformadora pudo ésta declarar inconstitucional tal norma, tenerla por no escrita, o interpretarla restrictivamente (1157) . En cambio, prefirió hacer suyo el mismo criterio de la ley, al volcarlo en art. 127 del Reglamento interno. Tal decisión impulsó un extenso e intenso debate en el seno de la Convención Reformadora, donde se expresaron las más variadas impugnaciones y defensas al modo de votar el *Núcleo de Coincidencias Básicas* , previsto en la ley declarativa de la necesidad de reforma.

Por su parte, convencionales no firmantes del llamado *Pacto de Olivos* requirieron amparo judicial, a fin de poder votar de modo libre e independiente los diferentes temas incluidos en el *Núcleo* .

En primera instancia se rechazó el amparo con fundamento en el uso de facultades propias de la Convención —actuando en un marco de total legalidad— y en la legitimidad de la eventual reglamentación de todos los derechos constitucionales (1158) . La Cámara, a su turno, confirmó el rechazo del amparo, por entender que el sistema de votación elegido para aprobar —o desestimar— el *Núcleo de Coincidencias Básicas* no era notoria y manifiestamente irrazonable dado que permitía a los convencionales emitir su opinión y, al votar en contra del *Núcleo,* manifestar cuáles normas merecían aprobación y cuáles no (1159) . Por otro lado, la Cámara consideró razonable el sistema encadenado de votación del *Núcleo* , como un todo inseparable para mantener el equilibrio y balance entre los tres poderes del Estado. Así, la Cámara entendió razonable lo dispuesto por la Convención en su Reglamento dado que, en su opinión, existían buenas razones para votar en conjunto los temas del *Núcleo* y ello no alteraba derechos subjetivos de los convencionales.

La Convención reformadora de 1994 se enfrentó con una disposición del Congreso que le imponía, indebidamente, un sistema de votación de determinados temas. Pudo rechazar el criterio, optando por otro en su Reglamento. Al no hacerlo de ese modo, la mayoría respetó los compromisos asumidos frente al electorado y en ejercicio de la representación que ejercía dispuso la votación*encadenada* de trece temas que, en su opinión, constituían un sistema de equilibrio de poder. Con esa decisión impidió a las minorías respetar sus propios compromisos electorales y ejercer la representación que también investían, al momento de votar. La norma que dictó la Convención —el art. 127 del Reglamento— fue sancionada luego de

un largo debate en que las minorías pudieron manifestar sus disensos y sin que se advirtiera fraude alguno en el modo de computar los sufragios.

Así las cosas, un primer análisis evidenciaría la libertad que tuvo la Convención para decidir el punto y el respeto a la disidencia en el debate y la expresión de las ideas. Pero, ¿basta con ello para garantizar las reglas del debate democrático y el ejercicio de la representación de todos los convencionales? ¿Hasta dónde llegan los derechos de las mayorías? ¿Y los de las minorías? ¿Existe algún sistema que, sin bloquear las decisiones libres de las mayorías y sus compromisos electorales, respete al mismo tiempo el derecho de las minorías a votar de acuerdo a sus valores y conciencia?

La cuestión merecía un análisis estricto de razonabilidad porque el derecho a votar libremente es, además de un derecho constitucional, una facultad de los representados de controlar los efectos de cada sufragio y demandar responsabilidades políticas. Tal análisis estricto exigía apreciar el eventual daño a los derechos políticos de la mayoría, en caso de que los no firmantes del *Pacto de Olivos* votasen tema por tema. Agotado el debate —e n el que cada quien comprometió su palabra— nada impedía a las mayorías votar por la afirmativa —o por la negativa— la totalidad de los trece temas, cuestión por cuestión. Podrá argüirse que, en realidad, tampoco sufrieron recortes en sus derechos las minorías, pues, de todas maneras, sus votos no alcanzaban para modificar el resultado final. Pero se les impidió, sin beneficio para nadie, registrar sus decisiones positivas.

3.6. El caso "Fayt". La nulidad de la reforma constitucional. Efectos

En 1999 la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió una sentencia cuyos efectos para el sistema institucional de la República Argentina son difíciles de estimar en toda su envergadura y según se constituya o no en precedente para casos futuros.

En efecto, por primera vez en la historia más que centenaria del Tribunal, la Corte Suprema declaró la nulidad de una norma de la Constitución Nacional —el art. 99, inc. 4, párrafo tercero y la Disposición Transitoria Undécima— introducidas en la Ley Suprema por una de las Convenciones Constituyentes que gozaron de mayor legitimidad en la historia del país .(1160)

Tal como lo señaló *Serrano* , la sentencia de la Corte Suprema en el caso *"Fayt* " (1161) constituye una *verdadera declaración de política judicial*(1162) no sólo porque efectuó control jurisdiccional sobre el procedimiento de sanción de la reforma constitucional —como lo afirmó la Corte Suprema, sosteniendo que con ello no varió su jurisprudencia— (1163) sino porque al efectuar el examen y alcance de la inamovilidad de los jueces (1164) sesgó el control hacia los aspectos sustantivos de la reforma, aunque el Tribunal lo negara expresamente (1165) .

En el caso, interponiendo una acción declarativa, el ministro *Fayt* demandó la nulidad absoluta del art. 99, inc. 4, párrafo tercero de la Constitución Nacional —en los términos de lo dispuesto por el art. 6º de la ley 24.309— por importar aquella norma una restricción no habilitada por el Congreso Nacional a la garantía de la inamovilidad consagrada en el art. 110 de la Constitución Nacional.

El art. 99, inc. 4, de la Constitución Nacional dispuso, entre las atribuciones del Poder Ejecutivo, que un nuevo nombramiento, precedido del acuerdo del Senado, sería necesario para mantener en el cargo a los magistrados judiciales federales, una vez que éstos cumplieran la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad fuera la indicada o mayor se harían por cinco años, y podrían ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite.

La Corte Suprema —con base en el art. 6º de la ley 24.309 que decretaba la nulidad absoluta de todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realizara la Convención Constituyente, apartándose de la competencia establecida por aquella ley— entendió que lo dispuesto por el art. 99, inc. 4, no constituía un tema habilitado para su reforma.

Por otra parte, al declarar la nulidad de la cláusula cabe el interrogante acerca de los efectos generales del fallo.

La sentencia (1166) , inscripta en la política de defensa de sus propias prerrogativas generó controversia en la doctrina (1167) , excedió, a mi modo de ver, los lindes constitucionales del control de constitucionalidad. Ello así, pues la Corte Suprema —salvo el voto en disidencia parcial del ministro *Bossert* — abandonó un viejo y saludable criterio. Según esa doctrina, si para llegar al mismo resultado en el caso concreto existen dos opciones, una de las cuales implica resguardar la constitucionalidad de la norma en cuestión, el Tribunal debe optar por ese camino. Y esa ruta, que transitaron la Cámara de Apelación y el ministro *Bossert* , llevaba a considerar no aplicable al peticionante la norma constitucional.

Por otro lado, tal como lo señaló el dictamen de mayoría de la Comisión de Acusación del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación: "la sentencia [de primera instancia en el caso *'Fayt* '] implica una decisión de extrema gravedad institucional en cuanto cuestiona lo obrado por una Convención Constituyente de clara legitimidad política y jurídica, y lo dispuesto por la ley 24.430 dictada por el Congreso Federal con la misma integración que tenía al dictar la ley declarativa de la necesidad de reforma constitucional, dispuso la publicación del texto oficial de la Constitución —para incluir el art. 68 *bis* , denominado artículo perdido— sin formular reserva alguna acerca de la eventual nulidad de alguna disposición incluida por la Convención Constituyente" (1168) .

Pese a la controversia suscitada por la sentencia, la decisión tomada por los ministros de la Corte Suprema que no se excusaron cuando tenían un claro interés en la solución del caso, y la doctrina establecida que pudo alentar otros pedidos de nulidad de cláusulas incorporadas a la Constitución por la reforma de 1994, el caso "*Fayt* " fue, por lo menos hasta mediados de 2008,

convalidado por cinco presidentes de la Nación: *Fernando de la Rúa, Adolfo Rodríguez Saa, Eduardo Duhalde,Néstor Kirchner* y *Cristina Fernández de Kirchner* , pues ninguno de ellos obró en contrario intentando aplicar la cláusula declarada nula por el Tribunal.

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 ellas, 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 del 11 de noviembre de 1859.

Concordancias: Arts. 27, 29; 30; 36; 75, incs. 22 y 24; 108; 116, C.N.

1. La jerarquía en el ordenamiento jurídico argentino. Interpretación general de la norma

El art. 31 contiene dos principios sustantivos del ordenamiento jurídico de la República Argentina: el principio de supremacía constitucional y el principio de jerarquía de las fuentes del derecho.

Aunque pueda admitirse que un ordenamiento jurídico es algo más que un orden normativo, pues constituye "una compleja y variada organización del Estado y la sociedad, determinada por una serie de mecanismos y engranajes en las relaciones de autoridad" (1169) no hay duda acerca de que las normas jurídicas son un elemento necesario y constitutivo de aquél.

El derecho positivo de un Estado se articula en tono a normas jurídicas, nutridas de los valores de esa comunidad y materializadas en los hechos sociales. Ese conjunto de normas se estructuran en torno a un principio rector y, emanando de diversas fuentes, se subordinan a la *norma de base* del sistema o *constitución* .

Desde esa perspectiva, la constitución de un Estado*lo constituye,* es decir, lo estructura y organiza. Al mismo tiempo, dota de justificación política y legitimación formal a todas las otras normas jurídicas. Así, desde una estimación avalorativa, la constitución como *norma fundamental* regula la creación del derecho —estableciendo los sujetos que han de dictarlo, el procedimiento pertinente para producirlo y, en algunos casos, los contenidos mínimos que aquél ha de tener (1170) —.

El art. 31 declara, pues, la supremacía de la Constitución Nacional por sobre todo el orden jurídico argentino. Éste debe subordinarse a aquélla y no debe modificarla si no es por el procedimiento establecido en el art. 30 de la

Ley Suprema, disposición que crea el poder constituyente derivado y el modo y alcance de su ejercicio (1171) . Por disposición del art. 27 de la Constitución, también los tratados *de paz y comercio* deben respetar el *orden público* establecido en la norma de base (1172) .

2. Supremacía constitucional. Consecuencias

Dado que la República Argentina es un país federal, las normas de ese nivel —Constitución, leyes de la Nación que se dicten en su consecuencia por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras— están por encima del ordenamiento local, que *debe* subordinarse a esa *supremacía* .

Sin embargo, las normas inferiores a la Constitución Nacional, de orden federal o local, generales o particulares, pueden, en los hechos, vulnerar sus disposiciones. En una Constitución que además de suprema es rígida por imperio del art. 30, tal situación es insostenible (1173) . En efecto, si las normas inferiores contradicen lo establecido en la Constitución y ello es aceptado, se vulnera la división entre poder constituyente reformador y poderes constituidos y, desde luego, si así ocurre se destruye la supremacía constitucional.

Ahora bien, aunque el art. 31 proclama la supremacía constitucional, nada dice acerca del procedimiento, alcance del control o sujetos destinados a impedir la violación de aquella preeminencia. En cambio, sin pronunciarse expresamente sobre el punto, el art. 116 de la Constitución Nacional dispone que "corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución". Así, la interpretación armónica de ambas normas ha dado sustento no sólo al control de constitucionalidad de las disposiciones inferiores a la ley de base, sino a que sea la Corte Suprema el tribunal atribuido en última instancia para ejercer aquel control. Después de la reforma constitucional de 1994, el art. 43 reconoció expresamente la procedencia del control de constitucionalidad difuso y, en causa concreta, en materia de amparo.

3. El control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad como medio de mantener la supremacía de la Constitución nació, por creación pretoriana de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en la célebre sentencia dictada en el caso *"Marbury vs. Madison* " (1174) .

El fallo es extraordinario por muchos motivos. En primer lugar porque creó un control, en cabeza de la Suprema Corte, sobre los otros poderes del Estado, pero lo hizo en *obiter dictum* , es decir en una serie de

argumentaciones que no eran esenciales para dilucidar la cuestión debatida en esa controversia (1175) .

El caso se había suscitado por una presentación directa ante la Suprema Corte norteamericana, efectuada por varios jueces designados por la administración saliente, pero cuyos nombramientos no se habían hecho efectivos cuando asumieron las nuevas autoridades elegidas por votación popular. La Corte consideró que, de acuerdo a la Constitución, no tenía competencia directa para proteger el derecho que, de todos modos y en la sentencia, reconoció a los peticionantes. Pero, antes de resolver su incompetencia en el caso, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la ley de organización judicial, la que, según su propia interpretación, otorgaba a la Suprema Corte una competencia que la Constitución le negaba. La decisión del Tribunal rechazando la acción se sostenía, pues, en la falta de competencia originaria y directa de la Suprema Corte y no en la falta de agravio o derechos de los peticionantes que expresamente reconoció en el caso (1176) .

En segundo lugar, la Suprema Corte estadounidense elaboró los fundamentos del control de constitucionalidad a partir del principio de supremacía; de las atribuciones del Poder Judicial para entender en los casos que versen sobre la Constitución y de los deberes que la Suprema Corte tiene en punto a mantener aquel principio de supremacía constitucional.

En tercer lugar, el Tribunal fijó los límites de su propio poder para declarar la inconstitucionalidad de las normas en lo que denominó *cuestiones políticas no justiciables,* e identificó a éstas con la falta de *agravio concreto* de un derecho personal aunque en el caso los accionantes sí tenían derechos vulnerados, tal como lo reconoció la Corte.

Por último, cabe señalar que la Corte norteamericana declaró una inconstitucionalidad de oficio que nadie le había pedido. Por cierto, lo hizo en materia de competencia pero no para asumirla sino para declinarla.

4. Alcance, límites y efectos del control de constitucionalidad en la Argentina

El control de constitucionalidad en la Argentina procede —en principio y en general— de los tribunales judiciales (1177) ; es difuso, pues cualquiera de éstos puede ejercerlo aunque la Corte Suprema es la última y definitiva instancia de revisión extraordinaria; se inicia a petición de parte (1178) y produce efecto entre ellas. Tiene como finalidad restablecer la armonía en el desorden normativo que produce la inconstitucionalidad. El mecanismo que lo hace posible es, en última instancia, el recurso extraordinario federal.

En 1863, el mismo año en que se instaló por primera vez la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1179) el Congreso Federal sancionó la ley 48 que reglamentó el recurso extraordinario federal —instrumento del control de

constitucionalidad— en tres disposiciones que definieron los *requisitos propios* de habilitación y procedencia de aquel recurso ante la Corte Suprema (1180) . Así, para llegar ante el Tribunal por la vía extraordinaria esa norma exige la existencia de: a) cuestión federal; b) sentencia definitiva y, c) sentencia emanada del superior tribunal de la causa (1181) .

Los requisitos formales de habilitación del recurso extraordinario federal proceden del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en especial en los arts. 256 al 257. Por otro lado la ley 23.774 modificó sendas disposiciones de ese Código incorporando al sistema constitucional procesal lo que se denominó el *certiorari* argentino (1182) . Esas dos normas —arts. 280 y 285 del Código Procesal— consagraron la jurisdicción discrecional de la Corte Suprema al permitirle rechazar con la sola invocación de esas disposiciones un recurso extraordinario o una queja por recurso denegado, por carecer de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (1183) . Al mismo tiempo, dentro de los requisitos formales se incluye el planteo oportuno de la cuestión federal desde el primer momento en que ella surja y su mantenimiento en todas las instancias, a fin de que los jueces inferiores puedan pronunciarse acerca de aquélla. Como resulta obvio, este requisito puede atemperarse al prosperar la declaración de inconstitucionalidad de oficio en las cuestiones constitucionales complejas (1184) .

Finalmente, el recurso extraordinario federal requiere la existencia de los recaudos comunes a todos los recursos. Uno de los más importantes es la existencia de gravamen concreto y actual, recaudos de la legitimación activa que hacen a la cuestión justiciable. El reconocimiento o no de la legitimación activa por parte de la Corte Suprema ha constituido una de las llaves que abren o cierran el recurso extraordinario federal (1185) .

A pesar de la exigencia que esos requisitos estrictos imponen a la apertura y procedencia del control de constitucionalidad éste se ha expandido de modo notable. Con la finalidad de ordenar —y, a mi modo de ver, de acotar— la interposición de los instrumentos procesales del control de constitucionalidad, la Corte Suprema emitió la Acordada 4/2007 de reglamentación del recurso extraordinario y del recurso de queja, estableciendo reglas minuciosas para la interposición de ambos (1186) .

En principio, el control de constitucionalidad produce el efecto de la inaplicabilidad de la norma entre partes, sin afectar la vigencia de la disposición de que se trate. Desde luego, la reiteración por parte del Tribunal de una declaración de inconstitucionalidad acelerará la derogación o modificación de la norma cuestionada, tal como sucedió con la ley de matrimonio civil en tanto esta disposición vedaba las nuevas nupcias de los divorciados en la Argentina. La declaración de inconstitucionalidad de esa norma produjo, a los pocos días de dictada la sentencia, la derogación del impedimento nupcial (1187) .

En otro caso, en cambio, el Congreso modificó la ley declarada inconstitucional por la Corte Suprema, pero mantuvo el criterio de la norma anterior. Tal sucedió con la ley 20.771, cuyo art. 6º que incriminaba la tenencia de estupefacientes para uso personal, fue declarado inconstitucional

por la Corte Suprema en el caso *"Bazterrica"* (1986). Años más tarde, el Poder Legislativo sancionó la ley 23.737 por la que mantuvo la incriminación de la tenencia de estupefacientes con una pena de un mes a dos años de prisión cuando por la escasa cantidad se presumiese que era para uso personal pero, en el art. 17, estableció un programa de rehabilitación para la persona física o psíquicamente adicta quien, en caso de completar satisfactoriamente el programa, lograría la suspensión de la pena (1188) .

Según lo establecido por la Corte Suprema, aun cuando la administración de justicia es una atribución no delegada por las provincias en el estado federal, el ejercicio de esa competencia deviene inconstitucional, si impide a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional. De ello se sigue la obligación provincial, emanada del art. 31 de la Constitución, de aplicar la supremacía establecida en la ley de base, y que los tribunales locales no sólo pueden sino que deben efectuar el control de constitucionalidad, en sus respectivas jurisdicciones (1189) .

5. El proceso de desconstitucionalización y la ruptura del principio de supremacía constitucional. La Acordada de reconocimiento de los gobiernos de facto

El problema que presentan las normas o actos dictados en contradicción con la Ley Suprema encuentra remedio en el ejercicio judicial del control de constitucionalidad. Pero, en la República Argentina la ruptura del principio de supremacía asumió, además, las formas de un verdadero proceso de *desconstitucionalización*(1190) .

El proceso de *desconstitucionalización* implica algo más que el dictado de leyes o actos administrativos inconstitucionales o de sentencias arbitrarias. En estos casos, y aunque finalmente el poder judicial no declare ese vicio de la normativa, la controversia se da en torno a cómo ejercen sus atribuciones los funcionarios legítimamente elegidos. Se diría que esas inconsistencias que eventualmente pueden afectar parcelas del ordenamiento jurídico constituyen una *anomalía* o *fisura* del sistema pero no la *ruptura* del sistema. En cambio, cuando las bases mismas de la democracia —la sucesión reglada del poder— se desmoronan y la sociedad no sólo lo admite sino que lo justifica, con participación activa de su Poder Judicial, en la creencia de que es posible romper las reglas institucionales sin romperlas del todo, el proceso es de *descontitucionalización* porque la norma de base, aunque de modo parcial, es formalmente abandonada.

Por cierto, si el vicio de inconstitucionalidad deja de ser la excepción y se extiende, si no encuentra remedio en el control judicial y finalmente es aceptado por la sociedad sin protesta alguna, sobre todo si afecta el juego político institucional y el ejercicio de los derechos sustantivos, puede asistirse a la descomposición constitucional y, quizás y si no se reacciona, a la

desintegración de la sociedad (1191) . No obstante, si el proceso de distorsión constitucional no es aceptado, si recibe la crítica de la comunidad jurídica y, más allá de la debilidad del sistema político no se propone el reemplazo de la democracia, siquiera temporalmente, si se persiste en enderezar los entuertos, el proceso no es de *desconstitucionalización* y se diferencia notoriamente del iniciado en la República Argentina, en septiembre de 1930.

Las irrupciones militares en los procesos democráticos, iniciadas el 6 de septiembre de 1930 —más allá de la participación, o al menos de la indiferencia ciudadana— quebraron la lógica del sistema del traspaso del poder dentro de las reglas establecidas en la Constitución Nacional. Los golpes de estado se hicieron bajo protesta de restaurar los principios y derechos constitucionales, supuestamente vulnerados por las autoridades surgidas de elecciones populares, en algunos casos con la participación civil en aquellos gobiernos de *facto* .

Constituyen casos notorios de activa participación civil en gobiernos de facto —desde luego, no los únicos— las experiencias de 1955 y 1976. En la primera de ellas, después de acaecido el golpe de estado y establecido el gobierno militar, se creó una Junta Consultiva integrada por representantes de los partidos políticos opositores. Esta participación comprometió con el gobierno —y con el golpe de estado— a sectores civiles que consintieron la disolución del Partido Peronista (1192) . Esa participación civil aconteció, más tarde, con el derrocamiento del presidente Arturo Illía, aunque en esta oportunidad, los civiles que apoyaron el golpe fueron de otro signo partidario (1193) . En el proceso militar iniciado en 1976 la situación se repitió. Tal como se señaló, en el año 1979, 310 intendentes municipales de entonces provenían del Partido Radical; 192 del peronismo, desalojado del poder por aquel golpe de estado. Por otra parte, 325 integrantes de los poderes ejecutivos municipales pertenecían a diferentes fuerzas políticas, tales como los demócratas progresistas, el Movimiento de Integración y Desarrollo (MID), los partidos provinciales, la democracia cristiana, el Partido Intransigente y los socialistas (1194) . El retrato de la historia —perturbador, inquietante— no pretende justificar el pasado, sino describirlo en su integridad, tal como fue, a fin de no adscribir a historias oficiales parciales, sucesivas y exculpatorias.

La primera *revolución triunfante* del año 1930, produjo la destitución de los integrantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo en el orden nacional y la intervención de las provincias —con excepción de San Luis y Entre Ríos— pero mantuvo la integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Recibida por el Tribunal la notificación del gobierno de *facto* , acerca de los acontecimientos de fuerza que habían acaecido, la Corte Suprema emitió la célebre Acordada del año 1930 por la que reconoció al gobierno provisional —asimilándolo a una autoridad de *facto* — y puso límites a la competencia que le reconocía para reglamentar los derechos, hacia el futuro (1195) .

Una nueva Acordada con idéntico contenido, fue emitida por la Corte Suprema en el año 1943, ante el pronunciamiento militar de ese año. A partir de entonces, el sistema político de la República Argentina como *sistema* se desarrolló al margen de lo dispuesto en el texto de la Constitución Nacional

—y por supuesto de su sistema jerárquico de normas— por largos períodos en los que se intercalaron retornos efímeros a las reglas democráticas. No obstante, tanto en los ciclos de gobiernos militares como en los civiles, el derecho positivo siguió desarrollándose y, unos y otros invocaron la Constitución Nacional —sus aspectos todavía vigentes— para dictar normas jurídicas, entre ellas sentencias, y gobernar (1196) .

Durante esos períodos de *facto* , en los que se incumplió el mandato de la Constitución para el traspaso reglado de poder, la República Argentina no careció de constitución, en estrictos términos positivistas y definida como ley de base. En consecuencia de ello, la ley suprema del país se integraba con los objetivos de los gobiernos militares y los estatutos que en algunos casos se dictaron (1197) , las normas del texto constitucional que aquellas asonadas no habían derogado y las disposiciones que suplieron a las instituciones constitucionales modificadas, como por ejemplo, las referidas al estado de sitio.

Desde luego, esos procesos carecieron de legitimidad de origen; se sustentaron en la fuerza de los hechos, en la aceptación parcial de la ciudadanía — que la brindaba según fuese el color partidario de las autoridades derrocadas— y en la colaboración que sectores políticos y civiles prestaron a las autoridades militares.

A su turno, la Corte Suprema convalidó los golpes de estado que interrumpieron la supremacía de la Constitución Nacional, mediante las Acordadas de 1930 y 1943 ya mencionadas, o por sentencias dictadas ante las presentaciones efectuadas por particulares (1198) .

6. El problema de las fuentes y la jerarquía constitucional

Bajo la regla del art. 31 de la Constitución Nacional no existían dudas interpretativas acerca de que la Ley Suprema prevalecía sobre todo el ordenamiento jurídico inferior. En cambio, la ubicación jerárquica de las otras dos fuentes jurídicas mencionadas por aquella norma —leyes de la Nación y tratados internacionales— generó variadas alternativas de interpretación.

Sobre la primera cuestión, la Corte Suprema había sostenido que tanto los tratados internacionales como las leyes de la Nación integraban el ordenamiento interno de la República (1199) ; que de los arts. 31 y el entonces art. 110 (hoy 116) de la Constitución Nacional no surgía la existencia de orden de prelación entre aquellas normas sino, por el contrario, una igualdad jerárquica entre ambas (1200) ; de lo cual se seguía que ante disposiciones de idéntica jerarquía, era de aplicación el principio en virtud del cual las normas posteriores derogan las anteriores (1201) .

Esa regla recibió la crítica de parte de la doctrina nacional con fundamento en que, en caso de que una ley posterior prevaleciese sobre un tratado anterior, se violentaría la regla del derecho de gentes acerca de que los pactos deben cumplirse (1202) y generaría, desde luego, responsabilidad internacional.

Aunque está relacionado con él, el problema de la jerarquía de las normas es diferente al problema de la unidad o dualidad del ordenamiento jurídico, según las fuentes normativas del mismo.

Como es sabido, la concepción *monista* postula la unidad del orden jurídico, integrando el derecho internacional al derecho interno, siempre que el primero se hubiese creado conforme a las reglas del derecho positivo interno. El *dualismo* , en cambio, sostiene la independencia entre el ordenamiento interno y el internacional. En consecuencia, para que éste ingrese en el derecho interno se requiere un acto formal —fuente interna— de incorporación expresa, exigencia que de ningún modo establecía la Constitución Nacional.

Al respecto, la postura de la Corte Suprema acerca de que la República Argentina era *monista* durante el tiempo de guerra —en el que prevalecía el derecho internacional— y *dualista* en tiempos de paz, con la preeminencia del derecho interno, no es consistente ni con una hermenéutica de los textos constitucionales ni con una interpretación finalista de ellos y sólo respondió a la coyuntura política del momento.

En efecto, en el caso *"Merck Química Argentina c. Gobierno Nacional"* —sobre secuestro e incautación de propiedad enemiga, casi al término de la Segunda Guerra Mundial— con cita del art. 21 de la Constitución, el Tribunal llegó a enlazar los poderes de guerra para la subsistencia misma de la Constitución, con la supremacía de los tratados internacionales, aplicados con todo el rigorismo de que puedan estar animados (1203) .

Ahora bien, antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema tuvo ocasión de enderezar la interpretación sobre las relaciones jerárquicas entre el orden interno, inferior a la Constitución, y los tratados internacionales. Así, en el caso "*Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros"*(1204) el Tribunal afirmó que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ratificada por el país, había alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino y, en consecuencia, *ya no existía fundamento normativo para acordar prioridad a la ley por sobre el tratado*(1205) . Ello así, pues el art. 27 de la Convención de Viena dispuso que una de las Partes firmantes del tratado no podía invocar disposiciones de derecho interno para incumplir la Convención (1206) . Por otro lado, la Corte Suprema reconoció que el incumplimiento de un tratado puede producirse tanto por la sanción de una ley contraria a sus cláusulas como por la omisión de dictar las medidas de orden interno a fin de hacer operativas las disposiciones de la Convención. Debe señalarse, además, que la Corte Suprema interpretó los términos de la Convención de Viena en el sentido de que ésta asignaba prioridad al tratado frente a la *ley interna*(1207) .

7. Interpretación del art. 31 después de la reforma constitucional de 1994

Después de efectuada la reforma de 1994, el art. 31 de la Constitución Nacional, en punto a las relaciones jerárquicas entre tratados y leyes de la Nación, encontró su quicio en el art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema. Esta disposición despejó las dudas interpretativas y dispuso que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes.

A la Convención Reformadora de 1994 se le plantearon varias alternativas a la hora de definir la supremacía en el ordenamiento jurídico argentino, pero los convencionales optaron por mantener la preeminencia de la Constitución por sobre todo el ordenamiento jurídico argentino —u nida a los Tratados de Derechos Humanos enumerados en aquélla, conforme a las condiciones que allí se establecían— y la superioridad de los tratados por sobre las leyes (1208) .

No obstante, esa decisión de los convencionales constituyentes de 1994 exige una interpretación que armonice las disposiciones de los artículos 27, 31 y 75, inc. 22 y 24 de la Constitución Nacional y resuelva los problemas que plantea la jurisprudencia internacional emanada de los organismos de los que la República Argentina forma parte (1209) . Fue la tarea que, con sus más y con sus menos, llevaron y llevan a cabo los tribunales argentinos, en general y la Corte Suprema en especial.

8. La supremacía constitucional y la integración regional

Los tratados de integración regional plantean otra cuestión problemática al sistema de supremacía normativa que emana de la lectura armónica de los arts. 31 y 75, inc. 22, dado que el inc. 24, de esta última disposición, atribuye al Congreso la aprobación de tratados de integración que *deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales*(1210) .

La norma impone condiciones materiales y requisitos formales de celebración de los tratados de integración regional y, en lo que aquí interesa, establece —después de indicar la atribución del Congreso para aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción— que *las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes* . Como la disposición no determina expresamente el alcance de esa frase, cabe la posibilidad de tres hermenéuticas del texto: que las normas superiores a las leyes sean: a) las que crean los organismos que ejerzan las competencias y la jurisdicción delegada; b) las disposiciones emanadas de esos organismos; c) ambos tipos de normas.

Sin embargo, una interpretación finalista del art. 75, inc. 24, sobre la cuestión, indica que para preservar y garantizar la eficacia de la integración, tanto las normas que delegan competencias y jurisdicción en las organizaciones supranacionales —por ejemplo, un eventual parlamento latinoamericano o un posible tribunal judicial del Mercosur— como las disposiciones que al efecto de la integración dicten esos organismos, deben prevalecer sobre las leyes internas, desde luego bajo condición de reciprocidad. Esta interpretación, aunque no es condición suficiente, sí es

condición necesaria de la integración. La alternativa a ello —la negociación bilateral entre gobiernos de los países en eventual conflicto por problemas derivados del *mercado común* — conspira contra la seguridad de los negocios, genera desconfianza de los Estados más pequeños y diluye la integración.

9. La reserva de la Provincia de Buenos Aires

El párrafo final del art. 31 proviene de la reforma constitucional de 1860, cuando la Provincia de Buenos Aires se integró al Estado Federal. Según inveterada doctrina, el pacto aludido es el de San José de Flores, por el que la Provincia se declaró parte integrante de aquel Estado (1211) . Por la cláusula VII del Pacto de San José, deben continuar bajo jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires sus propiedades y establecimientos públicos, con excepción de la aduana que pasó a ser nacional por disposición de la cláusula VIII.

La Corte Suprema, en aplicación del Pacto de San José de Flores, entendió comprendida en la cláusula VII, al Banco de la Provincia de Buenos Aires (1212) .

Art. 32. — El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

Concordancias: Arts. 1º; 5º; 14; 75, inc. 12, C.N.

1. La defensa de la libertad de imprenta. Origen e interpretación general de la norma

La norma proviene de la reforma constitucional de 1860 que a instancias de la Provincia de Buenos Aires, procuró acentuar los rasgos federales del Estado argentino para preservar sus propios intereses. La Provincia no había enviado representantes a la Convención que sancionó la Constitución histórica en 1853, pues se hallaba separada de la Confederación y, cuando finalmente se unió a ella, se reservó el derecho de examinar la Constitución y proponer reformas (1213) .

El informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal sobre las reformas aconsejadas, que fue presentado ante la Convención de la Provincia de Buenos Aires, se ocupó de explicar el sentido y alcance de la norma que se proyectaba. Consideró la *palabra escrita o hablada* derivada de la libertad de pensar; admitió la posibilidad de reglamentar y aun suprimir

el abuso de ese derecho; pero sostuvo que la competencia para juzgar esos abusos constituía una competencia privativa de la sociedad en la que ello ocurría, en concordancia con lo dispuesto por el entonces art. 64, inc. 11 (hoy 75, inc. 12) de la Constitución Nacional.

De ese Informe se desprende el énfasis puesto en determinar la autoridad que se encargaría de controlar los abusos cometidos por la prensa, negando tal competencia a las autoridades nacionales. Sin embargo, en el mencionado Informe, se admitió la reglamentación del derecho a la libertad de palabra escrita o hablada. Cierto es que ni aquel documento, ni los debates en la Convención de la Provincia de Buenos Aires, ni la eventual voluntad del legislador alcanzan como métodos interpretativos, por sí solos, para dar sentido y dirección a las cláusulas constitucionales cada vez que ellas debieron aplicarse y se hizo necesario, por lo pronto, interpretar las normas armonizándolas con otras disposiciones del mismo ordenamiento (1214) . Tal como surge de la doctrina elaborada en el caso *"Ramos c. Batalla* ", el art. 32 está directamente ligado al sentido del art. 14 y, ambos, con el hoy art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional(1215) .

En efecto, el art. 14 reconoce el derecho —*conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio— de publicar las ideas por la prensa sin censura previa* ; por su parte, el hoy art. 75, inc. 12, dispone que corresponde al Congreso dictar los Códigos Civil, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, *sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones...* En consecuencia, por la cláusula de los Códigos, los derechos enunciados en el art. 14, reglamentados por el Congreso, son aplicados por los tribunales federales o locales según lo que determina el art. 75, inc. 12. Pero, esa reglamentación no puede alterar los derechos enunciados, según la regla general del art. 28 de la Constitución Nacional, ni restringir la libertad de imprenta, según la regla específica del art. 32 de la Ley Suprema.

Teniendo en cuenta que el derecho de expresar las ideas por la prensa sin censura previa ya estaba consagrado desde 1853, no existen dudas acerca de que para los convencionales de 1860 la *libertad de imprenta* merecía una protección y reforzamiento mayor que la derivada del art. 14 de la Constitución Nacional. Pero, por otro lado, los convencionales entendieron que ello no impedía una *reglamentación razonable* de aquella libertad.

Aunque la Constitución de los Estados Unidos no contiene una cláusula similar al art. 32 de la Constitución Nacional, se ha sostenido que esta norma se ha inspirado en la enmienda I de aquella Constitución (1216) . En mi opinión, esta enmienda, como las nueve restantes, enuncian los derechos reconocidos al pueblo norteamericano, en forma de limitaciones a los poderes estatales equivalentes a la declaración de derechos que contienen muchas constituciones, entre ellas la argentina. En efecto, en la frase pertinente, esa norma dice: "el Congreso no *menoscabará* la libertad de palabra o de prensa" (1217) . Prueba de ello es que de acuerdo con el inspirador de la primera enmienda, *Blackstone* , la libertad expresiva consiste en no imponer

restricciones previas a la publicación (1218) . Además, pese al intenso debate acerca del alcance de la libertad expresiva y la limitación de la responsabilidad posterior en el ejercicio de ella, la Suprema Corte norteamericana —con mayor o menor amplitud— no desconoció en términos absolutos la atribución estadual o nacional de reglamentar el ejercicio de la libertad de prensa.

El art. 32 de la Constitución Nacional contiene dos disposiciones prohibitivas. Por la primera veda al Congreso dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta; por la segunda impide establecer sobre ella la jurisdicción federal. Ambas prohibiciones han dado lugar a mucho debate en el país, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

2. La competencia reglamentaria y jurisdiccional sobre la prensa

Ante la primera frase del art. 32, se ha sostenido que ella prohíbe al Congreso Federal legislar de algún modo sobre la libertad de imprenta, dado que cualquier ley implica una restricción. Un matiz en esta postura interpretativa distingue las reglamentaciones referidas con exclusividad al ejercicio de la libertad de prensa o al desarrollo de la actividad de las empresas periodísticas —que estarían vedadas— de las que se aplican a los demás derechos, siempre susceptibles de una reglamentación razonable (1219) . Ello significa que las leyes civiles, comerciales, tributarias, laborales o penales que regulen situaciones comunes al ejercicio de los diferentes derechos constitucionales —incluido el ejercicio de la libertad de prensa— son en principio constitucionales. En cambio, las normas específicas dictadas para regular aspectos referidos con exclusividad a la prensa tienen una fuerte sospecha de inconstitucionalidad, aunque no en todos los casos lo sean.

En cuanto al alcance interpretativo de la segunda prohibición establecida en el art. 32 de la Constitución Nacional, resulta más clara su interpretación en tanto contiene una aplicación específica de la distribución de competencias entre el Estado Federal y las provincias en materia jurisdiccional, en concordancia con lo dispuesto en el hoy art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

Sin embargo, la distinción entre las dos partes de la norma constitucional no surgió clara de los primeros precedentes de la Corte Suprema. Así, en uno de los primeros fallos dictados por el Tribunal, en el mismo año de su instalación —el caso *"Fiscal General c. Manuel Argerich"*— la Corte Suprema confirmó, por sus fundamentos, la sentencia del juez de sección que resolvió la incompetencia de la justicia nacional para entender en una acusación por injurias, que se habrían cometido a través de un escrito publicado en la prensa (1220) . Pero, además, el juez de grado sostuvo, citando a *Vélez Sarsfield* , la carencia de facultades de los poderes nacionales para *legislar, reprimir y ejercer jurisdicción* en materia de imprenta dado que ello corresponde a la competencia provincial (1221) . Como se advierte, en esta

primera interpretación, la Corte Suprema vedó absolutamente no sólo la jurisdicción nacional para entender en los eventuales delitos cometidos por medio de la prensa —sin distinguir si a las personas involucradas les correspondía o no el fuero federal— sino también la reglamentación de la libertad de imprenta a través de leyes dictadas por el Congreso Federal.

Más adelante, el Tribunal, se sintió autorizado a mudar la jurisprudencia anterior —que consideró errónea— y sostuvo la competencia federal para juzgar acerca del delito de incitación a la rebelión contra las autoridades nacionales (1222) . La Corte Suprema hizo mérito del alcance del art. 14, ligado al 32, en tanto ambos impiden que las autoridades nacionales o provinciales apliquen la censura o limiten la libertad de prensa después de la publicación, señalando que ello no significa impunidad frente a los delitos que pueden cometerse por medio de la prensa. Así, La Corte Suprema, enumerando los tipos penales que pueden concretarse mediante las publicaciones y cambiando una jurisprudencia de más de sesenta años, entendió que el propósito del art. 32 no era el dejar inermes a las autoridades nacionales frente a la eventual inercia de las provincias cuando se cometían delitos contra aquéllas.

Esta doctrina se afianzó en el caso *"Ramos c. Batalla"* en que la regla elaborada por el Tribunal interpretó el alcance del art. 32, en relación con lo dispuesto por el art. 67, inc. 11 (hoy 75, inc. 12) de la Constitución y se entendió como el natural desenvolvimiento de la tesis establecida en *"Procurador Fiscal c. Diario La Provincia"* . La Corte Suprema sostuvo "que si el delito es común por su naturaleza, su represión está atribuida al Congreso de la Nación, en virtud de lo establecido por el art. [75, inc. 12], con total prescindencia del medio empleado para cometerlo, sin perjuicio de que su juzgamiento sea ejecutado por los tribunales locales o nacionales, según corresponda" (1223) .

Ahora bien, aunque la doctrina acerca de que corresponde legislar al Congreso sobre los delitos comunes que puedan cometerse por la prensa parece consolidada, cabe preguntarse si el Poder Legislativo Federal puede reglamentar otros aspectos de la libertad expresiva, manifestada por otros medios de comunicación, dados los términos del art. 32, de la Constitución Nacional. En mi opinión, los poderes implícitos del Congreso Federal establecidos en el art. 75, inc. 32, dan cabida a esa reglamentación cuando los intereses de toda la Nación están en juego (1224) .

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.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 1º; 5º; 8º; 10 a 12; 14 a 20; 22; 28; 29; 36 a 43; 75, incs. 22 y 23, C.N.Art. 20 DUDH; arts. 4; 5; 17 y 29, inc. c) CADH.

1. Los derechos implícitos. Origen y finalidad de la norma

El artículo 33 fue agregado por la reforma de 1860 y tiene su fuente en la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos, pero difiere en algunos aspectos de ella.

Cuando se sancionó la Constitución norteamericana en 1787, no se incluyó en su texto ninguna declaración de derechos. La decisión tenía por objeto evitar que una enunciación, necesariamente limitada, dejara en el olvido algún derecho propio de las personas que luego el gobierno no reconociese. Pero en 1789 se propusieron las diez primeras enmiendas conocidas como Ley de Derechos de la Constitución (1225) . Entre ellas, la IX dispuso que "la enunciación de ciertos derechos en la Constitución no será interpretada como la denegación o el menoscabo de otros retenidos por el pueblo". En la norma se plasmó la concepción iusnaturalista que predica la existencia de derechos anteriores a cualquier organización estatal, ligada al principio de la soberanía del pueblo.

En cambio, en el texto del art. 33 de la Constitución Nacional se indicaron como sustento de los derechos implícitos, el principio de soberanía popular y la forma republicana de gobierno. De esa redacción podría inferirse que los derechos no enunciados son, exclusivamente, de raíz política —por ejemplo, el de reunión—, y están enderezados a ampliar los horizontes de la participación popular —de los instrumentos adecuados para ejercerla— y las notas de la república, por ejemplo, el derecho a la información de *todos* los actos de gobierno (1226) .

Sin embargo, en el Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución de 1853 se dijo que "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, del objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunidad política, y del fin que cada individuo tiene derecho a alcanzar" (1227) . Así, pues, la concepción filosófica de los integrantes de la Comisión Examinadora, hizo fluir de lo que la persona humana es, los derechos que le son debidos y que las leyes sólo reconocen. Para que no quedasen dudas, se sostuvo que los derechos declarados son ejemplos para ir de lo conocido a lo desconocido, de lo expreso a lo tácito. En suma, se estaba suponiendo que de los fundamentos en que se apoyan los derechos implícitos se inferían: a) facultades colectivas —de las *sociedades* , dice el Informe—, b) una apertura amplísima para reconocer nuevos derechos y c) el reconocimiento del *fin* que cada quien tiene derecho a obtener. Constituyeron una anticipación de lo que la Corte Suprema reconocería como el derecho al propio plan de vida.

2. Alcance de los derechos implícitos: problemas interpretativos

De los derechos implícitos reconocidos por la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos se derivó una profusa doctrina —enlazada también con el debido proceso sustantivo, provisto por la enmienda XIV— que protegió el derecho a la intimidad no reconocido expresamente en aquella Constitución. Pero, la Suprema Corte de los Estados Unidos dejó también en un *benigno descuido* , la aplicación de la enmienda IX, pues encontró en otras reformas las seguridades de la intimidad, a partir de la doctrina de los derechos albergados en la *penumbra o a la sombra de otras garantías*(1228) .

Dado que la Constitución Nacional tiene expresamente consagrados los derechos a la privacidad e intimidad en el art. 19, el camino tomado por la Corte Suprema argentina en torno a esos derechos fue diferente al seguido por la Corte norteamericana. Pero en la defensa de los derechos implícitos de la enmienda IX, formulada por el juez *Goldberg* en el caso *"Griswold",* se evidencia el debate que la aplicación de esas facultades no expresas suscita por la ampliación de las atribuciones de la Corte Suprema que ellas implicarían. Ese es también un punto de fuerte controversia en la doctrina y la jurisprudencia argentinas (1229) .

En razón de que los derechos implícitos, por definición, no están especificados, su determinación en los casos concretos deja un amplio margen a la discrecionalidad de los magistrados para darles alcance y, eventualmente, para controlar la legislación emanada del Congreso o de los estados locales que los afectaran (1230) . En consecuencia, en la identificación de los derechos no enumerados y en la evaluación de los impedimentos legales para su ejercicio, se corre el riesgo de que los magistrados impongan sus propias convicciones acerca de lo que, en definitiva, corresponde decidir a la legislatura como depositaria de la soberanía popular. Ese es un problema complejo, pero la solución no puede consistir, claro está, en anular el ejercicio de los derechos no enumerados.

Examinando la cuestión y el problema interpretativo del alcance de los derechos no expresos, el juez *Goldberg* y los ministros que concurrieron con él en "*Griswold* ", sostuvieron que al determinar qué derechos son fundamentales, los jueces no tienen discreción para decidir casos a la luz de sus concepciones privadas y personales. Por el contrario ellos deben mirar las "tradiciones y conciencia de nuestro pueblo" para determinar en qué medida un principio está "tan enraizado para ser calificado de fundamental" (1231) . En consecuencia, de este voto se infiere que el reaseguro contra la posible extralimitación de los magistrados es de orden sociológico, emana de la posibilidad real que tengan los jueces de descubrir cuáles son las tradiciones y convicciones del pueblo, tan profundas éstas que merezcan ser estimadas por los magistrados de fundamentales. De todos modos, aunque el argumento luce muy democrático, estimo que el alcance de la decisión de los jueces es en todos los casos amplio, de ahí la

importancia de la solvencia personal, jurídica y sociológica que se exige a los integrantes de la magistratura en general y de la Suprema Corte en particular. No hay duda de que con sus decisiones van delimitando la conciencia valorativa de la sociedad.

Pese a que ese poder de configuración también está depositado en la Corte Suprema argentina, en materia de derechos implícitos la tarea de los magistrados de Tribunal se ha facilitado por la jerarquía constitucional de algunos Tratados de Derechos Humanos otorgada en 1994 y los que la adquirieron con posterioridad. En esas Convenciones, la enunciación de derechos se ha extendido de tal modo que el problema ya no es tanto el de reconocer los derechos no enumerados, sino el de remover los impedimentos que traban su ejercicio efectivo e impiden el empleo de las garantías.

Debe señalarse, además, que el art. 29 inc. c) de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que ninguna disposición de ese Tratado puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma representativa de gobierno. Es, como se advierte, la consagración de los derechos implícitos en la Convención, de raíz iusnaturalista.

3. El paradigma de los derechos implícitos en la Argentina

3.1. Derecho a la vida

El derecho a la vida no está enunciado en la declaración formulada por el art. 14 de la Constitución Nacional pero el art. 29 de esta norma, al prohibir las dictaduras legales eventualmente establecidas por el Congreso Federal o las legislaturas provinciales, protegió de aquellas desviaciones institucionales a la vida, el honor y las fortunas de los argentinos. Así pues, aunque en sentido estricto no se los menciona como derechos, la vida, el honor y las fortunas aparecen como valores merecedores de protección especial.

La doctrina nacional entendió que el derecho a la vida emergía, necesariamente, del reconocimiento a la persona humana y su dignidad como centro del sistema de la democracia liberal (1232) . Sin duda, el liberalismo personalista, al centrar el sistema político en el reconocimiento de los derechos y la dignidad de la persona consagró, expresa o implícitamente, el goce de la vida y la protección y seguridades que ella demanda (1233) .

Por su parte, la Corte Suprema enfatizó el carácter de la vida como primer derecho natural, preexistente a toda legislación positiva aunque reconocido en la Constitución y las leyes. El Tribunal afirmó lo anterior, al autorizar un trasplante de órganos no admitido por la ley entonces vigente, lo que obligó a la Corte Suprema a efectuar una interpretación armónica de aquella norma

con otras del sistema jurídico, en especial de las cláusulas constitucionales (1234) .

Con diferente integración, el Tribunal reiteró su doctrina acerca de la preexistencia a todo ordenamiento jurídico de los derechos esenciales a la vida y a la dignidad de las personas. En el caso, descalificó por arbitraria una sentencia que había rechazado la indemnización a los familiares de una persona fallecida a quien se le había negado el ingreso a un instituto asistencial, porque el enfermo no había presentado su carné de afiliación. Al votar afirmativamente la responsabilidad del hospital, la Corte Suprema entendió que, con su exigencia, la institución había violado el derecho a la vida del paciente (1235) . Como se advierte, en ambos casos decididos por el Tribunal, se trataba de proteger la vida de los ya nacidos.

Después de la reforma constitucional de 1994 la protección del derecho a la vida adquirió una mayor intensidad. Por un lado, el reconocimiento de la existencia de la persona humana desde la concepción, dispuesta por el art. 70 del Código Civil(1236) ingresó en el bloque de constitucionalidad, en mérito a la jerarquía constitucional otorgada a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, el art. 4 de esa Convención dispuso que el derecho a la vida estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción (1237) . Por cierto, esta norma establece una seguridad que obliga al Estado en términos relativos, pero reconoce que desde la concepción existe vida humana merecedora de protección. Por su parte, también adquirió jerarquía constitucional la Convención de los Derechos del Niño. Ese tratado definió al "niño" como todo ser humano hasta los dieciocho años (art. 1º) y la República Argentina formuló, al respecto, una declaración unilateral en el sentido de que se entiende por "niño a todo ser humano desde el momento de su concepción, hasta los dieciocho años". Con esta declaración unilateral, el Estado argentino resolvió jurídicamente el espinoso problema del comienzo de la vida humana, situándolo en el momento de la concepción.

Finalmente, el intenso debate desarrollado en la Convención Constituyente de 1994 sobre el inicio de la vida humana, el derecho de los no nacidos, y las obligaciones del Estado en la preservación de la vida, concluyó con la inclusión de una norma, entre las atribuciones del Congreso Federal, cuyo segundo párrafo dispuso: Corresponde al Congreso ... dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, *desde el embarazo* hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre *durante el embarazo* y el tiempo de lactancia". Como se advierte, la redacción no pudo ser más desafortunada y reflejó—tanto como la ubicación constitucional del *derecho* reconocido— el profundo desacuerdo de los convencionales constituyentes, acerca de la protección que debía otorgarse a la vida humana en sus comienzos (1238) .

Ahora bien, la nueva y más intensa protección de la vida humana después de la reforma constitucional de 1994, exige ser aplicada a una multiplicidad de cuestiones en las que el derecho a la vida puede entrar en conflicto con otros derechos constitucionales, tales como los que se plantean respecto a la privacidad y autonomía personal (1239) ; a las obligaciones del Estado frente

al derecho a la salud y a la vida, por ejemplo cuando se trata de tomar decisiones sobre personas sin conocimiento y que, por ello, no pueden decidir por sí mismas (1240) ; al tipo, alcance y extensión de la tutela requerida, como por ejemplo cuando se enfrentan los derechos a la vida de dos personas, una de ellas por nacer, o de los derechos de los padres a procrear o no, frente a la dignidad e integridad de las personas por nacer.

A pesar de que la cuestión es problemática, algunas dudas se han despejado. En efecto, respecto al aborto como opción personal, o a algunas formas de fecundación asistidas que implican la destrucción de óvulos fecundados, no podrían alegarse en nuestro país los fundamentos utilizados por la mayoría de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *"Roe vs. Wade* " en tanto esa sentencia consideró que violaba el derecho a la intimidad de la mujer el no permitirle abortar dentro de los tres meses de gestación, porque —según sostuvo la mayoría de la Suprema Corte— no había acuerdo acerca de cuándo comenzaba la vida (1241) . La Suprema Corte norteamericana entendió en ese caso que si existían discrepancias científicas, filosóficas y hasta religiosas acerca del inicio de la vida, el Tribunal no estaba obligado a pronunciarse al respecto. Pues bien, si casi treinta años más tarde aquellas dudas se han diluido y la Constitución argentina, directa o indirectamente, ubica el comienzo de la vida humana en el momento de la concepción, una ley que penara el aborto por las causas que fueren no podría tacharse de inconstitucional, pues, por aplicación del art. 19 de la Constitución Nacional, estaría sancionando el daño a tercero (1242) . Sin embargo, cabría la duda acerca de si la no incriminación de aquellos actos constituiría una inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo, o si el Estado podría disponer de otros medios para proteger la vida desde su inicio. Claro que, entonces, se presentaría el problema de los medios idóneos para proteger efectivamente la vida humana desde sus comienzos, frente al principio de legalidad en virtud del cual todo lo que no está prohibido está permitido. Por ejemplo ¿bastaría con prohibir el establecimiento de clínicas abortivas? (1243) .

Por cierto, el problema excede el análisis normativo que acabo de formular, pues, sin duda, la cuestión está decididamente ligada a normas y valores morales que debieran examinarse al momento de tomar decisiones legislativas y judiciales desde que ello implica la regla de no causar daño a terceros, por otro lado disposición expresa en el art. 19 de la Constitución Nacional. En este punto, resulta esencial la determinación del comienzo de la vida humana, como ya señalé, porque, habiéndola, la norma positiva interna e internacional y los principios morales que deben inspirarlas, obligan al Estado a protegerla. En el caso especial del aborto y aplicando la regla de no dañar a las personas, debe tenerse en cuenta que se trata de vida radicalmente inocente e indefensa —el "más pobre entre los pobres hoy en día, el menos amado, el más menospreciado, el ser desechable de la sociedad" (1244) — quien ninguna posibilidad tiene de evitar el daño si se ha decidido —y protegido legalmente— su supresión.

De todos modos tal como en el problema del suicidio asistido, en el caso de peligro de la vida de la madre es posible evaluar la aplicación de la regla

del doble efecto. Esto es, la aplicación de una determinada práctica médica en pos de la protección de la vida de la madre que, eventualmente, produzca como efecto secundario la muerte del hijo. En esta delicadísima materia la evaluación de la razonabilidad de la medida, en términos de relación entre el medio elegido y el fin buscado exige que el medio —la intervención médica, el medicamento administrado, etcétera—, sea el único posible para preservar la vida de la madre y siempre que ésta esté suficientemente informada acerca del peligro que para la vida de su hijo no nacido entraña el tratamiento médico que se le quiere administrar.

El derecho a la protección de la vida en sus etapas finales —y el deber consecuente del Estado, frente a ese derecho— presenta otro problema difícil, debido, en parte, a los adelantos científicos y técnicos que pueden lograr que una persona en estado vegetativo permanente sea mantenida así, mediante métodos de soporte asistencial. La cuestión se relaciona con el derecho a rechazar tratamientos médicos de toda persona en estado consciente o de sus familiares responsables cuando el enfermo está inconsciente, en caso de que esos tratamientos no aporten mejora alguna, sino el mantenimiento de la situación anterior, si son desproporcionados, es decir, no apropiados en relación a los beneficios para el enfermo que se espera obtener. Se descuenta que, en estos casos, el enfermo tiene derecho a los cuidados paliativos y a los métodos que le provean el máximo de confort posible en esa instancia dolorosa de su vida.

Ahora bien, ¿se excluyen de los tratamientos desproporcionados, la hidratación y alimentación provista por mecanismos no naturales, de personas en estado vegetativo? La hidratación y la alimentación artificiales, en esos casos ¿constituyen un método de soporte asistencial, que puede rechazarse? Este problema fue planteado ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, quien denegó el permiso para privar, a una paciente en estado vegetativo permanente, de los sistemas de hidratación y alimentación que recibía (1245) .

La cuestión plantea dos problemas médicos de implicancias éticas: a) la determinación y comprobación del estado vegetativo permanente y, b) cómo considerar la hidratación y la alimentación artificiales. Si estos medios se entienden como parte del confort y cuidados que se debe a todo enfermo —c omo el abrigo y la limpieza— resulta obligatorio proporcionarlos. En cambio, si se los considera como especie de "soporte vital básico" o de "tratamientos médicos generales" porque requieren, para ser administrados, de una serie de instrucciones, dosis, contraindicaciones, etcétera, resultaría legítimo su rechazo. Pero como se ha dicho, la alimentación tiene un alto valor simbólico, por ello resulta tan difícil quitarla a un enfermo, aún en estado vegetativo (1246) . Así, la determinación de qué es y hasta dónde debe administrase un tratamiento médico en interés y beneficio real del paciente, deviene esencial para tomar estas decisiones.

3.2. Derecho a la salud

Como una derivación del derecho a la vida y, en palabras de *Morello* , a la vida digna (1247) , la Corte Suprema sostuvo que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar con acciones positivas el derecho a la preservación de la salud, comprendido en el derecho a la vida, más allá de las obligaciones que pesen sobre las obras sociales públicas o privadas y en virtud de los deberes que imponen los tratados con jerarquía constitucional (1248) .

En el caso, se trataba de un menor nacido con una grave enfermedad para quien su madre, por la vía del amparo, solicitó los medicamentos específicos para continuar con el tratamiento requerido a fin de preservar la salud de aquél. La Corte Suprema ordenó a la demandada —Ministerio de Salud y Acción Social— entregar las dosis necesarias del remedio prescripto.

El Ministerio había interpuesto dos defensas. En primer término, sostuvo que su responsabilidad era *subsidiaria* de la que cabía a la obra social a la cual pertenecía la peticionante, y de la que correspondía a la autoridad local. En segundo lugar, adujo que la carga impuesta —por las decisiones judiciales de las instancias inferiores— *comprometía* los recursos económicos disponibles para organizar los planes de salud (1249) .

La sentencia en *"Campodónico de Beviacqua"* deslindó las obligaciones y responsabilidades del Estado nacional, conforme a lo mandado por la Constitución Federal y los Tratados de Derechos Humanos en orden a las acciones positivas que debe desarrollar aquél en materia de salud y señaló que el Ministerio de Seguridad y Acción Social —como autoridad de aplicación de las políticas de salud— debe *coordinar y articular* los servicios asistenciales que prestan las obras sociales, los establecimientos públicos y los prestadores privados, además de *supervisar* y *fiscalizar* las prestaciones sanitarias de las obras sociales (1250) .

En otros términos, según la regla establecida por el Tribunal, el Estado Nacional tiene una responsabilidad *subsidiaria* en la prestación de los servicios de salud que se atribuyen a las obras sociales y a los entes locales, pero *primaria* y *principal* en la articulación de las políticas sanitarias, en la supervisión y fiscalización de aquellas obligadas y en la *respuesta urgente* cuando las prestadoras del Servicio de Salud incumplen la prestación. Como se advierte, del precedente "*Campodónico de Beviacqua"* emerge una solución justa para el caso concreto y una regla hacia el futuro que exige una articulación y armonización creativa, operativa y eficaz de los servicios profesionales y del sistema de provisión de los medicamentos necesarios, entre todos los prestadores involucrados. Tal articulación puede exigir la instrumentación de compensaciones entre jurisdicciones, mediante leyes convenio.

3.3. Derecho a la dignidad humana: derecho a casarse y a formar una familia

Con base en el derecho implícito a la dignidad humana que incluye, para la Corte Suprema, el derecho a la realización personal, la mayoría del Tribunal en el caso "*Zaks de Sejean"* dio un nuevo alcance a la facultad de casarse más de una vez. Según el Tribunal, para que el nuevo matrimonio produzca y favorezca la realización personal, debe tener efecto y reconocimiento jurídico y social (1251) .

El caso*"Zaks de Sejean* " produjo gran impacto jurídico y social en la República Argentina (1252) , pues la mayoría de la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de disposiciones que habían regido el matrimonio civil por más de cien años, impidiendo el divorcio vincular. Quizá, por eso, anticipándose a las objeciones, el ministro *Petracchi* en su voto en concurrencia —utilizando una interpretación dinámica y no estática de la Constitución— ubicó al divorcio vincular entre los derechos fundamentales y enfatizó que "la idoneidad de los jueces para robustecer el sistema de valores consagrado en la etapa fundacional de la nacionalidad argentina exige que sepan ejercer sus facultades en el terreno para el cual resultan aptas, o sea *en el de los derechos fundamentales de las personas, sin intentar controlar las decisiones legislativas y ejecutivas para sustituirlas por el propio criterio técnico de los tribunales, o sus standards de prudencia política* ". Para el ministro, entonces, el punto *delicado* se halla en el discernimiento adecuado a fin de diferenciar la materia legislativa o ejecutiva, de lo que ingresa en el ámbito de los derechos esenciales. Tal cosa es posible *"si se tiene en cuenta que los derechos consagrados en la Constitución poseen un contenido inicial objetivamente investigable, y que el desarrollo que de ellos se haga, partirá de su ratio, o de los principios estructurales reconocibles en el sistema adoptado, como ocurre en el supuesto del art. 33* " (1253) .

Pero, pese al notable esfuerzo por declarar la deferencia a las opciones del legislador y del Ejecutivo en sus respectivas atribuciones, la mayoría de la Corte Suprema en *"Zaks de Sejean* " se inscribió en lo que se denomina una Corte activista, que desarrolla derechos desde el núcleo primigenio de ellos y desenvuelve el significado de los derechos y garantías implícitos, partiendo de lo que la realidad social propone.

3.4. El derecho a la verdad

Este derecho, implícito en varias disposiciones del ordenamiento jurídico —las que regulan el proceso penal, las que garantizan el reconocimiento de la paternidad—, tuvo un nuevo desarrollo constitucional con la garantía del *hábeas data* , como instrumento para conocer el destino de familiares desaparecidos. En efecto, la Corte Suprema amplió, con base en este derecho, la legitimación activa para conocer el registro de datos en archivos estatales de parientes desaparecidos (1254) .

Sin embargo, el derecho a la verdad de los familiares de personas desaparecidas por la acción represiva ilegal del Estado puede afectar el derechos a la intimidad de adultos víctimas de ese delito que rechazan la

prueba hemática compulsiva. El conflicto, sus aristas y las reglas establecidas por la Corte Suprema fueron analizados al examinar el art. 19 de la Constitución Nacional(1255) .

3.5. DERECHO DE REUNIÓN

El derecho de reunión puede derivarse de varios derechos enunciados en el art. 14 de la Constitución Nacional: los de comerciar, desarrollar industrias lícitas, peticionar colectivamente, aprender, enseñar, asociarse, trabajar, practicar el culto religioso. Pero, sin duda, tiene una raíz política que lo ubica entre los derechos implícitos, derivados del principio de soberanía popular y de la forma republicana de gobierno garantizados por el art. 33 de la Constitución Nacional(1256) .

Dado que el derecho de reunión sirve al ejercicio de otras facultades, se lo suele considerar instrumental. En esa dirección, la Corte Suprema con cita de *Dicey* , ha sostenido que el derecho de reunión no es un derecho específico, no es otra cosa que una consecuencia de la manera como es concebida la libertad individual de la persona y de la palabra. Por ello, cada habitante tiene la libertad de ir adonde le plazca y de expresar sus ideas en privado o en público, en un lugar donde hay otros habitantes, con una variedad importante de fines a conseguir, por medio del derecho de reunión (1257) .

Sin duda, el derecho de reunión es connatural a la democracia en tanto facilita a los ciudadanos los encuentros públicos con los líderes políticos o con quienes comparten las mismas o similares ideologías o proyectos sociales. También, al igual que la libertad de expresión, es un derecho sustantivo para la república, pues sirve al control del poder y facilita las eventuales rectificaciones y responsabilidades gubernamentales. La manifestación pública de protesta constituye una forma de petición, de llamado de atención crítico a los funcionarios y a los demás habitantes. Como dijo la Corte Suprema argentina, con una cita de *Fox* de 1798, "*sería una burla reconocer al pueblo el derecho de aplaudir, de regocijarse y de reunirse cuando es feliz, y negarle ese mismo derecho para censurar o deplorar las desgracias y sugerir el remedio* " (1258) .

Pero el derecho de reunión pública, con tan buenos títulos para ser reconocido y garantizado puede ser objeto de reglamentación razonable, como cualquier otro. El mantenimiento del orden, la seguridad, el tránsito peatonal y vehicular, la higiene y salubridad de la población, justifican limitaciones a las reuniones públicas, de tiempo —en días y horas— de circunstancias, por ejemplo si existe conmoción interior, y de lugar, fundamentalmente en la vía pública. Una regla razonable exige que el grado de limitación de la reunión pública esté en relación directa con el mayor compromiso o afectación de los derechos de terceros que pueda provocar.

El uso de las plazas y calles públicas para reunirse y manifestar ha sido expresamente reconocido por la Corte Suprema, aunque en el caso particular

consideró razonable la prohibición, por parte de la policía, de efectuar la reunión en el lugar elegido por los manifestantes. A criterio del Tribunal las razones de la prohibición, vinculadas al tránsito y comodidad de los transeúntes, eran atendibles y los manifestantes podían optar por otro sito público para reunirse (1259) .

Ahora bien, las restricciones a las reuniones públicas no pueden basarse en la discriminación de los motivos que llevan a realizarla, porque ello afectaría también la libertad expresiva; ni en que el grupo es minoritario, pues, en ese caso, se silenciarían a las minorías. En consecuencia, los intereses estatales en la limitación deben ser legítimos y la restricción no debe derivar, en los hechos, en una prohibición de la reunión, salvo que genere violencia o que los manifestantes concurran con armas o elementos para alterar el orden y las libertades de los habitantes.

El hecho de que la autoridad pueda impedir reuniones públicas implica que para su realización puede exigirse autorización previa a su concreción. Como resulta obvio, no se requiere aviso ni autorización de ningún tipo para realizar reuniones privadas.

Las reuniones públicas —es decir abiertas al público— realizadas en lugares cerrados y con un escaso número de personas no requieren autorización alguna (1260) . Tampoco requieren aviso ni autorización, si son convocadas por asociaciones debidamente constituidas; por asociaciones comerciales, o por grupos partidarios sin son de carácter interno; las que se efectúan en teatros, cines, museos y lugares similares, para los fines específicos (1261) .

Según lo sostuvo la Corte Suprema, el derecho de reunión, "...nace de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno; ...y se vincula con la libertad individual, de palabra y de asociación"(1262) . En el caso *"Campaña Popular en defensa de laley 1420"* , el Tribunal consideró que una disposición del decreto reglamentario del derecho de reunión, emitido el 2 de marzo de 1945, pugnaba con los principios constitucionales al autorizar las reuniones en los lugares públicos sólo cuando persiguieran fines de "conmemoración patriótica, de carácter religioso, o de propaganda de los partidos políticos con personería reconocida". La Corte Suprema examinó dos aspectos: el fin de la reunión prohibida —propiciar el mantenimiento de la ley de educación común 1420— que, como resulta obvio no podía considerarse contraria a la Constitución Nacional, y si el lugar elegido por los manifestantes era impropio. El Tribunal, al revocar la prohibición, admitió, no obstante, la reglamentación del derecho de reunión cuando sus fines resultaran "contrarios a la Constitución, a las leyes, a la moral y las buenas costumbres o por circunstancias de oportunidad, peligrosas para el orden y la tranquilidad pública" (1263) . Aunque las razones limitativas del derecho de reunión lucen muy laxas, la Corte se reservó la atribución de examinar, en el caso concreto, la constitucionalidad de la eventual prohibición.

De acuerdo a los términos de la ley 20.120 sancionada en 1973, las reuniones en la vía pública requieren permiso de la autoridad policial, bajo determinados requisitos que en ciertas circunstancias podrían devenir inconstitucionales, como por ejemplo el plazo —ocho días— con el que debe

solicitarse el permiso o el nombre de los oradores. De todos modos, la denegatoria arbitraria o abusiva habilita y hace procedente la vía del amparo (1264) .

Como resulta notorio con sólo consultar su historia, la República Argentina tiene una larga tradición en manifestaciones y reuniones políticas. En diferentes circunstancias, reclamos sociales o expresiones de religiosidad expresaron, también, motivaciones políticas indirectas. Es, se diría, una muestra del*espíritu de asamblea* que caracteriza a parte de la sociedad, expresión transitoria y efímera en sí misma que cumple, de todos modos, funciones latentes muy saludables de expresión, protesta y, en algunas oportunidades, de celebración. No siempre ha resultado sencillo conjugar ese derecho con otros muchos que pueden afectarse con la ocupación reiterada del espacio público, por definición espacio de todos. Encierra, por cierto, el peligro de que la reunión multitudinaria roce la estabilidad de la democracia, o sea impulsada por quienes se oponen a los gobiernos sin contar con el sostén de los sufragios suficientes para alcanzar el poder por las vías legales (1265) .

Art. 34. — Los jueces de las cortes federales no podrán serlo al mismo tiempo de los tribunales de provincias, 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.

Concordancias: Arts. 1º; 5º; 24; 53; 59; 75, incs. 12 y 20; 99, inc. 4;108; 121; 122; 123; 129, C.N.

INCOMPATIBILIDADES JUDICIALES

Las disposiciones de esta norma constituyen dos aplicaciones del federalismo y tienen por objeto asegurar la autonomía de las provincias frente al gobierno central.

El artículo fue introducido por la reforma constitucional de 1860 y la Comisión Examinadora de la Constitución de 1853 defendió su incorporación haciendo referencia a la importancia que revestía para la Provincia de Buenos Aires en las *presentes circunstancias* , en las que se integraba al resto de las provincias, por su libre voluntad y con el deber de conservar su *independencia moral, siguiendo la política interna que mejor convenga a sus intereses*(1266) . A todas luces la norma y el fundamento dado por la Comisión evidencian que respondió a su origen histórico y a la circunstancia política por la cual la Provincia de Buenos Aires quería preservar su autonomía frente al poder de la Confederación, quien la había vencido militarmente en la batalla de *Cepeda*(1267) .

Pero, más allá de su circunstancia singular, la norma establece una incompatibilidad más que razonable y una prohibición no siempre respetada. En efecto, entre la administración de justicia federal y las locales existe total independencia, orgánica y funcional. Sobre el punto, el art. 34 tiende a evitar los conflictos de interés y de lealtades.

La segunda parte de la norma procura garantizar la unidad en la diversidad política, favoreciendo uno de los grandes bienes que proporciona el sistema federal y que —tal como lo señaló la Comisión Examinadora— puedan existir varios partidos con influencia en unas provincias de la que carezcan en otras. En consecuencia, el servicio federal en el territorio de las provincias no da residencia a los agentes del gobierno central, a fin de que éstos puedan optar a cargos electivos en representación de aquellas localidades.

La norma garantiza también con la misma incompatibilidad y prohibición a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud de las atribuciones que a esta ciudad le reconoció la reforma constitucional de 1994 (1268) .

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.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 1º; 84; 87, C.N.

NOMBRES OFICIALES DEL ESTADO ARGENTINO

El artículo contiene una declaración de alto contenido simbólico y una disposición jurídica que resuelve un conflicto de identidad nacional.

En efecto, el art. 35 proclama cuáles fueron los nombres con los que se identificó al gobierno —aunque no los menciona a todos— (1269) ; parte del año fundacional de 1810 como el inicio de la institucionalización, a pesar de que, en rigor, la declaración de independencia se efectuó recién en 1816 y refleja parte de la historia del país, a través de algunos nombres con los cuales se lo designó. Por fin, pese a la propuesta de la Provincia de Buenos Aires, a favor de designar al Estado como *Provincias Unidas del Río de la Plata* se incluyeron otras dos denominaciones para designar al Estado argentino. Una de ellas, la que se había adoptado al sancionarse la Constitución en 1853. Para el entonces Estado de Buenos Aires, la designación de *Provincias Unidas* sintetizaba, por fin, las aspiraciones de todos los estados locales, en pie de igualdad y borraba toda sombra de sujeción de la provincia que se incorporaba al Estado Federal, después que éste se diera su Constitución. Por eso, en el *Pacto de Unión de San José de*

Flores la Provincia de Buenos Aires se reservó la atribución de revisar la Constitución Nacional de 1853 y proponer eventuales reformas (1270) .

La apelación a la *Nación Argentina* , en el acto de expresión de la soberanía popular por naturaleza, la sanción de leyes, se completa con el nombre que se asigna al titular del Poder Ejecutivo —presidente de la Nación Argentina (art. 87 de la Constitución)— quien ejerce la jefatura del Estado y su representación internacional.

CAPÍTULO SEGUNDO - NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS

CARACTERÍSTICAS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. EL PARADIGMA DE LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA Y DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una vez aprobadas las reformas a la Constitución argentina en 1994 y efectuado el juramento formal y solemne de acatarla por parte de quienes la redactaron y de los actores políticos relevantes del país (1271) , la doctrina jurídica nacional se planteó el problema acerca de si el proceso constituyente había producido una *nueva* Constitución o una *enmienda* constitucional (1272) .

El debate implicaba un interrogante sustantivo y de envergadura, referido a la coloratura de los principios ideológicos y valorativos que emanaban de la Constitución, después de 1994 (1273) .

La cuestión, entonces, consistía en determinar si fue mantenida, continuada y desarrollada la línea ideológica trazada por los constituyentes históricos —armonizando nuevos y viejos valores— o si, por el contrario, la reforma constitucional había producido una ruptura axiológica que neutralizaba el paradigma anterior .

La diferencia entre las hipótesis no es menor. Elegir una u otra de las alternativas posibles produce consecuencias directas sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales, proporcionando —según sea la hermenéutica seleccionada— una lectura con matices y acentos diversos acerca del alcance y límites de los derechos y de las atribuciones de los órganos estatales.

Acerca de la cuestión, se ha asegurado que la reforma de 1994 es continuadora de la tarea iniciada en 1853 y que las enmiendas *no desecharon*

los valores pétreos que son patrimonio de la condición humana y la tradición jurídica de la República(1274) .

Pero, como quisiera que fuera parece evidente que la reforma constitucional fue sustantiva y no sólo por la cantidad y extensión de las normas incorporadas (1275) .

En efecto, tanto los perfiles del poder como el entramado de los derechos y garantías expresaron, en las sancionadas, otros diseños institucionales y, sobre todo, nuevos emergentes sociales.

El capítulo segundo —nuevos derechos y garantías— se inicia con una norma que es, al mismo tiempo, disposición jurídica y aspiración política. El art. 36 proclama la defensa del orden constitucional a través de una declaración imperativa; dispone de sanciones severas para quienes lo afecten, y resguarda aquel orden mediante la caracterización del enriquecimiento ilícito en perjuicio del Estado, como una de las formas graves de ataque a la democracia.

Los nuevos derechos y garantías que incorporó la reforma de 1994 implicaron algo más que el reconocimiento de formas diversas de igualdad y multiplicidad social o una mayor protección de facultades personales o colectivas.

Esos derechos —o por lo menos el espacio subjetivo que construyeron— evidenciaron perfiles diferentes de la persona, del Estado, de los factores de poder económico y de las relaciones buscadas entre todos ellos (1276) .

Un convenio no escrito entre los inspiradores del *Pacto de Olivos* (1277)con varios sectores sociales y económicos, quienes temían el recorte de las libertades y los derechos propietarios, se plasmó en el art. 7º de la ley declarativa de la necesidad de reforma constitucional 24.309. Esa norma, además de enumerar los temas que merecían enmiendas a juicio del Congreso Federal, dispuso en aquel artículo: "La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional ". Y para completar los límites que la ley declarativa de la necesidad de reforma estaba imponiendo a la Convención Constituyente, el art. 6º dispuso la nulidad absoluta de todas las modificaciones, derogaciones, y agregados que dispusiera la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los arts.(1278) .

Sin embargo, en virtud de los temas habilitados para su reforma por el Congreso Federal —por ejemplo, la incorporación de este *Segundo Capítulo* en la Primera Parte de la Constitución— (1279) la Convención Constituyente tuvo oportunidad de incorporar algunos de los llamados *derechos de la tercera generación* —de usuarios y consumidores y de protección del ambiente— de ampliar las garantías personales y colectivas —c on un fuerte impacto sobre aquellos derechos— de mudar los alcances de la igualdad —con el reconocimiento de la diversidad personal, social, étnica , educativa, cultural, política, electoral, y económica— y de trazar nuevos perfiles del Estado.

Si ello no bastara para advertir la profunda evolución axiológica operada con la reforma —por lo menos en las líneas normativas— cabe señalar la incorporación, una expresión constitucional, de la nueva perspectiva de los deberes, ahora declarados explícitamente (1280) .

Todas estas características, más allá de la interpretación armónica de los distintos derechos constitucionales que según la antigua doctrina de la Corte Suprema debe efectuarse, denotan, por lo menos, una reformulación de los valores, con acentos diversos a los de la Constitución histórica.

Como es sabido, las normas jurídicas no se identifican con los textos legales. Así, una de aquéllas puede construirse a partir de diversos textos y, de un mismo texto puede extraerse más de una norma. Del mismo modo la norma puede manifestarse a través de distintas formas, siendo las más usuales las que expresan derechos o deberes o las que indican los actos que, convertidos en delitos, desencadenan la sanción (1281) .

El estilo discursivo en las constituciones nacidas del demoliberalismo se expresa en la estructuración del poder dividido y controlado y en la declaración de derechos. Desde una perspectiva positivista, en general, falta en las constituciones el elemento coactivo expresamente determinado.

En la Constitución argentina de 1853/60 se tipificaron varios delitos, ninguno de los cuales está acompañado de sanción, aunque el art. 29 y el anterior art. 103 (hoy art. 119) remiten a la reglamentación legal que al efecto se dicte. Así, en materia de igualdad material, en el art. 15 se define, como crimen, la compraventa de esclavos y se dispone de la responsabilidad de quienes lo celebren y del escribano o funcionario que lo autorice [al contrato].

En cambio, la reforma de 1994 incorporó varias obligaciones expresas de las personas físicas y jurídicas y empleó el término deberes. Desde luego, además de las obligaciones implícitas que emanan, como contrafiguras, de los derechos declarados en el texto anterior constitucional y de las enmiendas de 1994.

Se dispone la obligatoriedad del sufragio (art. 37) excepto para la consulta popular convocada, dentro de sus respectivas competencias, por el Congreso Federal o el presidente de la Nación (art. 40). En la Argentina, la obligatoriedad del voto fue consagrada por la legislación común, pero desde 1994, en virtud de una opción discutible del constituyente, resulta en una característica constitucional (1282) .

Por cierto, también la jurisprudencia, sobre todo la emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene competencia para acentuar el contenido obligatorio de las reformas, a fin de hacer operativos los derechos declarados.

La concreción de la nueva perspectiva que incorpora entre otras reformas este capítulo dependerá, en buena medida, de un cambio de paradigma social en el que se privilegie la responsabilidad entendida como capacidad para responder frente a terceros, con conductas de no hacer y de hacer. Constituye un desafío en el siglo de los derechos humanos y se relaciona con la capacidad de las democracias para transformar las normas declarativas en derechos efectivamente operativos.

Punto crucial de las democracias, el *"escaso rendimiento"* del sistema para satisfacer las crecientes e inagotables demandas sociales, se erige en una de las promesas incumplidas de aquel orden político (1283) .

En ocasiones, las demandas sociales se institucionalizan en normas comunes o en disposiciones constitucionales —como se ha hecho en la reforma constitucional argentina— generando una serie de problemas de armonización interpretativa y, sobre todo, de compatibilización social por parte de los poderes públicos entre diversos derechos y entre derechos y deberes.

Por lo demás, al atribuir jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22) —y más allá de la problemática generada con tal jerarquía— se incorporó, a través de aquéllos, la pauta valorativa de los deberes, presentes en los preámbulos y en el articulado de varias de las Convenciones Internacionales. Las obligaciones que imponen esos deberes se extienden desde las personas hasta la humanidad en su conjunto, y expresan —fundamentalmente— contenidos éticos (1284) .

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.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 1º; 5º; 22; 23; 29; 31; 120, C.N.

1. La defensa de la Constitución. Interpretación general y origen histórico de la norma

El art. 36 de la Constitución Nacional, como a su turno lo hizo el art. 29 sancionado en 1853, refleja el pasado político del país. Por lo que prohíbe, muestra el proceso de desconstitucionalización que la República Argentina vivió entre 1930 y 1983, en el que los golpes de estado y los gobiernos militares o cívico-militares se insertaban en el orden normativo y social como una opción más.

Aquella dinámica de los gobiernos de *facto* que reemplazaban a los civiles denotaba instituciones democráticas débiles y aun cuando a partir de 1912 el sufragio en la Argentina comenzó a ser inclusivo de amplios sectores sociales, es posible detectar una democracia formal más que real, en el período que va de 1853 a 1912 y una república igualitaria sólo en cierne a partir de entonces (1285) .

El art. 36 sintetiza el intento —ingenuo quizás— de contener mediante normas jurídicas los hechos de fuerza directa o indirecta contra el orden institucional, así como la dinámica de la violencia política, y la necesidad de componer con reglas normativas, los conflictos ideológicos.

La experiencia histórica muestra —y no sólo la de la República Argentina— que no resulta posible detener los alzamientos contra el orden instituido *sólo* con el *texto* de la Constitución por delante, si es que la comunidad en su conjunto no desea detenerlo y se compromete con la vigencia del orden normativo que ella misma dictó.

No obstante, las disposiciones que emanan de los primeros párrafos del art. 36 configuran un signo emblemático, se sostienen en los principios que proclaman, y anuncian el desistimiento de varias generaciones de argentinos que confluyeron en la Convención de Santa Fe-Paraná de 1994, de recurrir en el futuro a la fuerza para dirimir el conflicto político. Por otro lado, la disposición constitucional recoge los objetivos que a su turno llevaron a la sanción de la ley 23.077 de *"Protección del orden constitucional y la vida democrática"*(1286) , norma que sanciona severamente el alzamiento contra la Constitución y también penaliza al que *amenazare pública e idóneamente con la comisión de alguna de esas conductas*(1287) .

El art. 36, además, hace visible uno de los males más insidiosos de las democracias, la corrupción administrativa, y dispone medidas-deberes estatales para combatirla.

2. Los golpes de estado en la República Argentina. Efectos jurídicos sobre la supremacía constitucional

En la República Argentina se sucedieron seis golpes de estado en el siglo XX que afectaron —destituyéndolas— a las autoridades federales y locales.

El primero de ellos, en 1930, incluyó el derrocamiento del presidente*Hipólito Yrigoyen* , de los integrantes del Poder Legislativo en el orden nacional, y extendió su acción a las provincias argentinas, con intervenciones federales que respetaron la autonomía de sólo unas pocas provincias, manteniendo, en cambio, la composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En 1943, fue destituido el Presidente*Castillo* y las restantes autoridades nacionales, excepto la Corte Suprema. En ambas ocasiones, 1930 y 1943, el Tribunal dictó sendas Acordadas —con idéntico texto— mediante las cuales reconoció a los respectivos gobiernos militares —asimilándolos a las autoridades de *facto* — y puso límites al ejercicio de las atribuciones que les reconocía para reglamentar los derechos personales, hacia el futuro (1288) .

La llamada Revolución Libertadora, en 1955, puso fin en el orden federal y local, no sólo al gobierno encabezado por *Juan Domingo Perón* y elegido según las reglas constitucionales, sino que también afectó al Poder Judicial —incluida la Corte Suprema— y derogó la Constitución que —impulsada por el gobierno *justicialista* de entonces— se había sancionado en 1949 (1289) .

A partir de 1955, los enconos y las divisiones políticas en la Argentina incluyeron la proscripción del *Partido Justicialista* . La elección popular que le siguió arrastró bajo esa prohibición al presidente *Arturo Frondizi* en 1962 en un derrocamiento militar que, a merced de la intervención de la Corte Suprema, pretendió seguir siendo civil. En esa ocasión la Corte Suprema tomó juramento al presidente provisional del Senado, *José María Guido* , pero el poder estuvo bajo control militar sin duda alguna y constituyó, por ello, un gobierno de *facto* .

En 1966, el gobierno destituido fue el de *Arturo Illia* —elegido por el *Partido Radical* — y, en 1976 el de *María Estela Martínez de Perón,* quien asumió la presidencia a la muerte de su esposo con quien había sido electa, ella en calidad de vicepresidenta de la Nación.

En los golpes de estado sucedidos a partir de 1955 —con excepción del de 1962— cambió, además, la integración de la Corte Suprema en su totalidad. En dos de aquellos levantamientos militares se dictaron sendos Estatutos que se pusieron, formalmente, por sobre la Constitución Nacional.

Durante esos períodos de *facto* se modificó, de hecho y con ilegitimidad de origen, la Ley Suprema y se alteró la supremacía y jerarquía constitucional establecida en el art. 31 de la norma de base (1290) . No obstante, el sistema jurídico se estructuró en torno a la jerarquía instalada con las disposiciones dictadas por cada gobierno de *facto* . El proceso precipitó la escalada de violencia de la década de 1970, más allá del contexto internacional que lo facilitó y quebró todo principio de legitimidad política.

3. Ineficacia de las interrupciones constitucionales. Efectos sobre los autores o partícipes de los hechos de fuerza

Como ya se señaló en el punto anterior y al efectuar el análisis del art. 31 de la Constitución Nacional, en los hechos, las interrupciones constitucionales —por otro lado, un proceso similar a los vividos en América latina— tuvieron eficacia normativa en tanto esos gobiernos dictaron normas jurídicas que —con sus más y sus menos y con las resistencias armadas que suscitaron— se cumplieron y obedecieron.

Pues bien, el art. 36 dispone quitar toda eficacia jurídica —los califica de insanablemente nulos— a los actos de fuerza contra el orden institucional o el sistema democrático. La norma recoge el espíritu del proyecto de Constitución de *Juan Bautista Alberdi* , contenida en el art. 27 de ese antecedente según el cual "toda autoridad usurpada es ineficaz; sus actos son nulos" (1291) . Disposición que la Constitución histórica de 1853 no hizo suya (1292) .

Los actos que la Constitución Nacional declara insanablemente nulos son los de*fuerza* contra el *orden constitucional* y el *sistema democrático* . Es decir, los *hechos* de fuerza. No se incluyen, en consecuencia, los restantes actos del Estado dictados por las autoridades de *facto* que serán nulos o anulables, según los casos. Tal como se dijo, no puede menos que compartirse la aspiración acerca de que hermenéutica del art. 36 de la Constitución Nacional no deba de efectuase por los jueces en el futuro porque la República Argentina volvió a quebrar el orden institucional. Pero una solución contraria, podría enfrentar a un gobierno constitucional ante la disyuntiva de resolver los problemas de continuidad del orden jurídico o incumplir la Constitución (1293) .

El nuevo artículo 36 de la Constitución Nacional establece dos tipos penales: a) ejecutar actos de fuerza contra el orden institucional o el sistema democrático; y b) usurpar cargos públicos, federales o locales, como consecuencia de los actos mencionados en a).

Como se advierte, ambas conductas pueden cometerse por habitantes o ciudadanos, civiles o militares y, también por autoridades nacionales o locales. Los tipos se configuran sean o no exitosos aquellos actos.

La penalidad prevista remite a lo dispuesto en el art. 29 de la Constitución Nacional para los *"infames traidores a la patria* ", reiterando los problemas que esa norma genera.

No obstante, el art. 36 contiene algunas precisiones que son sencillas de aplicar. En primer lugar adiciona a la sanción que necesariamente debe establecerse en una ley especial o en el Código Penal, la pena de inhabilitación perpetua para ejercer cargos públicos y prohíbe al presidente de la Nación usar, con los eventuales condenados, de su atribución para indultar delitos o conmutar penas (art. 99, inc. 5, de la Constitución Nacional). En segundo término, establece que esas acciones —también las civiles a fin

de obtener las reparaciones pertinentes— serán imprescriptibles. Pero no prohíbe la sanción de leyes de amnistías para estos delitos.

La norma, como toda disposición penal, no debe aplicarse retroactivamente por hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma de 1994 (1294) .

4. El derecho de resistencia

El derecho de resistencia, reconocido en el art. 36 de la Constitución incluye el derecho a desobedecer a quienes se alcen con el poder sin obtenerlo por medio de la competencia electoral o los mecanismos institucionales establecidas. Aunque la norma reconoce el derecho de resistencia a todos los ciudadanos, se entiende que los habitantes no ciudadanos también gozan de él, porque la resistencia constituye algo más que un derecho político.

5. Corrupción pública y sistema democrático

La defensa contra las distintas formas de corrupción en perjuicio del Estado asume, en el art. 36, formas menos severas que las establecidas para luchar contra quienes atenten por la fuerza contra las instituciones democráticas.

Por un lado, en la norma no aparece claramente tipificado el delito de corrupción, por lo que se lo deja librado a la reglamentación legal. Por el otro, las sanciones previstas son más leves, pues se *admite* una inhabilitación temporal para ocupar cargos o empleos públicos, si el Congreso Federal así lo dispone. Tampoco se aplica a este tipo de delitos —en la disposición constitucional— la prohibición de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Por cierto, esas medidas podrían ser dispuestas por la ley penal común.

Finalmente, el art. 36 de la Constitución manda al Poder Legislativo la sanción de una ley de ética pública sin establecer recaudo o exigencia alguna. Así, pues, la discrecionalidad del Congreso, sobre el punto, sólo está limitada por el principio de la división de poderes y los derechos y garantías constitucionales. De todos modos, la reforma constitucional de 1994 hizo visible en la Constitución uno de los problemas más graves de las democracias en general y de la Argentina, en particular.

6. La ley de ética pública

En cumplimiento del mandato constitucional, el Congreso Federal sancionó la ley 25.188, llamada de *Etica de la Función Pública*(1295) .

La norma legal prevé los deberes y pautas de comportamiento ético en la función pública (arts. 2º y 3º). Además de la honestidad, probidad, rectitud y buena fe, se exige *austeridad republicana* , virtud necesaria y que define el *modo* de ejercicio del poder. Dado que las actuaciones de la Comisión Nacional de Etica Pública pueden iniciarse por denuncia de cualquier persona, el control del *estilo* de gobierno y de la autoridad queda, también, en manos de la ciudadanía (1296) ; exige una declaración jurada de bienes, ingresos y actividades y su actualización anual (arts. 4º al 11); dispone las incompatibilidades generales (arts. 13 al 17); establece un régimen de obsequios a los funcionarios públicos (art. 18) con la prohibición absoluta de recibirlos, excepto los de cortesía diplomática que deberán ingresar al Estado; y crea la Comisión Nacional de Etica Pública, en el ámbito del Poder Legislativo (arts. 23 al 25).

7. La Oficina Anticorrupción

El art. 13 de la ley 25.233, modificatoria de la ley de Ministerios, dispuso la creación de la que denominó *Oficina Anticorrupción*(1297) . Ubicada en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a fin de que elabore y coordine programas de lucha contra la corrupción en el sector público nacional, se la dotó —en forma concurrente con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas— de las competencias y atribuciones establecidas en los arts. 26, 45 y 50 de la ley 24.946 (1298) . Estas normas ponen en cabeza de la *Oficina* , entre otras muy amplias, la competencia para requerir la colaboración de organismos públicos y privados en tareas de investigación y de policía y fuerzas de seguridad (art. 26); promover la investigación de los agentes de la Administración y efectuar investigaciones; ejercer directamente la acción pública (art. 45); disponer exámenes periciales e informar al Procurador General cuando un funcionario de los allí nombrados pueda obstaculizar la investigación (art. 50).

La creación de la *Oficina* —más allá de sus loables fines— ha suscitado dudas acerca de su conveniencia y constitucionalidad. En efecto, las facultades del organismo se superponen a las de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas y a las del Ministerio Público, generando dispendio de actividad, crecientes gastos en la persecución de los mismos objetivos y la posibilidad de que los tres órganos se traben mutuamente en el ejercicio de los controles.

Desde la perspectiva constitucional, y dado que la Oficina Anticorrupción puede constituirse en particular querellante en los procesos en que se encuentre afectado el patrimonio del Estado, puede objetarse que interfiere, siendo un organismo ubicado en la órbita del Poder Ejecutivo, con el Ministerio Público, declarado órgano independiente por el art. 120 de la Constitución Nacional(1299) .

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.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA. **Las acciones positivas a que alude el art. 37 en su último párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine.**

Concordancias: Arts. 1º; 16; 33; 38; 39; 40; 45; 51; 54; 75, inc. 23; 94; 95; 96; 97; 98, C.N.Art. 21 DUDH; art. 25 PIDCP; art. 23 CADH.

1. DERECHOS POLÍTICOS. INTERPRETACIÓN GENERAL DE LA NORMA

La norma contiene una garantía —incorpora expresa y formalmente la de los derechos políticos, basados en el principio de la soberanía popular que ya contenía el art. 33 de la Constitución histórica—; las notas que caracterizan al sufragio en el sistema argentino y una aplicación concreta del principio de igualdad material entre varones y mujeres, en material electoral.

Entre los derechos políticos garantizados se incluye, en primer lugar, el sufragio, activo y pasivo; el derecho a constituir partidos políticos o formar parte de ellos; el derecho de reunión y manifestación.

Bajo el paradigma de la Constitución anterior a la reforma de 1994, todos estos derechos encontraron sustento constitucional en el art. 14, en el 33 y en los referidos a la elección de legisladores e integrantes del Poder Ejecutivo, respectivamente. Todos esos derechos se ejercían conforme al alcance establecido en las leyes reglamentarias que, al efecto, dictaba el Congreso Federal. También en el nuevo art. 37 de la Constitución Nacional se admite la reglamentación legal de los derechos políticos, reglamentación que debe pasar y puede ser sometida, en los casos concretos, al *test* de razonabilidad, derivado del art. 28 de la Constitución Nacional.

2. LOS DERECHOS ELECTORALES

2.1. CARACTERÍSTICAS DEL SUFRAGIO

La Constitución establece las características del sufragio en la República Argentina, incorporando las notas surgidas de un largo proceso histórico que comenzó con la ley 140 (1300) , primera ley electoral del país. Las características del sufragio no obligatorio y público —o *cantado* — bajo la inexistencia de padrones electorales seguros, dado que quien quería votar debía inscribirse ante las Juntas Calificadoras de las Municipalidades de cada ciudad, favorecían diferentes formas de fraude e impedían la participación popular. La tendencia cambió con la sanción de la denominada ley Sáenz Peña 8871 (1301) que estableció el voto *universal*—a unque votaban sólo los varones— *individual* , *obligatorio* y *secreto* y el sistema electoral de lista incompleta por el que se otorgaban dos tercios de los cargos a la lista mayoritaria y el tercio restante a la lista que siguiera en número de sufragios.

De acuerdo al art. 37 de la Constitución, el voto se mantiene universal, secreto y obligatorio y es igual —lo que implica que vale del mismo modo el de un ciudadano que el de otro—. Sin embargo, ello no significa que sea único, pues la ley electoral podría establecer un sistema en el que el ciudadano tuviera más de un voto o que valiera en más de un sentido. En consecuencia, serían compatibles con el criterio constitucional tanto los sistemas mixtos —proporcional y por circunscripciones— o el de lemas, excepto para la elección presidencial (1302) más allá de la eficacia o ineficacia de este último, para la gobernabilidad política del país (1303) .

La universalidad del voto pasó de la declamación a los hechos efectivos, mediante la sanción de la ley 13.010 que incorporó a la mujer a los padrones electorales con derecho a elegir y ser elegida (1304) .

De todas las notas del sufragio, la más controvertida es la de la obligatoriedad, sobre todo impuesta desde la Constitución. Esa característica convierte al sufragio en un deber enderezado al logro del bienestar general, propio de la justicia social o general. Pero, en la misma medida, diluye su cualidad para medir la participación voluntaria y responsable, en suma, el compromiso cívico.

2.2. Derecho a elegir

Aunque el derecho a elegir es universal, también está sujeto a limitaciones en razón de la edad —no antes de los 18 años—; de la nacionalidad —argentinos nativos, por opción o naturalizados— o por causa de incapacidades de hecho o de derecho, establecidas en la ley. Todas estas limitaciones podrían modificarse por razones de conveniencia o para favorecer una mayor participación, por ejemplo admitiendo el voto de extranjeros en elecciones municipales, una experiencia del derecho local argentino (1305) . Del mismo modo, otras limitaciones podrían ingresar al derecho electoral argentino, tal como exigir la residencia en el país para ejercer el derecho a elegir, requisito que en la actualidad no existe.

Ahora bien, todas esas limitaciones deben pasar un control estricto de razonabilidad en virtud de la calidad del derecho comprometido. En

consecuencia, la restricción del derecho debe evidenciar relación y proporción con un interés legítimo e intenso del Estado a fin de no imponer barreras discriminatorias al derecho que constituye el centro de la participación política.

2.3. El derecho a elegir y ser elegido de los detenidos sin condena

Como se dijo, los derechos políticos son considerados sustanciales en una democracia. Ello no impide, desde luego, limitaciones razonables a su ejercicio. En ese sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos, en el art. 23. 2, admite la reglamentación legal del derecho al voto *exclusivamente por* —entre otras razones— *condena emitida por juez competente,en proceso penal,* sin hacer mención alguna a eventuales impedimentos por causa de detención de los procesados.

En la República Argentina, el inc. d del art. 3º del Código Nacional Electoral dispuso la prohibición de votar a los detenidos por orden de juez competente, aún no condenados por sentencia firme. Tal reglamentación fue cuestionada por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), en el caso *"Mignone, Emilio"* . La O.N.G. acreditó entre sus fines la *defensa de la dignidad humana, la soberanía del pueblo y el bienestar de la comunidad.* Esa legitimidad fue reconocida por la Cámara Nacional Electoral quien, sobre el fondo del asunto, declaró la inconstitucionalidad de la normativa cuestionada. No obstante, el tribunal entendió que correspondía a los poderes políticos establecer los mecanismos específicos para hacer efectivo el derecho al voto de los detenidos sin condena, con lo cual supeditó ese ejercicio a las instrumentaciones futuras dispuestas por los otros poderes del Estado (1306) .

La declaración de inconstitucionalidad de la Cámara luce razonable. En efecto, más allá de los eventuales problemas de seguridad —si es que se les permite sufragar a los detenidos fuera de los lugares de detención— o de las dificultades prácticas para instrumentar el ejercicio del derecho al voto de aquellas personas, en los sitios en los que se hallen alojadas (1307) , resulta evidente que, al no estar condenadas por sentencia firme, gozan de la presunción de inocencia. Por lo tanto, y en mi opinión, las eventuales restricciones a sus derechos deben ser las mínimas que implique esa detención, y que tiendan a proteger un interés público fuerte, debiendo el Estado demostrar los graves impedimentos que obstaculizarían la operatividad del derecho al voto de los detenidos no condenados.

Sin embargo, la doctrina que a su turno sentó la Corte Suprema en el caso parece no dejar margen al Estado para imponer límites al derecho a votar de los detenidos (1308) . En efecto, dado el modo en que la Cámara decidió la cuestión, los amparistas y el Estado apelaron la sentencia. Entonces, la Corte Suprema mantuvo la doctrina sobre la inconstitucionalidad de vedar el derecho al voto de las personas procesadas con prisión preventiva por violar lo dispuesto en el art. 23.2 de la Convención Americana de Derechos

Humanos, pero fue más lejos que la Cámara en el reconocimiento de los derechos electorales. Para la Corte Suprema, el pronunciamiento de grado que reconoció el derecho a votar pero lo condicionó a las medidas instrumentales que dictara en el futuro el poder político, implicaba tanto como desconocer esa facultad en los hechos (1309) .

Ahora bien, aunque por aplicación de la exigencia de idoneidad contenida en el art. 16 de la Constitución Nacional, o por las cargas que todo proceso judicial conlleva y que las personas deben soportar por las comunes exigencias de la vida comunitaria, debe tenerse en cuenta la necesidad de un Poder Judicial independiente que no se deje arrastrar por eventuales persecuciones judiciales enderezadas a neutralizar las posibilidades electorales de un candidato.

Por su parte la Corte Suprema decidió *urgir* al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo para que adoptaran las medidas necesarias a fin de hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados. En ese marco, la Corte consideró prudente disponer que el derecho al voto fuese implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses.

La regla elaborada en la sentencia, en principio ajustada a derecho, al principio de supremacía constitucional y *políticamente correcta,* parece no admitir excepciones. No obstante pueden darse situaciones —y debieron tenérselas en cuenta— en que por singulares circunstancias debidas, por ejemplo, al incremento de los delitos y el subsiguiente aumento de la población de detenidos o a las deficiencias e insuficiencias del alojamiento carcelario, resulte muy difícil asegurar en lo inmediato el goce del derecho a elegir. Se dirá que esas causas impeditivas debieran ser removidas por el Estado, quien tiene un deber positivo de asegurar el ejercicio de los derechos electorales y de no agravar la situación de los procesados. Pero, si bien ello se armoniza con la democracia representativa, con los principios de igualdad e inocencia y con lo dispuesto en el Pacto de San José, situaciones sociales complejas de cada Estado parte, o necesidades imperiosas en salud y educación pueden postergar —si resulta en lo inmediato muy oneroso— la instrumentación de los mecanismos que posibiliten la emisión del voto de los detenidos. Sería esa una carga del sometimiento al proceso en contextos sociales y económicos difíciles —enmarcada en la limitación de los derechos *por las justas exigencias del bien común* (art. 32 del Pacto de San José de Costa Rica) que, de todos modos, y atento a la doctrina de la Corte Suprema y a las obligaciones que emanan de esa Convención, no podrían prolongarse en el tiempo (1310) —.

La decisión de la Corte Suprema hizo efecto en el Poder Legislativo quien dictó la ley 25.858, modificatoria del Código Electoral Nacional a fin de posibilitar el derecho a votar de los detenidos (1311) . Por el art. 5º de esa ley se dispuso la entrada en vigencia de la norma a partir de su reglamentación por el Poder Ejecutivo, quien debía dictarla en un plazo máximo de 24 meses. El decreto fue emitido en 2006 y en las elecciones de octubre de 2007 los detenidos estuvieron, por fin, en condiciones de votar.

Las razonables limitaciones de los derechos electorales de los detenidos toma otro cariz cuando se trata no ya de la emisión del voto, sino de la

presentación de candidaturas por parte de procesados privados de la libertad ambulatoria. El caso se le presentó a la Corte Suprema antes de emitir la sentencia en *"Mignone, Emilio"* . El Tribunal debió resolver una controversia acerca del derecho a ser candidato a gobernador y a senador en la provincia de Corrientes, de dos personas con prisión preventiva. En *"Alianza Frente para la Unidad s/oficialización de lista de candidatos"* la Corte Suprema, por unanimidad, declaró la inconstitucionalidad de una ley local y de disposiciones de la Constitución de aquella Provincia, que prohibían las candidaturas electorales de quienes se encontraban procesados y privados de la libertad ambulatoria, bajo el argumento de que tales normas violaban las prescripciones del art. 23.2. del Pacto de San José de Costa Rica (1312) .

La cuestión no implicaba la necesidad de disponer medidas especiales de instrumentación del voto, porque quienes estaban detenidos eran los aspirantes a las candidaturas electorales. Sin embargo, las postulaciones generaron resistencia y escándalo público en la Provincia de Corrientes, políticamente dividida sobre el punto. Según se dijo, la Corte Suprema no había tenido en cuenta, para sentenciar, el Informe 30 del 12 de octubre de 1993, emanado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de*"Ríos Montt"* . A esta persona se le había denegado la candidatura presidencial por aplicación de disposiciones constitucionales de Guatemala que la impedían a quienes hubieran participado en golpes de estado en el país, mediante el cual asumieron el poder. La Comisión Interamericana, por aplicación del art. 32 del Pacto de San José consideró que Guatemala no había violado ese Pacto (1313) .

2.4. DERECHO A SER ELEGIDO GOBERNADOR DE PROVINCIA

Según doctrina de la Corte Suprema, los requisitos impuestos por la legislación provincial y aplicados por la jurisdicción local para la elección de autoridades de provincia, remiten a cuestiones de hecho, prueba y derecho público local que el Tribunal considera que no debe revisar. Así, la Corte rechazó el recurso interpuesto por el candidato a gobernador de la Provincia de Chaco por el partido *Acción Chaqueña* , *José D. A. Ruiz Palacios* , cuya candidatura no fue admitida por el Tribunal Electoral en razón de no haber acreditado domicilio inmediato e ininterrumpido en la Provincia por el término de cinco años (1314) . La disidencia, en cambio, entendió que el derecho a ser elegido para integrar alguno de los poderes del Estado reviste interés institucional por estar relacionado con el sistema de gobierno representativo y republicano, lo que habilita la revisión de la Corte. Sobre el fondo de la cuestión la minoría examinó la razonabilidad de la exigencia del domicilio en la Provincia de los eventuales candidatos, sus fines y medios probatorios y, calibrando las circunstancias del caso —fechas y lapso de más de cuatro años de domicilio ininterrumpido en la provincia en la que el candidato ejerció funciones públicas— concluyó en que esa situación excepcional habilitaba la candidatura (1315) . El rigorismo de la mayoría de la Corte Suprema le

impidió controlar cómo se había garantizado el derecho a ser elegido en el ámbito local, privilegiando la autonomía jurisdiccional de la Provincia.

Acerca de los requisitos para postularse a gobernador de la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia de esa provincia tuvo ocasión de examinar la razonabilidad de dos de las exigencias establecidas, al respecto, por la Constitución local. El Art. 121 de esta norma dispone que para ser elegido gobernador o vicegobernador de la provincia se requiere: inc. 1º "haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiere nacido en país extranjero"; inc. 3º "cinco años de domicilio en la provincia con ejercicio de ciudadanía no interrumpida, si no hubiere nacido en ella".

En las elecciones locales de 2007 se postularon al cargo de gobernador, entre otros, dos candidatos. Uno de ello —*Francisco de Narváez*— ciudadano argentino por naturalización, hijo de ciudadano extranjero, con quince años de ejercicio de la ciudadanía y residente en el país desde 1958. El otro, quien a la postre resultó electo gobernador —*Daniel Scioli*— había residido en la Provincia de Buenos Aires durante más de cinco años, ejercido la ciudadanía por ese lapso —aunque no en esa jurisdicción y era vicepresidente de la Nación en ejercicio—. Todas estas circunstancias de los postulantes fueron puestas de manifiesto por la Suprema Corte local y, en el caso de *Scioli* , se señaló expresamente que su calidad de vicepresidente de la Nación le proveía de conocimientos suficientes de la República en su totalidad.

A partir de las referidas circunstancias, en ambas sentencias, la Suprema Corte provincial efectuó lo que llamó un examen estricto de razonabilidad de los requisitos*personales* exigidos para ejercer el derecho político de ser elegido gobernador. Analizó la cuestión de la igualdad, implicada en el caso "*De Narváez",* y una interpretación de la norma constitucional, leída a favor de la amplitud del derecho en el caso "*Scioli* " (1316) .

De las sentencias referidas puede extraerse una regla —aplicable, por cierto en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires— en virtud de la cual deben de examinarse rigurosamente y de modo estricto, los requisitos*personales* establecidos en la Constitución para limitar el acceso a las candidaturas electorales. Según lo entiendo, por el razonamiento seguido en ambos fallos, esta regla no sería aplicable —no debería serlo— a las exigencias *institucionales* , como por ejemplo, los limites a las reelecciones en los cargos.

Algunos pocos días antes de fallar el caso *"Acción Chaqueña* " la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el recurso extraordinario *per saltum* interpuesto por el *Partido Demócrata Cristiano* (Distrito Córdoba) contra la decisión de la Junta Electoral que desestimó la impugnación de la candidatura a gobernador de *Eduardo César Angeloz.* El conflicto se había suscitado por la interpretación de la nueva Constitución de la Provincia de Córdoba que habilitaba la reelección del gobernador por una vez, en razón de que el candidato había cumplido un período de gobierno bajo la anterior Constitución, que vedaba la reelección, y otro período bajo la vigencia de la nueva norma básica, que sí la autorizaba, pero por una vez. Al rechazar el recurso —por no estar en juego una excepción al requisito del superior tribunal de la causa— sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, la Corte

Suprema dejó firme la decisión que posibilitó un tercer período consecutivo de *Angeloz* al frente de la gobernación de Córdoba (1317) . Estas decisiones jurisdiccionales que, a mi modo de ver, violaban la finalidad de la Constitución de la Provincia de Córdoba en punto a los límites impuestos a las reelecciones, dio lugar a que los convencionales nacionales de 1994 que admitieron la reelección presidencial por un período consecutivo, aclararan y dispusieran, en la cláusula transitoria novena, que "el mandato del presidente en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma, deberá ser considerado como primer período". La cláusula —razonable, republicana— pese a los intentos en contrario, fue respetada. Aunque, debe decirse, los ensayos de perpetuación en el poder, casi nunca se abandonan del todo en la República Argentina aunque toman diferentes modalidades.

Por otra parte, la prohibición de la reelección inmediata de los gobernadores, por una vez, dos veces o indefinida, no viola el principio democrático ni la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, pues, ese límite, no implica discriminación alguna dado que se aplica a todos los eventuales aspirantes a ese cargo por igual. Tampoco la prohibición de la reelección lisa y llana afecta aquellos principios, pues constituye una opción de los constituyentes nacionales o, en su caso, de los provinciales para estructurar el poder. La Corte Suprema tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la eventual inconstitucionalidad de una constitución provincial que impedía la reelección del gobernador. En el caso *"Partido Justicialista c. Provincia de Santa Fe",* el Tribunal rechazó los agravios referidos a la supuesta violación de la igualdad y del sistema representativo, establecidos en la Constitución Nacional y no consideró que el Pacto de San José de Costa Rica amparaba a la actora (1318) . Por otro lado, la reelección de los ejecutivos —del orden nacional o local— no constituye una característica diferencial del sistema republicano ni se opone a éste, aunque no hay duda que la periodicidad de los mandatos se encuentra más cerca del espíritu que anima a los arts. 1º, 5º y 123 de la Constitución Nacional que el eventual derecho de un ciudadano a la reelección del Poder Ejecutivo (1319) .

2.5. Derecho a elegir y certeza en la competencia electoral

Entre la preservación del derecho a elegir y la certeza en el resultado de las elecciones la Corte Suprema privilegió este último interés, abriendo la instancia extraordinaria para, finalmente, negar la revisión de un resultado electoral conforme lo había resuelto la Cámara Nacional Electoral. A pesar de sostener que "el derecho electoral tiende a garantizar la efectiva vigencia del principio democrático de la representatividad popular, lo que obliga a superar óbices formales no sustanciales para que sobre las reglas del proceso prevalezca el derecho de los votantes y del partido beneficiado", en el caso se pronunció por el respeto estricto de los plazos para impugnar el resultado de los sufragios. Fundó su decisión en que aquel proceso electoral tiene también por finalidad "conducir reglamentadamente el conflicto que toda competencia por el poder supone, a través de medios pacíficos y ordenados

según el imperio de las leyes", pues, "en este aspecto, la normativa electoral busca dar certeza y poner fin a las disputas mediante la rápida definición de situaciones jurídicas conflictivas que trascienden el interés de los partidos y afectan el normal desenvolvimiento institucional" (1320) . Para armonizar los dos intereses, el derecho a elegir y la certeza en la competencia electoral, la Corte revocó una sentencia de la Cámara Nacional Electoral que dispuso la nulidad de los comicios celebrados en el partido de Avellaneda en 1991, por una serie de irregularidades alegadas fuera del término legal. La Corte consideró que los plazos de impugnación contenidos en los arts. 110 y 111 del Código Nacional Electoral no constituyen sólo una valla procesal a las reclamaciones extemporáneas sino un medio de dar certeza a los procesos electorales y poner fin a disputas que afectan el desenvolvimiento institucional. Al declarar la validez de lo resuelto por la Junta Electoral, la Corte Suprema tomó en cuenta las conductas de los apoderados y fiscales del partido reclamante, que convalidaron las decisiones de aquella junta.

El interés por finalizar la controversia electoral —nada menos que en la elección de electores presidenciales en los Estados Unidos de Norteamérica— llevó a la mayoría de de la Suprema Corte de ese país a dejar sin efecto la decisión de la Corte estadual de Florida, quien había ordenado el recuento manual de votos en ese distrito, ante las discrepancias que se alegaban respecto al conteo de los sufragios, efectuado por las máquinas electorales (1321) . La controversia tuvo en vilo al país y, al aceptar resolverla, la Suprema Corte federal abandonó su antigua doctrina acerca de que ella debía deferencia a las decisiones que tomaban las cortes estaduales en cuestiones referidas al significado de leyes locales, tal como la que se presentaba en el caso en que se discutía la hermenéutica de normas electorales de un estado de la Unión.

El sistema de elección presidencial en los Estados Unidos —indirecto, por medio de electores que eligen los diferentes Estados— acuerda una importancia decisiva a alguno de éstos por el número de electores que aportan al Colegio Electoral. En las elecciones de 2000, el candidato presidencial por el Partido Demócrata *Al Gore* había obtenido cerca de 350.000 votos más que su rival por el Partido Republicano, *George W. Bush* . No obstante, lo decisivo, tal como se había desarrollado la contienda electoral de ese año era el resultado en el Estado de Florida donde las distancias en sufragios entre uno y otro candidato resultaron mínimas. En tal contexto, se impugnó en Florida el conteo de los votos por las máquinas. Al hacer lugar a los reclamos y ordenar el recuento manual de los sufragios —*porque cada uno de los votos cuenta* — la Corte local eligió una interpretación de las normas electorales del distrito que privilegiaba el principio de representatividad.

En cambio, la mayoría de la Suprema Corte entendió que en el caso había una cuestión justiciable porque el recuento ordenado por el tribunal de Florida no garantizada el igual tratamiento de los electores ni salvaguardaba los estándares mínimos de procedimiento no arbitrario para asegurar un derecho fundamental. Pero, el efecto de tal decisión implicó "quitar el voto a un número indeterminado de votantes, cuyas boletas revelan su intención pero que por

alguna razón han sido rechazadas por las máquinas contadoras de votos" (1322) .

El problema presentaba, pues, dos aristas jurídicas. En primer lugar la afectación del sistema federal al controlar la Corte Suprema decisiones locales detraídas a su jurisdicción, según su propia doctrina. En segundo término, la alteración del principio representativo al mantener sin término la incógnita acerca del verdadero resultado de la elección. No obstante, el impacto mayor de la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos debe medirse en términos de su propia credibilidad como tribunal independiente.

3. Deber de votar y libertad de conciencia

El sistema electoral argentino dispone la obligatoriedad constitucional del sufragio y establece sanciones para el caso de incumplimiento de tal deber sin justificar la no emisión del voto (art. 125, C.N.E.). En los hechos, después de cada elección, solía dictarse una ley de amnistía para los infractores, con lo que se atenúa el efecto obligatorio.

El criterio elegido por el sistema argentino es discutible (1323) . Puede cuestionarse la necesidad o eficacia del deber de votar en términos del desarrollo de la conciencia cívica de los ciudadanos o de la representación política ampliada. También puede impugnarse la razonabilidad de someter a proceso a los infractores para luego imponer multas irrisorias a un gran número de ciudadanos que no cumplieron la obligación de sufragar, sobrecargando el trabajo judicial. Pero éstas son razones de conveniencia, o eficacia, propias de la decisión política.

Ahora bien, después de la sanción del art. 37 de la Constitución Nacional no es posible sostener la inconstitucionalidad de la obligatoriedad del voto. De todos modos, conviene examinar este deber constitucional en relación con la objeción de conciencia.

Con anterioridad a 1994, la Cámara Nacional Electoral tuvo ocasión de pronunciarse sobre el punto, ante la queja presentada por ciudadanos a quienes se les rechazó la justificación de la no emisión del sufragio, fundada en razones de conciencia que les impedían participar en las elecciones de autoridades porque, para sus convicciones religiosas, sólo Dios podía establecer aquellas autoridades. El Tribunal rechazó los agravios porque la apelante no había planteado ante el juez de grado la inconstitucionalidad de las leyes que imponían la obligatoriedad del sufragio. Pero, además, la Cámara consideró que, en realidad, la apelante había consentido el sistema, al no impugnar su inclusión en el padrón que la integraba al cuerpo electoral de la República y desestimó que la emisión obligada del sufragio interfiriera con la libertad de conciencia, pues ésta encontraba suficiente resguardo en el voto secreto, instrumento creado, precisamente, para evitar intromisiones o presiones sobre las creencias personales (1324) .

4. La igualdad política. Alcance. Ley de cupo femenino

Las acciones positivas, de discriminación positiva o de discriminación inversa plantean una serie de cuestiones referidas a la violación o no del principio de igualdad —sobre todo cuando se aplican a las *categorías sospechosas*— y a la efectiva conveniencia y eficacia de aquéllas para favorecer la igualdad (1325) . De todos modos no afectarían la igualdad, en sentido estricto, si esas medidas fuesen temporarias, hasta tanto las barreras culturales que limitan la igualdad cedan y los prejuicios desaparezcan.

Por ello, lo reglado por la cláusula transitoria segunda, correspondiente al art. 37 de la Constitución es, por decir lo menos, inconveniente. La mencionada cláusula transitoria, al mandar que las acciones positivas en materia de acceso a los cargos electivos no podrán ser inferiores a las ya vigentes, estaba haciendo referencia a la llamada ley de cupo femenino 24.012 y a su entonces decreto reglamentario 379/93 (1326) . Con ello la cláusula transitoria está constitucionalizando —es decir, haciendo permanente, salvo reforma constitucional— una medida que por naturaleza debe ser transitoria. Claro que, para atemperar este efecto, la misma norma establece que esas medidas durarán lo que el Congreso disponga. Es decir, está habilitando al Congreso a modificar el criterio sin caer, por ello, en inconstitucionalidad.

En lo que aquí interesa, la ley 24.012 (1327) dispuso que las listas de postulantes que se presenten —para las elecciones nacionales— "deberán tener mujeres en un mínimo del 30 % de los candidatos a los cargos a elegir *y en proporciones con posibilidad de resultar electas".* Más allá de la oscuridad de este último párrafo y antes de la reforma constitucional de 1994, se ha sostenido la constitucionalidad de la ley de cupos como un aplicación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1328) que permite esta discriminación positiva y temporal (1329) .

Así pues y como con acierto lo sostuvieron *Kemelmajer de Carlucci* y *Nanclares,* en su voto en disidencia en *"Mónaco Elba G.",* gusten o no gusten estas soluciones desde el punto de vista ideológico, las discusiones desde la perspectiva constitucional concluyeron en la República Argentina con la sanción de los arts. 37 y 75, inc. 23. *Las acciones deben ser positivas y no meramente declamativas*(1330) .

El descontento de las mujeres con actuación política, por el modo en que los partidos políticos y alianzas electorales interpretaban la ley 24.012 y se decreto reglamentario —incluida la tabla que éste había creado para los casos en que por el número de cargos a elegir el porcentual del 30 % fuera con decimales— llevó a la derogación del decreto reglamentario y a su sustitución por el Decreto 1.246/2000(1331) . En los fundamentos de este decreto se hizo mérito de que la ley 24.012 había contemplado una participación de mujeres del 30 %, como mínimo, en las listas de candidatos

a cargos electivos de diputados, senadores y convencionales constituyentes; que a pesar de los términos de la reglamentación que tuvo como objeto unificar los criterios sobre el punto, los Partidos Políticos y las decisiones judiciales evidenciaban discordancias en la aplicación del cupo femenino; que por los tiempos acotados para tramitar las impugnaciones durante los procesos electorales, muchos conflictos sobre la cuestión no habían podido llegar a la Corte Suprema, y que la Comisión Americana de Derechos Humanos había declarado admisible el caso "*María Merciadri de Moroni. Argentina* ". Las gestiones amigables de la Comisión Americana ayudaron a la emisión de una norma reglamentaria más ajustada a la pauta legal y todo el proceso puso de manifiesto cuanta resistencia generó aplicar sin distorsiones la ley de cupo femenino en materia electoral.

Por su parte, la Corte Suprema ha sostenido que el modo con arreglo al cual deben integrarse las listas de candidatos a cargos públicos electivos, respetando la ley de cupo femenino, constituye una cuestión que por lo regular remite al examen de materias extrañas a la instancia extraordinaria (1332) .

Art. 38. — 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 patrimonios.

Concordancias: Arts. 1º, 14; 22; 28; 33; 36; 37; 45; 54; 99, inc. 3, C.N.Arts. 16 y 23 CADH.

1. Los partidos políticos y el sistema democrático. Interpretación general de la norma

Los partidos políticos, grandes protagonistas de los sistemas institucionales en las democracias modernas, ingresaron en la Constitución Nacional mediante la reforma de 1994 que estableció garantías para su creación, funcionamiento y libertad de acción con el único límite del respeto a la Constitución Nacional.

En tanto asociaciones que son, ya estaban reconocidos por el art. 14 de la Constitución histórica y en el art. 33 de esa norma, en tanto ésta proclama los derechos implícitos que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Regulados e institucionalizados en las constituciones modernas o por los estatutos legislativos, son identificados con la democracia misma. De ahí que los sistemas pluralistas hayan manifestado la preocupación por la naturaleza e identidad de los partidos políticos; y los consecuentes problemas del control estatal, anterior y posterior al nacimiento de los mismos y el reconocimiento u otorgamiento de la personalidad jurídica de aquellas asociaciones.

En la República Argentina se han sancionado diversas reglamentaciones legislativas sobre partidos políticos, en ocasiones proscriptivas e inconstitucionales. Los principios garantistas del art. 38 de la Constitución Nacional proporcionan criterios para examinar la razonabilidad de las normas legales reglamentarias, básicamente acerca del control estatal —administrativo o jurisdiccional— de los partidos políticos.

2. Significado de los partidos políticos

Puede considerarse a los partidos políticos instrumentos indispensables en el proceso de acceso al poder, tanto en las democracias liberales como en las modernas autocracias (1333) . En efecto, la complejidad de los asuntos públicos es tan grande que "ninguno de los tipos gubernamentales de la democracia constitucional podría funcionar sin la libre competencia de los partidos y ninguna autocracia autoritaria sería posible sin el partido único, institución destinada a movilizar y controlar a las masas" (1334) . Por su parte, la doctrina de la Corte Suprema argentina les ha reconocido como misión el de ser "mediadores entre la sociedad y el Estado" (1335) .

Sin embargo, pese a la importancia real del partido político en la sociedad contemporánea, las constituciones del siglo pasado no lo regularon. La legislación o los usos sociales crearon las normas reglamentarias de aquellos, pero ni unas ni otros han reflejado la influencia arrolladora del partido en la dinámica del poder "... que yace en el hecho de que son ellos los que designan, mantienen y destruyen a los detentadores del poder en el gobierno y en el parlamento" (1336) .

Manifestación social por naturaleza —el partido político no puede crearse sólo por decreto— fue el enlace natural entre la sociedad civil y el poder. En la sociedad moderna, el partido político sirve a la selección de personas con una visión global, general, de los problemas y aunque representen segmentos sociales diferenciados, las políticas públicas que propician toman en consideración —por lo menos— la totalidad social. Constituyen la base de sustentación de los técnicos y especialistas, quienes suelen tener una perspectiva parcial de los problemas a resolver, dándoles la necesaria amplitud de miras. Sirven, también, como canal de comunicación —aun en la

confrontación de ideas— entre los distintos sectores sociales que los componen.

"Desde el punto de vista sociológico los partidos políticos han sido siempre organizaciones mixtas: parte comunidad de identidad y parte comunidad de intereses. Cuanto más se acercan los partidos a la figura de comunidad de identidad mayor es el peso de los intercambios simbólicos y mediatos para su reproducción institucional. Los adherentes contribuyen con trabajo voluntario y votos, los partidos retribuyen símbolos de identificación poderosos y políticas basadas en compromisos ideológicos fuertes, Cuanto más se acercan los partidos a la figura de comunidad de intereses, mayor es el peso de los intercambios materiales e inmediatos: los contribuyentes aportan dinero, los partidos retribuyen decisiones de gobierno que promueven los intereses de los contribuyentes"(1337) .

La acción de los partidos políticos tiene antigua data en la República Argentina. Antes de su reglamentación legal o constitucional los partidos —a veces facciones enfrentadas violentamente como la de los*unitarios* y los *federales* antes de la organización nacional— (1338) se desenvolvieron con características propias en un marcado bipartidismo. En efecto, es recién a partir de 1931 que, con el decreto ley del 4 de agosto de ese año, se inicia su regulación normativa, precisamente cuando más se los denostaba, y quizás por ello. A partir de entonces, se plantean en la República Argentina los problemas relativos al control estatal de los partidos políticos.

3. La personalidad jurídica del partido político, instrumento del sistema democrático

Pese a que el artículo 33 del Código Civil Argentino, reformado por la ley 17.711, no lo menciona en la enumeración de las personas jurídicas de carácter público, el partido político es considerado, por parte importante de la doctrina, como una "persona de derecho público no estatal o sea, una persona jurídica emplazada en el área del derecho público" (1339) . Por cierto que "reconocerle carácter de persona de derecho público, no implica que el partido esté en el Estado" porque hay otros órganos dentro de la sociedad que sin ser el Estado ejercen función pública. La sociedad también tiene cuerpos de gestión pública (1340) .

Entre los entes políticos creados en virtud del derecho de asociación política, más o menos estructurada u orgánica, pueden diferenciarse tres tipos: los partidos propiamente dichos, las agrupaciones políticas y los movimientos políticos, otorgándose a los partidos políticos el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídico política y de derecho privado y, a las agrupaciones, sólo el reconocimiento de su personería jurídica como personas de derecho privado (1341) .

Considerado como una cuña entre el Estado y la sociedad, la Ley Orgánica de los Partidos Políticos de la provincia de Santa Fe los definía como sujetos

auxiliares del Estado, necesarios para la formación y expresión de la voluntad política del pueblo. Aunque también se ha sostenido que los partidos políticos son asociaciones jurídicas privadas, permitidas por el derecho de libre asociación (1342) .

Por su parte, la ley 23.298 (1343) —en su artículo 2º— considera que los partidos son instrumentos necesarios para la formulación y realización de la política nacional y a ellos les incumbe, en forma *exclusiva* , la nominación de candidatos para cargos electivos por disposición de aquella ley (1344) .

Asimismo, varias constituciones provinciales se han ocupado de los partidos políticos. Esos ordenamientos jurídicos reconocen y aseguran la existencia de los partidos políticos como personas jurídicas de derecho público no estatal (1345) o los definen como canales de expresión de la voluntad popular e instrumentos de participación, formulación de la política e integración del gobierno (1346) .

Sin embargo, el análisis sobre la naturaleza jurídica del partido político no resuelve, por sí solo, problemas esenciales que los afectan y derraman sus consecuencias sobre toda la sociedad, quien padece los efectos del excesivo internismo y de la defensa corporativa de intereses partidarios. En la sociedad moderna se reprocha a los partidos el estar más interesados en la política agonal —la lucha por alcanzar y mantener el poder— que por la política arquitectónica a fin de construir una sociedad más justa e igualitaria.

En efecto, la creciente burocratización de sus cuadros, producto de la racionalización del poder, las cuestiones referidas a la duración y financiamiento y costo de las campañas electorales, con los eventuales compromisos celebrados con los grandes grupos económicos sostenedores; las relaciones del partido político y los gobernantes electos postulados por aquél, que incluye la espinosa cuestión acerca del mandato imperativo; las encuestas en *boca de urna* por las que es posible informar acerca del resultado de la elección, inmediatamente después de haber cerrado los comicios; el problema del eventual control ideológico de los partidos y el papel del Estado en esa función, son otras tantas cuestiones en debate.

Al respecto, el art. 38 de la Constitución Nacional, al mismo tiempo que jerarquiza a los partidos políticos, establece garantías para su creación y funcionamiento, atribuciones, derechos, deberes y dispone, implícitamente, límites a su creación y el consecuente control estatal, sobre ello.

4. Nacimiento y extinción de los partidos políticos

El art. 38 de la Ley Suprema asegura la libertad y funcionamiento de los partidos políticos, *dentro del respeto por la Constitución* . Ello supone, implícitamente, que no habría libertad para constituir un partido político contrario a las disposiciones de la Constitución, sus principios y valores. El punto remite a la cuestión crucial del llamado partido *antisistema,* cuya existencia pone en peligro la democracia misma pero cuya prohibición deja en entredicho al sistema liberal.

La Ley Orgánica de los Partidos Políticos 23.298, dictada con anterioridad a la sanción de la reforma constitucional de 1994, establece requisitos o condiciones que estima sustanciales para la existencia de los partidos, referidos a la organización y reconocimiento judicial (arts. 3º, 7º y sigtes.), e indica sus derechos y obligaciones. No establece, en cambio, ningún deber acerca del contenido de la plataforma partidaria ni del programa —tanto para los partidos de distrito cuanto para los nacionales— (art. 7º, inc. c y art. 8º, inc. b). En cambio, en el art. 1º, referido a los ciudadanos, les garantiza el derecho de asociación política para *agruparse en partidos políticos democráticos.*

¿Opera esa declaración —o condicionante— como un impedimento a la asociación política en partidos no democráticos? ¿Se entiende el requisito sólo obligatorio para el funcionamiento interno del partido, como parece indicarlo el texto del art. 3º, inc. b? Y, en todo caso, ¿a qué democracia se hace referencia? ¿A la pluralista, que supone la competencia partidaria o basta la adhesión a los principios de las democracias populares de partido único? El art. 6º de la ley 23.298, faculta a la Justicia Federal con competencia electoral a controlar el cumplimiento de las obligaciones partidarias, entre las que se encontraría la de constituir partidos democráticos. De todos modos, el art. 38 de la Constitución Nacional, se refiere a las garantías de los partidos, empleando el plural para éstos, lo cual denota que el presupuesto es el de la existencia múltiple de ellos.

La agrupación en partidos políticos *democráticos* parece ser, entonces, el único requisito de contenido ideológico impuesto por la reglamentación, entendido éste, en realidad, como una práctica de organización interna, requerida, también, por imperio constitucional. En consecuencia, la libertad más amplia, como garantía de la plural competencia, da cabida a todo el espectro del pensamiento político, sin restricción alguna.

De todos modos, la Ley Orgánica de los Partidos Políticos parece estar en sintonía con el art. 36 de la Constitución Nacional, de defensa del sistema constitucional contra los actos de fuerza contra ese sistema (1347) , pero el art. 38 impone una concordancia más amplia con la Ley Suprema.

Según la ley 23.298, el control se ejerce —ya nacido el partido— no sobre las ideas, plataformas o programas, sino a través de las causales de extinción de aquel, fundamentalmente las prescriptas en el art. 51, incs. d y e. En efecto, los partidos se extinguen cuando [sus] autoridades o candidatos no desautorizados por aquellas, cometieren delitos de acción pública o por impartir instrucción militar a los afiliados y organizarlos militarmente. Estas dos disposiciones y especialmente la segunda, imponen como límite a la existencia del partido, el rechazo por éste de las reglas del juego democrático, esto es, la sustitución de la competencia político-electoral por la acción delictiva y fulmina al partido que elige —*no doctrinariamente* sino en los hechos concretos— la vía violenta de acceso al poder (1348) .

Por cierto, la extinción prevista en la ley debe ser declarada por sentencia de la Justicia Federal con competencia electoral con todas las garantías del debido proceso (art. 52) lo que asegura la defensa más amplia del partido político.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la ley contra la discriminación 23.592 (1349) . En efecto, el art. 3º de esa norma reprime con prisión de un mes a tres años a los que participaren en una organización o realizaren propaganda basada en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tenga por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. Claramente, en el tipo penal se incluyen las conductas de quienes participen en organizaciones tales como las nacionalsocialistas o las del *Ku-Klux-Klan* por nombrar dos de las más notorias organizaciones que formulan la apología de la discriminación violenta (1350) . Ahora bien, ¿resulta consistente sancionar a quienes participen de tales organizaciones —políticas o sociales— y, al mimo tiempo, autorizarlas? Estimo que la armonización entre la Ley Orgánica de los Partidos Políticos y la ley contra la Discriminación surge del art. 38 de la Constitución en tanto garantiza la creación y funcionamiento de los partidos *dentro del respeto a la Constitución* . Aunque, desde luego, la delimitación entre los derechos a la libre expresión y a la asociación, y los deberes de no discriminar, ni asociarse para discriminar, no siempre es sencilla.

5. Atribuciones de los partidos políticos. La postulación de candidatos

Varios estatutos reglamentarios de los partidos políticos establecieron el monopolio partidario de las candidaturas electorales (1351) , criterio que no es unánimemente compartido (1352) aunque algún constitucionalismo provincial, desarrollado después de 1986, se inclinó por mantener aquel monopolio partidario (1353) .

No obstante, aunque podría afirmarse que la actividad de los partidos políticos ha producido cambios de importancia en los procesos electorales y aun en la teoría de la representación, esas modificaciones no serían suficientes para admitir que el cuerpo electoral elija como sus representantes a partidos y no a candidatos. Tampoco de la ley que regula los partidos políticos surge, según la Corte Suprema, que aquellos prevalecen sobre los candidatos, ni nada impide "a dos o más partidos la oficialización en sus respectivas boletas electorales de una misma y única listas de candidatos a los efectos de la suma en el acto del escrutinio". Como se dijo en *"U.C.R., CFI-Partido Federal y Frejupo"* , lo contrario significaría, por un lado, torcer la voluntad popular —que al optar por dos listas diferentes eligió a idénticos candidatos— y, por otro, obligar a estos a competir contra sí mismos (1354) . El abuso de esta práctica ha sido funesta para los partidos políticos.

Los partidos políticos que son "auxiliares del Estado, organizaciones de derecho público no estatal, necesarios para el desenvolvimiento de la democracia" no sustituyen la *relación* entre candidatos y electores y tienen

sólo la función de "proveer la dirección política de la alta jerarquía en el Estado, formular los planes para la realización de la política nacional, seleccionar lo mejor de sus candidatos para cargos públicos electivos, canalizar la voluntad popular y la opinión, mediante una constante labor de información política al pueblo" (1355) .

Con esa pauta de la primacía de la relación entre los electores y los candidatos, la Cámara Nacional Electoral resolvió el caso *"Apoderados de la Unión Cívica Radical s/solicitan certificación* ". Dijo el tribunal que *el cuerpo electoral no elige a representantes de partidos políticos sino a candidatos postulados por ellos, sin que elart. 38de laConstitución Nacionalaltere ese principio* , ya sea que la lista esté integrada por candidatos de una agrupación o de una alianza electoral. En el caso, la demandante pretendía que se dejara sin efecto el orden de lista presentada en las elecciones nacionales, a fin de que para reemplazar a un diputado que había renunciado, se eligiese al suplente del partido político a que el renunciante pertenecía y no al que le seguía en el orden de lista, miembro de otra agrupación que formaba la alianza electoral (1356) .

Esta atenuación de la importancia de los partidos políticos en la doctrina de la Corte Suprema es, sin embargo, relativa, pues, en el caso, la decisión de oficializar la misma lista de candidatos partió de los partidos, quienes conservaron todos los derechos que al mantener su independencia partidaria les concedía la legislación. Por otro lado, en la sentencia se mantuvo, implícitamente, la doctrina acerca de la constitucionalidad del monopolio partidario sobre las candidaturas electorales.

De todos modos, con anterioridad, la Corte Suprema había resuelto que el monopolio partidario de las candidaturas a cargos electivos no violaba el art. 28 de la Constitución Nacional, dado que la norma que imponía aquel monopolio no era irrazonable (1357) .

En defensa situada del monopolio partidario de las candidaturas, ligado a la consolidación y estabilidad de la democracia, el voto en concurrencia del ministro *Petracchi* sostuvo que ese sistema puede requerir la concentración de esfuerzos, incluso en detrimento de formas que como las candidaturas independientes a cargos electivos, si bien pueden ser encomiables por el incremento de la libertad individual que entrañan, "no se insertan en las prácticas políticas argentinas como para que su establecimiento sea aconsejable en la etapa de transición" (1358) . Esta doctrina posee un doble efecto en el ejercicio de los derechos políticos pues, por un lado, impide la presentación de candidaturas fuera de las listas oficializadas de los partidos políticos —prohibición que admite transitoria, para esa etapa del desarrollo institucional— y, por el otro, considera razonable el recorte en el ejercicio de algunos derechos políticos, a fin de afianzar el sistema global.

Ahora bien, el art. 38 no impone expresamente el monopolio partidario en la postulación de candidatos a cargos electivos (1359) pero emplea una frase ambigua, en tanto garantiza *la competencia de los partidos políticos para la postulación de candidatos*(1360)*.* Sin duda la expresión es abierta y podría sostenerse que, en realidad, el art. 38 de la Constitución no resuelve el punto (1361) admitiendo tanto una como otra solución, salvo para las

postulaciones a senadores nacionales en las que el monopolio partidario deriva del art. 54 de la Constitución Nacional(1362) . En realidad, esta norma ha hecho algo más que reservar a los partidos políticos, exclusivamente, la postulación de las candidaturas senatoriales, ha establecido la representación político-partidaria, junto con la representación federal, en el Senado de la Nación (1363) .

Acerca de la preferencia establecida en la ley 23.298, luego de que la Corte Suprema se pronunciara por la constitucionalidad del monopolio de los partidos políticos para la postulación de candidatos, en el mencionado caso *"Ríos"* , éste denunció ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que la ley interna argentina violaba la Convención Americana de Derechos Humanos, pero la queja fue rechazada (1364) .

Sin embargo, la Cámara Nacional Electoral volvió a examinar la cuestión. A propósito de la eventual modificación de la doctrina de la Corte Suprema —acerca de que no resultaba inconstitucional el monopolio legal otorgado a los partidos políticos para postular candidatos a cargos electivos— el tribunal analizó si la incorporación del art. 38 a la Constitución Nacional autorizaba la mudanza de aquella jurisprudencia (1365) .

En primer lugar, la Cámara Electoral —siguiendo la doctrina *"Ríos" (Fallos* 310:819)— reconoció la existencia de *caso, causa* o *controversia* , pese a que el demandante no había intentado oficializar su postulación y, por ende, ésta no fue rechazada por la justicia electoral. Pero, sobre el fondo del asunto, interpretó el art. 38 de la Ley Suprema en el sentido de que *la norma no impone ni prohíbe el monopolio partidario de las candidaturas*(1366) . En su consecuencia, sostuvo que correspondía al Congreso establecer el sistema más adecuado a fin de armonizar el interés privado y el público, comprometidos en la controversia.

El tribunal —con cita de la opinión doctrinaria de *Daniel Sabsay* — se hizo cargo de la crisis que acusan en la actualidad los partidos políticos, y [de] la indiferencia que ellos producen en la inmensa mayoría de la ciudadanía [todo lo cual] constituye un desafío a la búsqueda de soluciones que "oxigenen" su desenvolvimiento (1367) . No obstante esa aseveración que hizo suya —y que no puede sino compartirse, según lo que expresa el descontento de la opinión pública manifestado con mayor virulencia entre fines de 2001 y mediados de 2002— la Cámara no exploró ni aplicó al caso la doctrina de la Corte Suprema sobre la *inconstitucionalidad sobreviniente* o, quizás, en términos de *Néstor Sagués* , la *inconstitucionalidad relativa* .

Ambos criterios —pero más el primero que el segundo— evalúan la conformidad o disconformidad con la Constitución de las leyes cuestionadas a partir de circunstancias singulares, cambios en la apreciación social de los hechos y hábitos, mudanza, en fin, de las valoraciones que tiñen las relaciones sociales. En ese sentido, el ministro *Fayt* , consideró en *"Sejean c/Zack de Sejean"* que la ley de matrimonio civil había devenido inconstitucional por mutaciones de ese tipo. Dijo entonces el magistrado que el control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales.

Más adelante, la Corte Suprema en los casos *"Smith* " y "*Tobar* " sostuvo —implícitamente en el primero y de modo expreso en el segundo— que la devaluación de la moneda había tornado inconstitucionales una serie de normas (1368) .

Pues bien, si lo que el tribunal electoral señaló acerca de la crisis de los partidos políticos era notorio en 1995, en septiembre de 2002 lucía sensiblemente agravado. Las desdichas institucionales del país —renuncia del presidente de la Nación en ejercicio; dos designaciones del reemplazante por la Asamblea Legislativa; adelantamiento del plazo establecido por esa Asamblea para elegir popularmente al binomio presidencial, decidido por el presidente designado por la Asamblea; claro descontento popular ante la crisis económica y social no resuelta— instalaron una desafortunada consigna —aunque no por ello menos comprensible— reclamando *que se vayan todos* (los funcionarios elegidos). Si a ello se suma que la tan mentada reforma política quedó inconclusa y el Congreso no sancionó las leyes pertinentes, pedidas desde todos los sectores, *el cambio de las circunstancias* proporciona un elemento nada desdeñable para examinar la ley impugnada y evaluar si, acaso, las candidaturas independientes no constituyen un modo participativo de reproche a estructuras partidarias que, si bien necesarias, no han estado a la alturas de las demandas sociales.

De otro lado, la inercia legislativa para aprobar o siquiera tratar la modificación de los sistemas electorales o la derogación de la norma que asegura, de modo inconstitucional, cinco diputados cómo mínimo a cada distrito excepto a la provincia de Tierra del Fuego, hace altamente dudoso que el Congreso se aboque a modificar la ley que asegura a los partidos políticos el control de la distribución del poder.

6. Deberes de los partidos políticos

6.1. Competencia para la postulación de cargos electivos. Las internas abiertas

Dado que el significado del término competencia se abre en dos sentidos: la aptitud para presentar ante la sociedad los candidatos partidarios y la disputa interna para elegir *en* el partido esos postulantes a los cargos electivos, cabe preguntarse si esa lucha partidaria es obligatoria o facultativa. Teniendo en cuenta que el art. 38 de la Constitución también garantiza la representación de las minorías, las elecciones internas partidarias resultan obligatorias si se efectúa una interpretación armónica de toda la disposición.

No obstante, no parece derivarse de la Constitución el que las internas partidarias deban ser abiertas a los no afiliados y menos que se imponga

obligatoriamente sufragar en ellas a todo el cuerpo electoral. Pero tampoco sería inconstitucional instrumentar mediante la reglamentación legal, internas abiertas para alguna de las candidaturas. La decisión es una cuestión de conveniencia y depende de los contextos y las necesidades sociales y el desenvolvimiento de la vida político-partidaria. La apertura de la competencia para la postulación de candidatos a no afiliados posibilita un mayor control social sobre la calidad de los postulantes, pero puede producir la interferencia de unos partidos políticos sobre los otros, si es que la reglamentación no cuida de controlar que los electores voten en una sola interna partidaria y que los afiliados a un partido político no voten en las internas de otra agrupación partidaria (1369) .

El proyecto de celebrar elecciones internas abiertas y simultáneas en los partidos políticos tiene antigua data en Argentina y fue vigorosamente impulsado por el profesor *Alberto Antonio Spota* a comienzos de la década de 1970 quien, además, las postulaba obligatorias para el electorado. Sin embargo, recién en el primer semestre del 2002 y en consecuencia de la crisis institucional y política que padecía el país, se sancionó una ley estableciéndolas en la República Argentina.

Mediante la modificación de la ley orgánica de los partidos políticos, la ley 25.611 agregó, a aquella disposición, el artículo 29 *bis* incorporando el sistema de elecciones internas abiertas y simultáneas en las que los ciudadanos sólo podían votar en una de ellas. No obstante, esta norma fue vetada y promulgada parcialmente por el Poder Ejecutivo en una muestra más de cómo la promulgación parcial puede torcer la voluntad legislativa (1370) . En efecto, tal como fue sancionada la ley por el Congreso, se establecieron recaudos a fin de que los afiliados a un partido político no pudiesen votar en las internas abiertas de ningún otro. El presidente de la Nación vetó —del párrafo cuarto del art. 29 *bis* — la frase que imponía a los juzgados federales con competencia electoral la confección y entrega a cada partido político o alianza electoral de un padrón que *incluyera para cada caso, a los afiliados del partido o de los partidos miembros de la alianza y a los ciudadanos que no tengan afiliación partidaria* . Al observarse la frase destacada en bastardilla, el Poder Ejecutivo decidió cambiar las reglas del juego electoral, permitiendo que afiliados a un partido que, por ejemplo, presentasen una sola lista, votaran en la elección interna de otra agrupación política (1371) . El veto parcial fue impulsado por quienes sostenían que resultaba imposible —en el término de los plazos electorales— depurar los registros de afiliaciones partidarias, e igualmente improbable para la justicia electoral confeccionar los distintos padrones con la premura requerida.

Como quiera que fuese, la experiencia normativa lució inconsistente con los objetivos declarados para sancionarla. La necesidad de elegir a los mejores y ampliar la participación de los ciudadanos designando los candidatos más capaces, no debiera habilitar distorsiones de la lucha agonal hacia el interior de los partidos políticos. Ni, menos, establecer reglas electorales y cambiarlas reiteradamente para resolver las tensiones internas de un partido político con muchos competidores a la candidatura presidencial (1372) .

Ahora bien, que las elecciones internas abiertas constituyan una opción electoral elegida por motivos de oportunidad o conveniencia —a fin de acrecentar la participación ciudadana en la vida política o mejorar la calidad de las candidaturas— no implica que la celebración de internas partidarias puedan soslayarse cuando exista más de un candidato o lista de cargos a cubrir en la elección de que se trate. De lo dispuesto por losarts. 37y38de laConstitución Nacional, se sigue un derecho subjetivo de los candidatos y de los afiliados a los partidos políticos a que se lleven a cabo las competencias democráticas internas y se materialice, así, el derecho a ser elegido y a elegir candidatos electorales, postulados por los partidos políticos.

Ese fue el criterio que prevaleció en la justicia federal con competencia electoral —por lo menos en la declaración formal— ante la decisión del Partido Justicialista de no realizar elecciones internas para elegir a los integrantes de la fórmula presidencial que debía competir en 2003 y decidir, por sí mismo, quiénes serían los candidatos a tales cargos. Sin embargo, pese a la decisión de declarar nula esa resolución del mencionado partido —sostenida en la exigencia constitucional de la competencia democrática interna— el juzgado acabó por admitir la suspensión de las internas y aceptar la viabilidad legal de la alternativa presentada por el partido en cuestión (1373) .

La circunstancia, a comienzos de 2003, se presentaba curiosa para el Partido Justicialista. Tres personas se aprestaban a competir por la candidatura presidencial por ese partido: el ex presidente*Carlos Menem* ; el ex presidente designado por la Asamblea Legislativa, *Adolfo Rodríguez Saá*(1374) y el entonces gobernador por la Provincia de Santa Cruz, *Néstor Kirchner* , patrocinado este último por quienes controlaban políticamente al Partido Justicialista y por quien había sucedido a *Rodríguez Saa* en la presidencia de la Nación, *Eduardo Duhalde* . La presentación judicial de *Menem* alcanzó para bloquear la candidatura que el Partido Justicialista quería imponer, pero no impidió la solución de reemplazo que finalmente aceptó. En efecto, la jueza con competencia electoral entendió viable la alternativa legal consistente en que todos los candidatos del Partido Justicialista conformaran alianzas electorales con otras fuerzas políticas, garantizándose la participación en la elección nacional de todas esas fórmulas, sin el uso de los símbolos partidarios por ninguna de las tres fórmulas que se constituyeron.

En los hechos, la solución implicó para el Partido Justicialista una interna partidaria abierta y simultánea con la elección general. No obstante no significó, estrictamente, el empleo de la denominada *ley de lemas.* En rigor, el Partido Justicialista no compitió en las elecciones presidenciales de 2003 y, en consecuencia, los tres candidatos que pertenecían a ese partido y se presentaban al electorado como justicialistas no contaban con la posibilidad legal de sumar los votos que cada uno de ellos obtuviera en las mencionadas elecciones. La anomalía, en los márgenes de la constitucionalidad, puso en evidencia, una vez más, las dificultades del control judicial sobre las burocracias que controlan los partidos políticos pues si éstas o sus dirigentes acuerdan, cierran el paso a las apelaciones judiciales (1375) . Se dirá, como

sostuvo la jueza en el caso *"Menem* ", que ello es parte de la libertad de que gozan los partidos. Sin embrago, en mi opinión, estas soluciones cristalizan el peso de las dirigencias por sobre las decisiones de los afiliados.

La historia legal de las internas abiertas en la República Argentina fue efímera y el resultado de una crisis económica y social que, luego se comprendió con mayor claridad, afectó el sistema de partidos y a los partidos hacia dentro de sí mismos por la volatilidad de los liderazgos nacionales que entonces competían en un contexto de extrema incertidumbre. En consecuencia, primero se las suspendió para luego acabar suprimiéndolas (1376) .

6.2. La representación de las minorías

La importancia del respeto a las minorías partidarias ha sido puesta de relieve en un voto en minoría de los Dres.*Kemelmajer de Carlucci* y *Nanclares* a propósito de la interpretación de la ley de *cupo femenino* de la Provincia de Mendoza. En efecto, la disidencia mencionada —después de señalar la consistencia de aquella ley con lo dispuesto en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer— sostuvo que cada tres candidatos uno debía ser mujer, pero que si esta conformación de las listas partidarias afectaba el derecho de las minorías, debía prevalecer la garantía para las últimas (1377) .

6.3. El sostenimiento estatal de los partidos políticos y la publicidad del origen y destino de los fondos partidarios y del patrimonio

La obligación constitucional de contribuir al sostenimiento de los partidos políticos cumple una doble finalidad. Por un lado, asegurar el pluralismo democrático y, por el otro, disminuir la dependencia de aquellos partidos, de los factores de poder. Ese deber estatal se complementa con la obligación de los partidos de dar a publicidad las contribuciones que reciben y de qué modo las utilizan.

El problema del sostenimiento de los partidos, de la actividad partidaria y el alto costo de las campañas electorales, está directamente ligado al de la corrupción estatal, cuestión que afecta a las democracias occidentales, también las de los sistemas consolidados, y contamina la dirección de los asuntos públicos y la confiabilidad en las instituciones (1378) .

En consecuencia, el control de los fondos partidarios, la publicidad de los costos de las campañas electorales devienen una cuestión de Estado, tanto como el fortalecimiento del poder judicial, en general, y el del fuero federal con competencia electoral, en especial.

Tal como lo señaló la Cámara Nacional Electoral en el caso del *Partido Nacionalista Constitucional,*(1379) en el ordenamiento jurídico argentino, el sistema de financiamiento partidario es, por una parte, dual o mixto, pues proviene de aportes estatales a través del Fondo Partidario Permanente y de contribuciones privadas (1380) . Por otro lado, el financiamiento público es *pleno* dado que incluye los costos del desenvolvimiento institucional, de la capacitación y formación política, y de las campañas electorales generales (1381) .

Conforme a lo dispuesto por elart. 38de laConstitución Nacional—y sin que ello suscite críticas, a lo menos en teoría y explícitas— se imponen controles sobre la composición del patrimonio y el origen y destino de los fondos partidarios. El hecho de que según lo establecido por la ley 26.215, los partidos políticos reciben fondos del Presupuesto Nacional y contribuciones privadas para proveer al costo de las campañas electorales y a su desenvolvimiento institucional, legitima y justifica la existencia de controles estrictos porque aquellos costos pesan, en parte, sobre los contribuyentes, y pueden originarse en prácticas ilícitas o favorecer el tráfico de influencias (1382) . Por otra parte, la enorme carga social que implica la corrupción administrativa parece encontrarse relacionada —por lo menos en el imaginario popular— al financiamiento de los partidos políticos, de la actividad política y de las campañas electorales, por lo cual resulta necesario disipar las dudas y, eventualmente, impedir y sancionar las violaciones a la ley penal en esta materia. En consecuencia resulta imprescindible establecer verificaciones técnicas adecuadas a ese fin (1383) . Existe un fuerte interés público en generar controles sobre las *cuentas* de los partidos políticos y en instrumentar mecanismos contables adecuados para hacerlos eficaces.

Lo establecido en el art. 38 de la Constitución Nacional en orden a exigir a los partidos políticos el dar a publicidad el origen y destino de sus fondos y patrimonio, resulta directamente operativo (1384) . Ello así, por el modo en que está redactada la norma y por la importancia que en la economía de la Constitución tiene el control del enriquecimiento ilícito en perjuicio del Estado y el fortalecimiento de la ética pública (1385) .

El cumplimiento del deber político establecido en el art. 38 de la Constitución Nacional les exige a las agrupaciones partidarias la presentación *técnicamente* correcta de sus cuentas, a fin de que la justicia electoral pueda examinarlas, evaluarlas y controlarlas estrictamente. Están legitimados para requerir tal control tanto los afiliados partidarios como los habitantes de la Nación (1386) y las organizaciones del sector social (1387) . Sin duda, el Ministerio Público tiene también legitimación, en defensa del interés de la sociedad.

En 1994, la Constitución Nacional jerarquizó el Ministerio Público al reglamentarlo en el art. 120. *En defensa de los intereses generales de la sociedad* , ese organismo tiene legitimación para exigir de los partidos políticos el cumplimiento de las obligaciones referidas a los fondos y patrimonio partidarios. En consecuencia de ello, el papel del Ministerio Público —órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera— es sustantivo en este control (1388) .

Dado que, en apariencia, los miembros de los partidos políticos suelen resolver sus rencillas sobre el punto fuera de los cauces jurisdiccionales, resulta difícil la aparición de un caso judicial que plantee un afiliado a los fines del control. En cambio, si las agrupaciones partidarias deben rendir cuentas periódicamente, presentando los instrumentos contables con sujeción a reglas técnicas precisas, la verificación resulta factible y efectiva. De lo contrario, si no se pueden efectuar los exámenes y evaluaciones pertinentes, porque los datos son incompletos o están consignados erróneamente, es materialmente imposible conocer —y eventualmente sancionar— lo que se ha hecho con las contribuciones privadas y con los aportes y los subsidios que otorga el Estado.

En consecuencia, y aún sin reglamentación específica, en virtud de las obligaciones constitucionales que tienen los partidos políticos ¿qué normas se les pueden aplicar, a fin de ejercer los controles? La respuesta va en línea con el tipo de personalidad propia que se asigne al partido político. Mas, lo que escapa a toda duda es que, como lo ha decidido la Cámara Nacional Electoral siguiendo la jurisprudencia del tribunal de grado, los partidos políticos deben rendir cuentas de sus gastos ante la justicia electoral requiriéndose, además, el dictamen de un perito contador (1389) .

En efecto, con anterioridad a la sanción de la ley 25.600, de financiación de los partidos políticos y de su reemplazo por la ley 26.215, la Cámara Nacional Electoral, tuvo ocasión de convalidar el criterio del Juzgado Federal con competencia electoral de la Capital Federal, acerca de las obligaciones de los partidos políticos referidas al control, en el caso, del gasto en las campañas electorales.

La importancia de la sentencia trasciende la resolución de la controversia concreta. En el caso no se trataba de uno de los grandes partidos políticos. La Cámara no sólo examinó los fundamentos político institucionales del control económico financiero de las agrupaciones partidarias y sus alcances, sino que estableció reglas —de carácter vinculante para la justicia nacional electoral— acerca de *cómo* debe efectuarse el mentado control (1390) . El tribunal ligó la necesidad de dar a publicidad y controlar todo lo atinente al financiamiento de los partidos políticos y al destino y uso de los aportes que ellos reciben, con los principios del sistema republicano. Se diría que la Cámara Electoral al enumerar las razones de aquella publicidad y de aquellos controles enunció los requisitos de una democracia sostenida en pautas morales y, a la vez, en la credibilidad social.

Por cierto, todos los fundamentos que exigen transparencia y controles al sistema de financiamiento de los partidos políticos remiten a la moral pública, indispensable para construir el bien común. El equilibrio entre los aportes otorgados a todos los partidos políticos, construye un modo de igualdad; la fiscalización del empleo de recursos públicos, hace a la responsabilidad de los funcionarios y de los usuarios de aquellos; el control de posibles irregularidades para allegar fondos a los partidos políticos, mediante el empleo de prácticas ilícitas —por ejemplo, a través de los canales que proveen las fundaciones— resguarda, al mismo tiempo, la veracidad de las relaciones jurídicas y los principios de la buena fe; la detección de *publicidad*

encubierta detrás de una campaña de puesta en conocimiento de las acciones de gobierno, preserva los dineros públicos de usos espurios y fortalece la confianza ciudadana; por fin, el conocimiento de quiénes son los contribuyentes privados y en qué medida aportan a los partidos políticos bloquea siquiera, en alguna medida, el tráfico de influencias que benefician a los intereses particulares por sobre el bienestar general.

El conocimiento que el público tenga acerca de las fuentes de financiamiento de los partidos políticos —como lo destaca la Cámara Electoral— *disuade a la corrupción y evita la apariencia de corrupción*(1391) . He ahí dos causas troncales del fortalecimiento de la democracia. Como es sabido, la corrupción erosiona la democracia porque impide al Estado atender sus obligaciones primarias en salud, educación, justicia, seguridad. Al mismo tiempo, la apariencia de corrupción desgasta la fe en los mecanismos democráticos tanto como la misma corrupción, y alienta la formación de movimientos autoritarios o anárquicos (1392) .

De ello se sigue la necesidad de que: a) el origen del financiamiento de los partidos políticos sea público; b) haya plena información de usos de esos recursos; c) en su consecuencia, los partidos lleven *una contabilidad con estricto detalle del origen y destino de sus fondos y patrimonio* ; d) aquella *publicidad* no se confunda con el *dar noticia* , sino que se someta a un control efectivo las cuentas de los partidos; e) en ese control resulte incuestionable la atribución —no exclusiva— de los jueces electorales; f) el control alcance la *verdad jurídica objetiva* y no se ejerza mecánicamente, desatendiendo los principios técnicos específicos que rigen la materia; g) los magistrados requieran el dictamen de un perito contador, corran vista al fiscal actuante a fin de que emita su opinión y, finalmente, lo notifiquen de la aprobación o desaprobación de los estados contables para que, eventualmente, recurran la decisión.

Así, la doctrina de la Cámara Electoral confirma el criterio de la jueza de grado, la sostiene en argumentos de índole sistémico institucional y afirma cuán imprescindible es el control jurisdiccional con soporte técnico contable.

Después de dictada la sentencia en el caso del *Partido Nacionalista Constitucional,* el Congreso sancionó la ley 25.600 modificatoria de diversas disposiciones referidas a las fuentes de financiamiento de los partidos políticos, la aplicación de esos fondos y el control y límites de estos y de los gastos partidarios.

La ley mencionada había asignado el ejercicio del control sobre los fondos y patrimonio de los partidos políticos a la Auditoría General de La Nación, órgano de asesoramiento del Congreso Federal de clara integración político partidaria. La reacción que tal criterio suscitó en la justicia con competencia electoral llevó al Poder Ejecutivo a vetar las normas que otorgaban aquella competencia a la Auditoría General y a promulgar parcialmente la ley.

En punto al control, el art. 50 de la ya derogada ley 25.600 mejoró lo dispuesto por la ley 23.298, en el sentido de que conforme a lo establecido en la primera de las normas mencionadas, la certificación de los estados contables del partido debe efectuarla un *contador público* matriculado en el

distrito, y no los *órganos de fiscalización* de esa agrupación partidaria. No obstante, y como se ha señalado, ello no resulta suficiente, pues la certificación literal sólo "informa que esos estados contables —o balance— surgen de los registros contables que lleva la entidad..." La certificación óptima requeriría "la emisión de un dictamen sobre la razonabilidad en la formulación de los estados contables, luego de haber efectuado una revisión de la contabilidad mediante la aplicación de técnicas de auditoría" (1393) .

El hecho de que los partidos políticos sean personas jurídicas públicas no estatales justifica, por sí solo, que los controles sobre ellos sean más fuertes. Esta circunstancia legitima la búsqueda dentro del ordenamiento jurídico, de las normas específicas que controlen más intensamente el origen y destino de los fondos y patrimonio del partido político. En consecuencia y aunque se careciera de otras normas legales específicas y eficaces, con las directivas que dan la Constitución Nacional y la ley de 23.298 es posible elegir —y aplicar— las disposiciones más rigurosas para efectuar el control.

Por cierto, los partidos políticos pueden y suelen alegar que el principio de legalidad —en virtud del cual todo lo que no está mandado no debe imponerse como carga legal— impide exigirles la presentación *en determinada forma* de cuentas y balances que no esté establecida por ley. Pero, como es sabido, el principio de legalidad es riguroso en materia penal. Si no existe tipo penal no se deben aplicar sanciones a las autoridades del partido por actos u omisiones que no estén criminalmente penados. Sin embargo, en materia no penal, sí puede aplicarse la interpretación analógica. Así, del mismo modo en que a pesar de no estar regulado el régimen de los *actos jurídicos* del partido político ni las *nulidades* de esos actos, podrían aplicarse, por interpretación extensiva, el régimen de las nulidades que el Código Civil establece para los actos jurídicos de las personas jurídicas privadas (1394) , podrían trasladarse los sistemas de control contable más estrictos previstos por las leyes financieras o comerciales que se adecuen a la situación de los partidos políticos, a fin de cumplir acabadamente el mandato constitucional del art. 38.

La ley 25.600 de financiación de los partidos políticos fue derogada y reemplazada por la ley 26.215, ya referida en los párrafos anteriores. El art. 23 de esta norma dispuso que al finalizar cada ejercicio, los partidos políticos deben presentar ante la justicia federal con competencia electoral el balance general y la cuenta de ingresos y egresos, suscriptos por el presidente y tesorero del partido y por contador público matriculado en el distrito. Este informe deberá contener un juicio técnico, con la certificación correspondiente del Consejo Profesional de Ciencias Económicas. Deberán poner a disposición de la justicia, la documentación respaldatoria y una lista completa de las personas físicas y jurídicas que hayan realizado aportes en el período, detallando los datos de ellas, la identificación tributaria, el monto y la fecha del aporte. De su lado, la justicia federal electoral y la Cámara Nacional Electoral, a través del Cuerpo de Auditores Contadores debe realizar en plazo determinado la pertinente auditoría.

6.4. LIMITACIONES A LAS CONTRIBUCIONES Y GASTOS DE LAS CAMPAÑAS ELECTORALES

Las restricciones dispuestas por el Estado a los aportes públicos que reciben los partidos políticos y, sobre todo, a los aportes privados con destino al financiamiento de las campañas electorales, así como los límites a los gastos que esas campañas insumen, suelen fundamentarse en la necesidad de limitar el peso excesivo de la actividad política sobre los contribuyentes; de distribuir mejor los recursos del Estado atendiendo a sus obligaciones básicas en salud, educación, justicia y desarrollo, y de prevenir la corrupción y el tráfico de influencias.

La ley 26.215 fijó un límite a los montos de las donaciones de personas jurídicas y de personas físicas a los partidos políticos —por año calendario, en una cifra superior al 1 % y al 2 % del total de gastos permitidos y estableció la prohibición a determinados sujetos de aportar a aquellas agrupaciones, por ejemplo, a las empresas concesionarias de servicios u obras públicas de la Nación o de los entes locales; a las que exploten juegos de azar; a las asociaciones sindicales, patronales o profesionales (arts. 16 y 15, respectivamente).

Del mismo modo, la norma dispuso restricciones a los gastos de las campañas electorales para legisladores nacionales y para presidente y vicepresidente de la Nación, en la cantidad de $ 1,50 por elector habilitado para votar, para cada una de aquellas campañas. Dispuso, además, que a los fines de la norma se considerará que ningún distrito tiene menos de 500.000 electores (art. 45).

El criterio de establecer esas limitaciones no es aceptado pacíficamente. Se ha dicho que esas interdicciones limitan la libertad de expresión y asociación y el derecho a la igualdad(1395) . Sin embargo, según se mire, las restricciones a los montos aportados a los partidos políticos por las corporaciones económicas puede fundarse en la necesidad de no menoscabar la confianza que los ciudadanos tengan en el gobierno o conjurar el peligro que para la democracia entraña el pago de favores a los donantes.

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha diferenciado los límites legales a las contribuciones, de las restricciones a los gastos de campaña. Según el tribunal, la justificación por parte del Estado de aquellos límites es menos exigente por no afectar la libertad expresiva o afectarla sólo indirectamente. En cambio, consideró inconstitucional la limitación a los gastos de campaña por interferir aquella libertad. Los límites impuestos a las contribuciones privadas para las campañas electorales resultan razonables en los Estados Unidos desde que el interés estatal se legitima en la necesidad de afianzar la rectitud del proceso electoral (1396) y, agregaría, del proceso democrático, desde que éste no se agota en las elecciones dado que se evidencia —o se enturbia— en las decisiones de políticas públicas que se toman después de aquel proceso, por quienes resultaron electos. Por otro lado, los límites a las contribuciones pueden favorecer el compromiso personal de cada votante y llevándolos a aportar pequeñas cantidades, con alto valor simbólico.

En la República Argentina, con instituciones heridas y vulnerables, el Estado tiene un interés estatal urgente no sólo en limitar las contribuciones privadas a candidatos electorales y partidos políticos, sino en controlar qué se recibe, de quién y qué eventual finalidad tuvieron esos aportes, al contribuir, sobre todo, al partido político en el gobierno.

6.5. La limitación temporal de las campañas electorales

La limitación temporal de las campañas electorales y de los gastos que ellas demandan constituyen modos de acotar los costos partidarios y la creciente necesidad de financiación que aquellas generan y que pueden llevar a prácticas corruptas o a compromisos incompatibles con los deberes gubernamentales, una vez alcanzado el poder.

Entre cuarenta y cinco y sesenta días antes de las elecciones internas o generales son plazos razonables para que el electorado tome conocimiento de las propuestas y las cualidades de los candidatos, y juzgue en consecuencia, aunque esos plazos podrán restringirse o ampliarse algo más.

Asimismo, el acceso a los medios de comunicación estatales, en condiciones igualitarias, puede y debe ser limitado como una contribución al control de costos y a morigerar los incentivos para obtener recursos a cualquier precio.

Esos límites no afectan la libertad de expresión ni el derecho a la información desde que responden a un fuerte interés público. En efecto, el acortamiento de las campañas evita la distracción de los asuntos públicos por parte de los gobernantes que aspiran a retener el poder y, como se dijo, la búsqueda frenética de recursos y el acrecentamiento de gastos. Así, una ley que reglamente las campañas en ese sentido pasaría holgadamente el *test* de razonabilidad bajo circunstancias de descrédito de la actividad partidaria y de crisis económica y social.

Pero, el Código Electoral Nacional define a las campañas electorales "como el conjunto de actividades realizadas con el propósito de promover o desalentar expresamente la captación de sufragios, a favor o en contra, de candidatos oficializados a cargos electivos nacionales. Las actividades académicas, los debates, las conferencias, presentación de planes y proyectos, la realización de congresos y simposios, no serán considerados como partes integrantes de la campaña electoral(1397) . Como resulta evidente, la caracterización de las campañas electorales que efectúa la norma es muy estrecha y deja un amplio margen a la propaganda política encubierta. En consecuencia, los límites temporales establecidos en el art. 64 *bis*del Código Nacional Electoral —60 días corridos para la campañas electorales de diputados y senadores nacionales y 90 días para la de presidente y vicepresidente de la Nación— devienen en excesivamente flexibles y fáciles de sortear. De igual modo, el art. 64*ter* del Código Electoral Nacional, prohibió la emisión de avisos publicitarios en los medios televisivos, radiales y gráficos destinados a captar el voto en las elecciones nacionales,

treinta y dos días antes de esas elecciones. Aunque la limitación y el criterio temporal son razonables pueden, en lo hechos, eludirse por quienes están circunstancialmente en el ejercicio de poder. Estos altos funcionarios no necesitan reclamar el voto para un candidato —o una candidata— de manera expresa, les basta con efectuar anuncios de obras públicas, de proyectos de ley, etcétera, en los que esté presente el candidato, o en los que se formulen referencias a éste y a la tarea que realiza relacionada con el asunto acerca del cual se informa a la opinión pública, aunque con ello se incumpla la finalidad de la norma.

Como es sabido, los medios electrónicos de comunicación y la prensa escrita proporcionan espacios privilegiados para instalar ante la opinión pública a los candidatos a cargos electivos, más allá de los espacios de publicidad antes de los límites legales para comenzar las campañas electorales. Claro que prohibir la presencia de postulantes en los medios de comunicación, las entrevistas o reportajes, antes de los 32 días de las elecciones implicaría un cercenamiento de la libertad de expresión de los futuros candidatos y una violación del derecho a informar del que gozan los periodistas, lo que resultaría inadmisible.

Así, pues, de lo que se trata es de la limitación de las campañas referidas a los actos electorales propiamente dichos, las apelaciones a la voluntad ciudadana expresa, la publicidad en los medios de comunicación y en la vía pública. Desde luego, la convocatoria a un congreso académico para enunciar un plan alternativo de gobierno, en el que hablará un candidato presidencial, estrictamente, no incurriría en la prohibición legal. Se suscitan, entonces, varios interrogantes acerca de las intenciones con las que se sancionó la ley 25.610 y acerca de qué se buscaba, en realidad, limitar. Y ello, a pesar de que el art. 64*cuart* . de esta ley—con muy buen criterio—dispuso que durante la campaña electoral, la publicidad de los actos de gobierno no podrá contener elementos que promuevan*expresamente* la captación del sufragio a favor de los candidatos a cargos públicos electivos nacionales. A más de prohibir, en los siete días anteriores a las elecciones nacionales, la inauguración de obras públicas, el lanzamiento de planes y programas colectivos o la realización de actos de gobierno que puedan promover la captación del voto de los electores.

7. La crisis del sistema de partidos políticos y las alquimias electorales

El sistema de partidos políticos —si es que alguna vez existió en la República Argentina un sistema de partidos nacionales estables y competitivos, con posibilidades de alcanzar el poder— hizo eclosión en la gran crisis económica y social de 2001-2002. La declaración constitucional enunciada en el art. 38, acerca de que los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático parecía, en aquellos años, más una

aspiración institucional que una realidad tangible. El colapso en esa crisis se verificó hacia adentro de los partidos mayoritarios —el Justicialismo y el Radicalismo, en especial— y en la dispersión en múltiples grupos partidarios que se multiplicaron en todo el territorio nacional. Esa circunstancia agregó tensiones a las ya debilitadas instituciones porque hacía difícil canalizar las demandas sociales con alguna racionalidad.

Como resultó notorio después, fue más sencillo salir de la crisis económica y resolver el problema de la deuda pública externa e interna que reconstruir el sistema de partidos. Algunos datos que emergen del revelamiento efectuado por la Cámara Nacional Electoral , para el período 2000-2007 ilustran al respecto. Al 8 de septiembre de 2007 existían 716 partidos políticos reconocidos en todo el país; 42 partidos políticos nacionales y 674 partidos políticos de distrito (1398) .

Partidos Políticos reconocidos y caducados en todo el país

Año	Partidos reconocidos	Partidos caducados
2000	8	23
2001	61	11
2002	60	60
2003	131	9
2004	21	68
2005	93	45
2006	72	50
2007	86	48 (1399)

La Cámara Nacional Electoral destacó, expresamente, que en los años en que se efectuaron procesos electorales: 2001; 2003; 2005 y 2007, aumentó la cantidad de partidos políticos reconocidos y disminuyó la de los caducados. Estos datos demuestran la inestabilidad partidaria en la República Argentina y, según lo entiendo, como se dispersan los idearios en pequeños grupos que no se consolidan o permanecen en el sistema, sólo como*sellos de goma* .

Los datos de la Cámara Nacional Electoral consignan que a julio de 2007, había 8.328.448 afiliados a diversos partidos políticos y que los partidos con mayor numero de afiliados, a esa fecha eran:

Partido	Afiliados
Justicialista	3.619.857
U.C.R.	2.542.965
Partido Frente Grande	191.526
Partido Socialista	113.416

El art. 10 de la Ley de Partidos Políticos atribuye a los órganos partidarios nacionales la facultad de intervenir sus partidos de distrito o a alguno de sus órganos. Auque varios partidos fueron intervenidos por las mismas autoridades nacionales, sólo uno de ellos, el Partido Justicialista, fue intervenido judicialmente. Como observa la Cámara Nacional Electoral, la intervención judicial "...tiene una naturaleza distinta y se dispone en

supuestos de crisis partidarias agudas". Esa crisis llevó a que en las elecciones presidenciales de 2003 el Partido Justicialista no llevó —con ese nombre- candidatos propios a la primera magistratura. Sin embargo, tres candidatos a presidentes se reconocían a sí mismos como pertenecientes a ese partido y así lo entendió el electorado.

En el primer trimestre de 2008, el Partido Justicialista comenzó un proceso de reorganización, de modificación de su carta orgánica y de elección de nuevas autoridades a iniciativa de quien había sido hasta el 10 de diciembre de 2007, el presidente de la Nación, *Néstor Kirchner* .

Esa reorganización puede impulsar otras y favorecer la eliminación de las llamadas *listas colectoras y listas espejo* , si es que no se las prohíbe por ley. Esos recursos fueron empleados hasta el abuso en las elecciones generales de 2007. Se denominan *listas colectoras* a aquellas que en las elecciones provinciales o municipales, presentan candidatos por partidos políticos que no pierden su identidad y, al mismo tiempo, tributan en la elección nacional al mismo candidato, quien se presenta en todas esas listan pero por su mismo partido. En las *listas espejo* , en cambio, un mismo candidato se presenta en la lista de diferentes partidos políticos.

Como resulta sencillo de advertir, esas alquimias electorales fueron consecuencia de la desintegración de los partidos políticos nacionales y la dispersión de los partidos de distrito e introdujeron mayor confusión en el electorado, demorando el escrutinio, afectando, en suma, la solidez de la competencia democrática. Dada la experiencia pasada en el período mencionado y la cantidad extraordinaria de partidos políticos reconocidos, parece necesario establecer requisitos más exigentes para la constitución de esas organizaciones porque el número de ellas que registró la Cámara Nacional Electoral en julio de 2007 no se sostiene en una distribución creíble de diferentes idearios (1400) .

Por cierto y desde otra perspectiva, no debe ignorarse la trascendencia que para el sistema de partidos en la República Argentina ha tenido el Partido Justicialista, sus peripecias y, sobre todo, la larga proscripción que sufrió luego de ser desalojado del poder por el golpe de estado de 1955. Esta circunstancia le hizo darse a sí mismo un carácter épico, heroico, excepcional (1401) . A más, según lo entiendo, aquella proscripción produjo culpas varias en quienes lo combatieron —no siempre desde la legalidad— dificultando el discernimiento de los diferentes peronismos en el poder. Nacido desde el Estado como movimiento nacional según el criterio de su fundador, el entonces Coronel *Juan Domingo Perón,* las mudanzas en el ideario llevadas al gobierno por el justicialismo gravitaron y gravitan sobre toda la sociedad argentina, incluida la no peronista. Quizás por eso se consideraron naturales tantas versiones del justicialismo en el poder y se aceptó por la sociedad en su conjunto que el peronismo en las nuevas etapas que emprendía, se desentendiera de las anteriores como si no tuviera parte y responsabilidades en ellas.

8. Los partidos políticos y la defensa del orden democrático. Los problemas del control estatal y los partidos antisistema

Dado que los partidos políticos constituyen instrumentos necesarios para la formulación y realización de la política nacional y que deben garantizar la democracia participativa en su desarrollo institucional, va de suyo que no es indiferente —para el sistema político global— la organización interna del partido y su base ideológica. Y es allí donde cobra importancia la cuestión de los controles —si es que se admite su constitucionalidad— y la posibilidad de levantar el velo de la personalidad de los partidos políticos para encontrar las conductas humanas de sus dirigentes.

En primer lugar cabe distinguir el control cualitativo que una sociedad abierta ejerce sobre los partidos que en ella se forman, de los controles políticos o judiciales. En una sociedad plural, el propio ejercicio de las libertades da cauce o no a la fundación de partidos políticos, sin necesidad de excesivos controles estatales. La propia dinámica social pone las cosas en su punto, crea los anticuerpos necesarios y es capaz de rechazar o neutralizar las propuestas liberticidas.

Pero lo cierto es que, en la República Argentina, la legislación sobre partidos ha establecido —en diferentes grados y épocas— controles ideológicos y programáticos; de estructura interna; de organización; de financiamiento; y hasta ha dispuesto la disolución de los partidos políticos— e n 1943 y en 1966— del Partido Justicialista en 1955 y de más de 20 agrupaciones, en 1976.

Sin duda, el control ideológico partidario es el que presenta aristas más controvertidas pues enfrenta el famoso dilema de hierro de las democracias.

Según se ha dicho, "en rigor de verdad el régimen democrático, puede, sin negarse a sí mismo, establecer normas protectoras; por una parte, ni la libertad ni la igualdad revisten carácter absoluto; por otra, todo régimen político, tiene, naturalmente, vocación de persistir y por tanto, el derecho de establecer las normas tendientes a lograrlo. De conformidad con este principio, existen, en la legislación comparada, muchos ejemplos de regímenes legales que impiden, controlan o sancionan represivamente a las actividades o grupos —incluidos los partidos políticos— cuyo objetivo es destruir la democracia representativa e instaurar otros regímenes"(1402) . En esa línea pueden citarse la Constitución alemana (1403) y la Constitución Nacional de 1949 que estableció en el art. 15: "El Estado no reconoce libertad para atentar contra la libertad... El Estado no reconoce organizaciones nacionales o internacionales cualesquiera que sean sus fines, que sustenten principios opuestos a las libertades individuales reconocidas en esta Constitución, o atentatorias al sistema democrático en que ésta se inspira...".

En realidad, "la cuestión no es de principios, sino de prudencia política..." "en lo posible, al régimen democrático le conviene más absorber que repeler a los partidos que se proponen destruirlo"(1404) . No obstante, las fórmulas tan generales pueden dar ocasión a que las reglamentaciones legales o

administrativas impliquen un verdadero cercenamiento de las libertades de asociación, reunión y expresión.

Al declarar a los partidos políticos órganos de la democracia representativa, la Corte Suprema ha sostenido que "de lo que ellos sean depende en gran medida lo que ha de ser, en los hechos, la democracia del país en que actúan. Al reglamentarlos, pues, el Estado democrático cuida una de las piezas principales y más sensibles de su complejo mecanismo vital"(1405) . En consecuencia, y para proteger al Estado democrático, el Tribunal consideró constitucional denegar la personería jurídica de agrupaciones políticas cuya actuación se traducía en un peligro cierto y real para la subsistencia de la democracia y estimó necesario analizar el programa real y verdadero del partido en cuestión, para autorizar o denegar aquel reconocimiento.

Pero la Corte Suprema formalizó, en el caso del *"Partido Obrero* ", un balance en abstracto de los valores constitucionales en juego, sin relacionar la eventual actuación de aquel partido con la situación socio-política en que se solicitaba el reconocimiento, ni la capacidad concreta del mismo para destruir el sistema democrático, ni advertir que un desconocimiento genérico y en abstracto controvierte el núcleo del sistema liberal.

La sentencia del juez electoral había otorgado el reconocimiento jurídico a la agrupación pero, apelada, la Cámara revocó el fallo denegando la personería por considerarla repugnante a la Constitución Nacional. Para ello indagó no sólo en la declaración de principios del partido, sino en los discursos de su apoderado, en las características de su órgano partidario e hizo mérito de la identidad de personas entre el representante legal de la recurrente y el de otro partido político cuya personería también había sido denegada. El fallo de la Corte Suprema se dictó el 27 de junio de 1962. En él se reconoció la facultad estatal para restringir y reglamentar el derecho —en mayor medida, cuanto mayor sea el interés tutelado— y la necesidad de averiguar el programa real del partido.

En el fallo se va más allá del control ideológico sobre el partido. Hay un intento por "descorrer el velo de la personalidad" para analizar lo que indican la plataforma, las palabras y acciones de sus representantes.

Si según antigua y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los derechos reconocidos por la Constitución Nacional son relativos en su ejercicio —reglamentados a tenor de la primera parte del art. 14 de la Constitución Nacional— también cabe esta limitación para la libertad de asociarse en partidos políticos y para el ejercicio de los derechos de estos últimos. Pero, ¿cuál es ese límite? Si la democracia como sistema se nutre de la diversidad y la libertad y hasta de la confrontación de ideas que están en las antípodas, ¿cómo negar, en nombre de esa libertad, la expresión de organizaciones políticas que cuestionen el sistema?

Ciertamente el dilema existe. Creo, no obstante, que es acertada la solución dada por laley 23.298en el sentido de controlar conductas y no opiniones o postulados y sólo cuando aquellas, efectivamente, se producen.

Sin embargo, más allá del control normativo y judicial, una sociedad democrática tiene en las libertades públicas —fundamentalmente en las

libertades de expresión, de prensa y de reserva de la fuente informativa y en la justicia e igualdad— el reaseguro más eficaz contra los partidos*antisistema* .

La posible prohibición estatal de los denominados partidos*antisistema* constituye también un problema en el derecho comparado. Dos países integrantes de la Unión Europea —Alemania y España— se han planteado la opción prohibitiva. En Alemania, la ley exige a los partidos políticos lealtad ideológica con el orden constitucional, distinguiendo la situación de los que denomina *infractores* de los que considera *enemigos* de aquel orden, definiendo a estos últimos como los que atentan contra el sistema liberal democrático o ponen en peligro la existencia de la República de Alemania. El Estado alemán, en el contexto de la guerra fría había declarado ilegal a un partido filo nazi en 1952 y al Partido Comunista en 1956. No obstante, en 2002 el Tribunal Constitucional alemán sostuvo que para ilegalizar un partido político no bastaba con que esa agrupación rechazara el orden democrático, sino que resultaba necesaria la realización de conductas agresivas en contra de él (1406) . Se trata de la misma línea divisoria que intentó trazar la Suprema Corte de los Estados Unidos en el ya citado precedente *"Brandenburg v. Ohio"* a fin de proteger la libertad expresiva, en tanto ésta no derivara en acciones concretas de daños a las personas o a los bienes.

De su lado, España ha explorado y concretado la idea de ilegalizar al partido*Batasuna,* (Pueblo) considerado el brazo político del grupo separatista vasco ETA en tanto esta asociación utiliza y se atribuye la violencia terrorista para lograr sus fines políticos independentistas. En el proyecto de ley de partidos, el Tribunal Supremo es el que tiene en última instancia la decisión de ilegalizar o no una agrupación. También en ese país se trata de distinguir las conductas delictivas efectivamente realizadas de las ideas que se sustenten o preconicen contra el dominio del Estado español(1407) . Pero, como ya se ha dicho, la diferenciación es difícil de efectuar ya que, en general, los partidos no sostienen directa y concretamente el uso de la fuerza aunque indirectamente la propicien.

Respondiendo a otra finalidad, la regulación de la existencia de los partidos políticos de acuerdo a su caudal electoral también fue considerada constitucional por la Corte Suprema en Argentina. El Tribunal admitió la procedencia de la norma que disponía la caducidad de la personalidad política de los partidos que no alcanzaran en dos elecciones sucesivas el 2 % del padrón electoral en ningún distrito (art. 50, inc. c)ley 23.298) porque "si se reconoce que los partidos políticos son intermediarios entre el gobierno y las fuerzas sociales y encarnación de los intereses y opiniones que dividen a la comunidad, no puede verse, en principio, como atentatorio al régimen democrático, que su personalidad política pueda estar supeditada a la existencia de un determinado volumen electoral identificado con sus objetivos"(1408) .

La cuestión del reconocimiento de la personería jurídica de los partidos políticos de acuerdo a su caudal electoral ha suscitado mucho debate. Porque si la finalidad de la norma es evitar la existencia de verdaderos *sellos de*

goma que especulen con las franquicias otorgadas a los partidos políticos, el medio elegido no parece el más adecuado o, por lo menos, puede lograrse aquella finalidad —por ejemplo, suspendiendo las franquicias— sin desconocer a las agrupaciones minoritarias y resguardando, con ello, el pluralismo.

La legislación argentina también ha establecido límites sobre la elección del nombre y símbolos partidarios, disponiendo que éstos no deberán contener palabras que exterioricen antagonismos raciales, de clases o religiosos, o conduzcan a provocarlos. Aplicando esa norma, la justicia federal no aprobó la denominación Partido Socialista de los Trabajadores de una agrupación política en formación ni el uso de la cruz esvástica como símbolo partidario, sosteniendo que los partidos políticos, "como fuerzas coexistentes de cooperación y oposición son medios para el desenvolvimiento de la *democracia* "(1409) .

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.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA: La ley que reglamente el ejercicio de la iniciativa popular deberá ser aprobada dentro de los dieciocho meses de esta sanción.

Concordancias: Arts. 1º; 22; 33; 40; 77, C.N.

1. EL SISTEMA REPRESENTATIVO Y LAS FORMAS SEMIDIRECTAS DE DEMOCRACIA

La democracia directa, difícil de practicar por muchos motivos en las sociedades modernas, posibilita el contacto inmediato del ciudadano con los asuntos públicos, acerca de los cuales debe decidir. El Estado argentino, en cambio, ha adoptado la democracia representativa como forma de gobierno y —hasta 1994— ha empleado sistemas de sufragio directo e indirecto. A partir de entonces, todos los cargos electivos nacionales son cubiertos por medio del sufragio directo, con la excepción, para los senadores, durante el período de transición (1410) .

Pero aquella adopción de la forma de gobierno representativa formalizada en elart. 1ºde laConstitución Nacional, lo es de acuerdo a lo que ésta establece. En consecuencia, los alcances y matices de la representación popular pueden, válidamente, armonizarse con formas semidirectas de democracia, siempre que ellas surjan del texto constitucional.

De ese modo, el art. 22 de la Constitución en tanto dispone que *el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes* establece la regla general en sintonía con el art. 1º, y admite las excepciones ordenadas en los arts. 39 —iniciativa legislativa— y 40, con las dos formas de consulta popular allí previstas.

La incorporación de esas alternativas que propone la democracia semidirecta ha ampliado —por lo menos en las normas formales de mayor rango en la República— los horizontes de la participación popular en la toma de decisión política. Aunque, debe decirse, en el período que va desde la sanción de la reforma constitucional de 1994 hasta finalizado el año 2001 ninguna de las dos formas de participación política directa fueron experimentadas por la ciudadanía. Sólo se han impulsado, como mecanismos adicionales en la controversia política, algunos intentos de consulta popular —para situaciones en las que no procedía, tal la consulta para promover una reforma constitucional— y la recolección de firmas para pedir derogaciones legislativas que no pasaron de los pasos preparatorios.

En cambio en 2002, obtuvo sanción legisaltiva una iniciativa popular para combatir el hambre *más urgente.* Más tarde, en 2004, como resultado del incremento de delitos contra la vida y la libertad de las personas y ante el homicidio de un joven a manos de sus secuestradores —quienes le dieron muerte cuando las fuerzas de seguridad intentaban el rescate— la opinión pública fue movilizada por la acción el padre de aquel joven —*Axel Blumberg* — detrás de la modificación de una serie de disposiciones relacionadas con la represión de los delitos, entre ellas las referidas al establecimiento del juicio por jurados. En la ocasión se reunieron firmas de la población y se alentaron diversos proyectos de reformas dentro del marco normativo del derecho a peticionar.

2. La iniciativa popular: alcance y límites constitucionales

La iniciativa popular implica el ejercicio de una función pública no estatal mediante la cual los ciudadanos peticionan, en la forma reglada, el tratamiento de un proyecto de ley a fin de lograr la sanción, reforma o derogación de una norma jurídica en la que están interesados (1411) . El tipo de norma cuya sanción, reforma o derogación se impulsa, puede variar según la amplitud que se reconozca al derecho de iniciativa y, en principio, todas las cuestiones podrían ser proyectadas en una iniciativa popular. En cambio, el art. 39 de la Constitución Nacional excluyó de ese mecanismo que obliga al Congreso a tratar el proyecto, un procedimiento que requiere una mayoría agravada para su sanción, como la declaración de necesidad de reforma

constitucional; un procedimiento complejo que compromete la responsabilidad exterior del Estado, como la aprobación de los tratados internacionales; una norma con alto componente técnico, como el presupuesto nacional; y dos materias de alta sensibilidad, como la tributaria y la penal. La opción restrictiva, elegida por los convencionales de 1994, quiso preservar de eventuales manipulaciones de la opinión pública determinados temas que se estimaron críticos siguiendo, con ello, algunos modelos del derecho comparado (1412) las que, en mi opinión, son razonables (1413) .

La iniciativa debe presentarse ante la Cámara de Diputados, quien está obligada al tratamiento, pero no a la aprobación del proyecto. Desde luego, la Cámara está facultada para modificar o adicionar el proyecto de ley, presentado por iniciativa popular y girarlo así a la Cámara de Senadores quien, a su vez, está obligada al tratamiento expreso.

La iniciativa popular configura un derecho político de ejercer una función pública, reconocido a los ciudadanos. En consecuencia el porcentual mínimo de firmas requerido —no más del tres por ciento— debe computarse sobre el padrón electoral de los ciudadanos, excluyendo a los extranjeros en caso de que a estos no se les conceda algún tipo de sufragio.

La iniciativa popular puede tomar la forma de una propuesta de tema a examinar por el Congreso o de un proyecto articulado de modo preciso. La Constitución ha establecido el derecho a presentar *proyectos de ley* . De todos modos, la Cámara de Diputados podría tratar una moción presentada como iniciativa, aunque sin obligación de hacerlo. La exigencia de que la iniciativa popular principie por la Cámara de Diputados, excluye la presentación de proyectos que por disposición constitucional deben iniciarse por el Senado, como el convenio sobre coparticipación federal (art. 75, inc. 2) y las leyes de crecimiento, población y desarrollo (segundo párrafo del art. 75, inc. 19).

El plazo fijado al Congreso para dar expreso tratamiento a la iniciativa es de doce meses, lapso dentro del cual por lo menos el Pleno de la Cámara de Diputados debe pronunciarse expresamente. El dictamen de las Comisiones respectivas no suple la respuesta institucional de las Cámaras y el eventual impacto que el rechazo de un proyecto sensato tendría en el electorado.

El porcentual exigido por la Constitución es el máximo posible. Por lo tanto, la ley reglamentaria puede bajarlo pero no subirlo y modificar el criterio que haya adoptado, según los frutos de la experiencia.

La ley reglamentaria debe sancionarse con una mayoría agravada —a bsoluta de la totalidad de los miembros de ambas Cámaras— y dictarse en el plazo de dieciocho meses de aprobada la reforma de 1994.

3. La ley reglamentaria 24.747

La ley 24.747, dictada sin respetar los plazos constitucionales exigidos para su sanción (1414) , dispuso que pueden ser objeto de iniciativa los

proyectos de ley, acompañados de la respectiva exposición de motivos; el mínimo de firmas exigible se disminuyó al uno y medio por ciento (art. 4°), reunido en por lo menos seis distritos. En sintonía con la posibilidad de crear regiones por parte de las provincias, la ley admite que en caso de iniciativas referidas y con alcance regional, el porcentual de firmas ha de computarse en los distritos respectivos. Se reconoce, además, el derecho a que los promotores de la iniciativa participen con voz en las reuniones de las Comisiones respectivas de las Cámaras que traten el proyecto.

La ardua cuestión de la certificación y autentificación de las firmas requeridas corresponde a todos los autorizados por la ley electoral —en realidad, como bien señal *Loñ,* se trata de los indicados en la ley de partidos políticos— (1415) y bajo control de la Justicia Electoral. Es de esperar que el control de la autenticidad de las firmas sea estricto para evitar que el mecanismo constitucional se vea distorsionado.

Como dije, hacia finales de 2002, fue aprobada una iniciativa popular para resolver el problema del hambre en sectores sociales desprotegidos. Contó con el auspicio de los medios de comunicación y reunió muchas más firmas que las requeridas.

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.

Concordancias: Arts. 1º; 22; 39; 77; 78; 80; 83, C.N.

1. Significado de la consulta popular

La consulta popular es una de las formas de democracia semidirecta que proporciona la participación más intensa de la ciudadanía pues, mediante ella, el electorado decide directamente acerca de una cuestión de interés sustantivo para el Estado sobre el mantenimiento, modificación o derogación de una norma; o acerca de la gestión de un gobernante o un gobierno, en todos los casos, por sí o por no.

Según sea la materia que se somete a consulta popular, el mecanismo recibe el nombre de *referéndum,* si se trata de pronunciarse sobre una norma, o *plebiscito* acerca de una cuestión de importancia estatal, como las relaciones exteriores, como, por ejemplo, el caso sometido a consulta en la República Argentina, sobre la aceptación o no del Tratado de Paz y Amistad con Chile que establecía el límite entre ambos países en el canal de Beagle.

Sin embargo, no existe acuerdo doctrinario acerca de las diferencias sustantivas, si es que las hay, entre estos dos mecanismos de consulta al electorado. Si se tienen en cuenta los orígenes del plebiscito en Roma —l ey que establecía la plebe a propuesta de su tribuno y separada de las demás clases de la república— y su significado actual, debe celebrarse el buen tino de los convencionales constituyentes de 1994, que denominaron consulta popular a los instrumentos previstos en el art. 40 de la Constitución Nacional.

Tal como se dispuso en el art. 40, pueden someterse a consulta del electorado proyectos de ley, en este caso vinculante, o asuntos referidos a las competencias del Congreso o del presidente de la Nación en estas hipótesis con efectos no vinculantes.

La Convención Constituyente de 1994 delegó en el Congreso Federal la reglamentación de las *materias* , *procedimientos* y *oportunidad* de la consulta popular, sin fijar plazo de sanción ni parámetros a la ley reglamentaria, excepto por los efectos de una u otra modalidad de consulta. Tampoco prohibió someter a consulta popular ninguna materia, aunque la veda surge de disposiciones constitucionales que establecen procedimientos especiales, como la reforma constitucional reglada en el art. 30 de la Ley Suprema o el juicio político. Esta disposición impide, por lo menos, someter a consulta popular *vinculante* la enmienda de la Constitución, porque el procedimiento resulta incompatible con lo previsto en el art. 30. La ley 25.432 excluyó de la consulta popular —vinculante y no vinculante— todo proyecto de ley "cuyo procedimiento de sanción se encuentre especialmente legislado por la Constitución Nacional mediante la determinación de la Cámara de origen o por la exigencia de una mayoría calificada para su aprobación (arts. 1º y 6º) (1416) .

2. CONSULTA POPULAR VINCULANTE

El Congreso puede someter a consulta popular un proyecto de ley, correspondiendo la iniciativa a la Cámara de Diputados. Desde luego, el Senado puede rechazar tal iniciativa, pero si ambas Cámaras la aceptan, el Poder Ejecutivo no podrá vetar la ley de convocatoria a consulta popular, sobre el proyecto de ley.

Por aplicación del art. 37 y de la frase final del segundo párrafo del art. 40 de la Constitución Nacional —que al referirse a la consulta popular no vinculante dice:*en este caso* el voto no será obligatorio— el sufragio en la consulta vinculante sí lo es para el electorado. De resultar afirmativo el voto,

el proyecto se convierte en ley y su promulgación será automática, esto es, no podrá ser vetado por el presidente de la Nación.

La Constitución no dispone la mayoría requerida para dar por aprobado el proyecto, criterio que puede establecer el Congreso, inclusive disponiendo diferentes mayorías, más o menos agravadas, según la materia del proyecto legislativo. Pero si la ley reglamentaria no se dicta, bastará con la mayoría absoluta del padrón electoral aprobando el proyecto para que éste se convierta en ley, porque no se debe suponer voluntad afirmativa en los que no votaron o votaron en blanco.

El carácter vinculante de esta consulta obliga al Congreso y al presidente de la Nación, pero la ley así aprobada puede ser sometida a control de constitucionalidad ante caso y agravio concreto, porque más allá de su eventual consenso, debe respetarse el principio de supremacía establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional, así como la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos que la hubieran alcanzado.

3. Consulta popular no vinculante

De los términos en que está redactado, del segundo párrafo del art. 40 de la Constitución Nacional surge que tanto el Congreso como el presidente de la Nación, pueden someter a consulta popular no vinculante asuntos de sus respectivas competencias, a fin de asumirlas o no, en la dirección señalada por el electorado con su voto. El poder que convoca a la consulta no está obligado a obedecer el pronunciamiento del electorado y tiene discrecionalidad para interpretar y mensurar el resultado de la elección.

En la República Argentina, antes de la sanción del art. 40, el presidente de la Nación convocó a consulta popular no vinculante sobre el acuerdo con la República de Chile por la cuestión de límites en el canal de Beagle. En aquella oportunidad, quienes se oponían a tal convocatoria alegaron el impedimento constitucional que parecía emanar del art. 22 de la Ley Suprema. Planteado el caso judicial, la Corte Suprema sostuvo que el peticionante no había presentado un agravio concreto y rechazó su petición (1417) . La consulta fue realizada con una mayoritaria concurrencia, pese a que el sufragio no fue obligatorio para el electorado. Sin embargo, pese a que tampoco fue vinculante para los poderes del Estado, cuando el Tratado con Chile fue examinado para su aprobación o rechazo en el Congreso Federal, un legislador dijo sentirse obligado por el voto afirmativo de la ciudadanía.

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.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 1º; 5º; 8º; 10; 11; 12; 14; 16; 20; 21; 22; 25; 28; 33; 42; 43; 75, incs. 10, 12, 13, 18, 19, 22, 23, 24, 30; 121; 124; 126, C.N.

1. IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN AMBIENTAL

A partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente celebrada en Estocolmo en el año 1972, se incrementó la conciencia mundial acerca de las responsabilidades gubernamentales y de los deberes personales y sociales sobre la preservación y progreso de la calidad ambiental para las generaciones presentes y las futuras. La Conferencia declaró, formalmente, el derecho humano a un ambiente adecuado para vivir en dignidad y bienestar y el consecuente deber de protegerlo y mejorarlo.

Así, la preocupación por la preservación del llamado medio ambiente de las agresiones y deterioros que la persona humana por sí y asociada con otras desataba sobre la naturaleza y sus recursos, puso de relieve un dilema contemporáneo de envergadura. En efecto, a la necesidad de generar desarrollo económico para satisfacer las necesidades crecientes de los grupos humanos siguió, primero la preocupación y, luego, la alarma por los efectos nocivos que algunas formas de desarrollo producían sobre la naturaleza (1418) .

Pero el conflicto entre desarrollo y preservación no era nuevo. Las Organizaciones No Gubernamentales (O.N.G.) habían señalado de múltiples modos los problemas suscitados por el crecimiento y el progreso tecnológico. El dilema había inquietado, también, a *Karol Wojtyla* antes de convertirse en Juan Pablo II cuando se interrogaba acerca de "...si el trabajo del hombre, como la explotación de las riquezas de la naturaleza, manifiesta siempre aquella característica de orden racional y aquella irradiación de humanidad: si acaso el trabajo no se transforma en un brutal saqueamiento dictado sobre todo [por] la intención de la recíproca destrucción y dominación" (1419) .

2. INTERPRETACIÓN GENERAL DE LA NORMA

Del peligro del saqueamiento de la naturaleza —por parte de quienes anteponen el interés de lucro por sobre toda otra consideración ambientalista— puede derivarse otro modo de dominación, al propiciarse un tipo de resguardo ambiental en lucha con la innovación tecnológica, que acrecienta el desempleo y estructura y favorece —se lo busque expresamente o no— una ideología de sometimiento de las sociedades pobres(1420) .

El dilema fue claramente advertido en el seno de la Convención Constituyente de 1994. Allí se señaló la necesidad de armonizar la preservación del ambiente con los requerimientos de un desarrollo que provea fábricas y fuentes de trabajo a todo el país (1421) .

Pero para resolver la compleja alternativa deben examinarse dos órdenes de problemas previos que suscita el art. 41 de la Constitución Nacional. En primer lugar, la necesidad de definir qué se entiende por ambiente; por recursos naturales, y por diversidad biológica —desde que la Constitución Nacional menciona expresamente a cada uno de ellos en la norma— y, subsiguientemente, establecer el alcance y límites de su conservación y resguardo. En segundo término, y dado que la República Argentina es un Estado federal, se hace preciso determinar el sujeto estatal con atribuciones para regular la materia y aplicarla en cada jurisdicción, pues también el art. 41 hace referencias no muy precisas a esa delimitación.

Acerca del primer problema, es posible definir al *ambiente* como el conjunto de elementos naturales o transformados por la persona humana y creados por ella —la cultura, en suma— que permiten el nacimiento y desarrollo de organismos vivos. *Los recursos naturales* son los bienes de la naturaleza que aún no han sido modificados por la actividad de la persona humana y que ésta emplea para su propia conservación y crecimiento (1422) . La *diversidad biológica* o genética se refiere a la pluralidad de organismos y sistemas vivos existentes en la naturaleza, y que enriquecen y preservan al conjunto en razón de su misma variedad. La protección de la diversidad biológica supone la conservación de las diferentes especies naturales a fin de evitar la denominada *erosión* biológica.

Ahora bien, en un Estado Federal, elegir las opciones conservacionistas y delimitar el ejercicio de los derechos constitucionales —de propiedad, contractuales, de comerciar y de establecer y desarrollar industrias, protegidos por los arts. 14 y 17 de la Constitución— que puedan dañar el ambiente, implica una cuestión problemática que debe resolverse en diferentes ámbitos geográficos, con decisión política descentralizada.

Como es sabido, la contaminación ambiental no reconoce fronteras claramente demarcadas, pues sus efectos se expanden a través de los límites territoriales y sin tomar en cuenta demarcaciones políticas. El agotamiento de los recursos naturales o la afectación de la diversidad biológica por extinción de las especies, genera consecuencias en el mediano y largo plazo en ámbitos muy distantes de aquellos en los cuales se produjeron las depredaciones (1423) .

Esa peculiaridad de la cuestión ambiental requiere, entonces y al menos, políticas de concertación y coordinación hacia un federalismo cooperativo y de deberes.

3. La distribución de competencias en materia ambiental

En la Constitución histórica de 1853/60 no se previó, expresamente, la materia ambiental. En consecuencia, ésta, al no constituir una de las competencias delegadas por las provincias en el gobierno federal quedaba atribuida a la esfera local. No obstante, algunas normas de la Constitución Nacional tenían directa relación con la explotación de los recursos naturales, la preservación de estos o la calidad de vida y la protección de la salud pública. En efecto, el anterior art. 67, incs. 11, 12 y 16 (hoy 75, incs. 12, 13 y 18) deparaba al Congreso, respectivamente, la atribución de dictar los códigos sustantivos, entre ellos el de Minería, el Comercial y el Penal; de reglar el comercio exterior y el interprovincial y de proveer a la prosperidad del país, mediante políticas directamente vinculadas con los recursos naturales, el ambiente y la actividad industrial.

En 1949, la reforma constitucional de entonces zanjó el debate acerca de la propiedad de las fuentes naturales de energía (art. 40) a favor de la Nación, con gestión del Estado Federal y participación de las provincias en su producido (1424) .

La discusión acerca de la conveniencia de la propiedad privada o estatal de los recursos naturales oscureció el problema que se seguía de la eventualidad de elegir la propiedad estatal. En ese caso debía optarse, además, entre el Estado Federal o los Estados provinciales. La decisión a favor del Estado Federal que implicó la reforma de 1949, tardó en ser cuestionada por las provincias. Recién en la década de 1980 las reformas de las constituciones provinciales reivindicaron el dominio de sus recursos naturales y, a la vez, sancionaron normas protectoras del ambiente y la calidad de vida (1425) .

Por otro lado, la decisión adoptada por la Convención reformadora de 1994 en materia de competencia ambiental, implicó —como bien lo señalara el convencional *Natale* — una transformación sustantiva desde que, hasta entonces, la materia ambiental y la preservación de los recursos naturales correspondería, en principio y por carencia de delegación expresa de la materia en el Gobierno Federal, a la regulación de los Estados provinciales (1426) .

En efecto, el art. 41 de la Constitución dispuso un deslinde de competencias entre la Nación y las provincias —y, por extensión, entre la Nación y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— en virtud de la cual 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. Como se advierte, en punto al medio ambiente, el deslinde de competencias clásico

del sistema federal que establece una delimitación de atribuciones otorgadas al gobierno central —a partir del principio de que *lo no delegado queda reservado a las provincias* — se ha modificado a favor del principio de complementación, de armonización de políticas conservacionistas, entre las autoridades federales y las locales pero atribuyendo la legislación de base a la autoridad federal.

Aunque hasta la reforma constitucional de 1994 y en los hechos, el Congreso de la Nación en su calidad de legislatura local de la Ciudad de Buenos Aires, señalaba las pistas de la protección ambiental. Ello así, pues las normas dictadas por el Poder Legislativo nacional contenían disposiciones que admitían el acogimiento de las provincias a ese régimen legal. De ese modo, las leyes nacionales obtenían seguimiento local, en bien de la unidad y coordinación de las políticas ambientales. Este fue el criterio establecido en la ley de residuos peligrosos 24.051, aún vigente (1427) . Mas, a partir de la sanción de la reforma constitucional de 1994 —sin necesidad de esperar a que las provincias acojan el régimen establecido para la Capital Federal y los lugares sujetos a esa jurisdicción— el Congreso de la Nación puede y debe dictar la normativa ambiental mínima para todo el país, aunque su aplicación —administrativa o jurisdiccional— corresponda a los gobiernos locales (1428) . En suma, puede afirmarse que los convencionales de 1994 han adoptado, en materia ambiental, una solución similar a la dispuesta sobre la legislación de fondo por el art. 75, inc. 12. Tal alternativa tomó en consideración que los problemas ambientales se caracterizan por su localización en un ámbito geográfico y su extrema movilidad hacia otros espacios, quizás muy distantes.

Pero la competencia ambiental fue delegada a la órbita federal sólo en lo referido a los presupuestos mínimos de protección. En todo lo demás, las provincias conservaron atribuciones para *complementar y extender* el resguardo ambiental. Y ello así pues, aunque existen necesidades y problemas comunes a todo el país, cada región requiere protección y soluciones específicas y propias (1429) . Por ello, dentro de cada jurisdicción local, las *responsabilidades de las provincias son primarias y fundamentales* para ampliar la protección y aplicar la normativa legal (1430) .

Las atribuciones provinciales para disponer protecciones mayores en materia ambiental, fue reconocida en una ajustada concurrencia de la Corte Suprema en el caso "*Villivae c/Provincia de Chubut*" , si bien en *obiter dictun.* La accionante había peticionado y conseguido que se suspendieran las obras a cielo abierto de una mina de oro, hasta tanto se celebrara la audiencia pública prevista en la ley provincial y se realizara y aprobara el examen de impacto ambiental, conforme a esa legislación local. La mayoría de la Corte Suprema rechazó la queja de la empresa demandada por aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En cambio, la concurrencia —después de aseverar que las cuestiones articuladas en el recurso extraordinario no fueron introducidas oportunamente ante los jueces de la causa— sostuvo que las mayores exigencias provinciales, en materia de medio ambiente, no contradecían lo dispuesto por el Código de Minería "ni la ley 25.675, dictadas con arreglo a lo dispuesto por

el Art. 41 de la Constitución Nacional... [pues] según dicho artículo, corresponde a la Nación dictar las normas que contengan 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 reglamentación complementada" (1431) .

No obstante, los presupuestos mínimos de protección que corresponde establecer a la autoridad federal requieren políticas de concertación y armonización con los entes locales a fin de evitar la neutralización de las acciones a emprender y no impedir —con superposiciones normativas y actuaciones administrativas en dos y hasta tres jurisdicciones— el desarrollo humano. En ese sentido, la ley 25.612 de Gestión Integral de Residuos Industriales y Actividad de Servicios (1432) declara la reglamentación de los presupuestos mínimos de protección ambiental (art. 1º); reconoce que las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son responsables del control y fiscalización de la gestión ambiental (art. 8º); dispone que esas autoridades deben llevar y mantener un registro actualizado en el que deberán inscribirse todas las personas físicas y jurídicas responsables de la generación, manejo, transporte , almacenamiento, tratamiento y disposición final de residuos industriales y que esa información deberá incorporarse a un Sistema de Información Integral, administrado por la autoridad ambiental nacional (art. 19); establece la necesidad de que las diferentes jurisdicciones firmen convenios entre ellas cuando el transporte de los residuos industriales deban realizarse fuera de los límites provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 26); dispone que la autoridad de aplicación acordará con las autoridades locales en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) las características y contenidos del estudio del impacto ambiental y las condiciones de habilitación de las plantas de almacenamiento, tratamiento y disposición final de residuos industriales (art. 33); y un acuerdo similar, pero sin referencia al COFEMA, para la hipótesis de cierre de plantas (art. 35). Como se advierte, esta dos últimas normas favorecen claramente las políticas de concertación y armonización en materia ambiental y, en la primera de ellas, en un ámbito —el COFEMA— que, se supone, conciliará los intereses con equidad.

Por otro lado, la ley 25.612 reconoce expresamente la competencia de la justicia ordinaria que corresponda, para conocer en las acciones que se deriven de sus disposiciones (art. 55) y recomienda a los estados provinciales y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la sanción de normas *complementarias* , en los términos del art. 41 de la Constitución Nacional(1433) .

En suma, aunque la delimitación de competencias entre el Estado Nacional y las jurisdicciones locales en materia ambiental es una cuestión problemática, el art. 41 reconoce a las provincias *competencia constitucional* sobre el punto, siempre que no se acredite concretamente que la actividad habilitada por la autoridad local vulnera los presupuestos mínimos de protección definidos por ley nacional. Una vez dictada la ley nacional, la competencia de las jurisdicciones locales deviene *residual*(1434) .

En ese sentido el Congreso sancionó la ley 25.675 de Política Ambiental Nacional estableciendo, tal como lo dispuso en el art. 1º, "los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable" (1435) . Pero, en el art. 6º entendió por "presupuesto mínimo" a "toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable". De esta definición se sigue que los presupuestos mínimos son los que el Congreso determine para todo el territorio nacional, y que el Poder Legislativo federal ha interpretado correctamente el art. 41 de la Constitución Nacional en el sentido de que esa norma dispone una atribución reglamentaria que le ha sido delegada.

Por otro lado, en el art. 7º referido a la aplicación de la ley, se dispone la competencia judicial ordinaria, según corresponda por el territorio, la materia o las personas. En cambio, si el acto, omisión o situación generada provoca degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal.

4. La legitimación activa en materia ambiental

La amplitud de la legitimación activa en materia ambiental deriva : a) del derecho a disfrutar de un ambiente sano, reconocido en el art. 41 de la Constitución Nacional a todos los habitantes, y, b) del uso del amparo por toda persona agraviada concretamente, o por todo afectado, en un grado menor o potencial, presente o futuro, por el daño ambiental (1436) .

Corresponde al Ministerio Público y al Defensor del Pueblo la legitimación para demandar protección contra el eventual daño ambiental de las generaciones presentes y futuras. No se me escapa cuán difícil es trazar la frontera entre los derechos de las generaciones presentes —al trabajo, al desarrollo, al bienestar— y las futuras a no recibir un *habitat* degradado e inhóspito. Por cierto, la delimitación exige suma prudencia en los funcionarios y en el Poder Judicial, por otro lado propia de la resolución de problemas en esta materia tan compleja.

La Ley 25.675 de Política Ambiental Nacional reconoció y especificó varias legitimaciones activas (1437) . Al establecer el deber de informar —d e las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas— acerca de la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan, consagró el derecho de todo habitante a obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada (art. 16). Como se advierte, esta legitimación tiene límites: a) puede solicitarse a las autoridades; b) sobre la información que administren —nacional o local,

o que coordinen— y c) que no esté reservada por imperio de una ley específica. No obstante estos límites y acerca de la reserva o secreto, cabe el control judicial de razonabilidad, efectuado por los jueces en causa concreta. Dado que las autoridades tienen la obligación de informar y, en especial, el Poder Ejecutivo el deber de presentar un informe anual al Congreso (art. 18), cabe a cualquier habitante la legitimación para efectuar reclamos administrativos y acciones judiciales al respecto.

En la misma dirección puede anotarse el derecho de toda persona a opinar en procedimientos que se relacionen con la preservación del ambiente y participar en audiencias públicas obligatorias sobre actividades que puedan tener efectos negativos o significativos sobre el ambiente. No serán vinculantes para las autoridades, pero éstas deberán fundar los resultados contrarios a la audiencia que aporten y hacer pública esa fundamentación (art. 20).

El art. 30 de la ley 25.675 se refiere a la legitimación en materia de recomposición y reparación del daño ambiental producido. Para la primera, la norma indica los mismos legitimados del art. 43 de la Constitución Nacional, esto es, el afectado, el Defensor del Pueblo, y las asociaciones no gubernamentales de defensa del ambiente. Asimismo se reconoce acción de recomposición al Estado Nacional, provincial o municipal y, para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, a la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

Ahora bien y en lo que entiendo constituye una verdadera *acción de clase* , el art. 30 dispone que deducida la demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, quienes, no obstante, podrán intervenir como terceros. Por fin, se reconoce legitimación activa a toda persona para hacer cesar el daño ambiental colectivo (1438) .

5. Alcance de los derechos reconocidos. El desarrollo humano y la igualdad

La reforma de 1994 incorporó la expresión *desarrollo humano* a la Constitución argentina. En el art. 41, de preservación del ambiente, dispuso: "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...". Como se advierte en la redacción, el desarrollo humano constituye el *objetivo* de la preservación del ambiente, imponiendo límites a la actividad productiva, en tanto ésta comprometa la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y venideras. Se exige, en consecuencia, que el logro del crecimiento económico se sostenga y sea racional a fin de garantizar

el desarrollo humano, actual y futuro (1439) . Es el criterio que impone el art. 4 de la ley 25.675.

Según se ha dicho con acierto, por primera vez y de modo explícito la Constitución consagra el solidarismo intergeneracional "que expresa una visión de la persona humana y de la comunidad política fuertemente vinculadas, no sólo a un pasado común, sino también con claros deberes hacia las generaciones venideras", principio que de modo implícito ya anidaba en el preámbulo de la Ley Suprema, en la invitación formulada a*todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino*(1440) .

Al debatirse el sentido del art. 41 en el seno de la Convención Constituyente, la presidenta de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, *Elba Roulet* , perfiló el alcance del desarrollo humano, sosteniendo que éste implica el "desarrollo de todos los hombres y de 'todo' el hombre" (1441) . Concepto que coincide en un todo con el Informe 95 de Desarrollo Humano, elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en tanto éste propone el acrecentamiento de las condiciones naturales y adquiridas de las personas, garantizando a todas la igualdad de oportunidades.

En coincidencia con esa idea pero ampliando el significado de la expresión, la convencional constituyente, *TeresaPeltier* , también ligó la factibilidad del desarrollo humano a la protección del ambiente, llegando aún más lejos. En efecto, postuló el resguardo de la vida humana desde la concepción —con la finalidad de proteger en toda su amplitud el *medio ambiente* — asegurando de ese modo la existencia de una nueva *identidad genética,* que es —en palabras de la convencional— propia e irrepetible de todo ser humano también del no nacido (1442) .

6. LOS DEBERES EN MATERIA AMBIENTAL

Así como la legitimación activa para iniciar acciones judiciales en la protección del medio ambiente es amplia, los deberes que derivan de la norma son también vastos y obligan a toda persona que dañe o menoscabe el ambiente, de acuerdo a la razonable regla legal.

Las normas que al efecto dicte el Congreso Federal —y ha sancionado varias, entre las que se incluyen la aprobación de tratados bilaterales de protección del ambiente— y los Estados locales de modo complementario, deben ser preventivas, de acuerdo a lo mandado por el art. 41 de la Constitución Nacional, es decir, deben evitar que el daño se produzca. En algunos casos, fundamentalmente en emprendimientos comerciales, industriales o de desarrollo, inclusive de conservación de algunos monumentos naturales o culturales, no podrá menos que *afectarse* el *hábitat* . En la hipótesis se requiere el estudio del impacto ambiental para examinar costos y beneficios del proyecto, pero ese estudio no constituye una exigencia constitucional. En efecto, aunque la cuestión fue muy discutida en la Convención de 1994, finalmente se optó por la cláusula

en virtud de la cual el daño ambiental generará prioritariamente *el deber de recomponer* .

De todos modos, tanto las constituciones como las leyes provinciales y la legislación nacional pueden disponer la obligatoriedad del estudio de impacto ambiental, de modo general o para situaciones especiales, dentro de las mayores protecciones que están atribuidas para establecer, de acuerdo al criterio dispuesto por el art. 41 de la Constitución Nacional. Ello dependerá de la importancia de los recursos naturales o bienes culturales a preservar y de las necesidades de crecimiento y desarrollo pertinente en cada provincia. A propósito de lo dispuesto por la legislación de la Provincia de Chubut, la justicia local hizo lugar a una acción de amparo ambiental contra esa provincia y contra una empresa minera —en el caso "*Villivar, Silvana* ", ya citado— ordenando paralizar los trabajos de exploración y explotación de una mina, hasta tanto la autoridad de aplicación convocara a una audiencia pública y se pronunciara expresamente aprobando, modificando o rechazando el estudio de impacto ambiental presentado por la empresa. En el voto en concurrencia de tres ministros de la Corte Suprema, se sostuvo que, en el caso, la exigencia legal de realizar una audiencia pública a fin de examinar y aprobar el estudio de impacto ambiental, para la instalación de una mina de oro a cielo abierto que empleaba cianuro, no contradecía la legislación nacional (1443) .

La ley 25.675 optó por disponer la evaluación del impacto ambiental, previo a la ejecución de la obra pero de un modo limitado y según las situaciones. El art. 11 estableció el principio en virtud del cual toda obra o actividad que en el territorio de la Nación sea susceptible de degradar el ambiente o afectar la calidad de vida de la población en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación previa del impacto ambiental. En consecuencia, y en armonía con el art. 12, son las autoridades competentes quienes determinarán [decidirán] si se debe o no presentar un estudio ambiental, luego de la declaración jurada que las personas físicas o jurídicas presenten. En esa declaración deberán manifestar si las obras afectarán o no el ambiente. Así es que no siempre procederá el estudio de impacto ambiental.

Quienes realicen actividades riesgosas para el ambiente deberán contratar un seguro de cobertura suficiente, para recomponer el daño que se pudiere producir (art. 28).

Por otro lado, quien cause daño ambiental deberá recomponer en la medida de lo posible y, en sustitución por imposibilidad de lograrlo, indemnizar. La suma fijada por la justicia integrará el Fondo de Compensación Ambiental, creado por la ley (art. 28). Pero el responsable podrá acreditar que a pesar de adoptar todas las medidas y sin mediar su culpa concurrente, los daños se produjeron por culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder (art. 29).

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.

Concordancias: Preámbulo; Arts. 1º; 10; 11; 12;14; 16; 17; 18; 19; 20; 25; 28; 33; 41; 43; 75, incs. 10, 12, 13, 14,18, 19; 99, inc. 1° y 2°; 100, inc. 1°; 109; 126, C.N.

1. La autonomía de la voluntad y la defensa de los consumidores(1444)

La declaración y reconocimiento de los derechos de usuarios y consumidores implicó una modificación sustantiva en la ideología liberal de la Constitución histórica de 1853-60 y hasta en la concepción social de la Ley Suprema, incorporada en 1957 con los derechos sociales del art. 14 *bis* .

Dado que, además de nuevos derechos, la reforma amplió el alcance del amparo y puso en cuestión las categorías de derechos subjetivos, interés legítimo e interés simple (1445) la reforma constitucional implicó, en consecuencia, algo más que una mayor protección de facultades personales o colectivas.

Los *nuevos* derechos —o por lo menos el espacio subjetivo y colectivo que construyen— encierran una idea diferente de la persona humana, del Estado, de las corporaciones y de las relaciones entre todos ellos, aunque no necesariamente contradictorias (1446) .

La concepción demoliberal de la Constitución histórica reconocía en el derecho personal de propiedad y en la libertad contractual, dos pilares fundamentales. El derecho de propiedad fue consagrado expresamente en el texto constitucional, arts. 14 y 17. En cambio, los derechos contractuales resultaron implícitos y se derivaron de los derechos de comerciar, de navegar, de ejercer industrias lícitas, de trabajar, de asociarse y de enseñar reconocidos en el art. 14 de la Constitución Nacional. Los derechos

contractuales y de propiedad fueron reglamentados por la legislación común, en especial por los Códigos Civil y Comercial(1447) .

En aquella concepción, correspondía al Estado garantizar a los habitantes el ejercicio del derecho de usar y disponer de *su* propiedad —removiendo los eventuales obstáculos generados por terceros— y otorgar reconocimiento jurídico a los acuerdos celebrados en los contratos (1448) . La autonomía de la voluntad —para contratar o no, para elegir con quién hacerlo, para fijar el contenido del contrato— cedía sólo ante el objeto ilícito o el daño a terceros (1449) . En estos casos correspondía la intervención del Estado Federal, reglamentando los derechos constitucionales por vía de los códigos sustantivos o de fondo o la acción de las provincias, en virtud del ejercicio del poder de policía de salubridad, moralidad y seguridad (1450) .

Esa perspectiva civilista o privatista se atenuaba a tenor de lo dispuesto por el anterior art. 67, inc. 16 (hoy art. 75, inc. 18) de la Constitución argentina, llamada cláusula para el progreso (1451) . Esta norma, interpretada con amplitud, posibilitaba el ejercicio del poder de policía de bienestar a fin de instituir un equilibrio normativo entre las garantías contractuales y de la propiedad, por un lado, y el bienestar general que debía procurar el Estado, por el otro. Esa armonía dispositiva creada por la Constitución entre aquellos dos valores, no se tradujo en un efectivo balance de los intereses en juego. La creciente intervención estatal iniciada en la década de 1930 limitó intensamente los derechos económicos, bajo la justificación de otorgarles una mayor protección a sectores en crisis o desprotegidos. A fines de la década de 1940, la reforma constitucional de entonces cristalizó al Estado como agente económico y *propietario* de bienes y servicios, considerados esenciales para la obtención del bienestar general (1452) .

A partir de 1957, en el diseño normativo de la Constitución confluyeron los principios del liberalismo y del Estado Social de Derecho, en una difícil síntesis que no siempre se trasladó al ámbito de las conductas. En los hechos, varias de las declaraciones del art. 14 *bis* se transformaron en derechos programáticos sin vigencia alguna (1453) y las libertades económicas se desdibujaron por la intensa regulación estatal dictada hasta fines de la década de 1980 que favoreció el desarrollo de un capitalismo prebendario y sin riesgo.

Pero a partir de 1990 comenzó un proceso de desregulación y privatización de empresas estatales, en especial de servicios públicos —operado no siempre desde la ortodoxia constitucional, por la utilización de los decretos de necesidad y urgencia— (1454) con sustento en los principios del liberalismo económico y en la necesidad de eficacia en la prestación del servicio.

En medio de ese impulso *privatista* , con predominio mercantil, actos de fe liberal y retroceso del Estado, se produjo la reforma constitucional de 1994 que incorporó algunos de los llamados derechos de la tercera generación (1455) . Así, la protección de usuarios y consumidores ingresó en la Constitución, mientras el espacio público disminuía ostensiblemente y cada

persona se tornaba usuario vulnerable, en un creciente mercado de consumidores (1456) .

2. TEXTURA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE USUARIOS Y CONSUMIDORES

En la interpretación del alcance del art. 42 deben tomarse en consideración otras dos normas en especial: los artículos 43 y 75, inc. 19 de la Constitución Nacional, referidos, respectivamente, al alcance del amparo y a la atribución-deber del Congreso de *mantener* el valor de la moneda.

La norma reconoce como fuente, aunque con variantes, el art. 51 de la Constitución española de 1978 (1457) . También las disposiciones incorporadas en el nuevo derecho público provincial elaborado a partir de 1986 —que en ocasiones rozaron las competencias delegadas al gobierno federal— constituyen antecedentes en la protección de los derechos del consumidor (1458) .

Al tratar la cuestión en el art. 42, la Constitución Nacional comienza declarando los derechos de usuarios y consumidores en la relación de consumo. Es éste el primer borde dispuesto en la Constitución a la amplitud de los derechos reconocidos. En efecto, aún cuando la expresión es ambigua, la relación de consumo supone un convenio celebrado, del cual habrán de derivar los derechos protegidos y las responsabilidades consecuentes aunque, desde luego y en otros supuestos, podría corresponder la responsabilidad extracontractual prevista en el Código Civil(1459) .

Aquélla pareció ser —en principio— la interpretación de la ley reglamentaria de Defensa del Consumidor —que precedió a la reforma constitucional—(1460) en tanto el art. 1º, definió a consumidores y usuarios como "las personas físicas o jurídicas que *contratan* a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social..." o cuando en el art. 8 estableció que "las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor" (1461) . Pero, ¿en la relación de consumo cabe incluir al precontrato? ¿Carece de protección constitucional la oferta pública? En todo caso, ¿qué tipo de garantías serían compatibles con el diseño constitucional, más allá de lo dispuesto por la ley reglamentaria? Como se señaló, la ley 24.240 fue sancionada con anterioridad a la enmienda constitucional de 1994 pero, con posterioridad se la reformó en cuatro oportunidades (1462) .

Precisamente, la última reforma a la ley de usuarios y consumidores, 26.361, amplió el criterio que los define y protege más allá de la garantía constitucional, al establecer que se entiende por consumidor o usuario a "toda persona física o jurídica que *adquiera* o *utilice* bienes o servicios en forma *gratuita* u onerosa como destinatario final en beneficio propio o de su

grupo familiar o social". Además, la ley dispuso que "queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines" y que "se considera, asimismo, consumidor o usuario a quien sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo" (1463) .

3. Objetivos y medios en la protección de usuarios y consumidores

Dado que cuando una norma otorga derechos a una persona recorta, en la misma medida, las facultades de otra, la protección constitucional de consumidores y usuarios, debe ser compatible con los demás derechos declarados y con los principios y valores de la Constitución.

Para analizar el tema conviene distinguir los *objetivos* constitucionales declarados expresa o implícitamente en el art. 42 y los *medios* dispuestos para alcanzar aquellos fines.

3.1. Derechos que comprende la protección de usuarios y consumidores

La reforma se propone, sobre el punto, el logro de tres propósitos. En el art. 42 se establece la protección del consumidor, las garantías a los competidores —productores y oferentes de bienes y servicios— y la transparencia del mercado. Este último objetivo es, claro, tanto en beneficio de los usuarios y consumidores como de los competidores, obteniendo unos mejores precios y servicios, la posibilidad de elección y el derecho a variar de elección y alcanzando, los otros, una porción del mercado en competencia leal.

La transparencia del mercado resguarda la libertad de opción de los consumidores finales. En ese sentido, por ejemplo, la protección de la marca y su uso exclusivo, incluye la prohibición de *rellenado* de envases de gas licuado sin consentimiento del titular. El tipo penal de *relleno* asegura el derecho de propiedad de la marca pero, al mismo tiempo, tiene efecto sobre la seguridad pública y la atribución de responsabilidad por daños (1464) . Se supone que el titular de la marca, si autoriza el uso de sus envases con el logo o identificación de aquella, se ha cerciorado de que quien introduce su propio producto ha verificado la calidad de éste.

La defensa del consumidor se abre en dos campos: el de los *derechos patrimoniales* — la seguridad de no sufrir daño; los intereses económicos; la

libertad de elección; el trato equitativo y digno; la mayor protección cuando en la relación de consumo se constituya en la parte más débil y el de los *derechos personales:* la protección de la salud y la seguridad de no sufrir menoscabo en aquella o en la vida.

Por otra parte, el derecho a una información adecuada y veraz resguarda —como la seguridad— tanto los derechos patrimoniales como los personales, a la vida y a la salud.

3.2. MEDIOS DE PROTECCIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES

Los *medios* habilitados por la Constitución para la salvaguardia de los usuarios y consumidores, de los competidores económicos y de la transparencia del mercado, comprenden las *acciones privadas* que tienen derecho a emprender las personas físicas y las personas jurídicas y las *acciones públicas* a que están obligadas las *autoridades* .

Entre las acciones privadas se incluye el derecho a peticionar a las autoridades para que arbitren los medios de protección —legales o jurisdiccionales— de usuarios y consumidores; la libertad de expresión con idéntico fin, para ejercer la crítica a las conductas de productores, comerciantes y publicistas, o para advertir a los demás habitantes acerca de prácticas violatorias de los derechos de los consumidores (art. 14 de la Constitución Nacional); el derecho de crear y asociarse a organizaciones de defensa de consumidores y usuarios; la facultad de informar y educar a los consumidores (arts. 14 y 42 de la Constitución Nacional); la legitimación para de iniciar acción de amparo contra todo acto y omisión de autoridad pública o de particulares que afecte derechos de usuarios o consumidores— s iempre que no exista otro medio judicial más idóneo— y de obtener —eventualmente— la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivos para aquellos derechos (art. 43, Constitución Nacional).

Entre las acciones públicas, corresponde al Congreso dictar leyes de defensa de la competencia (1465) ; de control de los monopolios naturales o legales; de resguardo de la calidad y eficiencia de los servicios públicos de competencia nacional, estableciendo procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, por ejemplo, las audiencias públicas que proporcionan, a la vez, defensa y participación (1466) ; de establecer los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional; de regular la creación y derechos de las asociaciones defensoras de usuarios y consumidores (art. 42) y —en una obligación constitucional inédita— de proveer a la defensa de la moneda (art. 75, inc. 19).

Como se advierte, la instrumentación de estos medios implica un crecimiento del poder estatal, básicamente de su tarea legislativa. Esa legislación debe armonizar las diferentes líneas ideológicas que convergen en la Constitución Nacional y no está exenta del control de razonabilidad que es particularmente delicado en estas cuestiones, pues la defensa de la

competencia contra toda forma de distorsión de los mercados debe fijarse en políticas que, eventualmente, admitan monopolios legales, por razón de *oportunidad* y *conveniencia* para el bienestar general.

A la administración nacional o a las locales les compete controlar el cumplimiento de aquella legislación a través de los organismos que la misma norma provea —por ejemplo, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia— desde luego, con el suficiente control judicial que la misma ley que lo crea provee (1467) , y la protección de la salud pública.

Por último, corresponde al poder judicial aplicar las sanciones pertinentes y amparar los derechos reconocidos de usuarios, consumidores y asociaciones creadas en su defensa, admitiendo, con amplitud, la legitimación activa de ellos(1468) y, en los casos concretos, efectuar el eventual control de razonabilidad de las leyes de protección al consumidor o de defensa de la competencia que se dicten, así como ejercer el control de legalidad y razonabilidad de las medidas o sanciones que pudieran imponer los organismos administrativos creados al efecto.

3.3. La Ley de Defensa de la Competencia y el abuso de posición dominante

La Ley de Defensa de la Competencia constituye uno de los instrumentos de protección de usuarios y consumidores, esa es su finalidad inmediata. En términos de la teoría del derecho, si logra cumplir ese fin, podrá afirmarse que la ley fue efectiva. Pero desde el punto de vista de la eficacia de la norma deberá examinarse si la ley se aplica en términos de realización de sus objetivos mediatos.

Ahora bien ¿cuáles son los propósitos mediatos de la Ley de Defensa de la Competencia? Que los precios de los productos y servicios se formen por el libre juego de la oferta y la demanda; que los oferentes o demandantes no distorsionen ese mecanismo y que si alguno de ellos está en una posición dominante en el mercado —por ejemplo si goza de un monopolio legal o natural— no abuse de tal situación (1469) . En otros términos, lo que prohíbe la norma, es que los oferentes o demandantes impidan o limiten la competencia con sus prácticas productivas o comerciales porque, se supone, ésta favorece al consumidor o usuario con mejores productos y servicios, con precios más bajos, con mayores oportunidades de elección.

Se ha sostenido que, en cambio, la Ley de Defensa de la Competencia "no promueve un determinado nivel de precios", ni veda el "mero ejercicio del poder del mercado", ni impide que los oferentes de bienes y servicios "se aprovechen de las oportunidades que les ofrece la estructura de mercado" (1470) . Dicho en otras palabras, que aquella norma "no prohíbe el precio abusivo" pues ello no surge de los términos de la ley siendo, por otro lado, extremadamente difícil determinar cuándo un precio es abusivo,

dificultad que favorece la discrecionalidad de las agencias estatales que deben medirlo (1471) .

Lo que resulta claro de los términos de la Ley de Defensa de la Competencia es que ésta prohíbe el abuso de posición dominante. Así lo entendió la Corte Suprema en el caso "*YPF S.A.",* al sostener que configura abuso de posición dominante la venta al exterior de una parte sustancial de la producción de gas licuado por un precio sensiblemente menor al que se cobraba en el mercado interno, sin que ello obedeciera a costos u otras razones atendibles y con una cláusula que *veda la reimportación,* pues debe presumirse que tal conducta tuvo como propósito mantener deprimida la oferta nacional, asegurando la subsistencia de cierto nivel de precios con evidente perjuicio para los consumidores locales (1472) .

Debe decirse, además, que estos principios han generados efectos significativos en los contratos y que, como bien se ha señalado, existe una relación estrecha entre estos y el mercado. Así pues, "el modelo contractual importa una concepción del mercado" por ello se requiere alguna justicia en éste, en la que "esté prohibido el abuso de la posición de dominio contractual, sea en la relación entre empresarios y consumidores o entre empresarios" (1473) .

3.4. La defensa de la competencia y el caso de los servicios jurídicos pre pagos

Como se señaló, la concurrencia de bienes y servicios en un mercado competitivo y, sobre todo, de libre entrada de nuevos oferentes y formas de prestación, cumple una doble finalidad. En primer lugar, facilitar la transparencia de las transacciones, a fin de asegurar los derechos de usuarios y consumidores al acceso de los mejores servicios, a los mejores precios posibles. En segundo término, garantizar los derechos de comerciar en su más amplia acepción, removiendo las barraras de entrada al tráfico de bienes y servicios. Como es sabido, esas barreras pueden provenir de situaciones monopólicas de hecho o creadas por legislación razonable, en dirección con lo establecido en el art. 43 de la Constitución Nacional sobre el punto. En otros términos, los monopolios legales no debieran admitirse si no responden a razones que puedan sostenerse y justificarse en requerimientos técnicos o en opciones de bien común y por plazo determinado y acotado. Por ello, el alcance del privilegio debe interpretarse restrictivamente (1474) .

Como es sabido, el poder estatal reglamenta el ejercicio de las profesiones imponiendo requisitos de admisión —por ejemplo, exigiendo en algunos casos título habilitante o exámenes de acreditación— y condiciones para la práctica específica. Al mismo tiempo, el Estado establece controles sobre el modo en que se presta aquella actividad. Los colegios profesionales —entes públicos no estatales— ejercen por delegación legal el control de la matrícula, la defensa de la actividad y el resguardo de la ética profesional para proteger,

de ese modo, a los terceros eventualmente afectados, más allá de las responsabilidades civiles o penales que pudieren corresponder a los colegiados.

Entre estas coordenadas llegó a la Corte Suprema un conflicto suscitado cuando un Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires publicó una serie de solicitadas periodísticas en las que señalaba la presunta ilegalidad de los servicios de asistencia jurídica prepaga ofrecidos por una empresa, y advertía acerca de las sanciones disciplinarias que podrían corresponder a los prestadores. La Cámara Argentina de Empresas de Servicios Jurídicos Prepagos, sintiéndose afectada por el accionar del colegio profesional formuló la denuncia de rigor, según los términos de la entonces vigentes ley de Defensa de la Competencia (1475) . En su consecuencia, la Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la Nación ordenó a la institución abogadil el cese de toda actividad que obstaculizara el ingreso al mercado de los servicios jurídicos en cuestión, resolución que confirmó la Cámara Federal de Rosario. Tal como quedó planteada la cuestión ante la Corte Suprema, la cámara empresarial sostuvo el proceder exorbitante del Colegio de Abogados y el abuso de su *posición dominante* en el mercado, provocando, con ello, perjuicio económico a la sociedad. De su lado, el Colegio alegó a) la inconstitucionalidad de la resolución emanada del ente nacional por violación de la distribución de competencias entre el Estado Federal y las provincias, tal como esa distribución emana del art. 121 de la Constitución Nacional; (1476) b) las facultades razonablemente implícitas del Colegio para la defensa de los ciudadanos contra el ejercicio irregular de la profesión; y, c) enfatizó que el Colegio *no era un operador del mercado* , ni pretendía incursionar en él, sino ejercer el control de la actividad profesional.

La Corte Suprema, compartiendo el dictamen del Procurador General, confirmó la sentencia de Cámara. Según los argumentos que hizo suyos el Tribunal, con la publicación de las solicitadas controvertidas, el Colegio de Abogados había excedido sus facultades haciendo procedente la aplicación de la ley de Defensa de la Competencia, aunque no hubiese tenido una posición dominante en el mercado o abusado de ella. Bastaban, como en el caso, *los actos, o las conductas restrictivas o de distorsión de la competencia* pues no podía discutirse la aptitud del Colegio para influir en la oferta y demanda de servicios jurídicos. Y ello más allá de reconocer "las atribuciones de los colegios departamentales en orden al gobierno de la matrícula; el poder disciplinario sobre los abogados, el deber de fiscalizar el ejercicio regular y correcto de la función, el decoro profesional; el cumplimiento de la preceptiva sobre aranceles, honorarios, ética profesional, publicidad y la representación y defensa de sus derechos e intereses profesionales legítimos".

A pesar de puntualizar las ventajas del servicio jurídico pre pago "en materia de prevención de conflictos, disminución de costos de las prestaciones y extensión de aquellos servicios a sectores anteriormente no atendidos" —cuestión eventualmente controvertible y sujeta a prueba— la sentencia señala que sin otros elementos de convicción que meros hechos presuntivos a propósito de supuestos incumplimientos de normas

profesionales por parte de algunos de sus asociados, [el Colegio] suscribió una serie de afirmaciones también indemostradas, interfiriendo la libre competencia de servicios jurídicos. En otras palabras —conviene señalarlo— en el dictamen cuyo criterio compartió la Corte Suprema, se afirmó que la comunidad se hallará mejor cuantas más opciones se le brinden, sin perjuicio del control de los concurrentes por los organismos respectivos, cuestión que no debatieron las partes, como tampoco el Colegio hizo el esfuerzo de probar las alegadas transgresiones a las normas previsionales, arancelarias y profesionales de los abogados de los servicios pre-pagos. En consecuencia, de la regla elaborada en la sentencia, surge nítidamente que si se demostraran aquellas transgresiones, cabe a la institución profesional el inicio de todas las acciones pertinentes para velar por el cumplimiento de aquellas normas.

Así, al mismo tiempo que se protegieron nuevas formas de prestación de servicios jurídicos como un aporte a la ampliación de las opciones de los usuarios resguardadas por elart. 42de laConstitución Nacional, se aseguraron las atribuciones de los colegios profesionales para cumplir con la defensa de la profesión —y también de los usuarios de servicios jurídicos— desplegando las acciones pertinentes, con la carga probatoria respectiva.

Delimitada así la cuestión, no cabían dudas acerca de que los hechos en cuestión implicaban la competencia de las autoridades nacionales en torno a las garantías de la libre competencia según lo dispuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional y al bienestar general que debe proveer el Congreso Nacional conforme lo prescripto por el art. 75, inc.18 de la Ley Suprema.

3.5. EDUCACIÓN DEL CONSUMIDOR, PUBLICIDAD Y PROPAGANDA

El 2º párrafo del art. 42, dispone que las autoridades proveerán a la educación del consumidor. La norma no aclara a qué autoridades se refiere, ni los campos que cubriría la atribución estatal o los límites de ésta.

Esa atribución, que en principio parece beneficiosa en punto a la preservación de la salud, debe ejercerse con prudencia, pues podría implicar una indirecta actividad publicitaria, violatoria de la libre competencia y ajena a las funciones del Estado quien, por esa senda, se convertiría en el árbitro de la actividad productiva al orientar el consumo y las preferencias sociales, sin motivos valederos , generando distorsiones en los mercados e incumpliendo la obligación constitucional de velar por la transparencia de aquéllos.

Como una expansión de tal naturaleza es incompatible con la libertad económica, con el control de los monopolios, con la libre concurrencia y con la libertad personal —derechos garantizados en los antiguos y nuevos artículos de la Constitución Nacional—, sólo debería el Estado educar al consumidor en orden a 1) preservar su salud, ejerciendo el poder de policía para*informar* acerca de los productos de venta prohibida por su condición de

nocivos y controlar la veracidad de los anuncios que realicen productores, comerciantes o prestadores acerca de las características del objeto o servicio ofrecido, que pudieran implicar algún riesgo para la vida o la salud y 2) instrumentar programas escolares —en los diferentes niveles del sistema educativo— para *alfabetizar* en los medios de comunicación, distinguiendo publicidad de propaganda, proporcionando el espacio para la reflexión acerca de las reglas y modo de ambas y sobre el mensaje de las imágenes, de los silencios, de las pausas y de los modos de encabezar las noticias, en la prensa escrita. En suma, cabe al Estado, favorecer el desarrollo de habilidades para el ejercicio responsable de la libertad de elegir y rechazar productos, y ejercer el poder de policía de seguridad y salubridad, sin favorecer determinados usos o consumos que inclinen, en los hechos, las preferencias sociales hacia determinados productores, comerciantes o prestadores de servicios. Así pues, con este criterio restrictivo debieran interpretarse las amplísimas atribuciones que la ley 24.240 —mantenidas en las reformas legislativas posteriores— concedió al Estado en materia de educación al consumidor. De todos modos, resulta positiva la reforma introducida por la ley 26.361 en tanto dispuso que todos los niveles territoriales de gobierno están obligados a implementar programas destinados a consumidores y usuarios que se encuentren en situación desventajosa. Es éste un deber insoslayable del Estado, tanto para garantizar el conocimiento y uso de las seguridades que brinda la ley frente a eventuales abusos de oferentes o proveedores, como para facilitar el aprovechamiento de recursos disponibles a fin de facilitar usos alimentarios que favorezcan la nutrición y la salud de las personas. Va de suyo cuán importante resulta el trabajo armónico de los distintos departamentos ejecutivos para el más óptimo cumplimiento de este objetivo (1477) .

La prudencia estatal requerida en ese campo debe extenderse a las relaciones con los organismos no gubernamentales de defensa de los consumidores, resistiendo la tentación de instrumentarlos —para fines político-partidarios— por la vía de las contribuciones que la ley 24.240 autoriza a otorgar al Estado nacional (1478) .

4. Líneas ideológicas y principios jurídicos en los derechos de usuarios y consumidores

La incorporación de los derechos de usuarios y consumidores cruzó tres líneas ideológicas en la Constitución Nacional, a partir de las obligaciones impuestas al Estado.

El rasgo *liberal* quedó impreso en el deber estatal de asegurara la competencia, impidiendo toda forma de distorsión de los mercados; en el de controlar los monopolios naturales o legales; y en el de asegurar la calidad y eficiencia de los servicios públicos, sancionando, para ello, los marcos regulatorios.

La veta *social* impuso a las autoridades el proveer a la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores y a la educación del consumidor.

Por fin, la línea de los *intereses difusos* consagró la participación de las asociaciones de usuarios y consumidores en el trazado de los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional y, en especial, reconoció a aquellas asociaciones —*registradas conforme a la ley*— legitimación activa para interponer acción de amparo en defensa de los derechos de usuarios y consumidores. La interpretación más o menos amplia del registro legal da la medida de la legitimación. En efecto, el requisito constituye sólo una exigencia de juridicidad y no una superposición de inscripciones en registros especiales, aunque la Ley de Protección al Consumidor, establece la solución contraria (1479) .

Por su parte, los nuevos principios jurídicos nacieron con la reglamentación legal anterior y se mantuvieron en las reformas posteriores, lo que incluye la sanción de la ley 26.361. En efecto, esta norma define a la relación de consumo, como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario y dispone el principio general en virtud del cual en caso de duda sobre los principios que establece esta ley, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor (1480). Esta elección del criterio legislativo —para interpretar la ley de defensa del consumidor— busca equilibrar los desajustes contractuales producidos por la contratación en masa y proteger a la parte más débil para conocer, evaluar y elegir servicios y productos puestos en el mercado por quienes manejan poder económico y publicitario.

El principio que favorece al consumidor se aplica al caso de duda sobre la interpretación normativa, el supuesto de incertidumbre acerca del contenido de las cláusulas contractuales (1481) . Desde luego, el principio que favorece al consumidor, en caso de duda acerca del contenido del contrato, es una aplicación del principio de la buena fe, antiguo pilar del liberalismo. Pero cuando ese principio se aplica a las normas tuitivas de una categoría personal —que en el caso de usuarios y consumidores incluye a todas las personas, pues todas en algún momento consumen o utilizan servicios— excede las fronteras de la buena fe para ingresar en el área de la justicia social.

En la misma línea de protección al más débil, se inscribe el art. 31 de la ley de Defensa del Consumidor en tanto establece una presunción de error en las facturaciones de empresas de servicios públicos domiciliarios con variaciones regulares estacionales, se factura en un período consumos que excedan en un 75 % el promedio correspondiente al mismo período de los dos años anteriores (1482) .

Claro está que el principio comentado deriva de la ley reglamentaria y no expresamente de la Constitución. De ese modo, aquel principio legal deberá interpretarse armónicamente con las restantes disposiciones constitucionales, en especial las que derivan del art. 42 e imponen al Estado diversas obligaciones que a la vez que protegen a los consumidores —en cuanto tales— garantizan el bienestar general. Cabe a las autoridades legislativas y judiciales armonizar los diversos intereses en juego a fin de no

anular, por exceso en la protección, los derechos que se reconocieron en la Constitución.

5. Legitimación activa y extensión del amparo

La Constitución reconoce legitimación activa para interponer la acción de amparo en "...lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, [al] afectado, [al] defensor del pueblo y [a] las asociaciones que propendan a esos fines..." (art. 43). Tal cual está redactada, la norma establece una certeza y, por lo menos, dos incógnitas. La primera se refiere a los sujetos legitimados para accionar por la vía del amparo. Las dudas se plantean acerca de los supuestos en los que cada uno de los actores enunciados pueden accionar.

Si se amparan los derechos de usuarios y consumidores en la relación de consumo, está claro que los afectados por los términos o el incumplimiento de las condiciones expresas o implícitas de un contrato están habilitados para requerir amparo judicial, en aquellos términos. Pero, ¿pueden tales sujetos ejercitar aquella acción cuando, sin haber contratado, se encuentran eventualmente afectados, por ejemplo en su salud, por alimentos que se ofrecen con la fecha vencida? ¿Pueden alegar la defensa de los*intereses*colectivos de toda la categoría de consumidores, para peticionar el decomiso de la mercancía? ¿O, en esta hipótesis, la acción corresponde a las asociaciones de defensa de los consumidores, al Defensor del Pueblo (art. 86 de la C.N.) y al Ministerio Público (art. 120 de la C.N.)? ¿Las asociaciones, están habilitadas para accionar en caso de que el afectado en sus derechos subjetivos fuese un consumidor o usuario?

La ley de Protección del Consumidor reglamentó el punto en torno a las *acciones judiciales,* además de las actuaciones administrativas previstas que puede iniciar la autoridad de aplicación, es decir y en el orden nacional, la Secretaría de Comercio Interior. Así, dispone "...que los usuarios y consumidores podrán ejercer acciones judiciales cuando sus intereses resultaren afectados o amenazados". La acción corresponde a ambos por su propio derecho; a las asociaciones de consumidores o usuarios, a la autoridad de aplicación nacional —Secretaría de Comercio Interior, dependiente del Ministerio de Economía y Producción— o las autoridades de aplicación locales; al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público (1483) . Si éste último funcionario no actúa como parte, debe hacerlo obligatoriamente como fiscal de la ley. Acerca de las causas que tramiten en defensa de los intereses de incidencia colectiva, la ley introdujo una importante reforma. En efecto, el Poder Ejecutivo había vetado una frase del art. 52 de la ley 24.240 que facultaba a las asociaciones de consumidores para actuar como litisconsortes de cualquiera de las partes (1484) . En el nuevo texto incorporado por la ley 26.361, las asociaciones de consumidores o usuarios que lo requieran, estarán habilitadas como litisconsortes de *cualquiera* de los

demás legitimados, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas. El juez debe examinar si las asociaciones de consumidores o usuarios están acreditadas conforme a la ley de Protección del Consumidor.

Interpretando la ley, antes de las modificaciones introducidas por la Ley 26.361, parte de la doctrina sostuvo que para el caso de afectación de un interés subjetivo, correspondía accionar al consumidor; si, en cambio, el interés era colectivo, a las asociaciones y al Ministerio Público (1485) . No obstante, después de la reforma constitucional de 1994, y aplicándola directamente, no es claro que los consumidores por sí, no puedan demandar invocando derechos de *incidencia colectiva,* si es que se mantiene la doctrina del caso *"Ekmekdjian c/Sofovich"*(1486) y se repara en que el art. 43 de la Constitución Nacional, cuando otorga la acción de amparo en lo relativo a derechos de incidencia colectiva, menciona en primer término, al afectado —lo que habilita, a mi entender las acciones de clase— (1487) y luego al Defensor del Pueblo y a las asociaciones de defensa de aquellos derechos. Por su parte, la Ley 26.361, en el art. 52, al habilitar a las asociaciones de consumidores o usuarios como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados, no excluye a ningún legitimado para accionar en defensa de intereses de incidencia colectiva.

La ley 26.361 introdujo a favor del consumidor o usuario —que haya sufrido el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales por parte del proveedor— la aplicación de una multa a éste, graduada por el juez en función de la gravedad del hecho y las demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que pudieran corresponder. Aunque el reconocimiento "daño punitivo" ya empleado en el derecho comparado, fue recibido con elogios, se señalaron algunas objeciones al modo en que se lo reglamentó. En primer lugar porque se lo dispuso a favor del consumidor, circunstancia que puede generar un enriqueciendo sin causa dado que el afectado no pierde las demás indemnizaciones posibles de disponer (1488) .

6. La prestación de los servicios públicos. Control de razonabilidad y control social

Tanto como la ley de Defensa del Consumidor, el art. 42 de la Constitución Nacional, se refiere a una de las cuestiones que más afectan a los usuarios: la prestación de los servicios públicos.

El texto constitucional manda a las autoridades —y por lo tanto al Congreso, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial— proveer a la *calidad y eficiencia* de los servicios públicos nacionales. En especial, dispone que la ley debe establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia

nacional previendo la participación, en los organismos de control, de las asociaciones de usuarios y consumidores y de las provincias interesadas.

La norma constitucional empleó la frase*servicios públicos* — aunque, y quizás con buen criterio, sin definir su alcance y contenido— (1489) . Desestimó así, en beneficio de la tradición administrativista, otras expresiones más modernas tales como servicios económicos de interés general (1490) , y estableció algunos principios expresos e implícitos referidos a aquellos que perfilaron, a la vez que sus peculiaridades, el papel del Estado en la regulación y controles sobre los servicios públicos.

La incorporación del art. 42 a la Constitución Nacional en 1994 se efectuó cuando las prestaciones de los servicios públicos en la República Argentina atravesaban una profunda transformación a raíz del proceso de privatizaciones de múltiples actividades, hasta entonces en manos del Estado. Cambios en el paradigma ideológico imperante acerca de qué debía hacer el Estado —ciertamente operado no sin resistencias— y los efectos de la pésima gestión estatal en la prestación de los servicios que se manifestaban en déficit para las cuentas públicas y en ineficiencias de todo tipo para los usuarios, favorecieron e impulsaron aquel proceso privatizador (1491) . No obstante, la disposición constitucional reservó para el Estado un papel sustantivo pero distinto al que en alguna etapa había ejercido sobre los servicios públicos.

En aplicación de las disposiciones de la Constitución histórica de 1853/60, el Congreso Federal podía disponer *concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo* (art. 67, inc. 16, hoy art. 75, inc. 18) a fin de proveer lo conducente a la prosperidad del país, promoviendo, entre otras actividades, la construcción de ferrocarriles y canales navegables. Bajo ese modelo, el Estado argentino instrumentó la prestación de servicios públicos —gas, teléfonos, electricidad, ferrocarriles— mediante concesiones a empresas privadas de capital extranjero. Más tarde, y a mérito de las reformas constitucionales de 1949 el signo ideológico viró hacia la *nacionalización* de los servicios públicos, tal como se lo predicaba, aunque en realidad el cambio implicó el traspaso de la propiedad y la conducción gerencial de la mayoría de esas empresas al Estado Federal. La reversión de esas políticas se dio con las privatizaciones de la década de 1990, las que tomaron diferentes formas (1492) , y no estuvieron exentas de controversias, algunas referidas al nivel de las tarifas, considerado alto en algunos casos; al incumplimiento de las inversiones a las que se habían obligado las concesionarias —lo cual alentó la opción de volver a la estatización de alguna de ellas para privatizar mejor— (1493) o a la falta de eficacia en los controles que debía asegurar el Estado.

Por su parte, la ley de Defensa del Consumidor obliga a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios a informar al usuario —p or escrito— acerca de las condiciones de la prestación y de los derechos y obligaciones de las partes y a anoticiar a los usuarios en las facturas y con carteles en las oficinas de atención al público, acerca del derecho que tienen a reclamar una indemnización por facturación errónea o reclamo de facturas pagas (1494) . Antes de la reforma introducida por la ley 26.361, en el mismo

artículo, se disponía que la ley 24.240, era supletoria de la legislación específica, dictada para la regulación de aquellos servicios. Sin embargo en el art. 42 de la Constitución Nacional se reconoció el derecho de los usuarios y consumidores a una información adecuada y veraz. En consecuencia, pese al carácter supletorio de la ley 24.240 respecto de los servicios públicos domiciliarios con legislación específica, cabía a los tribunales generales en general y a la Corte Suprema en particular, ejercer control de razonabilidad sobre aquella normativa —incluidos los contratos de concesión, hacia el futuro— en caso de que se violaran los derechos constitucionales de usuarios y consumidores (1495) . En consecuencia de ello, la modificación introducida por la ley 26.361 a la de Defensa del Consumidor, implica un gran avance ya que eliminó el carácter supletorio de esta ley y reiteró el principio en virtud del cual, en caso de duda sobre la normativa aplicable, se aplicará la más favorable para el consumidor.

En la medida en que se abran los mercados de prestación de servicios públicos a la competencia, se le aplicará la legislación que defienda a los eventuales nuevos competidores y a los usuarios de prácticas de distorsión de los mercados.

Cabe a los tribunales, siempre, el control de razonabilidad de la ley 24.240 y sus modificatorias, incluida las reformas introducidas por la ley 26.361 o a las eventuales enmiendas que aquella reciba en el futuro, así como el control de los Marcos Regulatorios de los servicios públicos privatizados y de la ley de Defensa de la Competencia 25.156, en los casos concretos en que la parte más débil en la contratación, usuarios y consumidores, sean afectados en sus derechos constitucionales. Por ejemplo y como lo señala *Gordillo* , tal caso se daría, por ejemplo, si el marco regulatorio específico no previera la audiencia pública para la modificación de las tarifas (1496) .

La evaluación de los *costos y beneficios* de la normativa implicada puede constituir un criterio de análisis adecuado, para estimar la razonabilidad de las disposiciones eventualmente cuestionadas. En el examen de los *costos* cabe medir el impacto que una irrazonable —por excesiva— protección puede provocar en el sistema de precios, afectando a quienes se pretende proteger. En consecuencia, y para no anular el control de razonabilidad por los costos y beneficios, éste debiera complementarse con un análisis de los *medios alternativos* que restrinjan en menor medida los derechos del consumidor (1497) .

Es, en suma, una tarea de los tribunales y en última instancia de la Corte Suprema, la de reponer el equilibrio vulnerado por los poderes políticos y económicos, por los prestadores de servicios, productores de bienes y comerciantes. Pero, en este caso, la armonía que deben proveer los jueces entre derechos e intereses, se inscribe en un contexto ideológico diferente en el que todos son usuarios y consumidores, eventualmente afectados.

Así como la incorporación de los derechos de usuarios y consumidores a la Constitución argentina suministra la oportunidad para el funcionamiento de los controles políticos, el papel deparado a las asociaciones defensoras de aquellos derechos potencia los controles sociales a través de la acción *civil.*

Ya antes, la ley 24.240, en el art. 58, facultaba a las asociaciones de usuarios y consumidores jurídicamente constituidas, a acercar a las partes en conflicto, antes de la promoción de las acciones judiciales y siempre que el afectado formalizara por escrito tal petición. Además, aquella ley acordó legitimación activa a las asociaciones para representar al consumidor —s i éste lo deseara— o para accionar en resguardo de un interés difuso o colectivo (1498) .

Como puede apreciarse, las atribuciones concedidas a los organismos no gubernamentales de defensa de los consumidores proporcionan un canal de control de los grupos económicos quienes, en ocasiones, constituyen monopolios naturales o legales. Aquellas asociaciones facilitan la visibilidad de los problemas que aquejan a usuarios y consumidores y operan como foro de manifestación del poco equitativo y digno trato —c omo exige la Constitución Nacional en el art. 42— que las empresas brindan, o pueden brindar, a sus clientes cautivos.

Ciertamente, para que las asociaciones de defensa de los consumidores generen verdaderos controles sociales, deben constituirse y mantenerse independientes de los poderes políticos y económicos. Una serie de prohibiciones —participación político-partidaria; actividad profesional, comercial o productiva; recibir donaciones de empresas nacionales o extranjeras (art. 57,ley 24.240)— previeron normativamente la eventual falta de independencia de las asociaciones de consumidores.

En consecuencia, lo que se plantea a los usuarios y consumidores y, en especial, a las asociaciones de defensa de sus intereses es nada menos que resistir el calor de los organismos oficiales y la presión y dádivas de los intereses económicos.

7. LOS ENTES DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El tercer párrafo del art. 42 dispone que la legislación proveerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional. Esos marcos normativos de regulación deben establecer organismos de control con la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas.

Como se advierte, la norma constitucional impone, en primer lugar, que los procedimientos de prevención y solución de conflictos, los marcos regulatorios y los organismos de control de los servicios públicos deben ser creados por ley, aunque no en todos los casos se ha cumplido con la manda constitucional al respecto. En segundo término, obliga a la necesaria participación de las asociaciones de usuarios y consumidores y de las provincias interesadas en aquellos.

Ahora bien, los entes u organismos de control de los servicios públicos ¿constituyen un tipo de Autoridades Administrativas Independientes y, en consecuencia, están provistos de independencia y autonomía funcional frente al poder ejecutivo? (1499) . Para resolver de modo afirmativo el interrogante cabe reparar en que son *órganos constitucionales de existencia necesaria.* Dado que ello es así, y tal como lo sostiene *Reiríz* , estaríamos en presencia de entes descentralizados con autonomía funcional, esto es, descentralizados por una norma de alta jerarquía —Constitución o ley—; independencia de los órganos de dirección, manifestada en el modo de elección, estabilidad, remoción y no sujeción a directivas o instrucciones extra entes, de los integrantes de aquellos; competencias decisorias exclusivas o excluyentes; control de legalidad de actos y contratos por parte del poder judicial, sin recurso de alzada ante el poder ejecutivo (1500) . Aunque esta interpretación no ha sido seguida en toda la línea por el sistema de regulación de los referidos entes, es la que condice más con lo normado por el art. 42 de la Constitución Nacional.

Por otro lado, el otorgamiento o no de facultades jurisdiccionales a los entes suscita, por cierto, controversias (1501) . Sea como fuese la determinación sobre el punto, y como lo recordó la Corte Suprema en "*Litoral Gas S.A. c/ENARGAS"* , las decisiones de los órganos administrativos al resolver los conflictos deben estar condicionadas, siempre, a una revisión judicial suficiente. Por otro lado, el Tribunal entendió que las atribuciones de ENARGAS conferidas por ley, no alcanzan para darle categoría de tribunal administrativo aplicando un criterio restrictivo a las atribuciones del mencionado ente (1502) . En esa dirección restrictiva pareció pronunciarse la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativa Federal en "*Y.P.F c/ENARGAS"*(1503) y el voto en disidencia del Juez *Coviello* en *"Angel Estada y Cía c/Res. 71/96de la Secretaría de Energía y Puertos"*(1504) .

Llegado éste último caso a la Corte Suprema, el Tribunal, por mayoría, circunscribió y limitó la competencia del Ente de Regulación de Electricidad (ENRE), estableciendo una regla en virtud de la cual la determinación y eventual condena al pago de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la empresa distribuidora de energía eléctrica, respecto del *contrato* celebrado con el usuario debe quedar *fuera* de la jurisdicción del ENRE (1505) . En consecuencia, en "*Ángel Estrada",* la Corte trazó una línea divisoria entre lo que denominó *jurisdicción primaria* otorgada a los Entes de Regulación y Control de los Servicios Públicos, para resolver controversias entre esas empresas prestatarias y los usuarios por un lado y, por el otro, las obligaciones civiles que pudieran emerger del contrato respectivo, exentas de la competencia de los entes. A más de ello, el Tribunal determinó los requisitos de constitucionalidad de la *jurisdicción primaria,* al exigir que: a) "los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley"; b) "su independencia e imparcialidad estén aseguradas"; c) "el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos [y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria] haya sido razonable" y, d) además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente" (1506) .

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 aquellos. 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.

1. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Este artículo, incorporado en la reforma de 1994, establece expresamente las garantías específicas del amparo, el *hábeas data* —aunque, a ésta, sin denominarla así— y el *hábeas corpus* .

El amparo nació en la Argentina por creación jurisprudencial y desarrollo legislativo, aunque se le reconoció raíz constitucional en el derecho a la jurisdicción. El*hábeas corpus,* garantía derivada del art. 18 de la Constitución Nacional fue regulado legalmente desde antiguo. En cuanto al *hábeas data* , los derechos protegidos por la garantía —con otro alcance y para otros

ámbitos— se aseguraban por disposiciones constitucionales (art. 19) y legislativas (art. 1071 *bis* del Código Civil).

Estas garantías específicas no son las únicas del sistema constitucional argentino. Típicamente pueden mencionarse los arts. 18 y 19 que protegen la libertad personal, la privacidad y la intimidad y el art. 17 que resguarda la propiedad.

En sentido amplio, se considera al sistema político de la república democrática como el paradigma garantista de los derechos. Del mismo modo, los principios constitucionales de legalidad (art. 19) y de razonabilidad (art.28) proporcionan garantías a los derechos y pueden emplearse para argumentar en la defensa de todos ellos.

Por otro lado, las garantías se convierten en derechos subjetivos de las personas que las invocan. De alguna de ellas como el *hábeas data* puede predicarse que constituye una garantía de la que destilan derechos constitucionales.

2. Amparo

Concordancias: Preámbulo; Arts. 1º; 18; 19; 23; 28; 37; 41; 42; 99, inc. 1, 100, inc. 4 y 116, C.N.Art. XVIII DADDH; Art. 8º DUDH; Art. 2º.2 y 3 y 9º, PIDCP; Art. 25 y 27 CADH .

2.1. Orígenes jurisprudenciales del amparo. De "Siri" y "Kot" al art. 43 de la Constitución Nacional

El amparo, de antigua tradición en nuestro país, fue incorporado de modo expreso a la Constitución Nacional en la reforma de 1994, junto con el *hábeas corpus* y el denominado *hábeas data* —en realidad un amparo especial— en una de las disposiciones nuevas.

En sus orígenes, la acción de amparo tuvo por principal efecto acelerar el dictado de las decisiones judiciales enderezadas a proteger a quienes sufrían una manifiesta violación de sus derechos constitucionales, en ausencia de remedios procesales adecuados para reparar aquella lesión.

En consecuencia, el amparo significó el no sometimiento del Poder Judicial al Poder Legislativo, ante la omisión de éste en el establecimiento de la norma tutelar, de la garantía procesal expresa para resguardar los derechos vulnerados. Y ello así porque el Poder Judicial es el que tiene —c onforme a la Constitución Nacional— la última palabra en materia de garantías constitucionales a fin de asegurar el debido proceso adjetivo. Este principio alcanza cumplimiento con el acceso a la jurisdicción por parte de los afectados y, además, con el dictado de una sentencia judicial útil.

Desde esa perspectiva, es posible asimilar el amparo —tal como fue aplicado por la Corte Suprema en los casos *"Siri"*(1507) y *"Kot"*(1508) — con los procedimientos de las *courts of equity* inglesas, en tanto las reglas procesales empleadas en esos procesos eran suficientemente flexibles como para admitir su adecuación al caso concreto (1509) . Se trataba, en suma, de suministrar por parte del Estado una respuesta jurisdiccional eficiente y concreta.

No obstante aquella similitud, en el precedente *"Kot"* la Corte Suprema pareció circunscribir la procedencia del amparo al caso de lesión a los derechos esenciales. En efecto, sostuvo el Tribunal que cuando apareciera, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos *esenciales* de las personas, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, *administrativos* o judiciales, correspondería que los jueces restablecieran de inmediato el derecho restringido por la *rápida* vía del recurso de amparo (las *bastardillas* me pertenecen).

Así, al otorgar protección a los derechos *esenciales,* el Tribunal pareció establecer una jerarquía de derechos constitucionales que de todos modos no enunció, restringiendo, en ese sentido, la extensión de la garantía. Pero, al mismo tiempo, la Corte amplió la admisibilidad de la acción incluso cuando hubiera a la mano remedios judiciales o administrativos no suficientemente rápidos como para reparar la lesión.

Aquel fue el punto en discordancia sustentado por la minoría en *"Kot".* En efecto, la disidencia desestimó la admisibilidad del amparo por la eventual ineficacia de la tutela jurisdiccional, desde que —según el voto— a los jueces les está vedado pronunciarse acerca del acierto del Congreso o de las legislaturas provinciales para proveer aquellos remedios procesales (1510) .

Como se advierte, la discusión acerca de la naturaleza del amparo —a cción *subsidiaria* de remedios administrativos o judiciales menos idóneos o acción *supletoria* y *de excepción* ante la inexistencia de aquellas tutelas— comenzó temprano en la República Argentina, con el nacimiento mismo de la garantía.

Más tarde, la ley 16.986(1511) resolvió la cuestión exigiendo, como requisito de admisibilidad del amparo, la inexistencia de recursos o remedios judiciales o administrativos que permitieran obtener la protección del derecho o garantía constitucional lesionada (art. 2, inc. a). Interpretando esta disposición, la Corte Suprema sentó el principio de la inadmisibilidad de la acción de amparo no sólo por la existencia de remedios administrativos, sino ante la falta de agotamiento de esa instancia. No obstante, el mismo Tribunal admitió excepciones a la regla enunciada, en caso de que los remedios administrativos se revelaban ineficaces para tutelar los derechos.

2.2. El amparo del art. 43. Interpretación general

La inclusión del amparo en la Constitución Nacional fue precedida de un acotado pero intenso debate. En efecto, no fue ese un tema que mereciera especial tratamiento en los medios de comunicación social pero interesó por igual a académicos y convencionales constituyentes y despertó recelos en los factores de poder, por el eventual impacto que la amplitud de la garantía pudiera tener en los derechos económicos y propietarios, sobre todo, aplicada a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores y a la protección del ambiente (arts. 42 y 41 de la Constitución Nacional, respectivamente).

En el art. 43 de la Ley Suprema, dos de los cuatro parágrafos se dedicaron a la regulación del amparo. De la norma surge que el que ingresa en primer término a la Constitución es el llamado amparo clásico (1512) nacido de fuente jurisprudencial, con los casos *"Siri"* y *"Kot"*(1513) .

En segundo lugar, el*texto* del art. 43 incorporó *algunas* modificaciones expresas a la regulación legal del amparo, dictada con anterioridad a la reforma constitucional. Los cambios se refieren a la posibilidad de emplear el amparo por lesiones a los derechos que emanan de *tratados* y de *leyes;* a la incorporación de la atribución judicial para declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesivos; y al reconocimiento de los nuevos derechos de incidencia colectiva. Todas estas disposiciones son, en mi opinión, directamente operativas. En primer lugar, porque las acciones constitucionales que proveen el debido proceso adjetivo constituyen la garantía básica del Estado de Derecho y se ejercen aún *sin* reglamentación legislativa (1514) . En segundo término, porque no existe impedimento alguno para que aquellas enmiendas constitucionales se apliquen, por los jueces, de inmediato.

2.3. Problemas interpretativos del amparo en el art. 43

El art. 43 de la Constitución Nacional plantea varias cuestiones problemáticas, directamente relacionadas con a) la naturaleza de la garantía; b) los tipos de amparo y la amplitud de la legitimación, según sea la clase de amparo procedente y c) los efectos de la acción actuando como control del poder estatal y de los grupos económicos, en cruce con alguno de los *derechos nuevos.*

Aunque, en principio, el acceso a la jurisdicción que es la base y justificación del amparo, no requiere legislación complementaria alguna y repele cualquier intento de alteración o desconocimiento legal o jurisprudencial (1515) , la amplitud y eficacia de la garantía dependerá de la eventual reglamentación que de ella y *de las cuestiones conexas* efectúe el Congreso, así como de la silueta del amparo que vayan trazando los tribunales argentinos (1516) . Porque, como lo señalara el miembro informante del despacho de la mayoría en el seno de la Convención Constituyente, *el desarrollo de estos nuevos temas no está aún terminado ni maduro*(1517) .

Sin embargo, un efecto destacable de la reforma constitucional de 1994 es que elevó la*acción* de amparo al mismo nivel de los derechos que pretende proteger (1518) . La jerarquía constitucional otorgada a la tutela fue acompañada de modificaciones sustantivas a los límites fijados por la legislación anterior. Algunas de esas enmiendas —como por ejemplo la que atribuye al judicial la potestad de declarar inconstitucional la norma en que se funda el acto lesivo— son suficientemente claras como para no suscitar duda alguna en cuanto a su alcance. Otras cuestiones, en cambio, han originado variadas interpretaciones ligadas, muchas de ellas, a presupuestos valorativos acerca de la efectiva vigencia de los derechos subjetivos y de los *derechos deincidencia colectiva.*

2.3.1. Naturaleza del amparo

El primer parágrafo del art. 43 de la Constitución Nacional comienza diciendo que toda *persona* puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo. Frase esta última que, a mi juicio, ha generado los más frecuentes e intensos debates acerca de la naturaleza de la tutela constitucional.

Si se analiza la norma sin recurrir a las fuentes —los debates en el pleno de la Convención Constituyente y en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías que trató el asunto— surge, con certeza, la diferencia esencial con lo dispuesto por la ley 16.986 (art. 2º, inc. a.). En ésta, el amparo no era admisible ante la existencia de recursos o remedios judiciales o administrativos que permitieran la tutela de los derechos lesionados. Tal disposición, y las consecuentes interpretaciones judiciales y doctrinarias, permitieron caracterizar el amparo como un remedio excepcional, residual y heroico. En suma, como una acción subsidiaria, ante la inexistencia de otros remedios judiciales o administrativos.

Pues bien, ¿qué alcance posee la disposición constitucional? ¿Ha producido la reforma una mutación del amparo, transformando la acción excepcional en ordinaria? La idoneidad del medio judicial que hace inadmisible el amparo ¿descarta de plano las vías administrativas? ¿Cómo medir la idoneidad del remedio judicial? ¿Por la rapidez en obtener la tutela? ¿O por la amplitud del procedimiento del que se trate, para acreditar la lesión a los derechos afectados?

Sobre el punto, la doctrina se ha dividido en dos posturas diferenciadas. Con matices, varios autores sostienen el mantenimiento de la *excepcionalidad* de la acción de amparo (1519) aunque la mayoría, también con tonos distintos, se inclina por el carácter *principal* y *supletorio* de la acción (1520) .

Ahora bien, si partimos del texto constitucional, está fuera de toda duda que no se requiere agotar la instancia administrativa para demandar el amparo (1521) . En consecuencia, si el art. 43 implicara la admisibilidad del

amparo ante la ausencia de remedio judicial o administrativo, no se explica por qué causa la norma se refirió, únicamente, a la inexistencia del primero.

En cambio, no es tan transparente el significado de la expresión referida al *medio judicial más idóneo.* Por cierto, y del mismo modo, puede sostenerse que si la norma adjetivó estaba desechando la alternativa de la existencia de *cualquier* medio judicial, para rechazar la admisibilidad del amparo. Por alguna razón los constituyentes estaban *calificando* la vía judicial que impedía el amparo.

La posición que resultó triunfadora en la Convención Constituyente —es decir, el despacho de la mayoría— caracterizó al amparo como una vía *excepcional, residual y heroica,* en concordancia con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Claro que esa caracterización del amparo que efectuaron los convencionales, partió del *supuesto de la eficiencia de todo el orden jurídico en la protección de los derechos* (con lo que parecía atenuarse la excepcionalidad de la garantía en aquellos casos en los que la eficiencia del orden jurídico no se diera) y, además, del principio en virtud del cual *no se puede sustituir por vía judicial el sistema republicano y democrático de gobierno*(1522) . Desde luego, este último punto de partida en el que la mayoría fundó su despacho, no está en discusión. En cuanto al primero —y sin desconocer que para la mayoría el amparo sigue siendo una vía excepcional— puede sostenerse, razonablemente y sin querer alterar la voluntad constituyente, que en la medida en que el orden jurídico no provea el remedio *eficiente y pronto,* para proveer la tutela judicial efectiva, la vía del amparo resulta admisible.

Quizás ayuden a sostener esta interpretación que atenúa el carácter excepcional del nuevo amparo, los términos en los cuales se planteó el debate en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías. Según lo consigna uno de sus integrantes, el convencional *Quiroga Lavié* , cuando se planteó la discusión sobre "el agotamiento de la vía administrativa previa" fue *Díaz* quien propuso la expresión "medio judicial más idóneo". *Natale* por su parte, ofreció la frase "siempre que no exista otro medio eficaz". El mismo *Quiroga Lavié* anoticia acerca del esfuerzo propio por obtener una fórmula consensuada, a pesar de su particular deseo de no condicionar de ningún modo la procedencia del amparo. Como se advierte, la elección de la frase finalmente sancionada desestimó otras opciones más restrictivas y muestra, a la postre, que no es tan nítida la voluntad del legislador constituyente.

El propio *Quiroga Lavié* entendió que, pese a la amplitud con que ha sido constitucionalizado, no puede sostenerse que el amparo se ha convertido en un remedio ordinario, de modo tal que, en principio, "permita cobrar un pagaré a través de una acción de amparo" (1523) .

De todas formas, es conveniente no sacralizar la voluntad supuesta del legislador, ante los textos sancionados. Pues, aunque los proyectos, los motivos, los fundamentos, los trabajos en comisión tienen indudable valor, no constituyen los únicos instrumentos interpretativos (1524) .

En suma, y en mi opinión, a partir de la norma constitucional iluminada por los antecedentes registrados en los debates, puede concluirse en que a) la admisibilidad del amparo no exige la inexistencia ni el agotamiento de las vías administrativas; b) la existencia de medios judiciales descarta, en principio, la acción de amparo; c) el principio cedería cuando la existencia y empleo de los remedios judiciales impliquen demoras o ineficacias que neutralicen la garantía.

Esta última conclusión, entiendo, se encuentra en línea con jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del plazo del amparo. En efecto, en *"Video Club Dreams"*(1525) el Tribunal desestimó la posibilidad de realizar en abstracto la evaluación acerca de la existencia o no de otras vías procesales aptas, dependiendo su determinación en cada caso, de la situación concreta de cada demandante, examen que —según allí se dijo— corresponde efectuar al juez de grado.

Cabe preguntarse si esta interpretación flexible de la Corte Suprema es trasladable a la hermenéutica del nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional. Si la respuesta es afirmativa —y lo considero conveniente— los jueces poseen un amplio espacio para mensurar, en los casos concretos y en la situación específica de cada demandante, no ya la existencia de otra vía procesal, sino la *menor* idoneidad del remedio procesal previsto en el ordenamiento jurídico para proteger el derecho lesionado (1526) .

Ahora bien, un punto crucial en materia de la admisibilidad del amparo lo constituye la determinación de la menor idoneidad de los otros remedios ordinarios, para atender a la protección de los derechos vulnerados. En primer lugar el juicio de pertinencia y los fundamentos de la vía intentada corresponde formularla a quien demanda (1527) . En segundo término, concierne a los magistrados judiciales la declaración de la admisibilidad del amparo y su procedencia. Sin embargo, y aunque la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para resolver las controversias, su exclusión por los jueces no debe fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente. En otros términos, si el tribunal de grado no dio suficiente respuesta a los planteos conducentes de la actora, tendientes a demostrar que la tutela de sus derechos no encontrarían adecuado cause por la vías ordinarias, la resolución de aquel tribunal es arbitraria y procede el recurso de queja ante la denegatoria del extraordinario federal (1528) . Así, en el caso de la "*Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T´Oi"* , la Corte Suprema hizo mérito de la alegación del amparista acerca de la existencia y eventual agravamiento de los daños al medio ambiente que la eliminación del bosque acarrearía —cambios climáticos, alteración de la biodiversidad, desertización— y los agravios, también personales de algunos de los integrantes de la Comunidad que se producirían, y entendió que el tribunal salteño no dio respuesta argumentativa suficiente a esos planteos (1529) .

En consecuencia, la regla de la Corte Suprema impone a los jueces—p ara no afectar el debido proceso adjetivo garantizado por el art. 18 de la Constitución Nacional— la obligación de examinar las acreditaciones de la amparista acerca de la idoneidad de la vía procesal elegida, y fundamentar

suficientemente la inadmisibilidad de la acción en caso de que procediera. Como bien dijo el Tribunal, lo contrario sería arbitrariedad.

2.3.2. El amparo en las emergencias económicas y sociales(1530)

Antes de la reforma constitucional de 1994 y a pesar de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos que incorporó este tratado al derecho interno argentino, permanecía abierto el debate acerca de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas involucradas, cuando se demandaba por la vía del amparo la restitución de derechos constitucionales. La controversia se hacía más intensa cuando en la demanda de amparo se cuestionaba la constitucionalidad de disposiciones normativas —especialmente leyes— directamente vinculadas con la política económica del gobierno y más aún cuando esa política se resolvía en un contexto de emergencia y afectaba a muchas personas.

El caso que dividió las aguas en materia de admisibilidad del amparo fue "*Peralta".* En el conflicto, decidido por la Corte Suprema a fines de 1990, se había planteado la inconstitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia que convirtió depósitos a plazo fijo en entidades bancarias, en Bonos Externos que emitiría el Estado (1531) . En materia de amparo, la mayoría del Tribunal: a) recordó que la garantía fue creada pretorianamente por aplicación directa de cláusulas constitucionales; b) sostuvo que dada su finalidad de asegurar la efectiva vigencia de la Constitución, el amparo no debía recibir un límite legal que impidiera cumplir ese objetivo; c) mantuvo el carácter no absoluto de la prohibición del art. 2º, inc. d) de la ley 16.986, en virtud del cual resultaba posible examinar la constitucionalidad de una ley, decreto u ordenanza por la vía del amparo, siquiera excepcionalmente; d) admitió, en el caso, la vía del amparo para examinar la constitucionalidad de normas infraconstitucionales *en materia de derechos contractuales y propietarios* ; e) pero siempre que al momento de dictar sentencia se pudiera establecer que las disposiciones impugnadas eran "clara, palmaria o manifiestamente" violatorias de las garantías constitucionales (1532) .

Tal contundencia de la mayoría de la Corte Suprema por mantener la admisibilidad de la vía de amparo para controlar normas de emergencia en materia de derechos patrimoniales y contractuales contrastó con las dos disidencias en "*Peralta".* Ambas minorías rechazaron la vía procesal interpuesta y puntualizaron que: a) desde la creación del amparo nunca la jurisprudencia había habilitado la declaración de inconstitucionalidad de *leyes* y dado que la ley 16.986 tradujo casi al pie de la letra los puntos esenciales de esos precedentes, resultaba claro que ésta no quiso eliminar aquella doctrina; (1533) y, b) que el amparo constituía una vía excepcional que requería de quien la invocara, la demostración de la inoperancia de los restantes remedios que provee el sistema jurídico (1534) .

Sin embargo, luego de la reforma constitucional de 1994, la discusión acerca de si mediante la acción de amparo resulta admisible o no examinar

la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas que sostienen el acto o la omisión lesivos de derechos, ha quedado definitivamente saldada.

Basta con leer los términos expresos del art. 43 de la Constitución Nacional. La norma canceló la prohibición de declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas y, de cualquier otro tipo de disposiciones en que se sostuviese el acto u omisión lesivos de derechos o garantías. En consecuencia, el artículo 43 de la Constitución Nacional produjo, sobre el punto, una inconstitucionalidad sobreviviente en la ley 16.986. Aquella norma, mediante la cual ingresó en el texto de la Ley Suprema —de modo expreso y por primera vez— el control de constitucionalidad, es directamente operativa (1535) .

A más de catorce años de la reforma de 1994 quizás no haya concluido, todavía, la evolución del amparo constitucional en Argentina. Lo que sí parece claro es que el uso de la garantía se ha expandido en sintonía con el empleo, la invocación y aplicación de los Tratados de Derechos Humanos por abogados y jueces; con el crecimiento y presencia de las organizaciones sociales de defensa de los derechos colectivos, y alcanzó el cenit de las garantías procesales en consecuencia de la gran crisis financiera, desatada a finales del 2001.

Como nunca había sucedido, 2002 podría denominarse —desde la perspectiva jurídica— el año del amparo. En efecto, frente a la indisponibilidad de los depósitos bancarios, la salida brusca de la convertibilidad de la moneda nacional y la pesificación asimétrica y retroactiva, los afectados recurrieron al poder judicial demandando la restitución de los derechos por la vía del amparo. Y los jueces de las instancias inferiores de todo el país —con algunas excepciones— consideraron admisible la vía procesal y, en lo sustantivo, declararon la inconstitucionalidad de la normativa cuestionada. De su lado, la mayoría de la Corte Suprema emitió dos pronunciamientos en los casos*"Smith* " (1536) y "*Provincia de San Luis"*(1537) , en esa misma dirección. Estos fallos, a su vez, reforzaron la doctrina que desarrollarían los tribunales de grado en todo el país.

Pero, en "*Provincia de San Luis"* , la disidencia citó y aplicó el voto de la minoría en "*Peralta* " en materia de amparo, es decir, consideró inadmisible la vía elegida para examinar la cuestión por la complejidad —se sostuvo— de las cuestiones que debían dirimirse. Así, mantuvo que: a) el amparo es una vía excepcional y sumarísima; b) requiere que quien solicita protección acredite en debida forma la inoperancia de las vías procesales ordinarias para reparar el derecho, sobre todo si se reclama la inconstitucionalidad de normas por causar perjuicios *exclusivamente patrimoniales* ; c) o que la remisión a ellas produzca un gravamen serio insusceptible de reparación ulterior; agregó, además, que, d) la vía procesal *excepcional* del amparo no ha sido alterada, sin más, por el art. 43 de la Constitución Nacional; y, e) esa vía no procede si se trata de dilucidar materias complejas que requieren *mayor amplitud de prueba* , (1538) situación que para este voto se daba en el caso (1539) .

Esta disidencia volvió a emerger en "*Bustos* ", sentencia que convalidó parcialmente en sus efectos, la pesificación de los depósitos bancarios (1540) . Pero, en "*Bustos* ", los dos ministros que conformaron la mayoría relativa de fundamentos, no sólo consideraron inadmisible la vía del amparo para examinar la constitucionalidad de las normas que afectaban los derechos patrimoniales —aunque acto seguido las consideraron razonables— sino que fueron excepcionalmente críticos con los jueces de las instancias inferiores que admitieron aquella garantía (1541) .

Aunque en *"Bustos"* no existe una mayoría neta acerca de la inadmisiblilidad del amparo para cuestionar las normas de emergencia que afecten derechos patrimoniales, el fallo significó un retroceso de la garantía. No obstante, conviene recordar también que si los problemas no se resuelven por las vías político-institucionales y el amparo se desborda en presentaciones que los jueces no pueden atender en tiempo, la garantía se desnaturaliza porque deja de ser el remedio rápido y efectivo para la reparación de los derechos, en ausencia de medios judiciales más idóneos.

Al mismo tiempo, vale la pena tener presente que el amparo no fue instituido para suprimir o impedir el desarrollo de las políticas públicas, implementadas según las autoridades legítimamente elegidas lo consideren más conveniente. En otros términos, la garantía no habilita para imponer al Poder Ejecutivo ni al Congreso —ni a los gobernadores o a las legislaturas provinciales, en sus respectivas jurisdicciones— una determinada opción administrativa o legal. El amparo no constituye, estrictamente, un instrumento de control de políticas macro pero sí de micro decisiones derivadas de aquellas políticas que afecten, en concreto, derechos sustantivos con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas. El amparo es vía apta para controlar las consecuencias de esas políticas, o de la omisión de políticas, por ejemplo, en materia de salud o ambiente humano o de normas de emergencia que vulneren sensiblemente los derechos constitucionales.

A pesar de que el amparo no proceda para interrumpir la acción legislativa o los proyectos normativos del presidente de la Nación, la determinación del agravio *manifiesto* a un derecho, individual o colectivo, o la afectación de un interés sustantivo propio, debe examinarse cuidadosamente a fin de no neutralizar la garantía. Como la experiencia lo acredita, en algunos casos, la vulneración de los derechos proviene directamente de una norma ilegítima o arbitraria aplicada al caso concreto, por lo que la prueba del agravio resulta, nítida, de la constatación de los efectos de la aplicación de esa norma.

2.3.3. Los tipos de amparo y la amplitud de la legitimación

2.3.3.1. Amparo individual

La Constitución argentina ha incorporado varios tipos de amparo, cuyo impulso corresponde a diferentes categorías de sujetos legitimados.

En el primer párrafo, el art. 43 regula el amparo individual, personal o clásico, de larga tradición en el país. La norma dispone que *"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".

Según se sabe, para nuestro derecho es *persona* todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (1542) . La definición comprende a las llamadas de existencia visible —la persona humana— y las de existencia ideal o jurídicas (1543) . En consecuencia, la Constitución reconoce de modo expreso el derecho a interponer acción de amparo, tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

El término persona no ha sido de uso frecuente en la Ley Suprema, aunque se lo menciona en los arts. 15, 17, 18 y 23 de la Constitución Nacional. En efecto, la Constitución ha reconocido derechos a las *personas físicas,* tales como los *habitantes* (arts. 14, 16, 17, 18, 19 segunda parte, y nuevo art. 41, sobre derechos ambientales); a los *ciudadanos* (arts. 8, 21 y nuevos arts. 36 y 39, sobre resistencia e iniciativa popular); a los *hombres* (art. 19); a los *trabajadores* y a los *representantes gremiales* (art. 14 *bis*); a los *extranjeros* (arts. 20 y 25); a los *argentinos* (art. 29); a los *consumidores y usuarios* (nuevo art. 42); y a las *personas jurídicas* como los *gremios* (art. 14 *bis*), los *partidos políticos* (nuevo art. 38), las *asociaciones de defensa de derechos colectivos* (nuevo art. 43), las *comunidades indígenas* (nuevo art. 75, inc. 17).

La palabra persona se empleó en la Constitución histórica de 1853/60 como sinónimo de habitante —salvo en el caso del art. 15 (1544) — para reconocerle derechos subjetivos o protegerla, ante el agravio o lesión producida por el Estado o terceros. Para la doctrina de la Corte Suprema, toda persona, sea o no habitante, cuenta con la tutela que la Constitución reconoce cuando, en razón de los actos que realiza o de la situación en que esté, se encuentre bajo jurisdicción del Estado argentino.

En consecuencia, toda persona, habitante o no, podrá interponer acción *individual* de amparo —en las condiciones del art. 43, 1ª parte, de la Constitución argentina— ante la lesión de sus derechos subjetivos alegando un daño concreto.

2.3.3.2. Amparo individual con efecto colectivo

Una particular consideración merece el amparo interpuesto por una persona, invocando la calidad usuario y abogado, contra la afectación de sus derechos a la intimidad y al secreto profesional. Según el planteo, la

vulneración de esos derechos derivaba de la ley y del decreto reglamentario que disponían la captación, derivación y almacenamiento de comunicaciones por telefonía e Internet por el plazo de diez años. En primera y segunda instancia se hizo lugar al amparo y se le reconoció al demandante la legitimación en el doble carácter invocado. Tanto como usuario y en su calidad de abogado había accionado en defensa de un *derecho personal* lo que no excluía la *incidencia colectiva* de la afectación, a la luz del 2do. párrafo del art. 43 de la CN, tal como se reconoció en primera instancia (1545) .

Al confirmar la sentencia, la Cámara hizo mérito en la jurisprudencia de la Corte Suprema según la cual los derechos de los usuarios configuran derechos de incidencia colectiva "cuando se encuentren presentes en modo simultáneo: a) alguna relación de consumo definible, con carácter no individual, sino abierta, masiva o plural cuyo impacto respecto de los integrantes del grupo es homogéneo o uniforme, b) algún acontecimiento normativo que incida en los intereses tipificados y protegidos de los usuarios en cuestión y que también se proyecte sobre el grupo en forma uniforme..." situación que se daba en la causa. En consecuencia de ello, la Cámara entendió que la sentencia que dictaba —estimatoria de la acción intentada— debía aprovechar a todos los usuarios que no participaron en el juicio. No obstante, el tribunal dejó en claro que ello no implicaba consagrar una especie de *acción popular* ni prescindir del concepto de "causa" o "caso" exigido invariablemente por la Corte Suprema. Admitido el carácter colectivo de la controversia, la derivación lógica de ese razonamiento será que el control de constitucionalidad ejercido tendrá —t ambién— alcance colectivo para todos los usuarios que se encuentren en la misma condición que el actor (1546) .

2.3.3.3. Amparo colectivo

La reforma de 1994 incorporó a la Constitución el amparo *colectivo* señalando, al mismo tiempo, los sujetos legitimados para accionar. En efecto, el segundo parágrafo del art. 43 dispuso que "podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el 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".

Con esa incorporación finaliza el debate acerca del reconocimiento jurídico de los llamados derechos de pertenencia colectiva o difusa. Con ello, la dicotomía derecho subjetivo-interés legítimo es insuficiente como categoría para reconocer la legitimación activa (1547) .

A partir de la reforma, entonces, el legislador constitucional ha creado la categoría de derecho de incidencia colectiva en general. Ahora bien, lo ha hecho en la disposición que trata el amparo y en el parágrafo en el cual

legitima, para accionar, a tres sujetos en particular: el *afectado,* el *defensor del pueblo* y las *asociaciones* de defensa de aquellos *fines.*

Es decir, después de efectuar una enunciación enumerativa, el art. 43 consagra el género de los *derechos de incidencia colectiva en general* en cabeza de tres tipos de sujetos específicos, diferentes del sujeto *persona,* facultado, este último, para accionar por la lesión a un derecho subjetivo suyo.

En el dictamen de la Comisión de Redacción, el despacho de mayoría de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías no incluyó, originariamente, al afectado como sujeto legitimado para accionar (1548) . La insistencia de varios convencionales logró, finalmente, la incorporación de aquel sujeto (1549) pero no disipó las dudas acerca del alcance de tal legitimación.

En efecto, ¿qué se entiende por afectado? ¿Se trata del damnificado directo, quien comparte con otros muchos la lesión a un derecho subjetivo? Si la respuesta es afirmativa, ¿por qué no prosperó en la redacción final de la norma, la alternativa del "particular damnificado" que manejó la Comisión de Nuevos Derechos?

El significado del término *afectado* es importante pues determina la legitimación activa del amparista. Ha dado lugar a un intenso debate y, en mi opinión, en alguna jurisprudencia se ha extendido de modo extravagante, desconociendo la operatividad de las otras garantías constitucionales —las amplias que proporciona el sistema de la república democrática— para proteger y preservar los derechos constitucionales. Estimo que el amparo ha expandido su alcance, después de la reforma de 1994, pero no en la medida de interferir en el ejercicio de las atribuciones constitucionales de los otros poderes del Estado.

Dado que quien sufre alguna lesión en sus derechos subjetivos está legitimado, como *persona,* para interponer un amparo individual, es obvio que el *afectado* en alguno de los derechos de incidencia colectiva está legitimado en otra hipótesis. En efecto, ello ocurriría cuando, aun sin padecer daño concreto, es *tocado, interesado, concernido, vinculado* por los efectos del acto u omisión lesivos (1550) . En esa situación está legitimado, también, a título individual, pero con muchos otros afectados en similar situación. Y entonces habrá que determinar las consecuencias colectivas de su accionar.

Cabe destacar que esa parece ser la doctrina de dos célebres precedentes, anteriores a la reforma.

Uno de ellos, el caso *"Kattan" (1551)* —recordado elogiosamente en los debates de la Convención (1552) — consideró legitimado al actor, en virtud de la afectación del derecho subjetivo —derivado de los implícitos reconocidos en el art. 33 de la Constitución Nacional— a la no modificación del propio *hábitat.* Dijo en esa ocasión el magistrado, que "la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema *interesa a cada individuo"* ; [así] defender su hábitat constituye una necesidad o conveniencia de quien *sufre el menoscabo* ... (las bastardillas me pertenecen).

El otro caso fue decidido por la Corte Suprema. En *"Ekmekdjian c. Sofovich"*(1553) la mayoría caracterizó la petición de réplica del actor, de

derecho subjetivo especial, en la particular situación de autos, en la cual el accionante no había sido mencionado ni individualizado siquiera. Pero, concedido el amparo, el Tribunal sostuvo que el efecto reparador de la réplica alcanzaba al conjunto de quienes pudieron sentirse ofendidos con igual intensidad por el mismo agravio, a fin de evitar que el derecho reconocido se convirtiera en un multiplicador de respuestas interminables. Es decir, adjudicándole al accionante un cierto tipo de *representación* del grupo afectado, en el caso, de los católicos heridos en sus sentimientos religiosos (1554) .

El *afectado* en derechos de pertenencia colectiva o difusa, comparte la legitimación activa con el Defensor del Pueblo y las organizaciones no gubernamentales. Estos pueden demandar, el primero de los nombrados, en tutela de los derechos colectivos enumerados en el art. 43 y, las segundas, en resguardo de los derechos que les atañen como sector o grupo social. También el Ministerio Público, en virtud del art. 120 de la Constitución Nacional tiene legitimación activa para accionar en defensa de los intereses generales de la sociedad, no sólo de la persecución penal, criterio que recogió a su turno la ley 24.946, en sus arts, 25, incs. a y b y 51, inc. d). Legitimación reconocida también en la Ley de Defensa del Consumidor (1555) .

2.3.3.4. Acciones de clase

En la defensa del afectado en derechos que le pertenecen pero que también atañen a otras muchas personas, suelen confluir intereses privados y públicos. En ocasiones, la entidad económica del derecho de un titular es mínima, pero el conjunto del daño causado a todos los que vieron alterados sus derechos, resulta considerable. Para remediar esa situación, las *acciones de clase* proporcionan soluciones posibles, aunque requieren la reglamentación de los procedimientos y efectos de aquellas y generen problemas de difícil —pero no imposible— solución (1556) . Estimo, pues, que las *acciones de clase* constituyen alternativas posibles que brinda la Constitución Nacional en virtud de los arts. 43, 41, 42 y 120 (1557) .

El artículo 30 de la Ley de Política Ambiental Nacional 25.675 estableció —y reglamentó de modo mínimo— una acción de clase por daño ambiental colectivo. Ésta, deducida por alguno de los legitimados reconocidos por la norma, no puede ser interpuesta por los demás, aunque podrán intervenir como terceros interesados.

La consagración de la acción de clase requiere una reglamentación precisa para resolver los problemas que implica.

Al reconocer la admisibilidad de esa demanda, se ha dicho que la acción de clase es pertinente cuando "la acción requiere poca discusión", "la clase es suficientemente numerosa", "la cuestión sobre hechos y derecho de la que depende la obligación, es común a todos los miembros" "no existen razones para dudar de que el actor pueda actuar como representante adecuado de la clase" y "sus abogados tienen registrada experiencia en litigios

comparables" (1558) . En el caso, se trataba de un sinnúmero de reclamos por derechos subjetivos de orden patrimonial.

2.3.3.5. Las acciones populares

La forma representativa de gobierno y los límites con que se reconoce el derecho a peticionar a las autoridades, así como las atribuciones del poder judicial en el actual sistema —por lo menos en la jurisdicción federal— vedan la legitimación de los *ciudadanos* o *habitantes* , en calidad de tales, así como la de los legisladores o concejales, para impedir o detener la sanción de normas generales o particulares.

En cambio, la ley 402 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reglamentaria del procedimiento ante el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, en punto a la acción declarativa de inconstitucionalidad establecida en el art. 113, inc. 2º de la constitución local, creó una verdadera *acción popular* para peticionar aquella declaración. Ello así, por el juego armónico de los arts. 18 y 19 de la Ley 402, que disponen una legitimación amplia de las *personas* , de la Defensoría del Pueblo y del Ministerio Público, y no exigen como requisito de admisibilidad, la acreditación de agravio personal (1559) .

En el orden federal la mayoría de la Corte Suprema, por su parte, negó legitimación a quienes invocaron sus respectivas condiciones de ciudadanos y diputados, para cuestionar el procedimiento por el que se había sancionado la ley declarativa de la necesidad de reforma constitucional, en el caso "*Polino"(Fallos* 317:335). Más tarde y después de producida la enmienda constitucional de 1994, el Tribunal mantuvo ese criterio en *"Rodríguez" (Fallos* 320:2851), la causa por la que se pretendió detener el proceso de privatización de los Aeropuertos, efectuada esta última —debe decirse— por medio de un decreto de necesidad y urgencia. En la misma dirección, alguna jurisprudencia de tribunales inferiores, sostuvo que la pretensión del actor invocando la calidad de ciudadano, ex diputado y concejal —intentando impedir un llamado a licitación para instalar un casino en la ciudad de Buenos Aires— era de tal latitud que no llegaba a diferenciarse de los intereses generales o comunitarios.

En suma, si se lo compara con el amparo reglamentado por la ley 16.986 y con alguna jurisprudencia vacilante, puede afirmarse que la garantía del art. 43 de la Constitución Nacional —ha ampliado en mucho su alcance, y protege con mayor firmeza el derecho a la tutela judicial efectiva, pero no al punto de interferir en el ejercicio de las atribuciones constitucionales de los otros poderes del Estado.

Desde luego, si se reformara la Constitución Nacional y se diseñara otro poder judicial —sobre todo si mudara la competencia de la Corte Suprema— podrían incorporarse las acciones populares. Pero, entonces, la discusión giraría no en torno a la procedencia constitucional de las acciones populares

sino a la conveniencia o eficacia de ellas, para el sistema de la república democrática.

2.3.4. Efectos jurídicos de la sentencia en amparos colectivos, respecto de los particulares afectados

La cuestión es problemática pues enfrenta principios clásicos del derecho en general y del derecho procesal en particular. Como es sabido, las sentencias tienen efectos entre las partes, como modo de asegurar la defensa en juicio de quienes no tuvieron ocasión de presentarse en la contienda, debatir el alcance de sus derechos y probar los hechos en que se funda la razón de su interés.

Por otro lado, los derechos de incidencia colectiva se definen, o bien porque son compartidos por una pluralidad de sujetos, cada uno de ellos afectados individualmente —son los que darían lugar a las acciones de clase— o bien por su pertenencia a una multiplicidad indeterminada de sujetos eventualmente afectados en sus intereses difusos.

En consecuencia, no es posible entender los efectos de la sentencia recaída en un proceso en el que se discutan la procedencia y extensión de derechos de incidencia colectivas, sólo a través de las categorías procesales clásicas. Tanto las eventuales reglamentaciones futuras, como la hermenéutica que efectúen los magistrados, al resolver los conflictos concretos, deberían equilibrar y armonizar los diferentes valores e intereses públicos comprometidos: la defensa en juicio; la economía procesal, para evitar dispendios jurisdiccionales; el diferente tipo de derecho de incidencia colectiva y sus matices —pues pueden requerir una solución específica, por ejemplo en materia de derechos del consumidor—; y la solidaridad entre los afectados, lo que puede implicar un imperfecto reconocimiento del derecho o interés difuso, medido desde la óptica particular de algunos de los lesionados por el acto u omisión. Por ejemplo, en este último caso, si se peticionara la construcción de un puente peatonal por sobre las vías férreas a fin de evitar accidentes, puede suceder que la solución no satisfaga *del todo* a algunos peatones que no demandaron, porque deben subir escaleras. Sin embargo, parece a todas luces irrazonable que cada uno de los eventuales afectados, en la hipótesis por la omisión pública, no se encontraran ligados por los efectos de la sentencia. En este sentido, el alcance del objetivo del Preámbulo de la Constitución Nacional de afianzar la justicia —como justicia social— puede iluminar las soluciones, desde el punto de vista de los legitimados activos y evitar repeticiones de procesos y abusos extravagantes. Desde luego —y más allá del eventual fraude procesal, o defecto en la defensa— no siempre resulta sencillo trazar la línea divisoria entre la satisfacción del interés difuso y la desprotección de un interés colectivo en un caso específico.

Como se sabe, existe una resistencia en nuestro país —por parte de los eventuales legitimados *pasivos* — a aceptar la extensión de los efectos de la sentencia a todos los lesionados por el acto u omisión. De ello da cuenta el

veto a la norma de la Ley de Defensa del Consumidor que iba en aquella dirección. Ahora bien, si en un amparo colectivo se disputa la protección de un *interés general* , la sentencia debe tener efecto para todos los particulares afectados, más allá de la amplitud o estrechez con que se lo reconozca. De lo contrario, se neutralizaría la garantía. Si en el proceso ha intervenido el Defensor del Pueblo, o el Ministerio Público *en defensa de los intereses generales de la sociedad,* conforme al art. 120 de la Constitución Nacional, la expansión de los efectos de la sentencia a toda la comunidad resulta consistente. En particular, sobre cuestiones referidas a la protección del ambiente, obligar a demandar a todos los potenciales afectados interferiría con la *ratio* del amparo colectivo para hacer cesar el acto lesivo o para obligar a cumplir con lo omitido.

Debe señalarse que, aunque no se previó expresamente la vía del amparo, en la Ley 26.361 de modificación de la Ley de Defensa del Consumidor, se regularon las acciones de incidencia colectiva. Cuando se inicien estas acciones para arribar a un acuerdo o transacción, debe correrse vista previa al Ministerio Público, salvo que éste fuera el actor. El eventual acuerdo homologado debe dejar a salvo la posibilidad de que los usuarios y consumidores puedan apartarse de la solución general y los efectos de la cosa juzgada no alcanzan a quienes manifestaron, antes del dictado de la sentencia, su voluntad en contrario. En estos casos, como bien se señaló, la ley siguió los principios generales del derecho, es decir, el acuerdo y la expansión de la cosa juzgada benefician a quienes se encuentran en la categoría de dañados en su calidad de usuarios o consumidores, pero no los perjudican (1560) .

2.4. JURISPRUDENCIA

Después de la reforma constitucional, la jurisprudencia mostró algunas vacilaciones interpretativas sobre los legitimados para accionar y acerca de los derechos de incidencia colectiva en general.

2.4.1. Intendente municipal

Aun rechazando la demanda por falta de arbitrariedad e ilegalidad en el obrar, la justicia federal de San Martín reconoció legitimación para interponer amparo al intendente municipal, quien alegaba el cumplimiento del deber de proteger el ambiente y en tal calidad se oponía a la tala de árboles para remodelar la ruta. Como bien lo señalan los comentaristas del fallo, no está claro si la legitimación reconocida lo era en virtud de la representación de la comunidad municipal que investía el intendente aunque, sin duda, ésa era la única que podía ejercer (1561) . Después de sancionada la Ley de Política Ambiental Nacional, no cabe duda de que los intendentes municipales están legitimados a tenor de lo dispuesto en el art. 30 para accionar por

recomposición del daño ambiental pues —además de los citados por el art. 43 de la Constitución Nacional— la norma reconoce legitimación al Estado nacional, provincial o municipal.

2.4.2. Ciudadano, ex diputado y concejal

Ante la presentación de un ciudadano y ex diputado de la Nación por la Ciudad de Buenos Aires y un concejal de la misma Ciudad, quienes alegaron la falta de atribuciones del Poder Ejecutivo para llamar a licitación pública con el objeto de instalar una sala de juegos —casino— en la Ciudad de Buenos Aires, la Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala IV, rechazó el amparo por entender que, en la hipótesis, no se daba una causa contenciosa y que los accionantes no peticionaban por un *derecho o interés propio.* Por su parte, el voto en concurrencia sostuvo que la pretensión de los actores —en calidad de ciudadano y ex diputado, uno de ellos y concejal el otro— era de tal latitud que no llegaba a distinguirse de los *intereses generales o comunitarios*(1562) .

2.4.3. Vecino

Contra la privatización de la onda de Radio Municipal se reconoció, en primera instancia, la legitimación de un *vecino,* titular de un interés legítimo. Aunque el actor invocó esa calidad y la de concejal, esta última fue desestimada. Para decidirlo así, el juez diferenció la hipótesis del afectado —en la que se encontraba el accionante— del damnificado que ha sufrido un daño (1563) .

2.4.4. Defensor del Pueblo

En el caso *"La Porta",* citado en el punto anterior, el magistrado, al admitir la acción, tomó en cuenta la presentación concordante con las peticiones del actor, que asumió el Defensor del Pueblo y la legitimación plena de éste.

En cambio, en otra demanda, en este caso del Ombudsman de la Ciudad de Buenos Aires, la Cámara Nacional en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires, rechazó el amparo mediante el que se impugnó una resolución por la cual se rebajaban los salarios de los agentes municipales. La Cámara interpretó que no se daba en la hipótesis una situación de *trascendencia para la comunidad*(1564) .

Para la Corte Suprema, la legitimación reconocida al Defensor del Pueblo por el art. 43 de la Constitución Nacional no lo exime de presentar un agravio concreto a los derechos de incidencia colectiva, planteado en una causa con partes adversas. En *"Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de*

Servicios de Acción Comunitaria" , el Tribunal estimó que no se daban aquellos recaudos al solicitarse la declaración de ilegalidad de un decreto del Poder Ejecutivo que disponía la intervención a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (1565) . La Corte Suprema ha sido remisa en reconocer legitimación al Defensor del Pueblo, no sólo en este caso (1566) . En efecto, en el amparo interpuesto por el Defensor del Pueblo de la Nación requiriendo la declaración de inconstitucionalidad de la normativa que impuso restricciones al retiro y mantenimiento de la moneda de origen de depósitos bancarios, la Corte Suprema rechazó la acción por falta de legitimación del Defensor, considerando que, en el caso, se trataba de derechos subjetivos de propiedad de cada ahorrista y no de los derechos de incidencia colectiva, para los cuales la Constitución le había acordado esa legitimación. Según dijo la Corte Suprema, lo que unía a los afectados en sus derechos patrimoniales era un "problema común" y no un derecho de incidencia colectiva que se da cuando el agravio afecta a lo colectivo (1567) .

2.4.5. Representante gremial

También con motivo de una reducción de salarios dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional, mediante un decreto de necesidad y urgencia, se interpuso una acción de amparo. Esta vez el presentante fue el Secretario Nacional de la Federación Nacional de Docentes Universitarios. El magistrado sostuvo la legitimación del accionante —legitimación que, por otro lado, no fue controvertida por la demandada— por aplicación de la normativa específica que rige a las asociaciones y, al mismo tiempo, por aplicación del art. 43 de la Constitución Nacional(1568) .

2.4.6. Legisladores

La Corte Suprema negó legitimación a los legisladores en la impugnación que efectuaron de la ley declarativa de la necesidad de reforma constitucional (1569) y en la alegación de inconstitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia que privatizaba aeropuertos nacionales (1570) .

2.4.7. Afiliada al I.N.S.S.J.

En el caso *"Torello, Susana T c. Instituto Nacional del Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados* " se reconoció legitimación a una afiliada al I.N.S.S.J.P., pues "como beneficiaria de los servicios del PAMI tiene interés en que no se vean comprometidos sus recursos para fines distintos a los establecidos en la ley que lo creó". En consecuencia de la legitimación reconocida, el tribunal declaró la nulidad de una cláusula de un Pliego de

Bases y Condiciones para la selección de empresas gerenciadoras del sistema médico que establecía un criterio de indemnización exorbitante para el caso de rescisión anticipada, pese a que el proceso había sido suspendido por la Intervención. La Cámara consideró la existencia de un agravio actual dado que aquel sistema podía poner en riesgo el derecho a la salud de los afiliados (1571) . Como se advierte, la protección a la reclamante se extendió a la totalidad de los afiliados.

2.4.8. Centro de Estudios Legales y Sociales

El Centro tiene entre sus objetivos la defensa de la dignidad de la persona humana, de la soberanía del pueblo y del bienestar de la comunidad y la promoción de acciones judiciales que tiendan a la defensa de esos fines y de los derechos humanos. En tal calidad se presentaron ante la justicia federal con competencia electoral, para solicitar la declaración de inconstitucionalidad del inc. "d" del art. 3º del Código Electoral Nacional, en tanto esa norma impedía la emisión del sufragio a los procesados detenidos. Tanto en primera como en segunda instancia se le reconoció legitimación al Centro de Estudio Legales y Sociales, aunque sólo la Cámara Nacional Electoral hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la norma cuestionada, sentencia confirmada por la Corte Suprema(1572) .

La legitimación fue reconocida por la Cámara Nacional Electoral, con base en lo dispuesto por el art. 43 —aun sin ley reglamentaria del registro de las asociaciones a quienes se reconoce la acción de amparo pues, de lo contrario, el impedimento surgiría de una inconstitucionalidad por omisión— y haciendo mérito de los objetivos del Centro (1573) .

2.4.9. El Asesor Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires y el acceso a la educación como derecho de incidencia colectiva

En un pronunciamiento de la Cámara Contenciosoadmninistrativa y Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires se consideró el acceso a la educación de los menores como un derecho de incidencia colectiva. En consecuencia, se admitió la legitimación promiscua del Asesor Tutelar para demandar amparo de aquel derecho y obtener del gobierno de la Ciudad la construcción de una escuela en Ciudad Oculta, creada en virtud de una disposición legal. El tribunal distinguió el perjuicio y agravio causado a un sector particular de los habitantes de la Ciudad —los menores en edad escolar— de los eventuales perjuicio de cualquier habitante por el sólo incumplimiento de la ley (1574) . No obstante reconocer tal amplitud al derecho a la educación —en el caso, secundaria— en consonancia con los arts. 14 y 75, inc. 19 de la Constitución Nacional, la Cámara dejó a criterio de la Administración la determinación del modo preciso en que debía llevarse a cabo la obra a la que

estaba obligada, pues los plazos fijados por el juez de grado resultaban demasiado breves.

2.4.10. Colegio de Fonoaudiólogos

La Corte Suprema rechazó un amparo interpuesto por el Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos solicitando la declaración de inconstitucionalidad de las normas que impedían a esos profesionales revistar como responsables no inscriptos en el Impuesto al Valor Agregado a quienes percibieran ingresos brutos anuales no superiores a la suma de $ 36.000. El Tribunal entendió que el Colegio carecía de legitimación por encontrarse involucrados derechos de carácter patrimonial puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los eventuales afectados (1575) .

2.4.11. Asociaciones y fundaciones

La legitimación activa de cuatro asociaciones y fundaciones fue reconocida por la Corte Suprema en una controversia de relevancia pública —caso "*Mendoza, Beatriz* "— referida a la afectación del ambiente por contaminación en el área de la cuenca Matanza-Riachuelo, en razón de que esas organizaciones de la sociedad civil tenían entre los objetivos estatutarios, la protección del ambiente. Con el mismo criterio, el tribunal denegó la participación en la controversia de entidades de cuyos estatutos no surgía la necesaria vinculación con la protección del ambiente. En ambos casos, por habilitación del amparo ambiental establecido en el art. 30 de la ley 25.675 (1576) .

2.4.12. Médicos de un hospital público y asociaciones profesionales médicas

A los médicos de un hospital público de la Provincia de Salta, quienes iniciaron una acción de amparo a fin de que el Estado local solucionara las graves deficiencias que padecía el nosocomio, se les reconoció legitimación para demandar como lo hicieron, ya que expusieron la precaria situación en que debían desempeñar su tarea profesional, afectándolos en forma personal y directa y no como meros integrantes de la comunidad interesada en que la Provincia cumpla sus obligaciones en materia de salud (1577) . Por otra parte, también se reconoció la legitimación de asociaciones profesionales médicas que demandaron —en esa misma controversia contra la Provincia de Salta— soluciones a las graves deficiencias del hospital público considerado, éste, un *bien colectivo,* a fin de que los ciudadanos tengan

acceso a la salud en condiciones igualitarias. La legitimación fue admitida en base al fin estatutario de las asociaciones de velar por las condiciones adecuadas del ambiente hospitalario (1578) .

2.4.13. Asociación en defensa de la vida desde la concepción

Haciendo suyos párrafos del p. IV del Dictamen del Procurador Fiscal subrogante, la mayoría de la Corte Suprema reconoció legitimación para peticionar la declaración de inconstitucionalidad parcial del "Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable", por vía de amparo, a la asociación "Mujeres por la Vida". Entre los fines asociativos —a los que hizo expresa referencia el dictamen— los estatutos establecían los de "promover y defender el establecimiento de condiciones sociales que posibiliten y favorezcan la efectiva prestación del derecho a la vida de la persona, desde el momento de la concepción, y el goce del respeto a su dignidad intrínseca a lo largo de la vida"(1579) . Sin embargo, en una de las disidencias, se hizo mérito de la protección constitucional de la "individualidad personal", de la libertad humana infranqueable por el Estado y por quienes invoque una "legitimación extraordinaria", en virtud de lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional. Según se dijo, los límites a ese derecho a la individualidad personal, deben ser razonables y fundados en la legalidad constitucional, concluyéndose en que, en el caso, "no existe razón alguna para pensar que los ciudadanos del país hayan delegado en una asociación la definición de estilos de vida en la materia" (1580) . Según lo entiendo, la interpretación excede la garantía a la privacidad y a la intimidad que emana del art. 19 de la Constitución, porque esa hermenéutica se desentiende de los bordes que la mentada norma fija al ejercicio de los "estilos de vida" en el daño a tercero. Lo que proponía la acción iniciada por la asociación "Mujeres por la Vida", era el examen de algunas disposiciones del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, en tanto esas normas podían afectar el derecho a vivir de los no nacidos. En consecuencia, no se trataba de decisiones personales del ámbito privado, sino de acciones que podrían interferir en la esfera individual de otros, también amparados por la Constitución Nacional(1581) .

2.5. Las inconstitucionalidades sobrevinientes de la Ley 16.986

Luego de incorporado a la Constitución Nacional el art. 43, cualquier disposición sustantiva o procesal —no sólo emanada de la ley 16.986— que limite la garantía del amparo y su ejercicio eficaz, tal como surge de la Constitución, cae bajo la figura de la *inconstitucionalidad sobreviniente* .

En esa dirección, resulta claro que han devenido inconstitucionales las limitaciones impuestas por los arts. 1º y 2º, inc. a) y d) de la ley 16.986, a la legitimación pasiva y activa, respectivamente. En efecto, conforme al sistema

de la Constitución Nacional, la acción de amparo puede interponerse, también, contra actos de particulares; no requiere el agotamiento de la vía administrativa previa; es admisible aunque existan remedios o acciones judiciales*menos idóneos* ; y acepta la declaración de inconstitucionalidad de las normas de cualquier jerarquía, en que se funden los actos u omisiones lesivos. De acuerdo al art. 43 de la Constitución Nacional, sólo la existencia de remedios judiciales *más idóneos,* cierra el paso al amparo. Las inconstitucionalidades, en los otros casos, surgen de la simple comparación entre el texto constitucional y el texto de la ley 16.986.

Estimo de dudosa constitucionalidad el art. 14 de la ley 16.986, en tanto exime de costas al demandado si éste, antes de vencido el plazo para responder el informe que requiere el art. 8º, cesa en el acto u omisión lesivo y se trata de una autoridad pública. En efecto, si la *autoridad* se allana a lo demandado está reconociendo, cuanto menos, el error o negligencia que obligó a demandar al agraviado o afectado. Ese eventual error de la autoridad pública —o de quien es titular de un servicio público— no puede recaer, en el Estado de Derecho entendido como estado de razón, sobre quien padeció la lesión y se vio compelido a accionar. Aunque las costas se soporten por su orden, de todos modos ello irrogaría una carga pecuniaria para quien hubo de recurrir a la tutela judicial para defender sus derechos. En ese sentido, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires amplió la protección de la garantía al disponer en el art. 14 que "salvo temeridad o malicia, el accionante está exento de costas". En otros términos, aunque se le denegase la petición, el juez podría exonerar al amparista de costas, si éste no hubiese obrado temeraria o maliciosamente.

Por otra parte ha suscitado mucho debate el problema de la constitucionalidad —o inconstitucionalidad— del art. 15 de la ley 16.986, en tanto la norma dispone que la apelación se concede con ambos efectos. En otros términos, que la apelación suspende la ejecución de la sentencia.

Pero, después de la incorporación del art. 43 a la Constitución Nacional, una corriente jurisprudencial ha ignorado el art. 15 de la citada ley o, directamente, motivó de *oficio* la inconstitucional de esa disposición, si bien es cierto que aplicando la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1582) .

La decisión judicial de no aplicar el art. 15 de la ley 16.986, sin declarar su inconstitucionalidad, motivó una instrucción general del Procurador del Tesoro de la Nación a fin de que los servicios jurídicos permanentes del Cuerpo de Abogados del Estado, recurran todas las decisiones judiciales dictadas en procesos de amparo que concedan los recursos de apelación de medidas cautelares con efecto devolutivo (1583) .

Sin duda, una cosa es la decisión en materia de amparo y otra en las cautelares ordenadas en el proceso de amparo. En el primero, la no aplicación del art. 15 en cuanto al efecto suspensivo de la apelación, requiere la declaración de inconstitucionalidad, ante la vigencia de la norma legal no derogada. En la hipótesis, estaríamos ante un caso de inconstitucionalidad

sobreviniente, declarada en razón de las particularidades del amparo de que se trate.

La discusión acerca del mantenimiento de la vigencia del plazo para la interposición del amparo, establecido en el art. 2º, inc. e) de la ley 16.986 en 15 días, fue resuelta por mayoría, a favor de la vigencia de ese lapso, en el plenario *"Capizzano de Galdi*(1584) . Tal como se ha dicho, aunque el plazo es muy exiguo, es riesgoso dejarlo librado al criterio judicial (1585) , aunque, a favor de la amplia garantía del art. 43 de la Constitución Nacional, deviene consistente una interpretación flexible del comienzo de aquel plazo.

Como resulta obvio y en todo lo que no se oponga a la *operatividad* , *extensión* y *eficacia* de la garantía establecida en el art. 43 de la Constitución Nacional, el procedimiento establecido en la ley 16.986 resulta aplicable.

2.6. FUNCIONALIDAD DEL AMPARO COMO CONTROL ECONÓMICO Y POLÍTICO

En la teoría de los controles, cabe un lugar especial a los derechos y garantías. En efecto, así como los controles políticos existen para asegurar las libertades humanas, éstas, a su vez, construyen límites precisos a las atribuciones del poder.

En ese sentido, los derechos y garantías potencian la división del poder porque imponen cercos a las atribuciones de aquél. Tales bordes impactan, directamente, en los órganos estatales e, indirectamente, en los poderes públicos no estatales.

Por otro lado, una atenta lectura del caso *"Kot"* evidencia que la Corte Suprema hizo algo más que admitir el amparo contra actos de particulares. En efecto, al caracterizar el ejercicio de la acción sindical, el Tribunal puso el acento en la cuota de poder real que esas asociaciones ejercían en las circunstancias en que se interpuso la acción y el efectivo poder que, eventualmente, podían utilizar sobre terceros.

Aquel precedente contiene sustantivo valor, dado que pone de relieve otros poderes paralelos al Estado. Hoy señalaríamos, entre otros, a las grandes concentraciones de capital y a los servicios públicos privatizados. Además, con diferente grado de poder pero con igual capacidad para afectar derechos de incidencia colectiva, pueden citarse a las industrias contaminantes.

Frente a esos poderes que condicionan a las democracias, la reforma ha reconocido derechos y consagrado garantías.

Entre los derechos de incidencia colectiva se ha establecido, también, el de la libre concurrencia económica contra toda forma de distorsión de los mercados y el control de monopolios naturales y legales. Pero el abuso del amparo podría desarticular los mercados, si se lo utiliza para quitar del medio a la competencia. En consecuencia, se requiere armonizar los antiguos y nuevos derechos y a todos ellos con las garantías.

Esa pareció ser la línea argumentativa de la minoría en el caso *"Louzan"*(1586) pues, a pesar de los defectos formales, abrió la queja en un amparo contra la poda de árboles, sosteniendo que la cuestión superaba los intereses de las partes para conmover a la comunidad entera, al encontrarse en tela de juicio la preservación del medio ambiente. No obstante, la disidencia rechazó la demanda, manteniendo la doctrina acerca de la excepcionalidad del amparo —y por ende, la necesidad de debate y prueba— y el requisito de la existencia de un daño concreto y grave.

3. HÁBEAS DATA(1587)

Concordancias: Arts. 1º; 14; 16; 19; 33; Art. 99, inc. 1, C.N. Art. 12 DUDH; art. 17, PIDCP.

3.1. TEXTO Y CONTEXTO DEL HÁBEAS DATA EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

En la Convención Reformadora de 1994 el camino que siguió el *hábeas data* fue por lo menos curioso, si se lo compara con la doctrina judicial elaborada a instancias de los conflictos sobre protección de datos personales, que se presentaron ante los tribunales en el período que se inició con la sanción de la reforma en 1994.

En efecto, como bien lo señalara en su intervención el convencional *Juan Pablo Cafiero* , en un principio, la preocupación por incorporar la garantía del *hábeas data* a la Constitución Nacional, giró en torno a la necesidad de proteger a las personas frente al contenido de los registros y asientos que de ellas pudieran efectuar los organismos de seguridad del Estado (1588) .

La historia de la represión ilegítima en la Argentina, recrudecida en la década de 1970, gravitaba con el peso de la violación de las garantías personales en el ánimo de los convencionales constituyentes, quienes procuraron poner remedio, en el futuro, a eventuales quebrantamientos de los derechos humanos. La obtención de certeza acerca de lo que el Estado conocía y asentaba sobre las personas, constituyó una prioridad para la seguridad de todos.

En esa instancia del debate constituyente —en palabras de aquel convencional— la preocupación por la libertad y seguridad personales dio paso a la necesidad de establecer qué había sucedido con los familiares de quienes reclamaban saber el destino dado a sus parientes. La instrumentación del*hábeas data* como remedio a tales situaciones de desaparición forzada de personas, perfilaba un instituto jurídico sin duda singular (1589) , un instrumento llamado a condicionar el secreto de Estado sin por ello desproteger las necesidades sociales ni tampoco a la sociedad (1590) .

Pero, aunque la ley declarativa de la necesidad de reforma constitucional incluyó entre los temas habilitados para su enmienda la consagración expresa

del *hábeas corpus y el amparo*(1591) , ignorando toda mención explícita a la expresión *hábeas data*(1592) , el debate en el seno de la Convención —y la norma que en definitiva resultó— fue virando desde la protección de la libertad personal hasta el control de la actividad desarrollada por *otros operadores* de datos, cuyos registros respondían a finalidades publicitarias, comerciales o financieras y a las eventuales interferencias en la vida privada de las personas, que esa actividad pudiera generar.

Así, de la protección y seguridad de las personas, afectadas por datos erróneos o falsos asentados en registros públicos, la nueva institución pudo contemplar el resguardo de derechos tales como la intimidad, la imagen, el buen nombre y fama comercial, la identidad personal y familiar a través de la regulación de un amparo especial —*el hábeas data*— denominado *nuevo derecho* en algunas de las intervenciones de los convencionales constituyentes (1593) . En consecuencia, de esta garantía fluyeron, a su vez, derechos sustantivos frente a las acciones de los operadores de bancos de datos públicos y privados, destinados a producir informes.

Cabe señalar —a fin de poner en quicio el alcance interpretativo del art. 43 de la Constitución Nacional, en punto a cuáles registros podrán examinarse por medio de la acción— que se llegó a la norma finalmente sancionada, luego de desecharse dos dictámenes en minoría. En uno de ellos se había dispuesto la procedencia de la acción para tomar conocimiento de los datos y su finalidad, asentados en *registros públicos* , circunscribiendo, con ello, la protección a la seguridad personal (1594) . En el otro se había establecido el *amparo de datos o hábeas data* para proporcionar el conocimiento de los datos relativos a la persona, que se hallaren en *registros de datos oficiales o privados,* extendiendo la garantía frente a cualquier banco de datos privados, pues la disposición no distinguía si estaban, o no, destinados a proveer informes (1595) .

Como se advierte por comparación entre los dictámenes en minoría y el art. 43 sancionado por la Convención, los constituyentes optaron por incluir la protección de los derechos personales ante el registro de datos asentados en los bancos públicos o privados pero, en éstos, sólo cuando tuviesen por objeto emitir informes.

Pese a la defensa que de ella se hizo en la Convención, a que es propia del derecho positivo de varios estados (1596) y a que está regulada en constituciones provinciales de la Argentina (1597) la institución despertó —y despierta— suspicacias.

La prevención social quedó registrada en un editorial del diario "La Nación", glosado por el convencional *Delich* . El periódico sostuvo que con la incorporación del *hábeas data* se promovía un grave cercenamiento de libertades esenciales pues, a través de aquel *"...todos los archivos, de cualquier índole, podrán ser expurgados para suprimir o corregir su contenido, por determinación judicial, a pedido de parte interesada"*(1598) .

Quizás la tardanza con que el Congreso dictó la ley 25.326 de protección de datos personales (1599) , después de más de seis años de sancionado el art. 43 de la Constitución Nacional se haya debido, en parte, a los temores

que suscita la institución en los titulares de los bancos de datos, por los eventuales perjuicios y trabas que podrían ocasionar a las actividades financieras, comerciales, periodísticas o de publicidad.

Algunas dudas interpretativas se fueron despejando en torno al *hábeas data* argentino, merced a la doctrina judicial perfilada —siquiera provisoriamente— por los tribunales (1600) . Aunque, debe decirse, la cuestión permanece problemática y no sólo por la falta de uniformidad en algunos criterios jurisprudenciales y doctrinarios.

En efecto, la determinación de los lindes del *hábeas data* implica *ejercicio y distribución* del poder. Exige, por ello, la intervención del Estado como árbitro entre intereses y contendientes desiguales —los operadores de bancos de datos y los titulares de los datos— pues, "la protección de los datos personales constituye un importante criterio de legitimidad política de los sistemas democráticos tecnológicamente desarrollados" (1601) .

En la Argentina, se operó un verdadero cambio de paradigma al disponerse la jerarquía constitucional de varios Tratados de Derechos Humanos e incorporarse los llamados derechos y garantías de la tercera generación (1602) . En línea con ello, la ampliación del poder de policía de bienestar (1603) deslizó, hacia el Estado, un creciente poder/obligación frente a los ciudadanos, impelidos, también éstos, por la dimensión de los deberes declarados en la Constitución (1604) .

De ese modo, el *hábeas data* propone una redefinición de las relaciones jurídicas entre el Estado, quienes tienen poder informático y, en principio, los habitantes del país, titulares de datos.

3.2. Naturaleza del hábeas data: la garantía que destila derechos sustantivos

Después de regular el amparo, el art. 43 de la Constitución Nacional dispone que toda persona podrá interponer esa acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos. En la economía de la Constitución, pues, el *hábeas data* es una especie de amparo (1605) . Amparo especial que no se confunde con el género desde que tiene especificidad propia, por lo que no constituye acción subsidiaria de otras. Además, por la peculiaridad de su finalidad, no requiere que quien haya registrado los datos y los transfiera o someta a alguna forma de tratamiento, haya obrado con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Basta, por ejemplo, con que el dato sea erróneo y se transmita con negligencia para que la acción quede expedita (1606) .

En consecuencia, y de acuerdo a la norma constitucional, considerado como una especie de amparo, no se requiere el agotamiento de la vía administrativa previa (1607) , aunque resulta conveniente que el peticionante solicite al registro respectivo, la información necesaria, su finalidad y, en su

caso, la rectificación, a fin de ser tomada en cuenta esa conducta previa, al momento de imponer las costas.

Como quiera que sea, la Corte Suprema ha establecido, finalmente, los rasgos de un *hábeas data* como garantía autónoma y peculiar, que no se identifica con el amparo. En efecto, al hacer lugar al recurso de queja y dejar sin efecto la sentencia apelada, mandando dictar un nuevo pronunciamiento, la mayoría de la Corte Suprema sostuvo que "...no es suficiente con que la información [acerca de los datos financieros de una persona] haya sido registrada y trasmitida "sin arbitrariedad manifiesta", sino que tiene que ser precisa" y los datos registrados deben ser "exactos y completos" pues, "no basta con decir una parte de la verdad y proceder a registrarla" (1608) . La exigencia de la Corte, deslinda al *hábeas* data de uno de los recaudos del amparo y denota con claridad que no le basta al titular del banco de datos con alegar que no ha actuado con "arbitrariedad manifiesta" -porque lo que registró se condice con la realidad aunque no con toda ella- para eximirse de responsabilidad.

Ahora bien, del *hábeas data* —garantía insertada en el nuevo paradigma constitucional y en armonía con éste— pueden destilarse derechos sustantivos que amplían su alcance. La Corte Suprema argentina así parece entenderlo, respecto al derecho a la verdad (1609) y a la seguridad, no ya de las relaciones comerciales, sino personal (1610) . También del modelo garantista diseñado por la reforma constitucional de 1994, es posible extender la legitimación activa a otros sujetos.

3.3. LOS SUJETOS PROTEGIDOS

La norma constitucional ampara los derechos de las personas a conocer sus datos y eventualmente a solicitar medidas sobre el registro que de ellos se hubieren efectuado en bancos públicos o privados proveedores de informes.

Tanto la persona humana como las personas jurídicas están amparadas por la disposición constitucional. Los proyectos de ley reglamentaria expresamente se refirieron a ambas, aunque acordaron la protección —e n el caso de las segundas— a las domiciliadas en el país. La ley 25.326 reconoció el derecho a interponer la acción y los reclamos pertinentes, a las personas físicas y jurídicas (arts. 1º y 34) (1611) .

En mi opinión, la garantía del *hábeas data* alcanza también a las personas por nacer, pues éstas podrían verse eventualmente afectadas, por ejemplo, por el registro y tratamiento de sus datos médicos. Si bien la legislación civil y penal garantizan, en la Argentina, los derechos de las personas por nacer —reconociéndolas como tales y preservando su derecho a la vida— después de la reforma constitucional de 1994, los derechos de los no nacidos tienen reconocimiento constitucional. En primer lugar, en virtud de la jerarquía otorgada, entre otros, al Pacto de San José de Corte Rica (1612) . En segundo lugar, por la inclusión de una norma de redacción desafortunada que

extiende, no obstante, la protección al niño desde el embarazo de la madre (1613) y por la declaración unilateral de la República Argentina, al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, en el sentido de que para el país lo es todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los dieciocho años.

En consecuencia, para el derecho argentino los no nacidos gozan de derechos, son personas y como tales, titulares de la protección emergente del *hábeas data* .

3.4. LOS BANCOS DE DATOS AFECTADOS

El primer problema interpretativo gira alrededor de las categorías de bancos o del tipo de datos involucrados, que pueden suscitar la acción. El peso de las diferencias entre ellos determina qué bancos de datos quedan al margen de la acción y cuáles merecen una reglamentación legal específica.

Sobre el punto, el proyecto de ley 24.745 de salvaguarda de los datos personales—vetado totalmente por el Poder Ejecutivo— excluyó de la reglamentación que la norma establecía a los registros públicos, cuyos datos asentados lo sean para su publicidad con carácter general; a los registros de persona físicas con fines exclusivamente personales —papeles privados amparados por el art. 18 de la Constitución Nacional—; a los bancos de datos de información judicial, científica, tecnológica o comercial que reproduzcan datos ya publicados en boletines oficiales; los registros de los partidos políticos, sindicatos, iglesias, comunidades religiosas salvo cuando se tratare de información personalísima; los registros de las personas físicas o jurídicas dedicadas al periodismo por cualquier medio de comunicación social. Aunque la norma fue vetada, es dudoso que todos los bancos de datos excluidos, lo hayan sido en la economía del art. 43, C.N.

Desde luego, toda ley que incluya o excluya determinados registros o bancos de datos del acceso a los datos allí asentados, deberá pasar el examen de constitucionalidad que en cada caso se plantee. La cuestión genera multiplicidad de problemas que parecen imposible de resolverse con una única ley general.

3.4.1. Registros o bancos de datos públicos

Como ya se señaló, para los convencionales constituyentes no cabía duda sobre la conveniencia de posibilitar la indagación, mediante la acción de *hábeas data* , de los datos y la finalidad de su registro, obrantes en organismos públicos.

Alguna jurisprudencia distinguió lo que la norma constitucional no diferencia. En efecto, se sostuvo que "a los efectos de la acción de *hábeas data* , la Constitución prevé que las informaciones deben constar en registros

o bancos de datos públicos, es decir que la información debe ser pública o al alcance lo los particulares". Tal interpretación derivó en el rechazo del *hábeas data* , fundado en que la información obrante en las fuerzas y organismos de seguridad no reviste carácter público por obvias razones de seguridad (1614) . El criterio, sustentado en primera y segunda instancia, desconoció la finalidad primigenia de la institución, del modo en que fue expuesta en los debates de la Convención Constituyente de 1994 y fue revisado, finalmente, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1615) .

El Tribunal, por unanimidad, sentó la buena doctrina y reconoció el derecho a interponer la acción de *hábeas data* para tomar conocimiento de los datos registrados por organismos del Estado —fuerzas armadas y de seguridad— pero, al mismo tiempo, los votos concordantes señalaron matices en los límites que admitieron para acceder a aquellos datos y preservar el secreto de Estado.

Así, el voto que hizo mayoría, con cita del derecho comparado, encontró los bordes del acceso a los datos reservados, en razones de seguridad nacional o estatal, en la defensa nacional, las relaciones exteriores o la investigación criminal, cuestión que en cada caso, deberá ser invocada por el titular de la respectiva institución (1616) .

Por su parte, el ministro *Fayt* , enfatizó los límites del secreto de Estado y sostuvo que interpretar el art. 43, de la Constitución Nacional, en el sentido de que esta norma sólo garantizaría el acceso a la información pública o al alcance de los particulares, desnaturalizaría la vigorosa institución. Con cita del convencional *Delich* , limitó en el tiempo el secreto de Estado (1617) .

A la pregunta sobre qué se entiende por banco de datos públicos, a fin de preservar en forma eficiente el derecho consagrado en el art. 43, el juez *Petracchi* respondió indicando los organismos del Estado, incluso y en especial, los reservados con carácter secreto. En consecuencia, una sentencia que sólo se fundara, para denegar el acceso a los datos, en obvias razones de seguridad sin apoyo en circunstancias de la causa o en norma legal alguna, deviene dogmática. Para el ministro, entonces, la preservación del secreto de Estado exige ley que lo imponga y circunstancias que acrediten su necesidad (1618) .

Reconociendo similares límites que los establecidos por la mayoría de fundamentos, el juez *Boggiano* sostuvo que el art. 43 de la Constitución Nacional, protege aquellos datos que no se encuentran al alcance de los particulares pues, lo contrario, haría inoperante la garantía, la desvirtuaría (1619) , aunque admitió su límite en razones de seguridad pública y defensa nacional las que, en cada caso, deberán ser invocadas por el titular de la repartición respectiva (1620) .

Afirmando que la discrecionalidad del secreto de Estado se ha perdido en el derecho comparado, para encontrar un adecuado equilibrio entre seguridad pública y transparencia (1621) la interpretación del ministro *Bossert* habilita, del mismo modo, el acceso a los datos reservados del Estado (1622) .

Finalmente, para el juez *Vázquez* la seguridad interior y las relaciones internacionales marcan los límites al conocimiento de los propios datos

reservados por el Estado, circunstancia que debe ser evaluada por el organismo correspondiente, sin perjuicio del posterior control judicial siempre que no se tratare de facultades propias de los otros poderes o resultaren ajenas a la intervención de los tribunales (1623) . Como se advierte, la posición es más restrictiva para el acceso a los datos y refiere, sin nombrarla, a la cuestión política.

3.4.2. Registros o bancos de datos privados, destinados a proveer informes

El art. 43 se refiere a la finalidad del registro o banco de datos privados por lo que quedarían fuera de la norma los registros amparados por el secreto profesional y los que sin esa reserva no tienen por objeto transmitir los datos, aunque puedan ser tratados, es decir, combinados y cruzados los informes, por medio de diferentes criterios. Esos datos entran en la categoría de papeles privados, amparados especialmente por el derecho a la intimidad y a la identidad personal.

Existen otros registros o bancos de datos privados que no están destinados a proveer informes, pero funcionan como fuente de ellos, por ejemplo, los de las entidades financieras.

Para resolver el problema, es relevante definir el destino del dato, cuyo conocimiento puede obtenerse por medio del *hábeas data* . En efecto, habilitaría la acción, cualquier expresión de información, cualquiera fuere el lenguaje o código con que se exteriorice, que se destine a redactar informes o a formar parte de informes para proveer a personas distintas del titular o usuario de datos (1624) .

No obstante, la jurisprudencia no es uniforme. Así se ha sostenido que los libros de comercio de un banco o entidad financiera no constituyen un supuesto constitucional de registros destinados a proveer informes y que los bancos o entidades financieras no son informantes en el sentido de prestar profesionalmente servicios al público como tal, de modo que no pueden ser legitimados pasivos de la acción de hábeas data (1625) . Por el contrario, prosperó la acción contra una entidad financiera —condenada en costas, además— que informó un dato erróneo al Banco Central de la República Argentina y fue remisa en rectificarlo (1626) . El criterio de la Cámara —aunque señaló que la entidad no debía, estrictamente, excluir al demandante de ninguna base de datos propia— se sustentó en la conducta sobradamente negligente que aquella entidad había exhibido y en el daño que con ello causaba al titular de los datos.

3.4.3. Bancos de datos de información crediticia, públicos o privados

La información crediticia puede ser proporcionada por bancos de datos públicos o privados. La finalidad perseguida por ambos es múltiple y beneficiosa: acrecentar el desarrollo de las relaciones económicas, financieras y comerciales para transparentar la actividad; mejorar el crédito y bajar sus costos; en suma, otorgar seguridad al mercado y a sus operadores.

Los bancos públicos de información crediticia no están amparados, en principio, por el secreto o reserva estatal pues los datos que difunden son públicos por definición. Aunque el banco público de información crediticia sólo constituya fuente de información de otros bancos y no someta a tratamiento esos datos, debe responder frente a la acción de *hábeas data* y ante eventuales reparaciones por los daños causados.

3.4.4. La protección de los datos de titulares y beneficiarios de tarjetas de créditos

El art. 53 de la ley 25.065 dispone que "las entidades emisoras de Tarjetas de Crédito, bancarias o crediticias tienen prohibido informar a las "bases de datos de antecedentes financieros personales" sobre los titulares y beneficiarios de Tarjetas de Crédito u opciones cuando el titular no haya cancelado sus obligaciones, se encuentre en mora o en etapa de refinanciación. Sin perjuicio de la obligación de informar lo que corresponda al Banco Central de la República Argentina. Las entidades informantes serán solidaria e ilimitadamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados a los beneficiarios de las extensiones u opciones de Tarjetas de Crédito por las consecuencias de la información provista" (1627) . La norma no puede ser más clara en los términos de la prohibición establecida y, desde luego, suscita controversia acerca de cuán conveniente puede resultar para la transparencia de las relaciones crediticias, y la confianza pública en la responsabilidad de quienes se obligan comercialmente. Pero de ello no se sigue que resulte violatoria de la libertad de comerciar y ejercer industrias lícitas, ni incompatible con lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución Nacional acerca de la garantía del *hábeas data.* Aunque esta garantía supone el derecho a registrar datos personales y trasmitirlos —que emana también del art. 43 de la Constitución Nacional— ese derecho no es absoluto (1628) .

Que de lo dispuesto por el art. 53 de la ley 25.065 resulta un conflicto de intereses, da cuenta del veto que emitió en su oportunidad el Poder Ejecutivo sobre esa norma, y la insistencia del Congreso sobre el punto que finalmente prevaleció. A su turno la Corte Suprema —ante el amparo interpuesto por la*Organización Veraz* planteando la inconstitucionalidad de esa norma— confirmó la sentencia de Cámara que había rechazado la mentada inconstitucionalidad. La Corte consideró "la *absoluta razonabilidad* de la reglamentación legal cuestionada que tiene la obvia finalidad de preservar la *exactitud* de los datos registrados, en beneficio de sus titulares y de la seriedad de la información que se pone a disposición del público en general. Del mismo modo, obedece a la necesaria protección del usuario de las tarjetas de crédito que, de lo contrario —esto es, sin la centralización de la

fuente del registro— podría verse materialmente imposibilitado de ejercer cualquiera de los mecanismos de control sobre sus datos autorizados por el art. 43 de la Constitución nacional y transformado entonces en un paria en el mundo de las relaciones de crédito" (1629) . Como se advierte, un ejercicio de ponderación de los intereses en juego, por parte de la Corte Suprema.

3.4.5. Fuentes de información y registros periodísticos

La preocupación de los medios de comunicación social ante la regulación constitucional del *hábeas data* , fue recogida por los convencionales constituyentes de 1994, quienes protegieron, especialmente, las fuentes de información periodística.

Está claro que no puede obtenerse por vía del *hábeas data* , el origen del dato registrado por el medio o por el periodista. Pero, ¿es improcedente el instituto para solicitar el conocimiento y eventualmente la rectificación de los datos que se informan? ¿O la confidencialidad del dato sensible?

¿Resulta indistinto, si el registro del dato obra en los archivos de la empresa, que si ya ha ingresado a la red informática de Internet? (1630) .

Del texto de la norma constitucional no surge ese alcance de la prohibición. Por otro lado, los registros de los medios de comunicación están destinados a nutrir las noticias o las opiniones que se vierten; por la propia especificidad de la tarea periodística, los registros con los que cuentan están destinados a producir informes y en esos datos pueden existir errores (1631) . De todos modos, los derechos de los titulares de datos pueden encontrar amparo en el derecho de rectificación o respuesta, que siempre operará una vez que la noticia se ha difundido (1632) . Por su parte la ley 25.326 amplió la protección constitucional al disponer que "en ningún caso se podrá afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas" (art. 1º), ampliando, con ello, la garantía constitucional.

Los medios de comunicación cuentan con *registros* en las empresas editoras; los periodistas utilizan anotaciones de diverso tipo en sus computadoras personales o en sus papeles privados (1633) ; en los *bancos* de información de los medios se almacenan *datos* personales y, en ocasiones, también se consignan las *fuentes* de las cuales provino aquella; en las versiones de las noticias en Internet, por la peculiaridad del instrumento empleado, se organizan verdaderos registros de datos personales, públicos, accesibles, y a veces sujetos a tratamiento.

La garantía acordada a las fuentes de información periodística por el art. 43 de la Constitución Nacional y, a su turno, por la ley 25.326 en orden a bloquear el *hábeas data* destinado a conocer el *origen* del dato y el *dato en sí mismo* , ha sido interpretada por los medios de prensa de modo absoluto y amplio (1634) .

En ese sentido, se sostuvo en un editorial periodístico la inconstitucionalidad de una orden judicial destinada a rastrear las llamadas

entrantes y salientes de los teléfonos del periodista *Thomas Catán*, corresponsal en la Ciudad de Buenos Aires del *The Financial Time*. El periodista mencionado había publicado una información referida a supuestas tentativas de soborno que se habrían registrado en el Senado Federal, a propósito de un proyecto de ley gravoso para los intereses de las entidades bancarias (1635).

Desde luego, está fuera de duda que en principio no se debe obligar a un periodista a *revelar* sus fuentes de información, ni siquiera en causas penales para investigar la comisión de delitos y la autoría de ellos. El interrogante se planteaba, en el caso, porque de lo que se trataba era de examinar por la justicia, los contactos telefónicos del corresponsal, sin intervención ni consentimiento del periodista. Pero, la acción judicial implicaba tanto como secuestrar y examinar la agenda manual o electrónica del afectado, o el registro de sus encuentros personales.

La preservación de las fuentes de información periodística —como la integridad de los derechos que constituyen la libertad expresiva— tienen como finalidad el descubrimiento de la verdad a través de la libre circulación de las noticias obtenidas, éstas, muchas veces bajo reserva y que, de otro modo, no se conocerían. El descubrimiento de la verdad de los hechos tiene particular importancia en la investigación de los delitos y en el control del gobierno y de las eventuales ilegalidades que afectan directamente al proceso democrático. En este sentido el *privilegio* de los periodistas no es un fuero personal, sino que opera en resguardo de aquellos objetivos y para favorecerlos.

Ahora bien, si como se señaló a propósito de la citación de periodistas como testigos ante el gran jurado en los Estados Unidos, *la información que el periodista posee no puede obtenerse de otras fuentes*(1636) y se trata de la investigación de un delito que afecta la credibilidad del pueblo en las instituciones de la democracia —tal como sucedería con el alegado pedido de sobornos por parte de senadores de la Nación— ¿cabe todavía la protección absoluta de las fuentes de información? Ante el interés público urgente por acabar con la impunidad y con la eventual corrupción en las instituciones sustantivas del sistema político —por otro lado, razón de ser de la confidencialidad de las fuentes de información, cabe enfatizarlo— ¿debe prevalecer, no obstante, una inmunidad absoluta del origen de la información, hasta impedirle al poder judicial investigar por sí mismo, pero sobre *contactos* que podrían estar involucrados y, a su vez, constituyen la génesis de la noticia? La cuestión es, por cierto, problemática. Porque el art. 43 manda que no podrá *afectarse* el secreto de las fuentes de información periodística, y rastrear las comunicaciones telefónicas de un corresponsal, cuanto menos, menoscaba y disminuye la integridad de aquel secreto. Pero, aplicando la regla enunciada más arriba a contrario, acerca de que si *la información que el periodista posee no puede obtenerse de otras fuentes ello habilitaría su interrogatorio como testigo* —cierto que fue utilizada, como se advierte, en una hipótesis diferente— cabría exigir a los jueces extremar la precaución para obtener la información de otra fuente. En el caso de la investigación de los presuntos sobornos, examinando la lista de llamados de

los banqueros cuyos nombres ya habían trascendido, sus asesores y allegados laborales o de negocios.

Esa línea, aunque tenue, parece seguirse en la decisión de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional al resolver la apelación en el referido caso *"Catan"*(1637) . En efecto, el tribunal ordenó declarar la nulidad de la resolución del juez de grado, en tanto ordenaba confeccionar un listado con las llamadas telefónicas, entrantes y salientes, del periodista entre los días 15 y 29 de agosto de 2002 (las fechas de los posibles intentos de sobornos). Pero, en los fundamentos, la Cámara, con cita de la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dijo "que las restricciones autorizadas a la libertad de expresión deben ser las necesarias para asegurar la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que no basta que la restricción sea útil para la obtención de ese fin, esto es, que no se pueda alcanzar razonablemente por 'otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención' y que 'se advierte que la restricción del secreto de las fuentes del periodista Catan no resultó 'necesaria' de acuerdo al alcance que debe otorgarse a este concepto en virtud de lo señalado precedentemente" (1638) .

Así, y como lo señaló el tribunal, la discusión no se centra en si resulta o no admisible restringir la confidencialidad de las fuentes de información periodística, sino en analizar bajo qué justificativos se puede proceder en esa dirección. En otros términos, resulta razonable sostener que la confidencialidad de las fuentes de información periodísticas constituye un principio no absoluto que puede ceder si contar con los datos resulta necesario —y no sólo útil o conveniente— para atender un fin público relevante, tal la persecución de delitos graves, más aún si esos delitos afectan la confianza popular en la democracia.

Aplicando similares pautas de razonabilidad y ponderación, entre valores e intereses legítimos, puede leerse la protección de la base de datos de información periodística que consagró la ley 25.326 —excediendo la garantía acordada por el art. 43 de la Constitución Nacional— con criterio restringido.

Partiendo de la necesidad de no entorpecer la tarea periodística ni de someter a los medios a numerosos litigios que pongan en peligro o condicionen el flujo informativo, resulta razonable sostener una protección débil contra el*hábeas data* cuando el medio publica en Internet informaciones erróneas y pone a disposición de los que acceden al sitio, buscadores con capacidad para cruzar esas noticias y establecer conexiones entre los datos de las personas, que induzcan a error sobre ellas. De todos nodos, dado que la ley 25.326 exige el reclamo previo a la demanda, el medio tiene la posibilidad de evitar el litigio judicial reparando el error.

En cambio, resulta de legitimidad más dudosa, la procedencia de la caducidad del dato personal, registrado en las versiones *on line* de los periódicos a quienes, de todos modos, no se les exige que supriman información alguna de los archivos en soporte papel (1639) .

3.5. Derechos tutelados por el hábeas data

La norma constitucional, más que proteger los datos personales, comerciales, patrimoniales o sensibles, está resguardando una multiplicidad de derechos sustantivos, tantos como pudieran verse afectados por la difusión, falsedad, o efecto discriminatorio del tratamiento de aquellos datos.

El derecho a ser dejado a solas; el derecho de mirada sobre lo que se registra de cada uno; el derecho a la identidad; a la imagen; a la intimidad; a la seguridad personal y patrimonial; el derecho a la verdad; en fin, la lista parece inacabable (1640) .

Desde luego que esos derechos pueden verse legítimamente limitados en su ejercicio por la necesidad o conveniencia social de registrar y tratar alguno de los datos de las personas. Existe un genuino interés estatal en proteger y hasta en favorecer la diseminación de información crediticia y económica. Pero ese interés encuentra su límite constitucional en los derechos personales consagrados expresa o implícitamente en la Ley Suprema.

3.6. Alcance de la tutela. Datos públicos y privados. Calidad de los datos

En primer lugar debe señalarse que los datos públicos de las personas, que figuran en registros también públicos, no gozan del principio de reserva y pueden ser transmitidos a terceros, legítimamente, sin necesidad del consentimiento del titular de los datos, siempre que el dato no sea erróneo o incorrecto. En casos como esos, en realidad, al protegerse al responsable del registro, se está ayudando a difundir una información que ya es pública, cuyo conocimiento resulta altamente beneficioso. Tal el supuesto que se da al transmitir la índole de presidente de una sociedad comercial, extraída la información de un registro público (1641) .

En segundo lugar se hace preciso determinar la calidad del dato personal y no sensible, librado al tratamiento de los registros.

La Constitución dispone la necesaria supresión, rectificación, confidencialidad o actualización, cuando el dato es falso o discriminatorio. La nota de discriminación remite a los datos llamados sensibles.

La determinación de la falsedad del dato no es sencilla. En principio, el término denota intencionalidad y, aunque no la haya, si el dato es erróneo procede también la rectificación o supresión. Pero, ¿qué es un dato erróneo? ¿Puede predicarse el concepto, de un dato veraz pero incompleto? ¿O que carece de actualidad? Y, en ese caso, ¿quién determina qué es incompleto o no está actualizado? ¿En qué plazo debería procederse a la rectificación?

La Corte Suprema parece decidida a garantizar la *calidad de los datos* , haciendo lugar a recursos extraordinarios en acción de *hábeas data* a fin de que se completen aquellos con informes administrativos y judiciales que den cuenta de la situación crediticia y legal del accionante. Así, el Tribunal

reconoció el derecho a que el registro se actualice y complete a fin de que refleje del modo más preciso posible, el estado de litigiosidad suscitado en tormo a la deuda que se le adjudica (1642) .

Así, sobre el punto, toca al Estado arbitrar en el conflicto de intereses por medio de la reglamentación legal y del Poder Judicial quien trazará los límites razonables para no ahogar la transmisión de datos y, al mismo tiempo, asegurar la garantía del *hábeas data* .

Disponer un término perentorio de 48 horas para la rectificación o la completitud del dato, en algunos casos puede resultar de imposible cumplimiento (1643) . Desde luego, la reglamentación legal puede extender el plazo, quedando a salvo la facultad judicial de acortarlo, si de las circunstancias del caso surge negligencia o desaprensión del titular del registro. Por otro lado, exigir a los titulares de bancos de datos que tomen en cuenta la información aportada por los mismos afectados o que, al menos, indiquen que la veracidad del dato está cuestionada por el titular, no parece excesivo para preservar daños serios a la reputación personal o comercial de los titulares de datos.

3.7. LA LEY 25.326 DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La *ley de protección de datos personales* conocida con el nombre de *hábeas data* sancionada por el Congreso, fue promulgada parcialmente por el Poder Ejecutivo quien vetó sendas disposiciones (1644) .

Uno de esos vetos, el que disponía un blanqueo registral de deudores, fue revertido por la ley 26.343 para el período de la gran crisis financiera que estalló a finales de 2001. La norma dispuso que "los bancos de datos destinados a prestar servicios de información crediticia deberán eliminar y omitir el asiento en el futuro de todo dato referido a obligaciones y calificaciones asociadas de las personas físicas y jurídicas cuyas obligaciones comerciales se hubieran constituido en mora, o cuyas obligaciones financieras hubieran sido clasificadas con categorías, 2, 3, 4, ó 5, según normativa del Banco Central de la República Argentina, en ambos casos durante el período comprendido entre el 1º de enero del año 2000 y el 10 de diciembre de 2003, siempre y cuando esas deudas hubieran sido canceladas o regularizadas al momento de entrada en vigencia de la presente ley o lo sean dentro de los 180 días posteriores a la misma..." (1645) .

La demora legislativa de más de seis años en dictar aquella ley resultó beneficiosa en un punto, pues la interpretación doctrinaria y jurisprudencial fue abriendo para el *hábeas data* cauces de aceptación social ante las prevenciones que la garantía suscitó. El temor a que fuese cercenado el derecho a informar o a ser informado; a que cualquier tipo de archivo fuese examinado por orden judicial; a que se afectaran los bancos de datos periodísticos; o a que se entorpeciera el funcionamiento de los registros económicos o financieros, retrasaba la sanción de la ley. Entretanto la jurisprudencia fue elaborando una doctrina que, si bien provisoria, al decir de

la Corte Suprema en el caso *"Ganora"* , amplió los horizontes de la garantía. De tal modo, es posible examinar la norma sancionada, a la luz de los precedentes jurisprudenciales que interpretaron *directamente* el art. 43 de la Constitución Nacional y evaluar la constitucionalidad y razonabilidad de la disposición legal.

La ley sancionada, es extensa, trata las cuestiones con deficiente técnica legislativa —ordena determinados problemas en varias disposiciones, superponiendo criterios, reiterando conceptos y, al mismo tiempo, restringiéndolos— lo que produce un resultado confuso. De todos modos algunos aspectos son positivos.

Resulta del art. 14, el establecimiento de un amparo especial, una subespecie o modalidad de la garantía que no se confunde con aquél —tal la cita de la jurisprudencia— denominado en la ley *acción de protección de los datos personales ohábeas data* . Por el art. 37, se aplica el procedimiento de la acción de *amparo común* y, supletoriamente, las del Código Procesal de la Nación. Pero, la acción no queda inmediatamente expedita —c on una decisión de dudosa constitucionalidad— pues exige al afectado un requerimiento previo, primero para el acceso a los datos, de intimar fehacientemente al titular del registro o archivo, quien tiene diez días corridos para informar al peticionante (art. 14, inc. 2). Si así no lo hace o la información resulta insuficiente, quedará expedita la acción *para acceder a la información* . Porque si el afectado exige la rectificación, actualización, supresión o confidencialidad del dato, debe formular el reclamo ante el titular, quien, en este supuesto tiene cinco días hábiles para proceder según corresponda y, si no lo hace, entonces procede la acción (art. 16, incs. 1, 2 y 3). Estimo que estas etapas demoran innecesariamente la protección de los derechos, pues si el titular del banco no rinde la información requerida, la acción de *hábeas data* podría incluir tanto el pedido de informes como las rectificaciones, actualizaciones, supresiones o confidencialidad que de las probanzas resulte necesario adoptar. La reglamentación de la ley puede corregir este nocivo efecto pues no resulta claro el juego de los arts. 14 y 16, sobre el punto. Por el contrario, el deber impuesto a los titulares de bancos de datos en orden a bloquear el archivo cuestionado o a consignar que la información se encuentra cuestionada, garantiza mejor el derecho de los afectados. Pero no resulta entendible por qué, según la redacción del art. 16, inc. 6, el bloqueo o anotación procede *durante la verificación y rectificación del error o falsedad* y no desde que el reclamo se efectúa —por lo menos, una vez obtenida la información acerca de los datos que se consideran incorrectos— y también para los requerimientos de supresión o confidencialidad (en cuyo caso debiera bloquearse el archivo).

En punto a los derechos que protege, la ley reglamentaria es más limitativa que la jurisprudencia y la doctrina. En efecto, la norma declara proteger los datos personales con el objeto de garantizar el derecho al honor y a la intimidad (art. 1º). Ahora bien, la Corte Suprema ha reconocido que el *derecho a la verdad* y a la *seguridad personal* están tutelados por la garantía. Del mismo modo, la *intimidad personal* y *familiar, la identidad*— i mplica la verdad sobre uno mismo— la *imagen y la voz, el honor, la*

credibilidad comercial y financiera constituyen derechos que pueden afectarse por el registro de datos personales.

Un punto a favor de la ley, lo constituye el que con su sanción ha concluido el debate acerca de si la acción podía entablarse contra los*bancos* de datos *públicos* . La norma expresamente lo admite así en los arts. 22 y 23 y, además, restringe el tratamiento de datos personales por parte de las fuerzas de seguridad, a lo estrictamente necesario para cumplir misiones establecidas por ley, con la finalidad de proteger la defensa nacional, la seguridad pública o lograr la represión de los delitos. Al mismo tiempo, la ley exige decisión fundada de los titulares de aquellos bancos de datos, en caso de que denegaran la información (art. 17), criterio que ya había recogido la jurisprudencia de la Corte Suprema en el mencionado caso *Ganora* . A la luz de esa jurisprudencia, serán los tribunales los que examinarán, en cada caso, si las razones son atendibles. Por otra parte se excluye de la aplicación de la ley, los archivos relativos a encuestas, exigiéndoles la disociación de los datos para proteger a los titulares (art. 28).

Sobre la calidad de los datos, para que los titulares de los registros puedan tratarlos, la ley emplea varias expresiones indeterminadas. Así, el art. 4º dispone que los datos que se recojan deben ser *ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos de acuerdo al ámbito y finalidad para el que se los obtuvo* (inc. 1); *exactos y actualizados* (inc. 4) y *completos* (inc. 5). Como se advierte, el alcance de esas calidades guarda un margen de discrecionalidad propio de la interpretación judicial.

La ley requiere consentimiento para la obtención de datos y su cesión, (art. 5º) pero las hipótesis excluidas son tan amplias que el consentimiento queda reducido a gustos, preferencias, tareas, conductas de consumo. Respecto a los datos sensibles, la ley prohíbe la obligación de proporcionarlos, y constituir bancos de datos con ellos, pero establece excepciones que hacen relativa la prohibición y exige la disociación necesaria para proteger al titular del dato.

Acerca del valor como prueba de los perfiles construidos por quienes tratan datos personales, la ley, con buen criterio, dispone que las decisiones judiciales o actos administrativos que impliquen apreciación o valoración de conductas humanas no podrán tener como único fundamento aquellos perfiles (art. 20).

La ley exige el registro de los bancos de datos, establece un contralor sobre ellos y dispone sanciones administrativas y penales.

Finalmente, sobre el veto del Poder Ejecutivo al blanqueo dispuesto por la ley respecto de los deudores morosos que hubieren cancelado sus deudas al momento de entrada en vigencia de la ley (art. 47), cabe decir que la decisión presidencial fue acertada. En efecto, existe un genuino interés privado de índole especialmente económica en el registro, difusión y transmisión de datos comerciales y financieros y un fuerte interés estatal en facilitar y proteger tal actividad. El registro de información crediticia y financiera y su puesta a disposición del público en general produce beneficios específicos e implícitos de abaratamiento del crédito —porque reduce el riesgo de morosidad— y de premio a los que honran sus deudas. Sin embargo, como

señalé párrafos arriba, la ley 26.343 estableció el llamado *blanqueo registral* , limitado al período 1/1/2000-10/12/2003. Privaron allí consideraciones acerca de las excepcionales circunstancias que padeció el país en el lapso señalado y la amplitud de la crisis económico-financiera que afectó a muchos deudores.

4. HÁBEAS CORPUS

Concordancias: Preámbulo; Arts. 1º; 14; 18; 23; 29; 75, inc. 22; 109, C.N.; Art. XXV DADDH; Art. 9º, 10,11 y 12 DUDH; art. 9º y 10 PIDCP; Art. 5º y 7º CADH.

4.1. ORÍGENES E IMPORTANCIA

La acción de *hábeas corpus* tuvo por principal objetivo proteger la libertad personal, ambulatoria y de desplazamiento de las personas, ante detenciones o arrestos ilegales. Sus remotos orígenes en la Carta Magna de 1215, denotan el enfrentamiento y la tensión entre el poder político y los individuos en el mantenimiento y goce de la libertad de estos últimos.

Al mismo tiempo, hacer lugar a la petición de *hábeas corpus* genera conflictos entre poderes.

En efecto, la política exterior y los tratados firmados por el país pueden comprometer decisiones del Poder Ejecutivo a las que los jueces deben en principio deferencia, aunque el Poder Judicial al examinar la garantía del art. 18 en el caso concreto, está obligado a respetar el derecho público y*las prácticas y los tratados internacionales*(1646) . En otros casos, el conflicto puede suscitarse entre el Poder Legislativo y el Judicial, por el alcance sobre los habitantes del país, de los arrestos ordenados por las Cámaras del Congreso en aplicación de los fueros parlamentarios (1647) .

Pese a ello y los conflictos políticos que desencadena, el *hábeas corpus* se ha constituido en el paradigma de la libertad. La Constitución de los Estados Unidos —que no contempla la posibilidad de establecer el estado de sitio— dispone como medida excepcional, la suspensión del *hábeas corpus* cuando, en casos de rebelión o invasión, la seguridad pública lo exija (1648) . El *hábeas corpus* constituye la más importante salvaguardia de la libertad conocida en el derecho anglo-norteamericano contra detenciones ilegales (1649) .

La garantía tiene antiguos antecedentes en la organización institucional argentina. Aunque no se la definiera expresamente, los documentos jurídicos dictados desde 1811, establecían los recaudos y exigencias que debía cumplimentar el poder político para proceder a la detención de personas.

La Constitución histórica de 1853 consagró la libertad y la protección de la libertad. Desde el Preámbulo, donde uno de los objetivos constitucionales es*asegurar* la libertad, hasta el art. 18, compendio de las garantías personales por el cual se protege a los habitantes del país contra las

detenciones ilegales. Esa norma, al prohibir los arrestos sin orden escrita de autoridad competente, dio fundamento a la reglamentación legislativa del *hábeas corpus* materializada en el art. 20 de la temprana ley 48 de 1863.

4.2. Las detenciones o arrestos constitucionales

La determinación de cuándo una detención o arresto son ilegales y hacen procedente el *hábeas corpus* decretando la libertad, constituye el problema sustantivo a resolver, respecto a esta garantía. En el caso ya citado de *"Tripulantes sublevados del buque de guerra chileno "La Pilcomayo" "* la retención *bajo custodia* por parte del Poder Ejecutivo de los sublevados en el buque, a pedido de las autoridades de Chile, no fue considerada —por la Corte Suprema—, arresto legítimo. Del mismo modo fueron estimadas ciertas detenciones a disposición del Poder Ejecutivo, durante la vigencia del estado de sitio, que no pasaron el examen de razonabilidad para el Tribunal (1650) .

La interpretación de la legitimidad de los arrestos y la protección contra limitaciones o amenazas contra la libertad ambulatoria o de desplazamiento, en la Argentina, marcó la evolución de la garantía hacia su ampliación, consagrada normativamente en la ley 23.098.

4.3. El hábeas corpus contra sentencias judiciales

Conforme a lo establecido en el caso *"Pucci* " la Corte Suprema desestimó la procedencia del *hábeas corpus* como recurso contra sentencias judiciales firmes (1651) . Para el Tribunal, en ningún caso puede admitirse el empleo de la garantía, ante sentencias militares firmes en las que ni el defensor ni el procesado apelaron. Ahora bien, dado que en materia penal el principio de la cosa juzgada ampara contra el doble juzgamiento, no sería aplicable la prevención de que dejar sin efecto el principio, en el caso, crearía un precedente que mañana podría perjudicar a los beneficiarios de hoy (1652) .

En *"Pucheta* ", la mayoría de la Corte Suprema rechazó un recurso de hecho, interpuesto por un condenado a la pena de prisión perpetua por la comisión de delitos graves (1653) . El recurrente alegó que, aunque había en el caso cosa juzgada, correspondía la revisión pues su confesión le había sido arrancada por la policía mediante presión ilegítima.

Aunque el principio de la cosa juzgada es sustantivo y una de las garantías de la libertad, estimo que como excepción y más allá de lo que determinen las leyes, si se comprueba que la condena ha sido obtenida en violación a las reglas del debido proceso, el arresto que deriva de esa condena es ilegítimo por lo cual procede el *hábeas corpus*(1654) .

4.4. Regulación del hábeas corpus. Ley 23.098

En la sesión del 19 de septiembre de 1984 al informar sobre el proyecto de ley de su autoría, reglamentaria de la garantía del *hábeas corpus* , el senador *Fernando de la Rúa* dijo que, en la ocasión, se trataba de hablar de la libertad, y de preservarla mediante los instrumentos creados por la que luego sería la ley 23.098.

La disposición legal contempló los tipos de *hábeas corpus* ya consagrados por la doctrina y la jurisprudencia. El *hábeas corpusreparador* , para los casos en los cuales ya se hubiere perdido la libertad física; el *hábeas corpus preventivo* , para la hipótesis de una amenaza a la libertad ambulatoria; el *hábeas corpus correctivo* , que opera ante el agravamiento en el modo y forma en que se cumple una detención legítimamente ordenada; y el *hábeas corpus restringido* , para el supuesto de una restricción indebida a la libertad.

A los legisladores de 1984 no les pareció suficiente con reglamentar la acción de *hábeas corpus* para asegurar mejor su ejercicio. Al examinar la experiencia histórica del país se hizo evidente que los peligros mayores para la libertad personal se registraron en los períodos de vigencia del estado de sitio, a pesar del crecimiento del control de razonabilidad efectuado por la Corte Suprema sobre las medidas dictadas en su consecuencia, y establecieron garantías para aquel supuesto (1655) .

4.4.1. Hábeas corpus clásico

El *hábeas corpus* clásico protege contra las detenciones o arrestos ilegales. Éstas se producen por falta de causa legítima o *razonable*(1656) en la detención, o porque la orden no parte de autoridad pública o ésta es incompetente.

De acuerdo a la ley reglamentaria, la garantía procede ante acción u omisión, pero siempre de autoridad *pública* . La cuestión fue discutida cuando se debatió la ley en el Senado. Y se optó por desestimar el empleo del *hábeas corpus* ante la detención de personas por parte de autoridad privada —por ejemplo, si la retención proviene de un director de escuela o de clínica privada o del directivo de una empresa— pues, esas situaciones encuentran remedio en otras disposiciones del ordenamiento jurídico, como el Código Penal.

4.4.2. Hábeas corpus preventivo

El *hábeas corpus preventivo* fue reconocido por el art. 3º, inc. 1, de la ley 23.098. Según la norma, el procedimiento corresponde ante acciones u omisiones de autoridad pública que impliquen una *amenaza actual* a la libertad ambulatoria, sin orden escrita de autoridad competente.

La expresión *amenaza actual* , es una de las tantas locuciones indeterminadas que utiliza el derecho y a las que da contenido, alcance y límite los que aplican las normas, en última instancia, los tribunales de justicia.

La Corte Suprema tuvo ocasión de dar alcance a aquellos términos en *"Cafassi* " (1657) . El Tribunal estimó que configuraban la hipótesis de la norma, las indagaciones formuladas al encargado del edificio en el que vivía el peticionante, por dos personas vestidas de civil, quienes dijeron pertenecer a la Policía Federal, y sin requerir al accionante solicitaron datos de sus actividades, costumbres, y personas que lo visitaban. En consecuencia, la Corte Suprema sostuvo que ello constituía causa suficiente para que se diera curso al pedido de informes que establece el art. 11, inc. 2, de la ley 23.098, pues ello no entorpece de modo alguno la actividad de los organismos de prevención (1658) . La amplitud otorgada por el Tribunal a la expresión *amenaza actual* puede explicarse por la experiencia represiva vivida en la República Argentina, desarrollada ilegalmente. Pero, restablecidas las autoridades constitucionales y vigentes todas las garantías del Estado de Derecho, puede sobrecargar demasiado al Poder Judicial el abuso de la garantía y, por otro lado, impedir la *inteligencia* necesaria y controlada para combatir el delito.

En consecuencia, estimo que para dar contenido a la amenaza actual deberían computarse las circunstancias del caso y la reiteración de los hechos por parte de las presuntas autoridades (1659) . Por supuesto, en caso de duda o ante circunstancias que evidencien una política administrativa de persecución de opositores, debe prevalecer la garantía.

4.4.3. Hábeas corpus correctivo

El art. 18 establece una serie de exigencias que deben cumplir las cárceles de la Nación, para los *detenidos* , así como la finalidad de la *detención,* para seguridad y no para castigo de las personas retenidas en aquellas cárceles (1660) .

Más allá de la discusión acerca de si esa garantía del art. 18 de la Constitución Nacional, corresponde a los detenidos sujetos a proceso o también a los condenados, la ley 23.098 dispuso la procedencia del *hábeas corpus* ante el agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación de libertad (art. 3º, inc. 2). En 1994 tal criterio fue adoptado explícitamente por el art. 43 de la Ley Suprema.

Las dos normas suponen que los detenidos tienen derechos constitucionales —o de raíz constitucional— pese a la detención. Como la ley no distingue, esos derechos perviven, aun en casos de pérdida de la libertad ambulatoria por condena firme. Ahora bien, como es sabido todos los derechos constitucionales admiten reglamentaciones razonables por el juego de los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional. En consecuencia, señalado el principio, algunos derechos constitucionales de los presos pueden recibir

restricciones más fuertes que las que padecen las personas en libertad, como efecto de la detención.

A partir de la reforma de 1994, la jerarquía constitucional otorgada, entre otros, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos proporciona una protección mayor a la libertad y seguridades de todas las personas. En efecto, el art. 5º, en especial el inc. 2 de ese tratado dice que "... toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad humana inherente al ser humano" — e inc. 6 —"las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados" (1661) .

Aunque para el control de los modos y condiciones de detención la garantía que corresponde es la del amparo y no la del*hábeas corpus* y a que el empleo de ésta puede generar conflictos de competencias entre jueces (1662) , lo cierto es que las restricciones a los otros derechos de los detenidos deben pasar el *test* de razonabilidad. De su lado, la Corte Suprema, *convirtió* una acción de amparo interpuesta en favor de los detenidos no condenados, impetrada con el propósito de que se reconociera a ellos el derecho a votar, en un *hábeas corpuscorrectivo* , quizás para no ampliar la legitimación del demandante. La mayoría del Tribunal entendió que más allá del nombre jurídico que el Centro de Estudios Legales y Sociales —C.E.L.S.— había dado a la petición judicial, los fines de la asociación la legitimaban en los términos del art. 43, cuarto párrafo. En otras palabras, dado que el *hábeas corpus* puede ser interpuesto por el afectado o por cualquier persona en su favor, entre otras causas por el agravamiento ilegítimo de la forma o condiciones de detención, la acción resultó procedente (1663) .

Por cierto, es deber de los jueces, ante presentaciones concretas, indagar, evaluar, examinar la motivación —en los hechos— y la justificación —en las normas— de la política carcelaria restrictiva.

Es ese el criterio prevaleciente en sendas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional de España. Por la primera de ellas se amparó el derecho de los detenidos al secreto de sus comunicaciones, después de someter la restricción al análisis de proporcionalidad de la medida en sus tres dimensiones: el de idoneidad, de adecuación de la medida al fin propuesto con la limitación del derecho; el de necesidad o la posibilidad de recurrir a otro medio menos gravoso para el derecho fundamental y el de proporcionalidad en sentido estricto, sobre la ponderación entre beneficios para el interés general y perjuicios para otros bienes o valores en conflicto (1664) . En la segunda sentencia se admitió el derecho de los detenidos a usar, en sus comunicaciones familiares, la lengua propia, nacional o extranjera fin de amparar la intimidad familiar (1665) .

En cuanto a la protección de la dignidad humana, la salud y la vida de los privados de libertad, mediante el *hábeas corpus* preventivo corresponde anotar, por su alto valor en defensa de la dignidad de las personas, la sentencia recaída en la causa *"U.P. VIII Los Hornos"* mediante la que se puso remedio a la afligente —e indignante— situación de detenidas enfermas de sida (1666) .

Tal como se ha sostenido, aunque no hay demasiada jurisprudencia acerca de *hábeas corpus* correctivos por afectación de derechos fundamentales, una decisión merece señalarse en tanto otorgó permiso a una detenida en cumplimiento de prisión preventiva, a asistir al entierro de su padre. La denegatoria decidida en principio por el juez de turno, no resultaba consistente con un similar pedido que fue otorgado para que, con anterioridad, la afectada asistiera a la inhumación de su madre (1667) . Debe señalarse que la garantía, al prosperar contra la decisión del juez en turno, no afectaba las atribuciones jurisdiccionales del magistrado —las que deben impugnarse, eventualmente, por medio de los recursos establecidos en el ordenamiento procesal— ya que se trataba sólo del modo y efectos del *cumplimiento* de la detención preventiva.

4.4.4. Hábeas corpus restringido

Procede ante todo acto u omisión de autoridad pública que sin privar de la libertad, genere hostigamiento o alteraciones a ella. Tal el caso *"Solari Yrigoyen"* , quien sin estar detenido, no podía ingresar a la República Argentina pues pesaba sobre él, orden de arresto en virtud del estado de sitio (1668) .

4.4.5. Hábeas corpus colectivo y correctivo

La procedencia del*hábeas corpus* correctivo, referido a las condiciones de detenidos y menores en esa condición en la Provincia de Buenos Aires, tomó un nuevo cause al ser interpuesto —por el Director del Centro de Estudios Legales y Sociales— a favor de la totalidad de los alojados en establecimientos policiales superpoblados y/o en comisarías de ese Estado local, en lo que significó un verdadero *hábeas corpus* colectivo (1669) . La Corte Suprema, al hacer lugar a la acción, examinó expresamente la procedencia de la garantía que calificó de colectiva bajo los siguientes fundamentos: a) si el art. 43 de la Constitución Nacional, en el segundo párrafo, reconoce la acción de amparo para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, cuanto más la acción colectiva debe prosperar —más allá de que no se la reconozca expresamente con ese nombre en el texto constitucional— cuando el *hábeas corpus* colectivo está enderezado a proteger un *bien jurídico prioritario*(1670) y, b), los derechos involucrados se referían a condiciones de detención graves, propias de la superpoblación denunciada y reconocida por la propia Provincia de Buenos Aires (1671) . Y ello pese a como reconoció la misma Corte Suprema, no resultaba posible verificar en el caso concreto las situaciones planeadas (1672) . Sin duda debe de haber influido en este peculiar fallo, el reconocimiento de las circunstancias carcelarias que efectuó la Provincia de Buenos Aires y la aceptación de las propuestas y decisiones que emanaron de la sentencia, a

fin de resolver las denigrantes condiciones de detención de los sometidos a proceso. Debe señalarse empero, la disidencia parcial de la jueza Argibay quien, con acierto, señaló que la propuesta de analizar la constitucionalidad del sistema de prisión preventiva y la excarcelación en la Provincia de Buenos Aires, mediante la acción intentada, tomando como marco de referencia el Código Procesal Penal de la Nación, implicaba una severa restricción del principio federal, establecido en el art. 1 de la Constitución Nacional(1673) .

4.5. EL HÁBEAS CORPUS EN LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

Desde 1994, por mandato constitucional, procede el *hábeas corpus* ante el hecho de la desaparición forzada de personas, aunque ninguna autoridad se haga cargo del arresto y la desaparición se impute a las autoridades.

Constituye un precedente de la norma constitucional el caso *"Pérez de Smith, Ana* " (1674) . En la sentencia, la Corte Suprema consideró que los fracasos de los *hábeas corpus* interpuestos por los familiares de personas desaparecidas, las que no se encontraban a disposición de autoridad alguna, constituía una privación de justicia. El Tribunal consideró que era obligación de todos los poderes del Estado el poner remedio a la situación pues el deber impuesto por el Preámbulo de afianzar la justicia no se agota con el acceso a la jurisdicción, sino con el dictado de una sentencia útil.

Así, pues, a la luz de este precedente, en el caso de desaparición forzada de personas, la Constitución obliga no sólo a la procedencia formal de la garantía sino a *dar cuenta de las personas desaparecidas y ello, más allá de la responsabilidad internacional del Estado argentino, en merito a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*(1675) .