

Manual práctico de derechos humanos
y derecho constitucional

Autores:

Richarte, Darío.
Ossietinsky, Paula.
Vázquez, Paula.

INDICE

-Introducción: a modo de bienvenida..... pág.

-Capítulo I: ¿Qué es el derecho?.....pág.

- A. Definición.....
- B. Naturaleza o fundamento del derecho.....
- C. Fuentes del derecho.....
- D. Divisiones del derecho.....
- Actividad.....

-Capítulo II: La Constitución Nacional.....pág.

- A. Introducción.....
- B. Inscripción histórica.....
- C. Supremacía constitucional..... 
 - 1. Principio de supremacía constitucional.....
 - 2. El control constitucional: sistema argentino... 
- Actividad.....
- D. La parte dogmática de la Constitución.....
 - 1. Declaraciones de derechos.....
 - i. Derecho constitucional y derechos humanos...
 - ii. Derechos fundantes....
 - iii. Derecho a la libertad....
 - iv. Derecho a la igualdad jurídica....
 - v. Derecho a la educación....
 - vi. Derecho de asociación....
 - vii. Derecho a un ambiente sano...
 - viii. Derecho de propiedad...
 - ix. Derecho a trabajar....

Actividad.....

2. Garantías constitucionales....

i. Introducción

ii. Garantías constitucionales en el proceso penal.

a) principio de legalidad...

b) garantía de jueces naturales....

c) garantía contra la autoincriminación...

d) garantía de la libertad ambulatoria...

e) inviolabilidad del domicilio y papeles

privados...

f) debido proceso legal... 

g) protección de quienes se encuentran

detenidos...

iii. Mecanismos de garantía...

a) acción de amparo...

b) habeas corpus...

c) habeas data...

Actividad.....

E. La parte orgánica de la Constitución.... 

1. Forma de gobierno y forma del Estado...

i. Régimen representativo...

ii. Régimen republicano...

iii. Régimen federal...

Actividad.....

2. Derecho electoral y partidos políticos.....

i. Derecho electoral....

ii. Partidos políticos....

3. Órganos del Estado.....

i. El poder legislativo....

- a) Cámara de Diputados....
- b) Cámara de Senadores.....
- c) Labor parlamentaria.....
- ii. El poder ejecutivo.....
 - a) Requisitos.....
 - b) Elección.....
 - c) Duración del cargo....
 - d) Atribuciones.....
- iii. El poder judicial.....
 - a) Composición.....
 - b) Características del cargo....
- iv. El Ministerio Público.....

Capítulo III: La internacionalización del Derecho: creación de los derechos humanos.....pág. 

- A. Introducción.....
- B. Creación de los derechos humanos en contexto....
- C. La creación de la Organización de las Naciones Unidas...
- D. El fundamento de los derechos humanos....
- E. Obstáculos iniciales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.....
- F. Regionalización de la protección de los derechos humanos. Órganos encargados de protección y tutela....
 - 1. El proceso de regionalización.....
 - 2. El sistema interamericano de Derechos Humanos..
 - i. La Convención Interamericana de Derechos Humanos.....

ii. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....

iii. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....

G. Jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos.....

Actividad.....

Capítulo IV: Violaciones a derechos humanos....

A. Introducción: derecho penal internacional....

B. Genocidio.....

C. Crímenes de lesa humanidad.....

Actividad.....

BIBLIOGRAFIA GENERAL.....

ANEXOS

A. Constitución de la Nación Argentina.....

B. Convención Interamericana sobre derechos humanos....

C. Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.....

D. Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.....

Introducción: a modo de bienvenida

por Darío F. Richarte

El presente texto es una contribución a la enseñanza del derecho en el Ciclo Básico Común. Sus aspectos teóricos y prácticos están orientados hacia docentes y alumnos y pretenden afirmar los conceptos contenidos en el programa de estudio de la materia Principios Generales del Derecho Latinoamericano.

Pretende abarcar con simpleza cuestiones fundamentales relacionadas con nuestra Constitución Nacional y con los Derechos Humanos, a la par que intenta convertirse en una herramienta de estudio orientada a quienes dan sus primeros pasos en la Universidad de Buenos Aires.

Toma para ello la experiencia acumulada a lo largo de muchos años en el dictado de cursos en la Facultad de Derecho, donde los aspectos teóricos y prácticos constituyen la forma más adecuada de fomentar el pensamiento crítico y el análisis no dogmático de los conceptos jurídicos.

Vivimos en una sociedad donde no siempre queda espacio para la reflexión, donde las urgencias muchas veces nos distraen de lo profundo, donde el pluralismo y la tolerancia no siempre son valores comunes y donde las injusticias son moneda corriente. Lo peor es que a veces parecemos resignarnos ante esta situación.

Mediante la lectura de este texto y durante el transcurso de las clases en las que debatiremos los principios y conceptos aquí expuestos, buscaremos alejarnos de la consideración del derecho como letra muerta, plasmada en códigos y leyes, a cuya memorización debe entregarse el alumno.

Esta perspectiva constituye el primer paso para evitar los mecanismos de la resignación: la idea que subyace a la noción de derecho responde a algo mucho más profundo, a la innata necesidad que los seres humanos tenemos de establecer un arreglo justo en cualquiera de nuestras relaciones, privadas o públicas. Ninguna comunidad libre puede sobrevivir en forma estable un largo tiempo si sus miembros no consideran justa la situación.

El pensamiento jurídico y político occidental había ignorado mayormente la cuestión del contenido del derecho a partir del siglo XIX, centrándose en los aspectos formales. El precio que se pagó por ello fue el surgimiento de tiranías genocidas que revestían las masacres que llevaban a cabo con la solemnidad de la ley. Después de todo, en tanto que gobernantes formalmente “legítimos”, los jefes de los Estados totalitarios promulgaban el “derecho” que regía sus países. Las víctimas se contaron por millones.

Por ello es que, como reacción ante el abuso de poder que se vivió hace más de 50 años, el mundo se aferró con entusiasmo y convicción a la idea de los derechos humanos, que por definición, implican un cierto contenido prejurídico que la legislación debe respetar, para merecer sin manchas el nombre de derecho.

Con este horizonte, repetimos la postulación de un principio de acción: no nos resignamos. La enseñanza del derecho es una inmejorable oportunidad para sacudir las telarañas. Para contribuir en esa enorme

tarea de lograr una sociedad más igualitaria, con justicia y libertad, para “todos los habitantes de la nación argentina”.

Capítulo I: ¿Qué es el derecho?

A. Definición

Este primer capítulo tiene por objeto delinear los conceptos mínimos necesarios para el estudio del mundo jurídico. Para ello, deberemos comenzar por distinguir a qué nos referimos cuando hablamos de “derecho”.

Es usual comenzar por definir el objeto de estudio tanto a través de la etimología del concepto como buscando su nacimiento histórico. En este caso, si intentamos rastrear los antecedentes más remotos o los primeros indicios de cierta “cultura jurídica”, es posible que lleguemos a remontarnos a los pueblos antiguos como los hebreos, los babilónicos o los egipcios. Sin embargo, en la historia occidental es habitual comenzar el estudio en la época romana y aquí replicaremos este método, desde que es el sistema que ha influenciado con mayor fuerza a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

El vocablo “derecho” proviene de la voz latina *directum*, utilizado a partir del siglo III d.C. en el Bajo Imperio Romano, que significa “lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma”. Por otra parte, en Roma también se utilizaba el vocablo *jus*, definido como “el arte de lo bueno y de lo equitativo”.

Así, contamos con una primera aproximación al concepto de “derecho”, que nos señala tanto un sentido de conformidad con la norma como la identificación de algo más allá de ella: lo equitativo, principio rector de la justicia. Como vemos, desde su etimología el vocablo “derecho” es esencialmente ambiguo, pero a los fines de este capítulo es importante considerarlo desde dos perspectivas fundamentales, que no deben considerarse autónomas sino que son complementarias entre sí:

a) desde el punto de vista objetivo: constituye un conjunto de normas que rige la vida humana en sociedad. A este conjunto de normas generalmente se le da el nombre de ordenamiento o sistema jurídico. Desde este punto de vista, la expresión el “derecho penal” remite a un grupo concreto de normas que tipifican las conductas que son consideradas delitos y les atribuyen una determinada sanción.

b) desde el punto de vista subjetivo: se refiere a una cierta facultad o prerrogativa que posee un individuo para obrar de una forma determinada o para exigir que otro obre de una forma determinada.

B. Naturaleza o fundamento del derecho

Ahora bien, la consideración de estos dos aspectos no nos dice de dónde proviene el derecho, cuál es su primera fuente. Sobre este elemento en particular es importante indicar que precisamente esta pregunta o, más en concreto, la respuesta que se le da, divide las aguas de la doctrina. Se trata de la polémica que enfrenta al *iusnaturalismo* con el *positivismo* y que explicaremos brevemente a continuación.

Esta escisión doctrinaria se remite a la relación entre derecho y moral. Para dar una descripción abreviada del contenido de esta polémica podríamos apuntar que mientras el *iusnaturalismo* defiende la existencia de una conexión fundamental entre derecho y moral, el *positivismo jurídico* lo niega.

La doctrina o explicación iusnaturalista sostiene que el derecho se apoya en un cierto sistema de valores que son previos a su existencia y que, de este modo, le dan a la vez origen y sustento. Así, los iusnaturalistas creen en la universalidad de ciertos principios o reglas morales, con los que el derecho debe coincidir. Estos principios morales son habitualmente englobados bajo la categoría de “Derecho Natural” y provienen a su vez bien del mandato divino (*iusnaturalismo teológico*); o de la razón humana (*iusnaturalismo racionalista*).

Por su parte, el positivismo sostiene que el único derecho que existe es el que se halla plasmado de forma material en una norma: el derecho positivo. Así, el derecho no se identifica con un contenido preestablecido sino que varía en las distintas sociedades: el único requisito que debe cumplir es haber sido sancionado de la forma legalmente establecida.

En lo que respecta a este texto, y sin pretender zanjar la cuestión del origen o causa última del derecho, diremos que se trata fundamentalmente de un producto social e histórico, y es por ello que podemos caracterizarlo como *una estructura establecida socialmente con el objetivo de regular los actos de la vida de los hombres y sus relaciones con los demás*.

Asimismo, el derecho se distingue de otros órdenes normativos creados socialmente y que establecen deberes (como la religión o la moral) porque dispone además de los medios necesarios para que esos deberes se cumplan. En cuanto a la finalidad de este ordenamiento llamado “derecho”, el discurso hegemónico suele identificar su objeto con la *realización de la justicia*, orientado por el ideal comunitario de *bien común*.

Sin embargo es necesario indicar que, tal como sucede con las explicaciones sobre su origen, esta postura no es la única que existe: al

margen del discurso tradicional sobre el derecho y sus finalidades, otros autores han delineado explicaciones que nos muestran un modo distinto de considerar los efectos particulares del sistema jurídico.

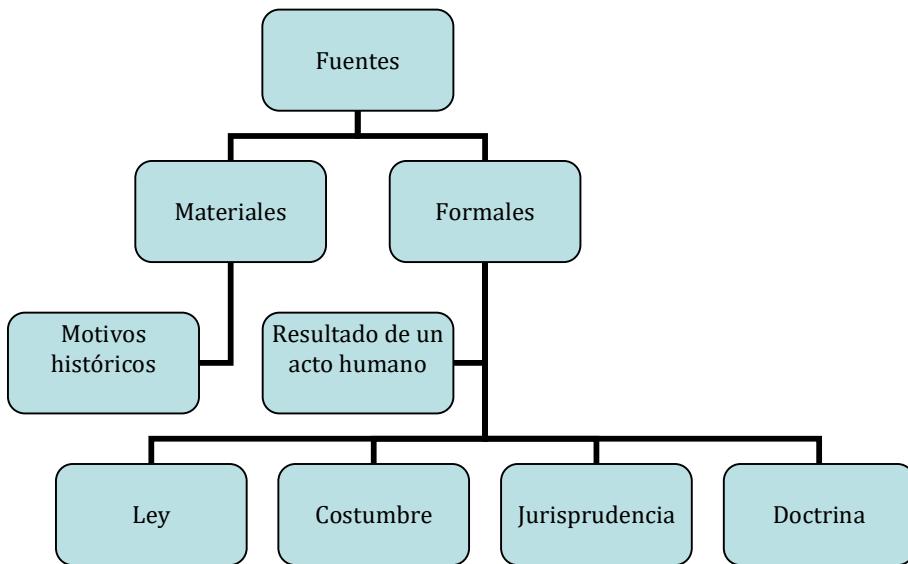
Karl Marx, por ejemplo, ubica al derecho dentro de la llamada superestructura de la sociedad, de modo que constituye el conjunto de condiciones expresadas como normas consuetudinarias o escritas (normas jurídicas) que en una sociedad escindida en clases contribuyen a reproducir las relaciones de producción o, dicho de otro modo, a perpetuarlas.

Por su parte, Michel Foucault considera al derecho en relación al poder, como manifestación de la existencia de un proceso político complejo que apunta al dominio total sobre los cuerpos, considerado como uno de los objetivos más representativos del proyecto de la modernidad.

Agotada la breve presentación de los enfoques filosóficos e incluso epistemológicos sobre lo que es el derecho, iremos ahora hacia el plano de sus fuentes, tema en el que las posiciones han sido siempre considerablemente más pacíficas.

C. Fuentes del derecho

En primer lugar, las fuentes pueden ser definidas como los actos que resultan en la creación de normas jurídicas, o bien los factores o hechos históricos que inciden en ese proceso. De allí que las fuentes se clasifiquen en formales (como resultado de un acto humano) y materiales (los factores o motivos que inciden en su creación). Aunque resulta útil a los fines pedagógicos para establecer que el derecho proviene esencialmente de la esfera social y de los procesos diversos que se gestan en ella, esta clasificación hoy se encuentra en desuso, y es usual referirse exclusivamente a la fuentes en sentido formal.



Dentro de ellas se destaca la ley, que en nuestro sistema jurídico es el modo de expresión más usual del derecho. En su sentido material, la ley se identifica con una norma de carácter general con contenido obligatorio; mientras que en su sentido formal se apunta a su origen y por ello se identifica con una norma jurídica que ha sido dictada por el órgano facultado para ello.

Otra de las fuentes formales de la ley es la costumbre, que puede definirse como la repetición de un hábito compartido por una comunidad a lo largo del tiempo, cuando ese hábito está motivado por la convicción de que se actúa conforme a una regla u obligación jurídica.

Cuando esta costumbre se convierte en un parámetro de obligaciones y exigencias para una comunidad, podemos hablar de norma consuetudinaria. A su vez, cuando esta norma es reconocida para fundar las decisiones de los órganos encargados de administrar justicia nos hallamos ante una norma jurídica consuetudinaria.

En nuestro país la costumbre es una fuente de segundo rango, precedida por la ley en sentido estricto, que encabeza la pirámide jerárquica del sistema jurídico argentino.

Por su parte, la jurisprudencia y la doctrina ocupan los dos últimos escalones en la categoría de fuentes del derecho. La jurisprudencia, como fuente del derecho, se expresa a partir de una norma general de interpretación que surge del conjunto de fallos judiciales concordantes sobre un mismo punto. Se trata de la fuerza que adquiere una interpretación jurisprudencial sobre un tema determinado cuando se repite de modo pacífico a lo largo del tiempo.

La doctrina se refiere al conjunto de teorías y estudios elaborados por los juristas que brindan interpretaciones acerca de la aplicación del derecho. Las normas jurídicas son objeto de una forma específica de conocimiento que, producida fundamentalmente por los juristas, es llamado a dar contenido a la llamada “ciencia jurídica” o “ciencia del derecho”. Tanto si se considera que este saber puede ser objeto de una disciplina categorizada como “ciencia” o si, por el contrario, se piensa al derecho y su estudio como mera técnica de saber, lo cierto es que existe una actividad de investigación que se ocupa del ámbito del derecho. Los resultados de esta actividad –desde comentarios a fallos, estudios puntuales sobre cierta reforma legislativa, compendios e incluso tratados sobre una determinada rama del derecho- constituyen el cúmulo de saberes denominado *doctrina*.

D. Divisiones del derecho

En cuanto a las distintas clasificaciones posibles, el derecho se divide habitualmente en relación a las materias a las que se refiere. Así, la división más importante a este respecto es la que existe entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

El Derecho privado se ocupa preferentemente de las relaciones entre particulares o de las relaciones entre particulares y el Estado cuando éste actúa como un particular. La principal rama del Derecho Privado es

el derecho civil, que regula desde antiguo las relaciones entre los individuos. En este ámbito del derecho el principio fundamental es el de libertad de las partes para definir los mandatos.

Por su parte, el Derecho público regula las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos, cuando actúan en ejercicio de sus legítimas facultades, y de los poderes públicos entre sí. Los mandatos de esta rama del Derecho no se encuentran sujetos al principio de la autonomía de la voluntad como en el derecho privado. Por el contrario, son obligatorios en tanto están fundados en la relación de subordinación respecto del Estado, y porque regulan derechos y obligaciones que hacen al orden público.

En el siguiente cuadro se expresan las principales características y diferencias que existen entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

	Derecho Privado	Derecho Público
Sujetos	-particulares	-particulares -órganos del Estado
Relaciones	-de igualdad	-de subordinación
Carácter de las normas	-autonomía de las partes	-obligatorias
Principio		
Fines	-intereses de los particulares	-interés público

Actividad:

1. Responda: ¿cuáles son las principales doctrinas acerca del origen del derecho?, ¿cómo considera cada una de ellas la relación entre el derecho y la moral?

2. Indique, en los textos que siguen, con qué fuente del derecho pueden ser identificados.

a) "La buena fe (*bona fides*) se refiere a cualquier causa imaginable para la retención, y el que cree tener la causa legal requerida en la especie se llama poseedor de buena fe (*bono jidei possessor*). Por esto en la usucapión se llama así el que por la causa justa de posesión (*justa possessionis causa*) cree adquirir realmente la propiedad."

Friedrich Karl von Savigny. *Tratado de la Posesión según los principios de Derecho Romano*

b) "Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años el que sin autorización vendiere sustancias medicinales que requieran receta médica para su comercialización." Artículo 204 quinquies, *Código Penal de la Nación*.

c) "...Que el fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo (Geheimnis Staatspolizei o policía secreta del Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo. Por ello, no puede sostenerse

razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esta naturaleza.” Considerando 23, Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa nº259-*, 24-08-2004.

Bibliografía:

- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Ed. Temis, Bogotá, 1994.
- Foucault, Michel. *Estrategias de poder: obras esenciales*. Ed. Paidós, Barcelona, 1999.
- Guibourg, Ricardo. *Pensar en las normas*. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1999.
- Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Ed. Ariel, Barcelona, 1991.
- Marí, Enrique Eduardo (coord.) *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
- Russo, Eduardo Ángel. *Teoría General del Derecho*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

Capítulo II: La Constitución Nacional

A. Introducción:

En este capítulo nos proponemos estudiar la Constitución Nacional. Para ello, seguiremos el consejo de Joaquín V. González: estudiarla en su sentido más positivo, en razón de que ha sido pensada y adoptada para servir a un objetivo de carácter práctico como es el constituir un instrumento de gobierno.

Como aclaración previa, vale decir que este punto de partida no implica negar la existencia de desarreglos en relación al cumplimiento de los principios y normas que surgen de nuestra Constitución, y menos aún acerca del goce efectivo de los derechos y garantías que allí se reconocen. Se trata, por el contrario, de una mera opción pedagógica que busca como objetivo el aprendizaje de la estructura formal de la Constitución. Creemos que el debate y el contraste con el mundo de lo real resultan

mucho más enriquecedores cuando se produce en el ámbito dinámico y plural de las clases, contando con la participación de los alumnos.

B. Inscripción histórica:

La redacción y adopción de nuestra Constitución se inscribe en un proceso histórico particular, que en el ámbito del Derecho ha sido llamado “constitucionalismo moderno”. Este proceso parte de las revoluciones liberales del siglo XVIII (Revolución Francesa, Revolución Americana, etc.) surgidas para romper con el Antiguo Régimen y su sistema absolutista de poder. A los fines de su reconocimiento, los principios liberales necesitaron ser plasmados en documentos escritos, que establecían tanto los límites de los poderes gubernamentales como la nueva organización del Estado moderno y los derechos de sus ciudadanos, libres e iguales.

El proceso constituyente se inició en nuestro país en 1810, año en que la emancipación del Virreinato del Río de la Plata dio comienzo al proceso de formación de la República Argentina, que concluyó en 1853, con la adopción de la Constitución Nacional, reformada en 1860 con la incorporación de Buenos Aires.

La última reforma constitucional data de 1994, cuando se introdujeron modificaciones sustanciales con consecuencias para la totalidad del ordenamiento jurídico, tal como la jerarquía constitucional de diversos tratados sobre derechos humanos. Al tener vedada la reforma de los primeros 35 artículos de la Constitución -así lo dispuso la ley que declaró la necesidad de la reforma- las modificaciones se expresaron en los nuevos y derechos y garantías establecidos entre los artículos 36 a 43, junto a ciertas modificaciones en la parte orgánica de la Constitución.

C. Supremacía constitucional

1. Principio de supremacía constitucional

El principio de supremacía constitucional implica que el texto constitucional es el límite positivo y negativo del resto del ordenamiento jurídico. Esto significa que las leyes de menor jerarquía y el resto de los actos estatales deben ser congruentes con la Constitución: no pueden ir en contra de su letra ni de su espíritu.

El carácter supremo de la Constitución supone una gradación jerárquica del orden jurídico derivado, que responde a la metáfora kelseniana de la pirámide: en el punto más alto se encuentra la Constitución como ley suprema, y de allí hacia abajo se escalonan las normas según sus jerarquías.

A fines de mantener la vigencia de la supremacía constitucional existe un mecanismo de control, que en nuestro sistema jurídico está en manos de los jueces. Así, la función primordial del control constitucional es privar de efectos a las leyes o actos particulares que sean violatorios del texto constitucional.

La supremacía constitucional surge particularmente del artículo 31 CN en cuanto indica: "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..." Asimismo, el principio se refuerza con lo dispuesto en el artículo 28 CN, donde se prescribe que los principios, garantías y derechos reconocidos en la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Hasta 1994 la doctrina de la supremacía constitucional no ofrecía dificultades de interpretación: el texto constitucional era el supremo, y el principio rígido era que todo el resto del universo jurídico estaba supeditado a él. Sin embargo, la reforma constitucional estableció una modificación sustancial que implicó el agregado de una mayor complejidad.

A través del artículo 75 inc. 22 se ha establecido que algunos instrumentos internacionales de derechos humanos poseen jerarquía constitucional y, **en las condiciones de su vigencia**, son reputados complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución nacional. Esto significa que si bien los instrumentos de derechos humanos no integran el texto constitucional, poseen también el carácter de supremos por haberse equiparado su jerarquía a la de la Constitución. En síntesis, estos instrumentos encabezan la pirámide del ordenamiento jurídico de nuestro país, junto a nuestra Constitución.

Así lo interpreta la mayor parte de la doctrina. Sin embargo, hay ciertas opiniones doctrinarias que sostienen que, desde que los tratados de derechos humanos poseen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”, esto implicaría la obligatoriedad de la interpretación que los órganos de aplicación de los tratados hacen de ellos.

En relación a esta polémica, la propia Corte Suprema pareció inclinarse en este último sentido en **el fallo “Arancibia Clavel” del año 2004**, en donde se dijo que “los (tratados de derechos humanos) no se han “incorporado” a la Constitución argentina convirtiéndose en derecho interno, sino que por voluntad del constituyente tal remisión lo fue “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22). Mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen y éstas le provienen del ordenamiento internacional en modo tal que “la referencia” que hace la Constitución es a tales tratados tal como rigen en el derecho internacional y, por consiguiente, tal como son efectivamente interpretados y aplicados en aquel ordenamiento (causa “Giroldi” de Fallos: 318: 514, considerando 11 -LA LEY, 1995-D, 462; DJ, 1995-2-809-). Ello implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso,

la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente.”

En cuanto a los efectos concretos de esta postura, este camino redundaría en la disminución de las facultades de la Corte Suprema como intérprete último de nuestro ordenamiento jurídico, desde que debería tomar como obligatoria la jurisprudencia de, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Dentro de esta interpretación, debemos aclarar que cuando nos referimos a la posible “disminución de facultades” de la Corte Suprema no se trata de un fenómeno que suponga en sí mismo ciertos perjuicios, sino que, por el contrario, se trata de advertir un fenómeno que puede romper con la consideración histórica de la Corte Suprema como el órgano que en última instancia “dice el derecho”.

2. El control constitucional: sistema argentino

Antes de la reforma constitucional de 1994 no existía en la Constitución referencia alguna al modelo de control constitucional adoptado por nuestro país. Con la reforma, apenas tenemos una cláusula que indica que “el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma...” en el artículo 43 CN, referido al amparo.

Sin embargo, la costumbre indica que la judicatura ha sido siempre el órgano de control constitucional, siguiendo en este sentido al modelo norteamericano.

De allí la vital importancia que cobra para el análisis del tema el fallo de la Suprema Corte de Justicia de EEUU del 24 de Febrero de 1803 en los autos caratulados *Marbury v. Madison*, que sentó las bases del control de constitucionalidad en aquel país y que sirvió como inagotable

fuente de inspiración para nuestros Tribunales. De este precedente debe destacarse el principio según el cual, ante la contradicción entre dos normas de distinto rango, si la norma inferior es contradictoria con la norma superior, el Juez debe desechar la inferior y aplicar la superior, para evitar que el principio de supremacía constitucional se torne hueco.

En nuestro país este principio fue recogido por la Corte Suprema en numerosos casos, aunque el planteo de supremacía constitucional fue extendido también a los Jueces de provincia, que en muchos casos se declaraban incompetentes para aplicar la CN y les remitían las causas a los Jueces federales.

Al respecto la Corte Suprema sostuvo en la causa caratulada "Banco de Londres c Casimiro Rivanadeira" (Fallos, 10:134) que "la objeción de inconstitucionalidad hecha por el demandado a la referida ley no basta para privar a los Tribunales de Provincia de la jurisdicción que les compete para conocer y decidir en las causas regidas por leyes provinciales, y seguidos entre vecinos de la misma provincia; porque siendo la Constitución Federal ley suprema de la Nación ... "" ... ellos son ejecutores de la CN y en ese carácter pueden y deben interpretar y aplicar como la entiendan ..." "

Con idéntica conclusión la Corte Suprema se pronunció en los autos caratulados Roberto Ramón Dallo y Otro (Fallos, 302:1325), en donde dijo que "a los magistrados provinciales les incumbe la interpretación y aplicación de la Constitución Nacional a fin de establecer si a ella se conforman debidamente los ordenamientos que le están subordinados por el 31 CN."

La vía procesal habitual para ejercer el recurso es la indirecta o incidental, lo que quiere decir que la cuestión de inconstitucionalidad no se plantea de modo autónomo sino siempre en relación a un proceso determinado. De esta forma, el sujeto legitimado es aquél que, en el

marco de dicho proceso, es el titular actual de un derecho o interés legítimo que busca salvaguardar con el dictado de inconstitucionalidad.

Debe tenerse en cuenta que el dictado de inconstitucionalidad es el último remedio posible y que, por eso, sólo procede cuando es imposible compatibilizar la norma o el acto del que se trate con la Constitución. Además, el efecto de la declaración de inconstitucionalidad se limita al caso en el que se planteó, por lo que no supone en ningún caso la derogación de la ley o el acto impugnado, sino solamente evita su aplicación al caso concreto.

Actividad

1. Lea y analice el siguiente fallo en relación a los principios del control constitucional.

Fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos

MARBURY v. MADISON

1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803)

Antes de transcribir la opinión de la Corte, el relator sintetizó brevemente los antecedentes del caso, del siguiente modo:

"En el último período, esto es, diciembre de 1801, William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, y William Harper, a través de su abogado Charles Lee ex ministro de Justicia de los EE.UU. solicitaron al Tribunal que ordenara a James Madison manifestar las causas por las cuales la Corte debería abstenerse de exigirle la entrega de los nombramientos a los demandantes donde se los designaba jueces de paz del Distrito de Columbia. Esta petición fue apoyada en testimonios (incluyendo uno del hermano de John Marshall - James -) de los siguientes hechos: Que el señor Madison estaba enterado de esta petición y que el señor Adams, ex presidente de los EE.UU., elevó al Senado las nominaciones de los candidatos para ser designados en tales cargos; que el Senado aconsejó y consintió estas designaciones; que las correspondientes designaciones formales nombrándolos jueces fueron firmadas por el presidente y, finalmente, que el sello de los EE.UU. estaba puesto en debida forma en tales designaciones por el entonces secretario de Estado (John Marshall); que los solicitantes habían pedido al señor Madison les entregara tales nombramientos con resultado negativo y que dichas designaciones les fueran retenidas. Sobre estas bases, fue emitida una orden para que el secretario de Estado "diera cuenta de las causas que motivaron su conducta".

Posteriormente, el 24 de febrero de 1803, la Corte emitió la siguiente opinión conducida por el voto del presidente John Marshall:

"Durante el último período la Corte expidió una orden para que el Secretario de Estado exhibiera los motivos por los cuales se le denegaba a William Marbury la

entrega de su designación como juez de paz del Condado de Washington, Distrito de Columbia. No se han dado razones de tal proceder y, ahora, la petición se dirige a obtener de la Corte un mandamiento que haga efectiva la entrega de dichos nombramientos.

Lo particularmente delicado de este caso, la novedad de algunas de sus circunstancias, y la verdadera dificultad que encierran los puntos contenidos en el mismo, requieren una exposición completa de los fundamentos que sostienen la opinión que dará esta Corte.

Según el orden seguido en el análisis del caso, la Corte ha considerado y decidido las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Tiene el solicitante derecho al nombramiento que demanda?,
- 2) Si lo tiene, y si ese derecho ha sido violado, ¿proveen las leyes del país un remedio a esa violación?
- 3) Si lo proveen, ¿es dicho remedio un mandamiento que corresponda a esta Corte emitir?

La primera cuestión es: ¿Tiene el solicitante derecho al nombramiento que demanda?

Es decididamente la opinión de esta Corte que, cuando un nombramiento ha sido firmado por el presidente la designación debe considerarse hecha; y que la misma es completa cuando tiene el sello de los EE.UU. puesto por el secretario de Estado.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que su nombramiento fue firmado por el presidente y sellado por el secretario de Estado, el señor William Marbury está designado; y como la ley que crea el cargo dio al funcionario (Marbury) el derecho de ejercerlo por cinco años, en forma independiente del Ejecutivo, el nombramiento es irrevocable por conferir al funcionario designado derechos legítimos que están protegidos por las leyes de su país.

La retención de su nombramiento, es por lo tanto, un acto que la Corte considera no respaldado por la ley y por ello violatorio de legítimos derechos adquiridos.

Esto nos conduce a la segunda cuestión: Si el derecho existe y ha sido violado, ¿proveen las leyes del país un remedio a esa violación?

La esencia misma de la libertad civil consiste, ciertamente, en el derecho de todo individuo a reclamar la protección de las leyes cuando ha sido objeto de un daño.

Uno de los principales deberes de un gobierno es proveer esta protección.

El gobierno de los EE.UU. ha sido enfáticamente llamado un gobierno de leyes y no de hombres. Tal gobierno, ciertamente, dejaría de merecer ese alto calificativo si las leyes no brindaran modos de reparar la violación de un derecho legítimamente adquirido.

Si tal cosa fuera a suceder en la jurisprudencia de nuestro país, ello sólo podría deberse a las especiales características del caso.

Nos corresponde, por lo tanto, preguntarnos si existe en este caso algún ingrediente que lo exima de investigaciones o que prive a la parte perjudicada de reparación legal. ¿Está dicho elemento presente en el caso? ¿Constituye - el acto de entregar o retener una designación escrita un mero acto político reservado al Departamento Ejecutivo para cuyo cumplimiento nuestra Constitución ha depositado la total confianza en el Ejecutivo supremo, de modo que cualquier conducta desajustada a su respecto no tenga prevista la consecuente reparación para el caso que dañe a un individuo?

Sin duda, tales casos pueden existir. Pero que cada deber asignado a algunos de los grandes departamentos del Poder Ejecutivo constituya uno de estos casos es, sin duda, inadmisible.

De ello se sigue, por lo tanto, que el examen de la legalidad de los actos de los titulares de las reparticiones dependientes del Ejecutivo, depende, en cada caso, de la naturaleza del acto.

Por la Constitución de los EE.UU., el presidente está investido de algunos importantes poderes políticos cuyo ejercicio está librado a su exclusivo arbitrio, y por el cual es sólo responsable ante el pueblo, desde el punto de vista político, y ante su propia conciencia.

Para colaborar con él en el cumplimiento de sus funciones, puede designar funcionarios que actúen bajo su autoridad y de conformidad con sus órdenes. En estos casos, los actos de los funcionarios son los actos del presidente, y sea cual fuere la opinión que pueda merecer el modo en que el Ejecutivo utiliza sus poderes discretionales, no existe ni puede existir poder alguno que los controle. Las materias son políticas, atañen a la Nación, no a derechos individuales, y habiendo sido confiadas al Ejecutivo, la decisión del Ejecutivo es terminante.

Lo dicho está claramente ejemplificado en la creación legislativa del Ministerio de Relaciones Exteriores. El ministro de Relaciones Exteriores debe desempeñarse, desde que su función es creación legislativa, precisamente de conformidad con la voluntad del presidente. Es meramente el órgano a través del cual se transmite la voluntad del presidente. Los actos de ese funcionario, en su calidad de tal, no pueden ser nunca examinados por los tribunales.

Pero cuando el Congreso impone a ese funcionario otras obligaciones; cuando se le encomienda por ley llevar a cabo ciertos actos; cuando los derechos de los individuos dependen del cumplimiento de tales actos, ese funcionario deja de ser funcionario del presidente para convertirse en funcionario de la ley; es responsable ante las leyes por su conducta y no puede desconocer a su discreción los derechos adquiridos de otros.

La conclusión de este razonamiento es que cuando los titulares de los departamentos actúan como agentes políticos o confidenciales del Ejecutivo y no hacen más que poner en práctica la voluntad del presidente, en aquellos casos en que éste posee poderes discretionales legal o constitucionalmente conferidos, nada puede resultar más claro que el control de tales actos sólo puede ser político. Pero cuando se les asigna por ley una obligación determinada de cuyo cumplimiento depende la vigencia de derechos individuales, parece igualmente claro que todo aquel que se considere perjudicado por el incumplimiento de tal clase de obligaciones tiene derecho a recurrir a las leyes de su país para obtener una reparación. Es por lo tanto la opinión de esta Corte que Marbury tiene derecho a su nombramiento y que la negativa a entregárselo constituye una clara violación de ese derecho frente a la cual las leyes de su país brindan un remedio.

Resta considerar ¿dele corresponde el remedio que solicita? Ello depende de: a) la naturaleza de la medida que solicita, y b) el poder de esta Corte.

Si la medida solicitada fuera concedida, debería dirigirse a un funcionario del gobierno, y el contenido de la misma consistiría, usando las palabras de Blackstone, en "una orden de hacer algo en particular allí especificado, que atañe a su cargo y deberes y que la Corte ha determinado previamente, o al menos, supuesto, que es correcto y ajustado a derecho". O bien, en las palabras de Lord Mansfield, el solicitante, en este

caso, tiene "un derecho a ejecutar un cargo de interés público, y es privado de la posesión de ese derecho". Estas circunstancias ciertamente se dan en este caso.

Pero para que el mandamiento - la medida solicitada - surta los efectos deseados, debe ser enviada a un funcionario al cual pueda serle dirigida, sobre la base de los principios legales; y la persona solicitante de la medida debe carecer de otro recurso legal específico.

Respecto del funcionario al cual se dirigiría la medida, la íntima relación política que existe entre el presidente de los EE.UU. y los titulares de los ministerios hace particularmente fastidiosa y delicada cualquier investigación legal de sus actos, y hasta puede dudarse de que corresponda llevar a cabo tales investigaciones. Es común que la gente en general no reflexione ni examine a fondo las impresiones que recibe y, desde tal punto de vista, no sería conveniente que en un caso como éste se interprete la atención judicial del reclamo de un particular como una forma de intromisión en la esfera de prerrogativas exclusivas del Poder Ejecutivo.

No es necesario que la Corte renuncie a toda su jurisdicción sobre tales asuntos. Nadie sostendría tan absurda y excesiva extravagancia ni por un momento. La competencia de la Corte consiste, únicamente, en decidir acerca de los derechos de los individuos y no en controlar el cumplimiento de los poderes discrecionales del presidente o sus ministros. Los asuntos, que por su naturaleza política o por disposición constitucional o legal, están reservados a la decisión del Ejecutivo, no pueden estar sujetos a la opinión de la Corte.

Pero si no se tratara de un asunto de tal naturaleza; si, lejos de constituir una intrusión en los asuntos propios del gabinete, estuviera únicamente vinculado con un papel cuya obtención la ley permite sólo a condición del pago de 10 centavos; si ello no supusiese intromisión alguna en materias sobre las cuales se considera al Ejecutivo como no sujeto a control alguno; ¿qué habría en la alta condición del funcionario que impidiera a un ciudadano reclamar sus derechos ante un tribunal de justicia, o que prohibiera a éste atender el reclamo, o expedir una orden mandando el cumplimiento de una obligación no dependiente de los poderes discrecionales del Ejecutivo, sino de actos particulares del Congreso y de los principios generales del derecho?

Si uno de los titulares de los departamentos de Estado comete un acto ilegal amparándose en su cargo, dando lugar a un reclamo de un ciudadano afectado, no puede sostenerse que su cargo, por sí solo, lo exima de ser juzgado por el procedimiento ordinario y obligado a obedecer el juicio de la ley. ¿Cómo podría entonces su cargo exceptuarlo de la aplicación de este modo particular de decidir acerca de la legalidad de su conducta si el caso no reviste diferencia alguna con cualquier otro en el cual un individuo común sería procesado?

No es por el cargo que tenga la persona sino por la naturaleza de aquello que se le ordene hacer que se juzgará la pertinencia del mandamiento. Cuando un ministro actúa en un caso en que se ejercen los poderes discrecionales del Ejecutivo y donde el funcionario actúa como mero órgano de la voluntad del presidente, correspondería rechazar sin la menor duda todo pedido a la Corte para que ejerza un control de tal conducta a cualquier respecto. Pero cuando la conducta del funcionario es encomendada por la ley, de modo tal que su cumplimiento o incumplimiento afecte los derechos absolutos de los individuos, la cual no se encuentra bajo la dirección del presidente y no puede presumirse que éste la haya prohibido, como por ejemplo registrar un nombramiento o un título de propiedad que ha cumplido todas las formalidades de la ley, o entregar una copia de tales registros; En esos casos, no se advierte sobre qué bases los tribunales de la Nación podrán estar menos obligados a

dictar sentencia que si se tratara de funciones atribuidas a otro individuo que no fuese ministro.

Éste, por lo tanto, es un claro caso en el que corresponde emitir un mandamiento, sea de entrega de la designación o de una copia de la misma extraída de los registros correspondientes, quedando entonces, por resolver, una sola cuestión: ¿puede la Corte emitir ese mandamiento?

La ley por la que se establecen los tribunales judiciales en los EE.UU. autoriza a la Corte Suprema a emitir mandamientos, en casos en que fuesen comprendidos según los principios y las costumbres del derecho, a cualquier tribunal o persona designado en su oficio bajo la autoridad de los EE.UU.

Siendo el secretario de Estado un funcionario bajo la autoridad del gobierno de los EE.UU., se encuentra precisamente comprendido en las previsiones de la ley precitada; y si esta Corte no está autorizada a emitir una orden de ejecución a tal funcionario, sólo puede ser a causa de la inconstitucionalidad de la ley, incapaz por ello, de conferir la autoridad y de asignar las obligaciones que sus palabras parecen conferir y asignar. La Constitución deposita la totalidad del Poder Judicial de los EE.UU. en una Corte Suprema y en tantos tribunales inferiores como el Congreso establezca en el transcurso del tiempo. Este poder sea extiende expresamente al conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por las leyes de los EE.UU. y, consecuentemente, de algún modo puede extenderse al presente, caso ya que el derecho invocado deriva de una ley de los EE.UU. Al distribuir este poder la Constitución dice: 'En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria. En todos los casos mencionados anteriormente, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación'

El texto completo de la sección 13 de la ley de organización de la justicia de 1789 (*Judiciary Act of 1789*): "y promúlguese, que la Corte Suprema tendrá jurisdicción exclusiva en todas las controversias de naturaleza civil en las que un estado fuere parte, salvo entre un estado y sus ciudadanos; Y salvo también entre un estado y ciudadanos de otros estados o extranjeros, en cuyo caso tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva. Ejercerá también jurisdicción exclusiva en todo juicio o procedimiento contra embajadores, u otros ministros públicos, miembros de su familia o sus empleados domésticos, siempre que pueda intervenir como tribunal de justicia conforme al derecho internacional; y tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva en todas aquellas causas, u otros ministros públicos, o aquellas en las que un cónsul, o vicecónsul, fuere parte. El juzgamiento de cuestiones de hecho ante la Corte Suprema en todas las causas contra ciudadanos de los EE.UU. se llevará a cabo por jurados. La Corte Suprema también tendrá jurisdicción por apelación de los tribunales de circuito y las cortes de los estados, y en los casos específicamente mencionados aquí; y tendrán el poder de mandar órdenes a los tribunales de almirantazgo, y mandamientos, en casos en que fuesen comprendidos según los principios y las costumbres del derecho, a cualquier tribunal o persona designado en su oficio bajo la autoridad de los EE. UU.

El texto completo del art. 3º de la Constitución de los EE.UU. es el siguiente:

Sección I. El Poder Judicial de los EE.UU. será atribuido a una Corte Suprema y a tantos tribunales inferiores como el Congreso decidiera autorizar y establecer. Los jueces, tanto de la Corte Suprema como de los tribunales inferiores, conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán, en plazos fijos, una compensación por sus servicios que no podrá ser disminuida mientras permanecieron en sus funciones.

Sección II. Corresponde al Poder Judicial aplicar el derecho positivo y los principios de justicia, en todas las causas que versaren sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de los EE.UU., y por los tratados hechos o que fueren hechos bajo su autoridad; de todas las

causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte, de las causas que se susciten entre dos o más estados; entre un estado y los vecinos de otro; entre los vecinos de diferentes estados; y entre ciudadanos del mismo estado que demandaren tierras concedidas por diferentes estados; y entre una provincia, o sus vecinos, contra un estado o ciudadano extranjero.

En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria. En todos los casos mencionados anteriormente, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción por apelación, según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso".

Se ha sostenido ante el Tribunal que, como el otorgamiento constitucional de jurisdicción a la Corte Suprema y a los tribunales ordinarios es general, y la cláusula que asigna las causas de jurisdicción originaria a la Corte Suprema no contiene expresiones negativas o restrictivas, el Poder Legislativo mantiene la facultad de atribuir competencia originaria a la Corte en otros casos que los precedentemente indicados, tomando en cuenta que tales casos pertenecen al Poder Judicial de los Estados Unidos.

Si se hubiera querido dejar librado a la discreción del Poder Legislativo la posibilidad de distribuir el Poder Judicial entre la Corte Suprema y los tribunales inferiores, habría sido ciertamente inútil hacer otra cosa que definir el ámbito de competencia del Poder Judicial en general, mencionando los tribunales a los que corresponde ejercerlo. Si ésta es la interpretación correcta, el resto de la norma constitucional carece de sentido.

Si el Congreso tiene la libertad de asignar a esta Corte competencia por apelación en casos en los que la Constitución le asigna competencia originaria y fijarle competencia originaria en los casos en que le corresponde ejercerla por apelación, la distribución hecha en la Constitución es forma carente de contenido.

Las palabras afirmativas son, a menudo en su operatividad, negatorias de otros objetos que los prescriptos, y en este caso debe asignárselas ese sentido so pena de privarías de sentido en absoluto. No puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto, y, por lo tanto, la interpretación contraria es inadmisible salvo que el texto expreso de la Constitución así lo manifieste. Cuando un instrumento legal organiza las bases fundamentales de un sistema judicial dividiéndolo en una Corte Suprema y en tantas inferiores como el Congreso decida, enumerando sus poderes y distribuyéndolos mediante la delimitación de los casos en los que la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria y aquellos en que la ejercerá por vía de apelación, el sentido evidente de las palabras parece ser que en una clase de casos la competencia será originaria y no en los demás. Si cualquier otra interpretación convirtiera en inoperante dicha cláusula, tendríamos allí una razón adicional para rechazarla y para adherir al sentido obvio de las palabras. Luego, para que esta Corte esté en condiciones de emitir una orden de ejecución como la que se pide, debe demostrarse que se trata de un caso de competencia por apelación.

Se ha dicho en el Tribunal que la jurisdicción apelada puede ejercerse de diversos modos y que siendo la voluntad del Congreso que un mandamiento pueda ser emitido en el ejercicio de la jurisdicción apelada (ver ley de organización judicial de los EE.UU. de 1789), dicha voluntad debe ser obedecida. Esto es cierto, pero no obstante ello, la jurisdicción debe ser apelada y no originaria.

Es el criterio esencial de la jurisdicción por apelación, que ella abarca tópicos previamente determinados y no crea otros nuevos. Por ello, aunque es posible emitir un mandamiento a los tribunales inferiores, hacerlo respecto de un funcionario para que entregue un documento es lo mismo que intentar una acción originaria para la

obtención de dicho documento, y por ello, no parece pertenecer a la jurisdicción apelada sino a la originaria: Tampoco es necesario, en este caso, capacitar a la Corte para que ejerza su competencia por vía de apelación. *Por lo tanto, la autoridad otorgada a la Corte Suprema por la ley de organización judicial de los EE. UU. para emitir órdenes directas de ejecución de conductas a funcionarios públicos, no parece estar respaldada en la Constitución, y hasta se hace necesario preguntarse si una competencia así conferida puede ser ejercida.*

La pregunta acerca de si una ley contraria a la Constitución puede convertirse en ley vigente del país es profundamente interesante para los EE.UU. pero, felizmente, no tan complicada como interesante. Para decidir esta cuestión parece necesario tan sólo reconocer ciertos principios que se suponen establecidos como resultado de una prolongada y serena elaboración. Todas las instituciones fundamentales del país se basan en la creencia de que el pueblo tiene el derecho preexistente de establecer para su gobierno futuro los principios que juzgue más adecuados a su propia felicidad. El ejercicio de ese derecho supone un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser repetido con mucha frecuencia. Los principios así establecidos son considerados fundamentales. Y desde que la autoridad de la cual proceden es suprema, y puede raramente manifestarse, están destinados a ser permanentes. Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas. Puede hacer sólo esto, o bien fijar, además, límites que no podrán ser transpuestos por tales poderes.

El gobierno de los EE.UU. es de esta última clase. Los poderes de la legislatura están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita. ¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación?

Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida.

Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad. Por ello esta circunstancia no debe perderse de vista en el tratamiento ulterior de la materia.

Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? O bien, en otras palabras, no siendo ley, constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él. Sin embargo la cuestión merece recibir un atento tratamiento.

Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechar la Constitución, o conforme a la Constitución desechar la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución, y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.

Quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la Constitución como la ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar sólo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria. Significaría sostener que si el Congreso actúa de un modo que le está expresamente prohibido la ley así sancionada sería, no obstante tal prohibición, eficaz. Estaría confiriendo práctica y realmente al Congreso una omnipotencia total con el mismo aliento con el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción.

Reducir de esta manera a la nada lo que hemos considerado el más grande de los logros en materia de instituciones políticas - una constitución escrita sería por sí mismo suficiente en América, donde las constituciones escritas han sido vistas con tanta reverencia, para rechazar la tesis. Pero las manifestaciones particulares que contiene la Constitución de los EE.UU. construyen un andamiaje de argumentos adicionales en favor del rechazo de esta interpretación.

El Poder Judicial de los EE.UU. entiende en todos los casos que versen sobre puntos regidos por la Constitución.

¿Pudo, acaso, haber sido la intención de quienes concedieron este poder, afirmar que al usar la Constitución, no debería atenderse a su contenido? ¿Que un caso regido por la Constitución debiera decidirse sin examinar el instrumento que lo rige?

Esto es demasiado extravagante para ser sostenido. En ciertos casos, la Constitución debe ser interpretada y analizado su contenido por parte de los jueces.

Y si de este modo los jueces pueden abrir y examinar la totalidad de la Constitución ¿qué parte de ella les está prohibido leer u obedecer?

Hay muchas otras partes de la Constitución que ilustran esta materia. Dice la Constitución que: 'ningún impuesto o carga se impondrá sobre artículos exportados desde cualquiera de los estados'. Supongamos una carga impuesta sobre la exportación de algodón, o tabaco o harina, y supongamos que se promueve una acción judicial destinada a exigir la devolución de lo pagado en virtud de dicha carga.

¿Debe darse un pronunciamiento judicial en tal caso? ¿Deben los jueces cerrar los ojos a la Constitución y ver sólo la ley?

La Constitución prescribe que: 'No se sancionarán leyes conteniendo condenas penales individualizadas ni leyes retroactivas'.

Si, no obstante, tales leyes son sancionadas y una persona es procesada bajo tales leyes ¿debe la Corte condenar a muerte a esas víctimas a quienes la Constitución manda proteger?

Dice la Constitución: 'Ninguna persona será procesada por traición salvo mediante el testimonio de dos testigos sobre el mismo acto o mediante su confesión pública ante un tribunal de justicia'.

En este caso, el lenguaje de la Constitución está especialmente dirigido a los tribunales. Les prescribe directamente una regla de prueba de la que no pueden apartarse.

Si la Legislatura modificara esa norma y permitiera la declaración de un solo testigo o la confesión fuera de un tribunal de justicia como requisitos suficientes de prueba, ¿debería la norma constitucional ceder frente a esa ley?

Mediante estos y muchos otros artículos que podrían seleccionarse es claro que los constituyentes elaboraron ese instrumento como una regla obligatoria tanto para los tribunales como para la Legislatura.

¿Por qué motivo, si no, prescribe a los jueces jurar su cumplimiento? Este juramento apela, ciertamente, a su conducta en el desempeño de su cargo de carácter oficial.

¡Qué inmoralidad sería imponérselos, si ellos [los jueces] fueran a ser usados como instrumentos y como instrumentos conscientes de la violación de lo que juran respetar!

El juramento del cargo judicial impuesto por el Congreso, es también completamente ilustrativo de la opinión legislativa sobre esta cuestión.

Este juramento dice: "juro solemnemente que administraré justicia sin importar las personas y haré justicia igualmente al pobre como al rico; y que desempeñaré leal e imparcialmente todas las obligaciones atinentes a mi cargo como..., de acuerdo a mis mejores capacidades y comprensión, conforme con la Constitución y las leyes de los EE.UU."

¿Por qué motivo jura un juez desempeñar sus deberes de acuerdo con la Constitución de los EE.UU. si esa Constitución no fuera una norma obligatoria para su gobierno? ¿Si estuviera cerrada sobre él y no pudiera ser inspeccionada por él?

Si fuera ése el estado real de las cosas, constituiría algo peor que una solemne burla.

Pero además de ello, imponer, tanto como jurar en esos términos sería una hipocresía.

No es tampoco inútil observar que, al declarar cuál será la ley suprema del país, la Constitución en sí misma es mencionada en primer lugar; y no todas las leyes de los EE.UU. tienen esta calidad, sino sólo aquellas que se hagan de conformidad con la Constitución.

De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los EE.UU. confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento.

Por ello, se rechaza la petición del demandante. Cúmplase".

D. La parte dogmática de la Constitución

Como se explicó párrafos atrás, el constitucionalismo moderno persiguió el objetivo de consagrar normativamente los derechos y las

libertades de las personas, como modo de limitar los poderes del Estado.

Con este horizonte, la técnica constitucional habitual se estructuró en torno al reconocimiento de derechos individuales a través de la declaración, *bill* o catálogo, que brinda contenido a la parte dogmática de la Constitución.

Así, nuestra Constitución reúne la defensa y promoción de los derechos fundamentales junto a la limitación del poder del Estado como baluarte de la seguridad de las personas, y en este último punto se ve plasmado el nexo entre la parte dogmática y la parte orgánica de la Constitución.

1. Declaraciones de derechos

La instauración y evolución del sistema de derechos de nuestra Constitución posee tres momentos relevantes: a) 1853-1860: corresponde a la Constitución histórica atravesada por la concepción liberal del constitucionalismo clásico o moderno; b) 1957: se incorpora la tradición del constitucionalismo social a través del artículo 14 bis; c) 1994: la última reforma otorgó jerarquía constitucional a varios tratados sobre derechos humanos, complementando de esta forma el plexo de derechos provenientes de la Constitución histórica.

Otras clasificaciones identifican la etapa de la Constitución histórica con los derechos de primera generación (libertad, propiedad, seguridad: de neta inspiración liberal); el constitucionalismo social con los derechos de segunda generación (que surgen de la concepción del Estado benefactor, reconocen derechos a los trabajadores y, en definitiva, apuntan a resolver la “cuestión social”); y los derechos introducidos por la reforma de 1994 (caracterizados por ser difusos y porque sus titulares son grupos determinados o la sociedad en su conjunto, tales como los derechos ambientales) reciben muchas veces el nombre de derechos de tercera generación.

Asimismo, los derechos reconocidos en el texto constitucional pueden caracterizarse de la siguiente forma:

a) los derechos son enumerados o implícitos, de acuerdo a si se los reconoce de forma expresa o si, por el contrario, aunque no estén determinados en el texto constitucional, deben considerarse incluidos en él por tratarse de un derecho fundamental.

b) los derechos obligan al Estado, que es por ello el sujeto pasivo de los derechos, mientras que su titular o sujeto activo es la persona, tanto nacional como extranjero.

c) los derechos son relativos, lo que implica que pueden ser reglamentados por la ley, siempre que no se incurra en una alteración sustancial de su naturaleza.

d) los derechos deben interpretarse de acuerdo a los principios *pro homine* (siempre debe optarse por la solución más favorable a la persona) y *favor debilis* (debe considerarse de forma primordial los derechos y la situación del más débil).

i. Derecho constitucional y derechos humanos:

Los derechos humanos consisten en una serie de facultades, potencias y atributos de los seres humanos, de los que son titulares por el solo hecho de su condición humana. Dedicaremos un capítulo específico para detallar el surgimiento de este concepto, su internacionalización y la creación de mecanismos regionales de vigilancia. Sin embargo, aquí debemos indicar que si bien en la mayor parte de los casos los derechos constitucionales coinciden con los derechos humanos reconocidos internacionalmente, esto no es siempre así.

Un ejemplo de nuestro texto constitucional es el artículo 14 bis, que prescribe el derecho del trabajador a participar de las ganancias de la empresa, mientras que a nivel de los instrumentos de derechos humanos

no existe una cláusula similar. Este caso representa una diferencia entre el plano del derecho constitucional y los derechos humanos.

En nuestro país, y a partir de la reforma de 1994 una serie de tratados sobre derechos humanos han adquirido jerarquía constitucional, lo que no implica que hayan ingresado al texto constitucional sino que lo complementan.

Por ello, en lo que sigue desarrollaremos los derechos constitucionales incluidos en el texto constitucional, mientras que en un capítulo aparte analizaremos los derechos humanos y los instrumentos que los reconocen y obligan a los Estados a su promoción.

DERECHOS CIVILES

ii. Derechos fundantes:

Hay ciertos derechos que se consideran fundantes, por representar la condición necesaria para el ejercicio de todos los demás. La doctrina generalmente los caracteriza como aquellos derechos que atañen al reconocimiento de la condición humana, y son:

a) **derecho a la vida:** la mayor parte de la doctrina lo considera un derecho implícito en el texto constitucional. Otras opiniones se inclinan por predicarlo de la fórmula del artículo 29 CN, en cuanto indica que la vida de los argentinos no puede quedar a merced de gobierno o persona alguna. En numerosas ocasiones, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido el derecho a la vida como el primer derecho inherente a la persona humana, tutelado por la Constitución y las leyes.

Debemos recordar que, a partir del artículo 75 inc. 22, numerosos pactos de derechos humanos que reconocen de forma expresa el derecho a la vida han adquirido jerarquía constitucional.

b) **derecho a la integridad física y psíquica:** se trata de un derecho implícito en la Constitución, reconocido en innumerables oportunidades por la jurisprudencia de la Corte Suprema y por la

doctrina, que lo considera derivado del derecho a la vida. Por su parte, la Convención Interamericana de Derechos Humanos lo reconoce de forma expresa, en el inciso 1 del artículo 5.

Sus implicaciones se extienden hacia el ámbito del resguardo de la integridad a través, por ejemplo, de la tipificación de los delitos de lesiones así también como de torturas o tratos inhumanos o degradantes.

c) **derecho a la salud**: es también un derecho implícito, aunque a partir de la reforma constitucional se lo menciona en el artículo 42 CN referido al ámbito de consumidores y usuarios de bienes y servicios. La interpretación de la Corte Suprema también lo ha reconocido, predicándolo del derecho a la vida ("Baricalla", Fallos 310:112); como obligación del Estado a proteger la salud pública ("Los Saladeristas", Fallos 31:274); o como surgido del principio del artículo 19 CN ("Ponzetti de Balbín", Fallos 306:1907).

d) **derecho a la protección ambiental**: la reforma constitucional de 1994 incluyó de forma expresa el derecho a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a través del artículo 41 CN. Los tutelares de este derecho son todos los habitantes, así también como las "generaciones futuras", por lo que se reconoce la obligación de respetar el medioambiente no sólo para asegurar el presente de las vidas humanas sino también el futuro.

e) **derecho a la dignidad personal**: se trata de un derecho implícito, reconocido de forma expresa en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 5 inc. 2). Así, en el fallo "Sejean" la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que la dignidad personal es no de los derechos a los que se refiere el artículo 33 CN (Fallos, 308:2268).

Su reconocimiento opera además en relación a otros derechos de rango constitucional, tales como el trato digno en las cárceles, el honor o la propia imagen.

iii. Derecho a la libertad:

Como postulado principal del liberalismo, la libertad individual se haya reconocida de forma tanto expresa como implícita en el texto constitucional histórico. El preámbulo de la Constitución se plantea como uno de los objetivos de la Nación el asegurar los “beneficios de la libertad”. De modo genérico, se refiere a un espacio suficiente en el que el individuo es persona jurídica con capacidad de derecho, más un área de intimidad que se sustrae a la actividad regulativa o de control de cualquier parte del Estado y la forma genérica de la libertad según la cual “todo lo que no está prohibido está permitido”.

Sus expresiones principales son:

a) libertad corporal o física: importa el derecho a no ser detenido sin causa justa y mediante la forma legal establecida, que surge del artículo 18 CN cuando prescribe que “...nadie puede ser (...) arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”. Asimismo, incluye además el derecho a la locomoción, contenido en el artículo 14 CN que establece la facultad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino.

b) libertad de intimidad: la fórmula del artículo 19 CN establece una esfera de intimidad que deja reservadas a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados a las llamadas “acciones privadas de los hombres”, que son caracterizadas como aquellas “que de ningún modo ofendan al orden, a la moral pública, ni perjudiquen a terceros”.

Se trata del reconocimiento de una zona de reserva personal o individual, que atañe al principio de autonomía del ser humano. Para que una acción sea considerada dentro de esta esfera de reserva no hace falta que permanezca ajena al conocimiento de terceros, puesto que una multiplicidad de conductas que son advertidas por terceros (tales como

usar símbolos religiosos del culto que se profesa) se reputan inherentes a la vida privada.

Si bien el principio de reserva de la esfera de intimidad individual establecido en el artículo 19 CN implica preservar ese espacio de las intrusiones del Estado, esto no quiere decir que sea un espacio por fuera del derecho. Por el contrario, el área de libertad forma parte del mundo jurídico, puesto que es un *espacio de licitud jurídicamente relevante*.

La Corte Suprema de Justicia se ha referido específicamente a esta esfera de reserva individual en el fallo “Ponzetti de Balbín” (Fallos, 306:1892). Allí, se puntualizó que “(e)l derecho a la privacidad e intimidad se fundamenta constitucionalmente en el art. 19 de la ley suprema. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o actos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad.”

c) derecho a la identidad: se considera un desprendimiento del derecho a la intimidad. Se refiere a la posibilidad del individuo de escoger su opción de vida, de elegir y construir su proyecto personal de existencia. Comprende el derecho a conservar en la intimidad opciones tomadas en el plano más personal -como ser la opción sexual- como a la exigencia de respeto o tolerancia frente a tales opciones si uno decide hacerlas públicas.

De aquí se desprende a su vez el derecho a la identidad biológica, que en este punto es además una vertiente del derecho a la

verdad, y que se refiere a la potestad de conocer la filiación biológica individual.

d) libertad de expresión: se refiere a la libertad de transmitir, de poner en la esfera pública las opiniones, creencias, ideas del individuo, a través de cualquier medio. La Constitución histórica no posee una referencia concreta a la libertad de expresión, por lo que la doctrina la ha situado como contenido de la libertad de prensa, establecida en el artículo 14 CN. Luego de la reforma de 1994, las cláusulas de los tratados sobre derechos humanos referidas a la protección amplia de la libertad de expresión han adquirido jerarquía constitucional, y hoy se entiende prohibida toda clase de censura a las formas de expresión.

Sin embargo, vale la pena destacar que, como todos los derechos, la libertad de expresión posee un carácter relativo y debe ejercerse de acuerdo a los límites que imponen el resto de las normas constitucionales.

e) libertad de comercio o industria: la doctrina la ha predicado de la correlación de los artículos 14 y 20 CN, de donde surgen los derechos de comerciar, navegar, ejercer industria lícita, trabajar y ejercer profesión. En el marco amplio, estos derechos particulares se refieren a lo que es considerado como libertad económica que, al momento de su reglamentación a través de las leyes específicas, debe respetar ciertas pautas, contenidas en los incisos 19 y 23 del artículo 75 CN: proveer al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, al crecimiento armónico de todo el territorio, al desarrollo del empleo, etc.

iv. Derecho a la igualdad jurídica:

Todos los hombres participan de una igualdad jurídica, que se dirige a evitar la existencia de discriminaciones arbitrarias entre las personas. De este modo, el derecho a la igualdad establece que todos los hombres y mujeres son iguales ante la ley, sin que puedan existir

privilegios ni prerrogativas de sangre o títulos nobiliarios. Nuestra Constitución lo establece de forma expresa en el artículo 16 CN, donde se indica que “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.”

Si bien la Constitución histórica consagraba de esta forma la igualdad formal -la igualdad ante la ley- la reforma constitucional de 1994 incluyó algunas prescripciones que avanzan hacia la consagración material de la igualdad. Así, el art. 75 inc. 23 establece la competencia del Congreso de la Nación para legislar y promover medidas de acción positiva a fines de garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato. Sumado a ello, la norma identifica ciertos grupos que deben considerarse preeminentes a los fines de estas medidas, tales como los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados, reconociendo de esta forma en el plano normativo ciertas desigualdades materiales presentes en la conformación actual de la sociedad.

v. Derecho a la educación: el artículo 14 CN establece el derecho a enseñar y aprender. Se establece aquí un área de libertad en relación al acceso a la educación, que sin embargo debe compaginarse con la facultad del Estado de establecer la forma y los contenidos de los planes de enseñanza que poseen carácter obligatorio. En el plano de la educación estatal, se deben respetar los principios de gratuidad y equidad.

La reforma constitucional de 1994 introdujo lineamientos específicos en cuanto al derecho a la educación y la cultura. En especial, el inciso 19 del artículo 75 dispone como facultad del Congreso el sancionar leyes de organización y de base de la educación “que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales;

que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.”

vi. Derecho de asociación: el artículo 14 CN reconoce el derecho de libre asociación, que se expresa en la facultad de unirse para formar grupos o asociaciones con finalidades lícitas. La doctrina lo ha considerado habitualmente una derivación de las libertades de expresión y reunión.

El texto constitucional reformado ha agregado el reconocimiento a ciertas formas específicas de asociación, por fuera de los principios generales del art. 14 y del artículo 14 bis en lo que ataña a la organización sindical: a) los partidos políticos, según el artículo 38 CN; b) asociaciones de consumidores y usuarios, según el artículo 42; c) comunidades de los pueblos aborígenes argentinos, según el artículo 75 inc. 17.

vii. Derecho a un ambiente sano: fue establecido a partir de la reforma constitucional de 1994 en el artículo 41 CN: “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.”

viii. El derecho de propiedad: se trata de uno de los derechos protegido con mayor fuerza por el constitucionalismo clásico o moderno, lo que se explica por el lugar privilegiado que ocupa la propiedad en la concepción liberal. Nuestra Constitución reconoce este derecho en los

artículos 14 y 17 CN. Los titulares de este derecho son tanto los individuos como las personas jurídicas, mientras que sujeto pasivo de este derecho puede ser el Estado y el resto de los particulares o personas de existencia ideal, desde que la fórmula del artículo 17 prescribe la inviolabilidad de la propiedad privada.

Por su parte, el contenido de este derecho ha sido identificado en doctrina y en jurisprudencia con todos los bienes materiales e inmateriales susceptibles de apreciación económica.

La reforma constitucional de 1994 ha extendido las limitaciones a este derecho -que con anterioridad a la reforma estaban restringidas a ciertas utilidades sociales como el derecho a la servidumbre o lo referente al trabajo y la seguridad social en el artículo 14bis CN- estableciendo ciertas restricciones que han sido caracterizadas como sociales, a saber: a) derecho de consumidores en el artículo 42 CN; b) derecho a un ambiente sano (art. 41); etcétera.

ix. Derecho a trabajar:

El trabajo humano reputado como un derecho de las personas se encuentra contenido en los artículos 14 y 20 CN, y no admite diferencias para nacionales o extranjeros. Mientras el sujeto activo de este derecho es el individuo o las personas jurídicas que se constituyen con una finalidad lícita, el sujeto pasivo es el Estado y los demás hombres y mujeres.

Con la reforma del constitucionalismo social el Estado no sólo debe omitir limitar de modo arbitrario el derecho de trabajar, sino que está obligado por una nueva fase del ejercicio de este derecho, que en doctrina se ha denominado "derecho al trabajo". Ello implica el derecho a conseguir ocupación, y frente a ello la tarea del Estado es fomentar un orden social y económico que posibilite el ingreso al mercado laboral de todos los hombres y mujeres en condiciones de trabajar.

Este es el espíritu del artículo 14 bis CN, introducido por la reforma de 1957. Allí se establecen los derechos del hombre en relación al trabajo, con la fórmula:

“El trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador:

- a) condiciones dignas y equitativas de labor;
- b) jornada limitada;
- c) descanso y vacaciones pagados;
- d) retribución justa;
- e) salario mínimo vital y móvil;
- f) igual remuneración por igual tarea;
- g) participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección;
- h) protección contra el despido arbitrario;
- i) estabilidad del empleado público;
- j) organización sindical libre y democrática.”

Como se ha visto, el trabajo está reconocido normativamente en el texto constitucional, y por ello debe tener tutela judicial, mientras que corresponde al Congreso de la Nación dictar las normas que aseguren su goce en las condiciones establecidas en la Constitución, con el horizonte de justicia social, igualdad de oportunidades y trato, impuesto como axiología por la reforma de 1994.

DERECHOS POLITICOS:

El modo en que se otorga reconocimiento constitucional a los derechos normativos e incluso su ubicación en la estructura de la Constitución implica la conexidad más visible entre la parte dogmática y la parte orgánica.

Como categoría divisible, la doctrina ha caracterizado a los derechos políticos como aquellos cuyos titulares son a) ciudadanos o

extranjeros expresamente habilitados; b) entidades políticas reconocidas como tales; y cuyo ejercicio sólo posee una finalidad política.

El sistema electoral y la constitución y organización de los partidos políticos será analizado en mayor detalle en lo referente a la parte orgánica.

Actividad:

A. Caso 1

1. Lea y analice el siguiente fallo. Establezca cuáles son los hechos que se consideran.
2. Señale los derechos individuales a los que se refiere y la normativa en la que se fundan.
3. Indique cuál es la solución a la que se ha arribado, en específico respecto del contenido del derecho a la intimidad.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS)

FECHA: 1984/12/11

Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida, S.A.

PUBLICACION: LA LEY 1985-B, 120; JA 985-1-513; ED, 112-242.

Buenos Aires, diciembre 11 de 1984.

Considerando: 1º) Que la sentencia de la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la dictada en primera instancia, que hizo lugar a la demanda que perseguía la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la violación del derecho a la intimidad del doctor Ricardo Balbín, a raíz de la publicación de una fotografía suya cuando se encontraba internado en una clínica, sobre la base de lo dispuesto por el art. 1071 bis del Cód. Civil. Contra ella la demandada dedujo recurso extraordinario, que fue concedido. Sostiene la recurrente que el fallo impugnado resulta violatorio de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

2º) Que en autos existe cuestión federal bastante en los términos del art. 14 de la ley 48, ya que si bien la sentencia impugnada se sustenta en el art. 1071 bis del Código Civil, el a quo para resolver la aplicabilidad de la norma citada efectuó una

interpretación de la garantía constitucional de la libertad de prensa contraria a los derechos que en ella funda el apelante.

3º) Que esta causa se origina en la demanda por daños y perjuicios promovida por la esposa y el hijo del doctor Ricardo Balbín, fallecido el 9 de setiembre de 1981 contra "Editorial Atlántida S. A." propietaria de la revista "Gente y la actualidad", Carlos Vigil y Aníbal Vigil, debido a que dicha revista, en su número 842 del 10 de setiembre de 1981, publicó en su tapa una fotografía del doctor Balbín cuando se encontraba internado en la sala de terapia intensiva de la Clínica Ipensa de la Ciudad de La Plata, la que ampliada con otras en el interior de la revista, provocó el sufrimiento y mortificación de la familia del doctor Balbín y la desaprobación de esa violación a la intimidad por parte de autoridades nacionales, provinciales, municipales, eclesiásticas y científicas. Los demandados, que reconocen la autenticidad de los ejemplares y las fotografías publicadas en ella, admiten que la foto de tapa no ha sido del agrado de mucha gente y alegan en su defensa el ejercicio sin fines sensacionalistas, crueles o morboso, del derecho de información, sosteniendo que se intentó documentar una realidad; y que la vida del doctor Balbín, como hombre público, tiene carácter histórico, perteneciendo a la comunidad nacional, no habiendo intentado infringir reglas morales, buenas costumbres o ética periodística.

4º) Que en tal sentido, en su recurso extraordinario fs. 223/230 el recurrente afirma no haber excedido "el marco del legítimo y regular ejercicio de la profesión de periodista, sino que muy por el contrario, significó un modo -quizá criticable pero nunca justiciable- de dar información gráfica de un hecho de gran interés general" fundamentando en razones de índole periodística la publicación de la fotografía en cuestión, por todo lo cual no pudo violar el derecho a la intimidad en los términos que prescribe el art. 1071 bis del Cód. Civil.

5º) Que en el presente caso, si bien no se encuentra en juego el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa (art. 14 de la Constitución Nacional) sino los límites jurídicos del derecho de información en relación directa con el derecho a la privacidad o intimidad (art. 19 de la Constitución Nacional) corresponde establecer en primer término el ámbito que es propio de cada uno de estos derechos. Que esta Corte, en su condición de intérprete final de la Constitución Nacional ha debido adecuar el derecho vigente a la realidad comunitaria para evitar la cristalización de las normas y preceptos constitucionales. Que la consagración del derecho de prensa en la Constitución Nacional, como dimensión política de libertad de pensamiento y de la

libertad de expresión, es consecuencia, por una parte, de las circunstancias históricas que condujeron a su sanción como norma fundamental, y por la otra, la de la afirmación, en su etapa artesanal, del libre uso de la imprenta como técnica de difusión de las ideas frente a la autoridad que buscaba controlar ese medio de comunicación mediante la censura; de ahí que la reivindicación estuvo referida a la difusión y expresión de los "pensamientos y las opiniones" conforme lo estableciera la declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y por tanto a garantizar la libre publicación de las ideas. La prensa pasó a ser un elemento integrante del estado constitucional moderno, con el derecho e incluso el deber de ser independiente a la vez que responsable ante la justicia de los delitos o daños cometidos mediante su uso, con la consecuencia jurídica del ejercicio pleno de dicha libertad. Es así como esta Corte dijo que "ni en la Constitución de los Estados Unidos ni en la nuestra ha existido el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. Si la publicación es de carácter perjudicial, y si con ella se difama o injuria a una persona, se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión y sedición, se desacata a las autoridades nacionales o provinciales, no pueden existir dudas acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones sin mengua de la libertad de prensa... Es una cuestión de hecho que apreciarán los jueces en cada caso" (Fallos t. 167, p. 138) y que "este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Cód. Penal" (Fallos, t. 269, p. 195, cons. 5º -Rev. La Ley, t. 130, p. 809-).

6º) Que elevado el derecho de prensa a la categoría de un derecho individual, autónomo, la legislación sobre la prensa garantizó su ejercicio estableciendo criterios e inmunidades con el objeto de impedir la intromisión arbitraria del Estado tanto en la publicación como a las empresas que realizaban la publicación, asegurando la libre iniciativa individual, la libre competencia y la libertad de empresa considerados elementos esenciales para la autonomía humana.

7º) Que las profundas transformaciones producidas como consecuencia del tránsito de la sociedad tradicional, de tipo rural y agrícola, a la sociedad industrial, de tipo urbano, y los avances de la ciencia y de la técnica y el consecuente proceso de masificación, influyeron en los dominios de la prensa toda vez que las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y

la libre competencia, hasta entonces concebidos en términos estrictamente individuales. El desenvolvimiento de la economía de la prensa y la aparición de las nuevas técnicas de difusión e información -cine, radio, televisión-, obligan a un reexámen de la concepción tradicional del ejercicio autónomo del derecho individual de emitir y expresar el pensamiento. De este modo, se hace necesario distinguir entre el ejercicio del derecho de la industria o comercio de la prensa, cine, radio y televisión; el derecho individual de información mediante la emisión y expresión del pensamiento a través de la palabra impresa, el sonido y la imagen, y el derecho social a la información. Es decir el derecho empresario, el derecho individual y el derecho social, que se encuentran interrelacionados y operan en función de la estructura de poder abierto que caracteriza a la sociedad argentina.

8º) Que en cuanto al derecho a la privacidad e intimidad su fundamento constitucional se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.

9º) Que en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión. Máxime cuando con su conducta a lo largo de su vida, no han fomentado las indiscreciones ni por propia

acción, autorizado, tácita o expresamente la invasión a su privacidad y la violación al derecho a su vida privada en cualquiera de sus manifestaciones.

10) Que en caso "sub examine" la publicación de la fotografía del doctor Ricardo Balbín efectuada por la revista "Gente y la actualidad" excede el límite legítimo y regular del derecho a la información, toda vez que la fotografía fue tomada subrepticiamente la víspera de su muerte en la sala de terapia intensiva del sanatorio en que se encontraba internado. Esa fotografía, lejos de atraer el interés del público, provocó sentimiento de rechazo y de ofensa a la sensibilidad de toda persona normal. En consecuencia, la presencia no autorizada ni consentida de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado que furtivamente toma una fotografía con la finalidad de ser nota de tapa en la revista "Gente y la actualidad" no admite justificación y su publicación configura una violación del derecho a la intimidad.

Por ello, se admite el recurso extraordinario y se confirma la sentencia en lo que fue materia de recurso. - Genaro R. Carrió. - José S. Caballero (según su voto). - Carlos S. Fayt. - Augusto C. Belluscio (según su voto). - Enrique S. Petracchi (según su voto).

B. Caso 2

1. Lea y analice el siguiente fallo.
2. Establezca cuál es el conflicto suscitado en los hechos.
3. Determine cuál es la base normativa sobre la que discurre el fallo; identifique la escala jerárquica.
4. Indique cuáles son los derechos constitucionales que se consideran afectados, los motivos del actor y la solución a la que arribó la Corte.

Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04 - Corte Suprema de Justicia de la Nación - 24/02/2009
Fallos, 332:111

TEXTO COMPLETO:

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

A fs. 109/116, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II) resolvió confirmar el pronunciamiento que había hecho lugar a la acción de amparo entablada por Ernesto Halabi -letrado en causa propia- y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.873 (arts. 1º y 2º) y del decreto 1563/04, que imponen a los prestadores de servicios de telecomunicaciones la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten, para su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o del Ministerio Público, de acuerdo con la legislación vigente.

En primer término, y desde el punto de vista formal, los integrantes de la Sala declararon desierto el recurso de apelación planteado por el Estado Nacional (arts. 265 y 266 del CPCCN) contra el pronunciamiento de la jueza de primera instancia. Consideraron que el memorial del apelante no cumplía con los recaudos establecidos en las normas del rito, en razón de que el Estado se limitaba a reiterar planteos formulados con anterioridad, los que ya habían merecido un pormenorizado examen por parte de la magistrada.

Sin perjuicio de ello, y dada la trascendencia de la cuestión debatida en autos, manifestaron que considerarían los argumentos desarrollados en defensa de las normas cuestionadas. En ese orden, y después de examinar la admisibilidad de la vía del amparo elegida por el accionante, entraron al fondo del planteo sub examine.

A tal fin, hicieron suyos los fundamentos del fallo de primera instancia, en torno a: (i) la falta de debate legislativo para el dictado de la ley; (ii) los antecedentes del derecho comparado, en los cuales las distintas legislaciones tomaron las precauciones del caso para no incurrir en violaciones al derecho a la intimidad -por ejemplo, limitaron el tiempo de guarda de datos de tráfico-; (iii) la necesidad de que la ley sea motivada y fundada; (iv) la vaguedad de muchas de las previsiones contenidas en la ley; (v) los puntos en que los datos de tráfico anudan con el contenido de las comunicaciones; (vi) el riesgo cierto de que los datos personales sean utilizados para fines distintos de aquellos previstos en la norma y (vii) la vulneración de principios y límites que hacen a la esencia misma del Estado de Derecho, en lo que concierne al decreto 1563/04, por haber abdicado el Congreso de sus facultades propias, como el Poder Ejecutivo por haberse excedido en el ejercicio de la potestad reglamentaria, ya sea que se lo considere como un reglamento de ejecución o bien delegado.

Sostuvieron así, que las normas impugnadas transgreden las disposiciones de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto establecen, respectivamente, la inviolabilidad de la correspondencia y excluyen de la autoridad de los magistrados las acciones privadas de los hombres que no ofendan a la moral y al orden público; las de la Convención Americana de Derechos Humanos -aprobada por la ley 23.054- (de jerarquía constitucional, art. 75, inc. 22), que reconocen los derechos a la honra y a la dignidad y a que nadie pueda ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, ni en su correspondencia (art. 11, incs. 1º y 2º) y las estipulaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -aprobado por la ley 23.313 y con igual jerarquía que la Constitución- que reconoce el derecho a la intimidad (art. 17, inc. 1º).

Después de efectuar consideraciones en torno a la importancia de la protección al derecho de privacidad, en cuanto éste debe ser reconocido como uno de los mayores valores del respeto a la dignidad y un rasgo diferencial entre el Estado de

Derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias, señalaron que la intromisión estatal en ellos sólo podría justificarse sobre la base de ponderar juicios que sean capaces de demostrar que las restricciones conciernen a la subsistencia de la propia sociedad.

Interpretaron que el art. 18 de la Constitución Nacional, cuando consagra la inviolabilidad de la correspondencia epistolar, extiende su protección a otros medios de comunicación distintos del allí previsto. Desde ese ángulo -prosiguieron- la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, al fallar en el caso "Katz vs. United States", en el que se discutía la validez de ciertas escuchas por parte de agentes del FBI de llamadas efectuadas por una persona desde una cabina de teléfono público sin mediar autorización judicial, resolvió que las comunicaciones telefónicas se encontraban amparadas en la cuarta enmienda constitucional -análogo al art. 18 citado de nuestra Constitución-. En ese sentido, el justice Stewart recordó que desde tal óptica no bastaba con obtener una autorización judicial para efectuar válidamente una escucha telefónica, sino que, además, debían concurrir circunstancias precisas y discriminadas, imputarse concretamente la comisión de un delito en particular y efectuarse la intervención con el único fin de comprobar la veracidad de las alegaciones.

Por otra parte, expresaron que la apoderada del Estado Nacional, al invocar la contraposición y la prevalencia del interés general sobre el interés privado, prescindió de tomar en cuenta que en un régimen republicano hay ocasiones -más aún cuando se trata del derecho a la intimidad- en que la satisfacción de la necesidad pública está dada, justamente, por el respeto estricto del interés privado de cada uno de los ciudadanos.

Aseveraron que, aun cuando se señala que la ley 25.873 y su decreto reglamentario han centrado su objetivo en la necesidad de combatir el flagelo de la delincuencia, tal finalidad no puede ser cumplida a costa de convertir a todos los habitantes de la Nación en rehenes de un sistema inquisitivo en el cual todas sus telecomunicaciones sean captadas para su eventual observación remota y registradas en una base de datos que ni siquiera pertenece a un órgano estatal.

Estimaron que la ley en cuestión pone bajo sospecha a todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones por el amplísimo término de 10 años, circunstancia que se agrava en materia de comunicaciones digitales que pasan por la red, pues todos los movimientos quedarían registrados durante ese tiempo.

Por último establecieron, por mayoría, que la inconstitucionalidad declarada tendría efectos erga omnes, pues, según entendieron, la derivación lógica de admitir el carácter colectivo de la controversia era que el control de constitucionalidad ejercido debía alcanzar a todos los usuarios que se encontraran en la misma condición que el actor.

- II -

Disconforme con ese pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 120/126 que fue concedido por el a quo, al hallarse debatido el alcance e interpretación de una norma federal (art. 14, inc. 1º de la ley 48) (fs. 156).

A su juicio, la decisión apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con particular aplicación a las circunstancias de la causa, le produce agravios de imposible reparación ulterior, a la vez que, por su magnitud, proyecta efectos sobre la comunidad.

Se agravia de los efectos erga omnes que la alzada asigna a su sentencia. Manifiesta que el a quo omitió examinar lo establecido en el art. 43 de la Constitución Nacional con referencia a quiénes se encuentran legitimados para accionar cuando están involucrados derechos de incidencia colectiva.

En tal sentido, afirma que la circunstancia de que la causa afectara derechos colectivos no autorizaba al tribunal a dictar una sentencia con alcance general si se tiene en cuenta que quien había accionado no era el Defensor del Pueblo ni una asociación protectora de los derechos de los usuarios y consumidores.

- III -

Considero que el recurso extraordinario deducido es admisible en la medida en que se cuestiona la validez e interpretación de una ley del Congreso (ley 25.873) y de un acto de autoridad nacional (decreto 1563/04) bajo la pretensión de ser contrarios a los principios, derechos y garantías consagrados en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y la sentencia definitiva del superior tribunal fue contraria a las pretensiones del apelante (art. 14, inc. 1º y 3º de la ley 48).

Asimismo, al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a una norma de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros).

- IV -

El actor pretende la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04.

Vale tener presente que dicho ordenamiento legal incorporó a la Ley Nacional de Telecomunicaciones 19.798 -Capítulo I, del Título III- los arts. 45 bis, 45 ter y 45 quáter, que se refieren, básicamente, a la obligación impuesta a los prestadores de servicios de telecomunicaciones de captar y derivar las comunicaciones que transmiten para su observación remota, de acuerdo a lo que establece la legislación vigente, a requerimiento del Poder Judicial o del Ministerio Público.

A tal fin, se dispuso que "Todo prestador de servicios de telecomunicaciones deberá disponer de los recursos humanos y tecnológicos necesarios para la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten, para su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente.

"Los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán soportar los costos derivados de dicha obligación y dar inmediato cumplimiento a la misma a toda hora y todos los días del año.

"El Poder Ejecutivo nacional reglamentará las condiciones técnicas y de seguridad que deberán cumplir los prestadores de servicios de telecomunicaciones con relación a la captación y derivación de las comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público" (confr. art. 45 bis).

"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 parte del Poder Judicial o del Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente. La información referida en el presente deberá ser conservada por los prestadores de servicios de telecomunicaciones por el plazo de diez años" (confr. art. 45 ter).

Ante todo, es importante destacar que las obligaciones que impone dicha ley están referidas a las telecomunicaciones en general, definidas en la ley 19.798 como toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos, entendiéndose como correspondencia de telecomunicaciones a toda comunicación que se efectúe por medios de telecomunicaciones públicos o privados autorizados (confr. art. 2º).

En cumplimiento de lo dispuesto en el último párrafo del art. 45 bis antes transcripto de la ley 25.873, el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el decreto 1563/04, reglamentó los artículos incorporados a la ley 19.798, con la finalidad de establecer las condiciones técnicas y de seguridad que deberían cumplir los prestadores de servicios de telecomunicaciones en relación con las obligaciones legalmente impuestas. Así pues, se regularon: a) las obligaciones de los operadores y licenciatarios de servicios de telecomunicaciones; b) lo referido a los eventuales reclamos administrativos y a la vía judicial; c) la adecuación del equipamiento y las tecnologías que se utilizan para la prestación de servicios de telecomunicaciones, estableciéndose plazos para los requerimientos de interceptación y de información, al igual que las sanciones y d) la competencia del órgano del Estado legalmente encargado de las verificaciones e inspecciones.

Con posterioridad, el Poder Ejecutivo, mediante el decreto 357/05 (B.O. 25/4/2005), sobre la base de considerar razones "de público conocimiento", suspendió sine die la aplicación del decreto 1563/04 a los fines de permitir un nuevo análisis del tema y de las consecuencias que su dictado implicaban.

Ante ello, y habida cuenta de la doctrina del Tribunal que enuncia que las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de su dictado, lo cual resulta aplicable, también, a las decisiones en los juicios de amparo (Fallos: 323:3896; 325:1440; 327:488, 4990, 4905 y 5270, entre muchos otros), estimo que, al encontrarse suspendida la aplicación del decreto 1563/04, en el momento actual resulta inoficioso un pronunciamiento en tal sentido (Fallos: 325:366 y 370), pues no existe agravio actual que subsanar con la pretendida declaración.

Sentado lo que antecede, corresponde examinar el planteo de inconstitucionalidad de la ley 25.873 sustentado en la afectación de derechos de rango constitucional, con especial acento en la defensa del derecho a la intimidad o privacidad que, según se afirma, se verían conculcados por la captación y derivación de todas las comunicaciones.

En primer lugar, debe tomarse en cuenta que el texto legal impugnado reconoce su génesis en diversas iniciativas del Poder Ejecutivo Nacional y del Congreso de la Nación destinadas a prevenir y reprimir los delitos contra la libertad individual, particularmente, en materia de secuestros extorsivos.

Surge del fundamento del proyecto de ley -con referencia a la prestación de servicios de comunicaciones móviles-, elaborado por el diputado José M. Díaz Bancalari, que "existe una necesidad actual, derivada de la utilización de nuevos medios comisivos de delitos, entre los que se comprende el uso disfuncional de los recursos derivados de las modernas comunicaciones. Esta realidad que todos conocemos torna imperioso, con el fin de asegurar las 'investigaciones' que se realizan para esclarecer estos delitos que utilizan los medios antes mencionados, regular la obligada colaboración sin excepción, de las entidades que tengan a su cargo la explotación de los respectivos servicios. En este sentido no debe perderse de vista, que una de las herramientas más importantes para las investigaciones, en especial el de los secuestros extorsivos, las constituyen las intervenciones telefónicas. Así la Dirección de Observaciones Judiciales de la Secretaría de Inteligencia del Estado, ve dificultada la realización de las diligencias encomendadas por los jueces, debido a cierta falta de colaboración o reticencia por parte de las empresas licenciatarias de servicio de telecomunicaciones" (confr. "Antecedentes Parlamentarios", publicado por La Ley, Tomo 2005, págs. 480 y 481).

Cierto es que los conceptos vertidos en el seno del Congreso con motivo del trámite parlamentario de alguna ley son, en general, simples manifestaciones de opinión de las personas que las pronuncian (confr. doctrina de Fallos: 329:3546), pero no puede decirse lo mismo de las explicaciones brindadas por los miembros informantes de los proyectos, pues tales explicaciones o informes constituyen una fuente propia de interpretación (Fallos: 140:199 y 328:4655).

Fue, precisamente, el miembro informante del Senado de la Nación, el senador Miguel A. Pichetto, quien dispuso toda duda sobre los objetivos de la ley, cuando explicó que se trataba de un proyecto cuya iniciativa había sido del Poder Ejecutivo, sancionada por la Cámara de Diputados, "que apunta a fortalecer la lucha contra el delito organizado, fundamentalmente en lo que se refiere a la logística para la captación de las líneas telefónicas en los secuestros extorsivos. El Estado requiere de esta ley para que las compañías puedan actuar con celeridad en la captación de las líneas (...) Con la aprobación de este proyecto estamos dando un primer paso. Están pendientes muchos temas en cuanto a la seguridad (...) El Congreso está en deuda con los temas de seguridad (...) Creo que con este tema, además de dar una primera respuesta importante, le estamos dando al Estado mismo este instrumento para que las compañías puedan responder con rapidez, a fin de avanzar en las investigaciones contra las bandas organizadas que se dedican a los secuestros extorsivos en el país"

(confr. "Antecedentes Parlamentarios", publicado por La Ley, Tomo 2005, págs. 486 y 487).

Así expuestos los objetivos de la ley, el thema decidendum, a mi modo de ver, estriba en confrontar la medida dispuesta por el legislador con el derecho a la intimidad y privacidad amparado por la Constitución Nacional, habida cuenta de que lo que aquí se trata es la posibilidad de que el Estado, por intermedio de la Dirección de Observaciones Judiciales de la Secretaría de Inteligencia, intercepte las telecomunicaciones (vocablo entendido en sentido amplio) para su consulta por parte de los magistrados judiciales y fiscales.

La Constitución Nacional ha establecido el deber del Estado de proveer a la seguridad pública e individual como correlato de los objetivos establecidos en el Preámbulo de "afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común y promover el bienestar general", a la vez que, en forma paralela, ha consagrado el derecho a la intimidad o privacidad en sus arts. 19 y 18.

En tales condiciones, se advierte que el planteo en examen traduce una suerte de tensión entre derechos y obligaciones consagrados en la Constitución, en la medida en que el actor pretende que se respete su derecho a la privacidad e intimidad, que se enfrenta con el deber propio e irrenunciable del Estado de proveer a la seguridad pública e individual.

Cuestiones como la presente, que implican relacionar valores jurídicos contrapuestos, de raigambre constitucional, son las que han originado una cauta tradición jurisprudencial de la Corte Suprema, por ser ella la salvaguardia y custodio final de la supremacía de la Constitución y de los principios allí consagrados.

Fue con motivo de dichas relaciones que el Tribunal asentó la doctrina que califica a la Constitución como una estructura coherente y que, por lo tanto, ha de cuidarse, en la interpretación de sus cláusulas, que no se altere el delicado equilibrio entre la libertad y la seguridad.

La interpretación del instrumento que nos rige no debe, pues, efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por él enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Ley Suprema (Fallos: 312:496 y sus citas).

Corresponde puntualizar, en este orden de ideas, que el derecho constitucional a la intimidad aquí en juego -consagrado en forma genérica por el art. 19 y especificado respecto de alguno de sus aspectos en los arts. 18, 43 y 75, inc. 22 de la Constitución- ha sido definido por la Corte Suprema como aquel que protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad (Fallos: 306:1892).

Cabe recordar -como se dijo- que en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 25.873, más allá de que se pueda considerar que tuvo una breve discusión, lo cierto es que quedó en claro que su objetivo era resguardar la seguridad pública e individual.

Es decir, que en el sub examine el derecho a la intimidad se enfrenta con el deber del Estado de proveer a la seguridad y el correlativo derecho de todos los ciudadanos a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de su propiedad.

De este modo puede decirse, que conjugados armoniosamente aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas, protegidos por los citados arts. 19 y 18, con otros que la trascienden y acaban por interesar a toda la comunidad, obvio objeto de protección del orden normativo, es dable presuponer -contrariamente a lo que sostiene la alzada- que ambos conciernen a la subsistencia de la propia sociedad.

- VI -

Ahora bien, es necesario determinar si el hecho de interceptar y derivar las comunicaciones constituye una injerencia desmesurada en la privacidad de las personas, si se lo pondera relacionado con la finalidad perseguida por la ley, a cuyo fin debe considerarse la jerarquía del interés tutelado, en relación con la cuantía del sacrificio exigido a los derechos individuales.

En tal sentido, fue puntualizado que toda ley debe ser razonable, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que se procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad (Fallos: 312:496).

En rigor, ha dicho la Corte, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, al círculo familiar y de amistad sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen, y que nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, así como que sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892, considerando 8º y 316:703, entre otros).

Es un valor entendido que los derechos a la intimidad y a la privacidad, al igual que los demás derechos individuales que la Constitución Nacional garantiza, suponen límites a la averiguación de la verdad real en el proceso penal.

En ese orden, incluso la propia Constitución admite que la ley autorice en ciertos casos la intromisión de los órganos estatales encargados de la persecución penal en la libertad, la intimidad, la vida privada y demás derechos de la persona en aras de salvaguardar el interés de la sociedad en la investigación y el castigo de los delitos.

Ello es lógica consecuencia de aquel principio fundamental en virtud del cual los derechos y garantías que la Constitución consagra no tienen carácter absoluto, sino que la ley puede imponer restricciones a su ejercicio que guarden adecuada

proporción con la necesidad de preservar los derechos de los demás y los intereses generales de la sociedad (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional) (Fallos: 300:67 y 700; 308:814, entre otros).

Así pues, V.E. ha expresado que los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución Nacional consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad (Fallos: 312:318; 314:225; 315:380; 320:196, entre muchos otros). Por tal motivo, el derecho a la intimidad e inviolabilidad de la correspondencia - tutelado por los arts. 18 y 19 de la Ley Fundamental- también debe ponderarse tanto a la luz de los diversos derechos consagrados por su texto como con relación a las facultades estatales de restringir el ejercicio de tal derecho, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el marco de protección que confieren las normas constitucionales y los tratados mencionados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional no implica que se prohíba toda intrusión estatal con relación a los derechos de privacidad y de libertad ambulatoria de las personas. Importa más bien que la Carta Magna ha estructurado un escudo de protección de los habitantes de nuestro país para que sus derechos no sean injustamente vulnerados, pero no lleva desde luego a impedir la ejecución de medidas que requiera el Estado para dilucidar la verdad en el ámbito del proceso penal. Tales medidas se hallan expresamente consignadas, por ejemplo, en los arts. 230 y 270 del Código Procesal Penal de la Nación sin que -por su sola existencia- sea posible impugnarlas con el solo argumento de que restringen aquellos derechos (Fallos: 326:3758, disidencia del doctor Juan Carlos Maqueda).

En tales condiciones, no aparece como irrazonable que se exija a los prestadores de servicios de telecomunicaciones que estén en condiciones de suministrar, en tiempo oportuno, a los magistrados (jueces e integrantes de este Ministerio Público) los medios y datos necesarios para la detección y prevención de hechos delictivos.

Además, la circunstancia de que la ley establezca que "la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten" efectuada por las prestadoras de los servicios de telecomunicaciones sea "a requerimiento del Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente" no tiene otro sentido que el de conferir exclusivamente a una determinada categoría de funcionarios el ejercicio de las delicadas funciones que ella otorga.

Tal conclusión -que, como se indica, emerge de la propia literalidad del texto de la norma (doctrina de Fallos: 299:167, su cita y muchos otros)- resulta, además, abonada en razón del reenvío que los arts. 45 bis y 45 ter realizan a "la legislación vigente".

La indicación "a requerimiento del Poder Judicial o el Ministerio Público" seguida de los vocablos "de conformidad con la legislación vigente" no puede ser entendida como una redacción descuidada del legislador, sino que la sucesión entre ambos indica que los registros de comunicaciones no pueden ser requeridos por cualquier persona, sino por los funcionarios allí mencionados, que son, de acuerdo con la legislación vigente, los únicos autorizados para ello.

Esta interpretación se corrobora con las restantes disposiciones de la Ley Nacional de Telecomunicaciones que, en armonía con las normas introducidas por la ley 25.873, establecen que "la correspondencia de telecomunicaciones es inviolable" y que "su interceptación sólo procederá a requerimiento del juez competente" (art. 18 de la ley 19.798), además de imponer la obligación de guardar secreto respecto del contenido de cualquier comunicación confiada a quienes se desempeñan en las empresas prestadoras del servicio (art. 20) y la extensión de tal deber a toda persona que de cualquier manera tenga conocimiento de la existencia o el contenido de la correspondencia de telecomunicaciones (art. 21).

Vale recordar, en ese sentido, que son numerosas las normas que autorizan a los jueces y magistrados de este Ministerio Público a requerir datos en el ámbito de investigaciones de hechos ilícitos. El art. 236 del Código Procesal Penal, por ejemplo, prevé que "El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedirlas o conocerlas".

Cabe hacer notar aquí que la intervención de las comunicaciones debe ser efectuada por el juez sólo mediante un "auto fundado", sin que sea suficiente la simple orden. Ello, en consonancia con la doctrina de la Corte en cuanto ha declarado que si los jueces no estuvieren obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido de las autoridades administrativas y estuvieran facultados a expedir las órdenes de allanamiento sin necesidad de expresar fundamento alguno, la intervención judicial carecería de sentido, pues no constituiría control ni garantía alguna para asegurar la inviolabilidad del domicilio (Fallos: 330:1195).

Asimismo, debe resaltarse la modificación que el art. 7º de la ley 25.760 introdujo al mencionado precepto del Código Procesal Penal, merced al cual se le agregaron dos párrafos que en lo pertinente expresan que "bajo las mismas condiciones, el juez podrá ordenar también la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él" y que "en las causas en que se investigue alguno de los delitos previstos en los artículos 142 bis y 170 del Código Penal de la Nación (referido a los secuestros extorsivos), o que tramiten en forma conexa con aquéllas, cuando existiese peligro en la demora, debidamente justificado, dichas facultades podrán ser ejercidas por el representante del Ministerio Público Fiscal, mediante auto fundado, con inmediata comunicación al juez, quien deberá convalidarla en el término improrrogable de veinticuatro horas, bajo pena de nulidad del acto y consecuente ineficacia de la prueba introducida a partir de él" (énfasis agregado).

En consecuencia, ya se trate de una orden emanada del juez o del representante del Ministerio Público Fiscal, lo cierto es que ella debe estar motivada, y, en el caso de que sea esta última autoridad la que lo disponga, el juez debe conocerla y convalidarla inmediatamente.

Cabe puntualizar, también, que el art. 5º de la ley 25.520, de inteligencia nacional, dispone que "las comunicaciones telefónicas, postales, de telégrafo o facsímil o cualquier otro sistema de envío de objetos o trasmisión de imágenes, voces o paquetes de datos, así como cualquier otro tipo de información, archivos, registros y/o documentos privados o de entrada o lectura no autorizada o no accesible al público, son inviolables en todo el ámbito de la República Argentina, excepto cuando mediare

orden o dispensa judicial en sentido contrario" y con mayor contundencia aún el art. 4º establece que "ningún organismo de inteligencia podrá: realizar tareas represivas, poseer facultades compulsivas, cumplir, por sí, funciones policiales ni de investigación criminal, salvo ante requerimiento específico realizado por autoridad judicial competente en el marco de una causa concreta sometida a su jurisdicción, o que se encuentre, para ello, autorizado por ley" (inc. 11) ni "revelar o divulgar cualquier tipo de información adquirida en ejercicio de sus funciones relativa a cualquier habitante o a personas jurídicas, ya sean públicas o privadas, salvo que mediare orden o dispensa judicial" (inc. 4º) (los énfasis han sido agregados).

Las disposiciones que anteceden demuestran que se ha construido un sistema en el cual la privacidad o intimidad del registro de las comunicaciones está garantizada de acuerdo con las previsiones constitucionales (arts. 18 y 19), pues únicamente podrán ser exhibidas a requerimiento judicial o, en su caso, del Ministerio Público.

Por otra parte, de acuerdo con el texto legal bajo examen, la obligación que se impone a las prestadoras de servicio telefónico está limitada a "la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten" y a "registrar y sistematizar los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones cursadas por los mismos" -sin aludir a su contenido- a fin de cumplir con los requerimientos que formule el Poder Judicial en orden a la interceptación de comunicaciones.

Cabe, entonces, aceptar la total atinencia que guarda la medida ordenada -entre cruzamientos de los registros telefónicos- con los fines perseguidos -facilitar y determinar la existencia de actos de corrupción y averiguación de ilícitos- así como con la vía elegida a tal efecto, lo cual determina la inadmisibilidad de inferir que los datos requeridos puedan afectar ilegítimamente el ámbito de autonomía individual que constituye el derecho a la intimidad (confr. argumento de Fallos: 327:5279).

- VII -

Por las consideraciones que anteceden, opino que corresponde declarar inoficioso el pronunciamiento sobre el planteo de inconstitucionalidad del decreto 1563/04 y revocar, en lo demás, la sentencia de fs. 109/116 en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 27 de mayo de 2008. Laura M. Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de febrero de 2009.

Vistos los autos: "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986".

Considerando:

1º) Que Ernesto Halabi promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneran las garantías establecidas en los

artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine "en qué casos y con qué justificativos". Alegó que esa intromisión constituye una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes (fs. 2/8).

2º) Que, al producir su informe, el Estado Nacional sostuvo que la vía del amparo no resultaba apta para debatir el planteo del actor. Afirmó, además, que la cuestión se había tornado abstracta en virtud del dictado del decreto 357/05, que suspendió la aplicación del decreto 1563/04, toda vez que con ello se disipó la posibilidad de que exista un daño actual o inminente para el actor, o para cualquier usuario del sistema (fs. 50/54).

3º) Que la magistrada de primera instancia hizo lugar a la demanda y declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1º y 2º de la ley 25.873 y del decreto 1563/04. A ese efecto sostuvo que: a) no existió un debate legislativo suficiente previo al dictado de la ley, la cual carece de motivación y fundamentación apropiada; b) de los antecedentes de derecho comparado surge que diversas legislaciones extranjeras tomaron precauciones para no incurrir en violaciones al derecho a la intimidad -por ejemplo limitaron el tiempo de guarda de los datos- que no fueron consideradas en este proyecto; c) las normas exhiben gran vaguedad pues de sus previsiones no queda claro en qué medida pueden las prestatarias captar el contenido de las comunicaciones sin la debida autorización judicial; d) aquéllas están redactadas de tal manera que crean el riesgo de que los datos captados sean utilizados para fines distintos de los que ella prevé; e) el Poder Ejecutivo se excedió en la reglamentación de la ley al dictar el decreto 1563/04 (fs. 70/78).

4º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó dicho pronunciamiento. Sin perjuicio de advertir que el recurso de apelación del Estado Nacional exhibía defectos técnicos que conducían a declararlo desierto, estimó que, por la trascendencia de la cuestión debatida, correspondía tratar los argumentos desarrollados en defensa de las normas impugnadas. Al respecto y, en primer lugar, aclaró que la pretensión no se había tornado abstracta, pues la ley cuestionada seguía vigente por el hecho de que el decreto 1563/04 que la reglamentó sólo había sido suspendido "por tiempo indeterminado" mediante el decreto 357/05 sin que hubiese sido "expulsado del plexo normativo vigente". En segundo término, precisó que el planteo articulado no era meramente consultivo sino que existía un interés jurídico concreto en cabeza del actor como usuario de distintos servicios de telecomunicaciones y en su carácter de abogado. En cuanto a la viabilidad de la acción de amparo, sostuvo que no existía en el caso otro remedio judicial más idóneo para proteger los derechos invocados, además de que la cuestión no requería una mayor amplitud de debate o prueba por resultar "prácticamente" de puro derecho. Respecto del fondo del asunto, hizo suyos los argumentos desarrollados por la jueza de grado a los que, con citas de jurisprudencia nacional y extranjera, añadió consideraciones generales sobre el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia, concluyendo que éstos debían primar -en situaciones como la que presenta el sub lite- más allá de que el objetivo general de las normas impugnadas hubiera sido el de "combatir el flagelo de la delincuencia". Subrayó que "en nada cambia la conclusión a la que se arriba que la ley establezca (en su art. 3º) la asunción de responsabilidad por parte del Estado por los eventuales

perjuicios que se derivaren para terceros". Por lo demás, estimó que la legitimación del actor "no excluía la incidencia colectiva de la afectación a la luz del 2º párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional" por lo que la sentencia dictada en tales condiciones debía "...aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio" (fs. 109/116).

5º) Que contra esa decisión, el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 120/126 en el que invoca la existencia de cuestión federal, arbitrariedad y gravedad institucional. El remedio ha sido concedido a fs. 156 y resulta formalmente procedente toda vez que el agravio del recurrente pone en cuestión la inteligencia que cabe atribuir a la cláusula del art. 43 de la Constitución Nacional y la decisión es contraria a la validez del derecho que se fundó en ella y es materia de litigio (art. 14, inc. 3º, de la ley 48). Por lo demás, cabe señalar que el tema planteado tiene repercusión institucional, en la medida en que excede el mero interés de las partes y repercute en un importante sector de la comunidad por haberse sometido a debate la legitimidad de medidas de alcance general que interesan a actividades cuyo ejercicio no es ajeno al bienestar común (confr. doctrina de Fallos: 247:601 y, entre otras, causa F.1074.XLI "Fecred S.A. c/ Mazzei, Osvaldo Daniel y otro s/ ejecución hipotecaria", sentencia del 6 de mayo de 2008). Es pertinente recordar que, según lo ha sostenido invariablemente en sus pronunciamientos esta Corte, en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales y de normas federales no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666, entre muchos otros).

6º) Que debe mencionarse que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Federación Argentina de Colegios de Abogados se presentaron en autos adhiriendo a los planteos del actor (fs. 176/178 y 235/237, respectivamente). A su turno, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a una audiencia pública de carácter informativo, la que tuvo lugar el 2 de julio de 2008 y en la cual las representaciones letradas de cada una de las partes han sido interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta y el instrumento incorporados a este expediente.

7º) Que la impugnación del Estado Nacional se dirige exclusivamente a descalificar el efecto erga omnes que la cámara atribuyó a su pronunciamiento. Al respecto señala que, sin perjuicio de la indudable dimensión colectiva de los derechos debatidos en el caso, según las prescripciones constitucionales, para conferir tal alcance al fallo era necesaria la participación del Defensor del Pueblo de la Nación en el proceso, circunstancia que no se ha producido. La pretensión fue deducida exclusivamente por un particular.

8º) Que para la dilucidación de este aspecto, según los propios términos en que ha sido formulado el cuestionamiento, es necesario determinar cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quiénes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte.

9º) Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un "caso" es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 310:2342, considerando 7º; 311:2580, considerando 3º; y 326:3007, considerandos 7º y 8º, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el "caso" tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones, como se verá en los considerandos siguientes. También es relevante determinar si la controversia en cada uno de esos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible.

10) Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable.

A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, instituida por vía pretoriana por esta Corte en los conocidos precedentes "Siri" y "Kot" (Fallos: 239:459 y 241:291, respectivamente) y consagrada más tarde legislativamente. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

11) Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes.

En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad

de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa.

Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.

12) Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.

En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo traman estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.

Frente a esa falta de regulación -la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido-, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492).

La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357).

En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige.

13) Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En

tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.

14) Que la pretensión deducida por el abogado Ernesto Halabi puede ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos definidos en los considerandos 12 y 13 de este pronunciamiento.

En efecto, el pretensor interpuso acción de amparo en virtud de considerar que las disposiciones de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04 vulneran los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Carta Constitucional en la medida en que autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar "en qué casos y con qué justificativos" esa intromisión puede llevarse a cabo. La referida intervención importa una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, y además pone en serio riesgo el "secreto profesional" que como letrado se ve obligado a guardar y garantizar (arts. 6º inc. f, 7º, inc. c y 21, inc. j, de la ley 23.187). Su pretensión no se circunscribe a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, por la índole de los derechos en juego, es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados.

Como se anticipó en el considerando 7º, corresponde resolver el alcance del pronunciamiento. Al respecto, este Tribunal considera cumplidos los recaudos que, para las acciones colectivas, se delinean en esta sentencia.

En efecto, existe un hecho único -la normativa en cuestión- que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

La pretensión está concentrada en los efectos comunes para toda la clase de sujetos afectados, con lo que se cumple el segundo requisito expuesto en el considerando anterior. La simple lectura de la ley 25.837 y de su decreto reglamentario revela que sus preceptos alcanzan por igual y sin excepciones a todo el colectivo que en esta causa representa el abogado Halabi.

Finalmente, hay una clara afectación del acceso a la justicia, porque no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma, con lo que se cumple el tercero de los elementos señalados en el considerando anterior.

Por lo demás, esta Corte estima que, dado que es la primera oportunidad en la que se delinean los caracteres de la acción colectiva que tiene por objeto la protección de derechos individuales homogéneos y que no existe una reglamentación al respecto, cabe ser menos riguroso a la hora de evaluar el resto de los recaudos que habrá que exigir en lo sucesivo en los procesos de esta naturaleza. En estas condiciones, se considera que ha existido una adecuada representación de todas las personas, usuarios de los servicios de telecomunicaciones -dentro de los que se encuentran los abogados- a las que se extenderán los efectos de la sentencia.

Para arribar a esta conclusión se tiene en cuenta la publicidad que se le dio a la audiencia celebrada ante esta Corte, como también la circunstancia de que la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 se encuentra firme y que el decreto

reglamentario 1563/04 ha sido suspendido en su vigencia. Asimismo, se consideran las presentaciones que, en apoyo de la pretensión del demandante, han realizado como Amigos del Tribunal, la Federación Argentina de Colegios de Abogados y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal que comparecían para evitar "las nefastas consecuencias que para todos los habitantes de nuestro país y en particular para los abogados matriculados en nuestro colegio traería aparejada la subsistencia formal de las normas cuestionadas" (fs. 215/216 y 235/237). Similares consideraciones fueron realizadas en la audiencia celebrada ante el Tribunal por los oradores de esas dos instituciones (fs. 347/357).

15) Que la conclusión mencionada no puede ser objetada so pretexto de que la acción colectiva prefigurada en la referida cláusula constitucional no encuentre, en el plano normativo infraconstitucional, un carril procesal apto para hacerla efectiva. Ese presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados. Ha expresado el Tribunal al respecto que basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias. En apoyo de tal afirmación, esta Corte sostuvo que ya a fines del siglo XIX señalaba Joaquín V. González: "No son, como puede creerse, las 'declaraciones, derechos y garantías', simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina" ("Manual de la Constitución argentina", en "Obras completas", vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; confr., además, núms. 89 y 90). Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consumo el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas (confr. causa "Siri", Fallos: 239:459).

16) Que es innegable, entonces, que una inteligencia dinámica del texto constitucional, superadora de una concepción pétrea de sus directivas, conlleva la posibilidad de encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir. En ese sentido ha observado también el Tribunal que la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución. Entre esos grandes objetivos y aun el primero entre todos, está el de "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" (Preámbulo). De ahí que la Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes "los beneficios de la libertad" y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como Nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen

en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos (confr. causa "Kot", Fallos: 241:291).

17) Que ante la imperiosa necesidad de dar una respuesta jurisdiccional que esté a la altura de la evolución de las instituciones y a las exigencias actuales de la sociedad, no puede pasar desapercibida a los magistrados la experiencia recogida en otros sistemas jurídicos. Al respecto, en lo que aquí interesa, resulta ilustrativo traer a colación que en los Estados Unidos de Norteamérica, a partir de las directivas del Bill of peace del siglo XVII, mediante la labor jurisprudencial, se ha delineado la institución de las class actions cuya definición conceptual quedó plasmada en las Federal Rules of Civil Procedure de 1938 y que ha experimentado una evolución posterior mediante numerosas decisiones judiciales hasta obtener contornos más precisos en las Federal Rules de 1966. La Regla 23 (Equity Rule 23) de ese ordenamiento determinó que uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como parte en representación de todos cuando: 1) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable, 2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase, 3) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase, y 4) las partes representantes protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente. El juez debe admitir la pretensión deducida por parte de un representante de la clase, efectuando un adecuado control de su representatividad y de la existencia de una comunidad de intereses. La decisión que se adopta tiene efectos erga omnes.

En el contexto de la citada disposición es posible distinguir tres tipos de acciones: la primera diseñada para los supuestos en que el ejercicio individual de las pretensiones mediante procesos individuales resulte perjudicial para el enjuiciado o para los miembros del colectivo por crear el riesgo de sentencias contradictorias o disímiles respecto de los sujetos individuales, que impongan comportamientos incompatibles a la parte opuesta del grupo o que, en la práctica, sean dispositivas de los intereses de otros miembros no partes, o que sustancialmente menoscaben o eliminan la posibilidad de proteger sus intereses. El segundo tipo es aquél concerniente a los supuestos en que la contraparte del grupo ha evidenciado una conducta positiva u omisiva por motivos vinculados a aquél, lo que torna apropiado una resolución condenatoria o declarativa que involucre a todo el conjunto. El tipo restante se presenta cuando el juez otorga primacía a los puntos fácticos o jurídicos comunes a los integrantes del grupo por sobre cualquier cuestión que afecte sólo a sus miembros individuales, de manera tal que la acción del colectivo es siempre superior a la acción individual.

18) Que cabe hacer presente, asimismo, la regulación vigente en España que, aunque circunscripta al ámbito de los consumidores y de los usuarios, presenta una singular solución para los problemas que generan la participación, la legitimación procesal y los alcances de las decisiones en las demandas de contenido colectivo. En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil española (Nº 1 del 7 de enero de 2000; BOE núm. 7, del 8 de enero de 2000, pág. 575-728, corrección de errores BOE núm. 90, del 14 de abril de 2000, pág. 15278 y BOE núm. 180, del 28 de julio de 2001, pág. 27746) reconoce la calidad de parte procesal ante los tribunales civiles a los "grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables". El grupo podrá demandar en juicio cuando se constituya con la mayoría de los afectados (art. 6º, inc. 7º). En esas condiciones, la norma otorga legitimación para la tutela de los intereses colectivos no

sólo a las asociaciones de consumidores y usuarios y a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos sino, además, a los propios grupos de afectados (art. 11, inc. 2).

En referencia también a los derechos e intereses de los consumidores, el ordenamiento legal de Brasil prevé una acción civil colectiva de responsabilidad por daños individualmente sufridos cuya articulación puede ser ejercida en juicio en forma individual o a título colectivo. La normativa autoriza la defensa colectiva para los supuestos de intereses o derechos difusos transindividuales de naturaleza indivisible de que sean titulares personas indeterminadas y relacionadas por circunstancias reales; los intereses o derechos colectivos transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas relacionadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; y los intereses o derechos individuales homogéneos, por los que se entienden los resultantes de origen común (arts. 81, 91 y ss. del Código de Defensa del Consumidor, ley 8078, del 11 de septiembre de 1990).

19) Que en lo referente al derecho argentino, esta Corte ha advertido en otras ocasiones que el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de las acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes. Es oportuno recordar, en ese sentido que, al interpretar el ya tantas veces mencionado art. 43 de la Constitución Nacional, el Tribunal admitió que la protección judicial efectiva no se reduce únicamente al amparo strictu sensu sino que es susceptible de extenderse a otro tipo de remedios procesales de carácter general como -en esa ocasión- el hábeas corpus colectivo, pues es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla (Fallos: 328:1146, considerandos 15 y 16). Por lo tanto, frente a una situación como la planteada en el sub examine, dada la naturaleza de los derechos en juego, la calidad de los sujetos integrantes del colectivo y conforme a lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que, además de la letra de la norma, debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad, es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del artículo 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (confr. fallo referido, considerando 17 y sus citas).

20) Que no obstante ello, ante la ya advertida ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, se torna indispensable formular algunas precisiones, con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la "acción colectiva" que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar. Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se

arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

21) Que a esta altura de la exposición se impone recordar que el apelante centró sus agravios en el aspecto de la sentencia mediante el cual la cámara procuró reforzar la virtualidad de su decisión atribuyéndole carácter *erga omnes*. En razón de ello, para dar una respuesta definitoria a la impugnación articulada es conveniente remarcar, como conclusión de lo que se lleva dicho, que el fundamento de esa amplitud de los efectos de la decisión no se halla sólo en la búsquedad, por parte del juzgador, de arbitrios tendientes a superar el escollo derivado de la arraigada concepción individualista en materia de legitimación. El verdadero sustento de la proyección superadora de la regla *inter partes*, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger. Tal estándar jurídico, como se ha expresado, reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional y, lejos de ser una construcción novedosa, aparece como una institución ya arraigada en el ordenamiento normativo vigente. En efecto, las regulaciones especiales que instauran instrumentos de carácter colectivo para obtener reivindicaciones en materia de defensa a los usuarios y consumidores y en lo atinente a daño ambiental, prevén expresamente soluciones de la índole referida. Así el art. 54, párrafo segundo, de la ley 24.240 establece que "la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga". De un modo semejante, el art. 33, in fine, de la ley 25.675 dispone que "la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias".

22) Que para concluir y, sin perjuicio de las limitaciones con que ha quedado abierta la jurisdicción de esta Corte según lo indicado en el considerando 7º, es conveniente dar una ligera mirada sobre el tema planteado como cuestión de fondo pues, como se ha expuesto a lo largo de este pronunciamiento, lo referente a la admisibilidad de la acción colectiva, a la legitimación para interponerla y a la proyección de los efectos de la sentencia que en su cauce se dicte, depende fundamentalmente de la índole del derecho que por ese medio se procura resguardar. La tacha de inconstitucionalidad deducida en la demanda que abrió este proceso recayó sobre la ley 25.873 y su reglamentación. Esa norma legal incorporó a la ley 19.798 -de regulación del servicio de telecomunicaciones- los artículos 45 bis, ter y quáter que, en síntesis, prevén que: a) los prestadores de telecomunicaciones deberán disponer de los recursos humanos y tecnológicos necesarios para la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten, para su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente; b) los costos deberán ser soportados por los prestadores y el servicio deberá estar disponible en todo momento; c) los prestadores deberán registrar y sistematizar los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y clientes y los

registros de tráfico de comunicaciones para su consulta sin cargo por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público; d) esa información deberá ser conservada por diez años; e) el Estado Nacional asume la responsabilidad por los eventuales daños y perjuicios que pudieran derivar para terceros de la observación y utilización de la información obtenida por el mecanismo previsto. A su turno, el decreto 1563/04 reglamentó la norma legal pero su aplicación fue suspendida más tarde por el decreto 357/05. El tribunal a quo observó al respecto -mediante un señalamiento que ha quedado firme ante la ausencia de agravio- que la suspensión del reglamento no implicó su exclusión del ordenamiento jurídico y, por ende, el precepto resulta susceptible de ocasionar una afectación actual o inminente a los derechos del actor. Tal dispositivo, en lo que interesa, determina que la Dirección de Observaciones Judiciales de la Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE) será el órgano encargado de realizar las interceptaciones y que los prestadores deberán obtener los recursos para realizarlas y mantenerlas en confidencialidad.

23) Que el fallo recurrido, en el tramo que también ha adquirido carácter inamovible por no haber merecido objeciones del apelante, confirmó por sus fundamentos la decisión dictada en primera instancia con lo cual la declaración de inconstitucionalidad de las normas quedó sustentada, entre otros extremos valorados, en que: a) las previsiones de la ley exhiben vaguedad en sus previsiones de las que no resulta claro en qué medida pueden las prestatarias captar el contenido de las comunicaciones sin la debida autorización judicial, y b) tal como está redactada la norma, existe el riesgo de que los datos sean utilizados para fines distintos que aquéllos en ella previstos.

En relación con los aspectos reseñados resulta oportuno señalar que las comunicaciones a las que se refiere la ley 25.873 y todo lo que los individuos transmiten por las vías pertinentes integran la esfera de intimidad personal y se encuentran alcanzadas por las previsiones de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. El derecho a la intimidad y la garantía consecuente contra su lesión actúa contra toda "injerencia" o "intromisión" "arbitraria" o "abusiva" en la "vida privada" de los afectados (conf. art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 11, inc. 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -tratados, ambos, con jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional- y art. 1071 bis del Código Civil).

24) Que, en sentido coincidente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que el poder del Estado para garantizar la seguridad y mantener el orden público no es ilimitado, sino que "su actuación está condicionada por el respeto de los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho (...) con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma" (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C, N° 100, caso "Bulacio v. Argentina", sentencia del 18 de septiembre de 2003, ptos. 124 y 125; ver Fallos: 330:3801).

Acerca de estas situaciones este Tribunal ha subrayado que sólo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892; 316:703, entre otros). Es en este marco constitucional que debe comprenderse, en el orden del proceso penal federal, la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la

investigación penal que requiere ser emitida por un juez competente mediante auto fundado (confr. art. 236, segunda parte, del Código Procesal Penal de la Nación, según el texto establecido por la ley 25.760), de manera que el común de los habitantes está sometido a restricciones en esta esfera semejantes a las que existen respecto a la intervención sobre el contenido de las comunicaciones escritas o telefónicas. Esta norma concuerda con el artículo 18 de la ley 19.798 que establece que "la correspondencia de telecomunicaciones es inviolable. Su interceptación sólo procederá a requerimiento de juez competente".

En idéntico sentido, el Tribunal Constitucional de España, mediante su sentencia del 5 de abril de 1999 (STC 49/1999), con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha sostenido que "si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones (...) quedaría materialmente vacío de contenido". Así, el TEDH acepta como garantía adecuada frente a los abusos que la injerencia sólo pueda producirse allí donde "existan datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave" -Caso K., núm. 51- o donde existan "buenas razones" o "fuertes presunciones" de que las infracciones están a punto de cometerse (TEDH S 15 jun. 1992, caso L, núm. 38).

25) Que la libertad, en cada una de sus fases, tiene su historia y su connotación (Fallos: 199:483); de ahí que las consideraciones en particular sobre el tema en discusión deban mantener un muy especial apego a las circunstancias del caso. El Tribunal tiene dicho que los motivos que determinan el examen de la correspondencia en el caso de un delincuente, pueden diferir de los referentes a un quebrado, a un vinculado al comercio, a un sujeto de obligaciones tributarias, etc.; por ello ha interpretado que el art. 18 de la Constitución no exige que la respectiva ley reglamentaria deba ser "única y general" (Fallos: 171:348; 318:1894, entre otros).

Cabe recordar que en el precedente de Fallos: 318:1894 (en el voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano) se afirmó que, para restringir válidamente la inviolabilidad de la correspondencia, supuesto que cabe evidentemente extender al presente, se requiere: a) que haya sido dictada una ley que determine los "casos" y los "justificativos" en que podrá procederse a tomar conocimiento del contenido de dicha correspondencia; b) que la ley esté fundada en la existencia de un sustancial o importante objetivo del Estado, desvinculado de la supresión de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de la libertad de expresión; c) que la aludida restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto y d) que dicho medio no sea más extenso que lo indispensable para el aludido logro. A su vez, fines y medios deberán sopesarse con arreglo a la interferencia que pudiesen producir en otros intereses concurrentes.

26) Que lo resuelto en el sub lite por los jueces de la causa se ajusta a los requisitos que conforman el estándar enunciado y que imponen la aplicación de criterios de interpretación restrictivos en el examen de las intercepciones de las comunicaciones personales. Tal como ha sido apreciado por los magistrados de los tribunales intervenientes en las instancias anteriores, es evidente que lo que las normas cuestionadas han establecido no es otra cosa que una restricción que afecta una de las facetas del ámbito de la autonomía individual que constituye el derecho a la intimidad, por cuanto sus previsiones no distinguen ni precisan de modo suficiente las oportunidades ni las situaciones en las que operarán las interceptaciones, toda vez que

no especifican el tratamiento del tráfico de información de Internet en cuyo contexto es indiscutible que los datos de navegación anudan a los contenidos. Se añade, a ello, la circunstancia de que las normas tampoco prevén un sistema específico para la protección de las comunicaciones en relación con la acumulación y tratamiento automatizado de los datos personales. En suma, como atinadamente ha sido juzgado en autos, resulta inadmisible que las restricciones autorizadas por la ley estén desprovistas del imprescindible grado de determinación que excluya la posibilidad de que su ejecución concreta por agentes de la Administración quede en manos de la más libre discreción de estos últimos, afirmación que adquiere primordial relevancia si se advierte que desde 1992 es la Dirección de Observaciones Judiciales de la SIDE, que actúa bajo la órbita del poder político, la que debe cumplir con los requerimientos que formule el Poder Judicial en orden a la interceptación de comunicaciones telefónicas u otros medios de transmisión que se efectúen por esos circuitos. Ello es así por cuanto, en el marco de la transferencia de la prestación del servicio de telecomunicaciones de la ex Empresa Nacional de Telecomunicaciones a licenciatarias privadas, el decreto 1801/1992 dispuso que la Dirección de Observaciones Judiciales de aquella empresa estatal pasara a depender de la SIDE, a los fines de cumplir con dichos requerimientos de los jueces.

27) Que, por lo demás, no cabe perder de vista que ha sido el propio legislador quien, al establecer en el artículo 3º de la ley 25.873 la responsabilidad estatal por los daños y perjuicios que pudieran derivar para terceros de la observación y utilización de la información obtenida, ha reconocido que el sistema de captación, derivación y registro de comunicaciones que implementó podría no respetar las garantías mínimas exigibles para tan drástica injerencia en la esfera íntima de los particulares.

28) Que, cabe aclarar, que la Dra. Highton de Nolasco deja a salvo su opinión respecto a la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación para la defensa de intereses individuales homogéneos puramente patrimoniales (conf. D.2080.XXXVII "Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. - PEN - dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986", sentencia del 26 de junio de 2007).

En las condiciones expuestas y por los fundamentos que anteceden, corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de recurso.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO - CARLOS S. FAYT (en disidencia parcial) - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia parcial) - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia parcial).

C. Caso 3:

1. Lea detenidamente el siguiente fallo.
2. Identifique el voto de mayoría y los de minoría, establezca los argumentos de cada uno y la base normativa en la que se apoyan.

3. Distinga los criterios establecidos para el ejercicio regular del derecho de libertad de prensa o derecho a la información, fundamentalmente en relación a la doctrina de la "real malicia".
4. Indique cuál ha sido la solución al caso planteado.

Corte Suprema de Justicia de la Nación
24/06/2008
Patitó, José Angel y otro c. Diario La Nación y otros
Fallos, 331:1530

TEXTO COMPLETO:

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

- I -

Los magistrados integrantes de la Sala H, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en lo que interesa a los fines de este dictamen, confirmaron la sentencia apelada en cuanto hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por los actores contra la Nación S.A. (v. fs. 1057/1072 vta.; 948/973 del expediente principal, al que me referiré salvo aclaración en contrario).

Para así decidir, señalaron que la condena de Primera Instancia se sustenta de manera indubitable en la opinión intelectual vertida en el editorial del medio de prensa del día 19 de octubre de 1998 -pág.16-, titulado "Transparencia de peritajes forenses", único que, por su parte, consideraron injuriante. Dijeron que el diario, para eximirse de responsabilidad por la publicación a su cargo, debió acreditar que el juzgador apreció en forma errónea el carácter despectivo del mencionado editorial, premisa que lo llevó a admitir la acción en su contra.

Ninguna crítica formuló la apelante, a juicio de los magistrados de la Sala, acerca de la apreciación al respecto de la anterior instancia, circunstancia que los llevó a decidir que ha consentido los extremos allí enunciados, es decir, que aceptó que la publicación del día 19 de octubre de 1998, despectó al Cuerpo Médico Forense y a los actores que formaban parte de él, y que el periódico emitió en sus líneas un juicio de valor de carácter subjetivo y apresurado.

A todo evento, respondieron el planteo donde la recurrente -aún sin aludir específicamente al editorial que motivó su condena- adujo que, de haberse incurrido en un error no intencionado, es de aplicación la doctrina de la "real malicia" (fs. 1037). Señalaron al respecto -sustentando su argumento en doctrina nacional y en precedentes del Tribunal-, que adhieren al criterio de aquellos que sostienen que en el caso de opiniones, críticas o ideas, no corresponde aplicar dicho estándar jurisprudencial. Sólo cuando se trata de la afirmación de hechos -juzgaron- es posible sostener un deber de veracidad como el que subyace al estándar referido, pues respecto de las ideas, opiniones, juicios de valor, juicios hipotéticos o conjetas, dada su condición abstracta, no es posible predicar verdad o falsedad. Añadieron que, a

diferencia de lo que ocurre en el fuero penal, no resulta necesario que el ofensor actúe con la intención de agraviar o injuriar, pues la obligación de reparar no exige necesariamente el dolo, siendo suficiente que se verifique la existencia de una conducta culposa.

Fuera de ello, entendieron que el juez de grado no formuló ningún reproche al matutino en virtud de los títulos, subtítulos y contenido de las notas, ni fundó la condena en razón de un exceso que se verificara en las restantes publicaciones, con excepción del editorial. Destacaron, además, que la evaluación del juez acerca de lo que los demandantes denominaron "campaña periodística", entre el origen, el desarrollo y la eventual desproporción con el desenlace de la causa, se ponderó a los fines de la publicación de la sentencia que pidieron los actores (v. fs. 972 vta. punto 3º), extremo éste que no mereció agravio por parte de la accionada.

- II -

Contra este pronunciamiento "S. A. La Nación", interpuso el recurso extraordinario de fs. 1075/1108, cuya denegatoria de fs. 1124, motiva la presente queja.

Alega que la sentencia incurre en el equívoco de subordinar dogmáticamente el derecho a la libertad de expresión al de igual raigambre al honor y a la intimidad (arts. 14, 19 y cctes. de la Constitución Nacional), sin dar razón valedera, dejando expresamente de lado la doctrina de la real malicia.

Reprocha un notorio apartamiento de las constancias de la causa, atento a que el Juez de Primera Instancia condenó a "La Nación" por considerar que estaba realizando una "campaña" -que, según el magistrado, se fundó en los titulares que se emplearon, y en la ubicación y tamaño que se les dio a los mismos-, y por el editorial del 19 de octubre de 1998; pero no solamente por este último, como erróneamente -dice- aseveró la Alzada. Bajo esa circunstancia -añade- fue que su parte, al momento de expresar sus agravios, puso énfasis en tratar de demostrar no sólo la veracidad del contenido de las notas periodísticas publicadas, sino también de los títulos y subtítulos contenidos en ellas. La cuestión relacionada a la doctrina de la real malicia -expresa más adelante- se dejó planteada desde la contestación de la demanda, sobre todas las notas publicadas, incluyendo el editorial cuestionado, al cual es de aplicación la jurisprudencia emanada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sostiene que se ha efectuado una equivocada interpretación de los alcances de esta doctrina y, luego de discurrir sobre sus orígenes, su significado y su incorporación a la jurisprudencia de la Corte, aduce que la sentencia se funda en afirmaciones dogmáticas, pues la nota editorial en cuestión no era un simple artículo de opinión, ya que existen editoriales de muy alto contenido informativo, es decir, que consisten casi enteramente en la reproducción resumida de información ya publicada, como es la nota del 19 de octubre de 1998.

Analiza luego dicho editorial, tratando de explicar la información que contienen sus párrafos, a fin de aseverar que la nota reproduce información o emite opinión basada en los elementos conocidos hasta ese momento, es decir que combina la opinión con la información disponible. En ese marco, tacha de dogmáticas las aseveraciones de la Alzada por no haber tenido en cuenta el contenido hermenéutico del editorial, a saber, su mayor contenido de información, antecedente que -según la apelante- deja

sustentado el fallo en un fundamento sólo aparente, llevándolo al terreno de la arbitrariedad.

- III -

En primer lugar, estimo que existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria en los términos del inciso 3º de la ley 48, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional, y la decisión impugnada es contraria al derecho que la recurrente pretende sustentar en aquéllas. Corresponde, asimismo, tratar en forma conjunta los agravios relativos a la supuesta arbitrariedad del pronunciamiento en la consideración de argumentos planteados en la causa, así como en la interpretación de la doctrina de V.E., pues a ello se imputa la directa violación de los derechos constitucionales invocados, guardando, en consecuencia, ambos aspectos, estrecha conexidad entre sí (conf. Fallos: 325:50; 326:4931; 327:943, 3536, entre muchos otros).

- IV -

La respuesta al primer agravio -es decir, la supuesta asignación errónea de la prelación entre el derecho al honor y la libertad de prensa- surgirá por sí sola luego de la consideración de los problemas jurídicos que plantea, en este expediente, la colisión de estos dos intereses. Ciertamente cuál de los derechos es más importante y cómo debe resultar protegido cada uno es algo que no puede contestarse en abstracto sin la consideración de cómo compiten específicamente en un caso concreto. En este contexto, además, las reglas que la doctrina y la jurisprudencia han ido estableciendo a lo largo de los años y que serán evaluadas aquí (por ejemplo, la extrema libertad en materia de expresión de opiniones, la regla de la real malicia respecto a las afirmaciones sobre circunstancias de hecho) son las que contribuyen a resolver cómo deben armonizarse estos dos derechos. En suma, la respuesta al primer agravio del recurrente será el resultado del análisis de cómo, a través de reglas ya existentes en el sistema, deben compatibilizarse el derecho al honor y la reparación de sus eventuales daños y los derechos a la libertad de prensa, de expresión y de información.

- V -

En lo que respecta al segundo agravio, no se comprende con exactitud cuál es el perjuicio que le ocasiona al peticionante el supuesto apartamiento de las constancias del expediente. En efecto, en caso de que fuera cierto que el Juez de Primera Instancia condenó al diario por una serie de notas y no sólo por el editorial mencionado, lo cierto es que en todo caso la sentencia de Cámara al menos restringió el universo de hechos que merecerían reparación civil a uno sólo; y en cualquier caso, ese sólo hecho también había formado parte, explícita e indudablemente, de lo que el Juez de Primera Instancia había considerado lesivo del honor y generador del deber de reparar.

Por lo tanto, el agravio no alcanza a fundamentar, ni expresa de manera clara, cuál es el perjuicio que, en todo caso, de verificarce el supuesto apartamiento de las constancias del expediente, le provocaría al recurrente, toda vez que lo que se observa es la disminución a uno del cúmulo de hechos por los que se debe responder, y no su ampliación. Tampoco demuestra el recurrente que esa decisión de la Cámara al haber restringido el objeto de la litis a una única publicación (el editorial del 19 de octubre de

1998) resulte en la consideración sorpresiva de un hecho sobre el cual no existió posibilidad de defensa.

Tal como lo sostiene la doctrina de V.E. no hay agravio a la defensa en juicio si el pronunciamiento del Tribunal versa sobre hechos que en todo momento integraron la litis aun cuando la Cámara modifique la aceptada en las precedentes instancias (Fallos: 186:297; 242:227; 242:456; 315:2969) y, satisfecha esa existencia, no existe afectación alguna de los preceptos constitucionales (Fallos: 310:2094).

- VI -

Establecido lo anterior, ingresaré en lo que considero es el fondo de la cuestión.

En los casos en los que una persona demanda a otra por la publicación de manifestaciones por medio de la prensa que considera en términos generales lesivas para su dignidad, entran en colisión, como es lógico, el derecho a la construcción de la propia identidad sin lesiones al honor, y el derecho a publicar, expresarse e informar por medio de la prensa. Correspondientemente también entra en juego, frente al valor de la libertad de manifestarse por la prensa sobre materias de interés público, el derecho general a ser informado del desarrollo de temas concernientes al manejo de la República, aunque esto, claro está, no agota de por sí el campo de las materias de las cuales existe un derecho general a conocer.

En este contexto existe ya un conjunto de reglas bien establecidas por la doctrina y la jurisprudencia -en parte construidas por V.E.- que determinan, según distintas circunstancias, cómo deben compatibilizarse estos dos intereses. A lo largo de este dictamen, se afirmará, según criterios de racionalidad y conveniencia de configuración política, cuál es el derecho debe ceder según el caso. A veces, al lesionado en su honor le corresponde el deber de soportar esa eventual agresión, porque el sistema considera más valioso proteger un margen amplio de libertad de expresión que el honor individual; otras veces, la libertad de expresión encuentra el límite cuando no parece existir ningún provecho social en la persistencia irreparada de una lesión al honor. Sobre estas reglas, sus dificultades y especialmente, sobre cuáles deben aplicarse al caso tratará, en lo que sigue, el presente dictamen.

- VII -

La distinción fundamental en la materia fue construida por V.E. a través de una serie de precedentes. Esta distinción básica consiste en la determinación de que las manifestaciones o publicaciones que sean fundamentalmente opiniones, críticas y pensamientos referidos a cuestiones públicas, no pueden ser limitadas prácticamente en modo alguno. Lo esencial de la distinción radica, no tanto en que los enunciados formulados sean opiniones, sino en que no contengan afirmaciones sobre hechos, es decir, que no describan la ocurrencia de circunstancias fácticas.

La racionalidad de esta regla es clara e indiscutible: la crítica, la discusión de ideas en tanto no implique la atribución de hechos a otra persona, no puede tener límites, ya que ello impediría la existencia de un proceso de discusión indispensable para el mejoramiento del manejo de las cuestiones públicas.

Los estándares que se han ido fijando a lo largo de los años son radicalmente diferentes, en cambio, cuando las manifestaciones hechas a través de la prensa contienen la afirmación del acaecimiento de hechos en la realidad, es decir, cuando afirman la existencia de alguna circunstancia fáctica ocurrida y, claro está, la mera ocurrencia de esa circunstancia puede resultar lesiva para el honor de alguien. En esos casos, se ha desarrollado la doctrina de la real malicia. Más adelante me referiré al contenido y fundamento de esa regla; por ahora, basta decir que la regla contempla la existencia de casos en los que, a pesar de que se ha formulado una afirmación de hecho falsa y lesiva del honor, no surge -en contra de lo que las reglas generales sobre el derecho de daños parecerían indicar- una obligación de reparar.

Entonces, a los efectos de dilucidar la procedencia del recurso sub examine lo fundamental es determinar en primer lugar -y con ello se decide lo central del agravio del recurrente- si las manifestaciones vertidas en el editorial del diario La Nación del 19 de octubre de 1998 contienen afirmaciones de hecho y, por lo tanto, tal como argumenta el recurrente, deben estar sujetas a las reglas de la "real malicia".

- VIII -

V.E. ha establecido en diferentes precedentes que era posible (además de resultar necesario) distinguir entre la expresión de informaciones y opiniones. Sólo respecto de las informaciones (falsas, habría que agregar) puede aplicarse la doctrina de la real malicia; respecto de las opiniones, ideas, juicios de valor, juicios hipotéticos y conjeturas, en tanto no podría ser predicada respecto de ellas verdad o falsedad, no procede un test que consiste, justamente, en probar si una falsedad fue afirmada con conocimiento de esa condición. Esta doctrina ha sido afirmada, entre otros precedentes, de manera explícita en los votos de los jueces Petracchi y Bossert, en Fallos: 321:2558, considerando 9. También en el precedente registrado en Fallos: 321:2848, V.E. sostuvo que las opiniones son enunciados que, por definición, no contienen afirmaciones fácticas ni son verdaderos ni falsos.

La constatación de que una manifestación es puramente una opinión y no la aseveración falsa acerca de circunstancias fácticas es fundamental porque, también como ha sostenido V.E., las opiniones sobre cuestiones públicas no pueden ser limitadas casi de ninguna manera. Ultimamente, en el precedente Cancela v. Artear (registrado en Fallos: 321:2637) V.E. reiteró que las críticas a la función pública no pueden generar responsabilidad sin importar que hayan sido formuladas "en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros o irritantes", agregando que ello era así "siempre que se encuentren ordenadas al justificable fin del control de los actos de gobierno".

Esa concepción, relativa a la expresión de meras ideas u opiniones, apareció en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, quizás por primera vez, en la disidencia del jurista Oliver Wendell Holmes en Abrams v. United States. (250 U.S. 616). La fundamentación de Holmes rememora los fundamentos dados por John Stuart Mill en Sobre la libertad acerca del valor y la utilidad social de una amplia libertad de pensamiento, discusión y opinión. Según Holmes, la expresión de ideas y opiniones no puede ser limitada en ninguna medida, porque la mejor manera de alcanzar el bien es someter las ideas a la competencia libre del mercado para determinar cuál es verdadera. Según la interpretación corriente, otro importante precedente de la Corte Suprema estadounidense en la materia, Gertz v. Welch (418 US. 323), incluyó no sólo la

doctrina relativa al valor de la libre competencia de ideas en el mercado para la determinación de cuál es correcta, sino que estableció además que esta fundamentación no era aplicable a la afirmación de hechos falsos. Es decir, mientras que las opiniones e ideas no pueden ser limitadas por ningún motivo, porque no puede descartarse antes de su discusión que una concepción sea correcta, no puede decirse lo mismo de las afirmaciones de hechos que, comprobadamente, no se corresponden con la realidad. Al menos han de existir casos en los que no pueda encontrarse ningún valor intrínseco en la afirmación de una falsedad.

Sin embargo, como es de suponerse, el hallazgo de un criterio de distinción entre opiniones e informaciones ha permanecido, hasta el momento, esquivo, al menos en el ámbito de la administración de justicia. Sin dudas se trata de una distinción cuyo estudio profundo probablemente sea materia de la lingüística y la filosofía; pero la eventual aplicación por parte de los tribunales de un criterio elaborado por estas disciplinas sería probablemente impracticable. Los intentos producidos en la jurisprudencia, hasta ahora, han dejado una sensación de desazón. Un ensayo célebre en esta materia consistió en el test elaborado en 1984 por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, en el fallo *Ollman v. Evans* (750 F.2d 970). Sin embargo, este test, que proponía cuatro comprobaciones, con las que se pretendía tener en cuenta "la totalidad de las circunstancias" para llegar a la distinción, ha sido paulatinamente abandonado por la jurisprudencia; el entendimiento común de la materia señala al fallo de la Corte Suprema *Milkovich v. Lorain Journal Co* (497 U.S. 110) como conteniendo un rechazo definitivo de esta forma de análisis elaborada en el fallo *Ollman*. Sea como fuera, el precedente *Milkovich* contiene a su vez otro estándar bastante indeterminado, cuyo centro pareciera consistir en dilucidar si, lo que parece una opinión, connota también una afirmación de hecho probablemente falsa; en todo caso, se trata también de averiguar si un intérprete razonable concluiría que el enunciado implica la afirmación de un hecho. Por lo demás, no puede dejar de señalarse que los ensayos de criterios de distinción y la literatura sobre ellos es inabarcable, casi tanto como el escepticismo que domina en la materia (Conf. Jeffrey Kirchmeier, *The Illusion of the Fact-Opinion Distinction in Defamation Law*, en *Case Western Reserve Law Review*, 1988/1989, p. 867 y ss.).

El criterio más fuerte ideado hasta ahora por V.E. para distinguir entre enunciados sobre hechos y opiniones es verificar si es posible predicar, respecto del enunciado, verdad o falsedad. Si la respuesta es afirmativa, se trataría entonces de un enunciado sobre hechos. El criterio de la posibilidad de distinguir tipos de enunciados según pueda aplicárseles ciertos predicados podría, sin embargo, no ser del todo correcto, como surge de alguna literatura en relación a la materia (Conf. por ejemplo, Searle, *Austin on Lucutionary and Illocutionary Acts*, en *The Philosophical Review*, Vol. 77 No. 4, 1968, p. 405 y ss., p. 406 y Greenawalt, *Speech and Crime*, en *American Bar Foundation Research Journal*, 1980, p. 645 y ss., p. 675 a 679).

Si bien no debe renunciarse a la posibilidad de encontrar un criterio apto, por las razones que se verán más adelante, no resulta necesario para la resolución de este expediente el encontrar un criterio que trace con precisión todas las distinciones posibles. En efecto, de la consideración total del problema de este caso, como devendrá claro sólo luego de finalizado el análisis, resulta que no puede afirmarse, según ninguna de las alternativas, el deber de responder del demandado. Sin embargo, es pertinente distinguir -aunque no resulte decisivo en este especial caso- si el editorial en cuestión expresaba afirmaciones de hechos u opiniones y para ello no puede sino

formularse algún criterio. Tampoco el caso es, como se verá, de los que presentan un grado demasiado elevado de complejidad en lo relativo a la distinción y, por ello, no es necesario aquí profundizar en el punto.

En lo personal soy escéptico acerca de la posibilidad de formular un criterio decisivo que, sobre todo, tenga aplicación práctica y no consista en una intrincada construcción lógica. En mi opinión, sólo puede ofrecerse un criterio lábil como el que se enunciará brevemente. Debe considerarse que un enunciado contiene la afirmación de una circunstancia de hecho si del contexto del enunciado mismo puede identificarse la ocurrencia de un hecho histórico, aunque la determinación de éste no incluya una precisión que lo identifique conforme a sus circunstancias de tiempo, lugar y modalidad. Por ejemplo, el epíteto "corrupto" podría ser sólo eso, un calificativo sin ulteriores referencias, pero si del contexto de los enunciados surge una referencia a algún acto de corrupción en particular, aunque no esté precisado, se tratará de una afirmación sobre un hecho y no en una mera descripción de una característica de la personalidad.

En este caso, la sección en la que apareció la publicación (como editorial del diario) y el tono crítico que domina el escrito no deben llevar a la conclusión apresurada de que se trató de una mera opinión. Estas formas accidentales, como algunas otras que no se verifican aquí, pero que vale la pena mencionar -por ejemplo, el disfraz de informaciones de hechos bajo el ropaje de opiniones (sobre ello, frecuentemente se cita la opinión del Juez Friendly en el precedente *Cianci v. New Times Publishing Company*, 639 F.2d 54)- no pueden llevar confusión.

En efecto, las afirmaciones relativas a la existencia de una cierta forma de estructura ilegal en el ámbito forense, que intenta disimular y encubrir y la atribución de falseamiento de la verdad mediante la confección de dictámenes, contienen sin dudas aserciones de hecho aunque la nota misma no sitúe con precisión cuándo se produjeron los encubrimientos, disimulos, falseamientos de dictámenes y en qué consiste la estructura ilegal. Quizás habría que incluir en el análisis el contexto conformado por diversas notas previas provenientes del mismo medio periodístico que, si bien no pertenece a la misma editorial, sirven para determinar el contenido de esas afirmaciones. Si ello es tenido en cuenta, es evidente que, en el caso, esas afirmaciones del editorial corresponden a hechos claramente identificados en el contexto mayor que rodeaba a la publicación del editorial en cuestión.

En suma, resulta indudable a mi criterio que el editorial contenía afirmaciones sobre hechos.

- IX -

Establecido lo anterior, corresponde entonces dilucidar cuál es el resultado de la aplicación de la regla de la "real malicia" a este caso, tal como lo solicitó el apelante. Pero, además de ello, debe determinarse fundamentalmente en qué medida el fallo recurrido, más allá de declarar explícitamente que el caso no debía estar regido por esa doctrina, aplicó reglas que -independientemente del nombre con la que se designen- son incompatibles con la protección necesaria al derecho a la libertad de prensa establecidas y cristalizadas en la doctrina de la real malicia.

En relación a ello, lo primero que corresponde corroborar es que el fallo recurrido sostuvo que la libertad de prensa, a pesar de su posición relevante dentro del sistema constitucional, no configuraría una garantía hegemónica respecto de todos los otros derechos tutelados; correspondientemente, en el caso, toda vez que estaría comprobado un daño (al honor, cabe entender), éste debería ser indemnizado conforme a los principios generales de la responsabilidad civil (conf. fs. 35 de cuaderno de queja). Contra ello debo decir sin embargo que es exactamente lo contrario a lo establecido por la doctrina de la real malicia, la cual, como ya se afirmó precedentemente, resulta aplicable al caso en razón del tipo de enunciados contenidos en la nota editorial destacada. Precisamente, la doctrina de la real malicia es una ponderación (receptada y sostenida por V.E.) de los intereses del honor y la libertad de prensa, que consiste en establecer que las reglas del derecho civil de daños no se aplican, aunque haya existido un daño efectivo al honor, si esa aplicación puede perjudicar el margen del ejercicio futuro de la libertad de prensa.

Es necesario entonces, sin dudas, extenderse en la explicación del contenido de la doctrina de la real malicia.

Tal como es sabido, se reconoce el origen de la regla de la real malicia, en su versión actual, en el célebre fallo de la Suprema Corte de Estados Unidos *New York Times vs. Sullivan* (376 U.S. 254). En ese fallo, la Corte Suprema estadounidense resolvió el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en virtud de razones más bien propias de diseño de política constitucional. La ideología que guió a la Corte en ese entonces consistió, básicamente, en juzgar preferible proteger un amplio margen de libertad de expresión, aun cuando ello pudiera redundar, en casos concretos, en la lesión efectiva del honor de algún ciudadano en particular. En esencia, el mecanismo que eligió la Corte consistió en desplazar la aplicación de las leyes comunes que regían los casos de indemnización por lesiones al honor, en virtud de la superioridad del interés constitucional. Como se puede ya ir apreciando, una doctrina contraria a la sentada por el fallo apelado en esta instancia extraordinaria.

Resumidamente, la situación ante la que se encontró la Corte estadounidense consistía en que las leyes de un Estado (Alabama) consideraban que una publicación podía ser categorizada como un "libelo per se" si su texto tenía a lesionar a una persona en su reputación o a someterla al desprecio público. Importa relatar aquí, además, por la estrecha relación que ello tiene con nuestro caso, que el tribunal de primera instancia había interpretado que la categoría de libelo era aplicable a los casos en los que la publicación imputaba una conducta reprochable en el ejercicio de un cargo, o una conducta carente de integridad funcional o de fidelidad a la confianza pública. Finalmente, la ley de Alabama disponía que, una vez comprobados esos extremos, al demandado sólo le quedaba la defensa de convencer al jurado de que los hechos relatados eran verdaderos en todos sus detalles. Si no lo hacía, se presumía además que el daño estaba configurado, sin necesidad por parte de la persona ofendida de demostrar que la publicación le ocasionó un perjuicio pecuniario. Si el demandante lograba probar que el demandado había actuado con real malicia, ello podía conducir a obtención de un plus de dinero en concepto de daños punitivos.

La Corte Suprema estadounidense condenó este diseño legal, comparando sus efectos con los que habría tenido una ley penal de 1798 que prohibía la publicación de críticas maliciosas o escandalosas contra el gobierno o el congreso estadounidense. Según la Corte, lo que el estado no puede llevar a cabo constitucionalmente por medio de una

ley penal está también fuera del alcance de la ley civil sobre publicaciones lesivas para el honor. El temor de tener que pagar daños en razón de una ley como la de Alabama podrían ser remarcadamente más inhibitorias que el miedo a una persecución penal. Y, para la Corte, el efecto intimidatorio constituyó el núcleo del razonamiento.

La Corte argumentó que, en cualquier caso, e independientemente de si un periódico puede sobrevivir o no una sucesión de tales condenas, el manto de temor y timidez impuesto sobre aquellos que habrían de dar voz a la crítica pública es una atmósfera en la cual las libertades de la primera enmienda (en lo que aquí importa, la Primera Enmienda consagra la prohibición al Congreso de restringir las libertades de expresión y de prensa) no pueden sobrevivir. La ley estatal en cuestión no alcanzaba a legitimarse sólo con permitir la defensa de la verdad.

En definitiva, lo que la Corte intentó hacer, fue establecer una regla mediante la cual se proteja la cantidad más amplia de libertad de expresión posible aun cuando se tuviera que soportar el costo de que, en ciertos casos, afirmaciones falsas quedaran sin ser indemnizadas.

Para lograr ese objetivo recurrió a un estándar subjetivo cuya carga de la prueba, además, estaba en principio en cabeza del demandado. Sólo las afirmaciones falsas hechas con conocimiento o con desconsideración temeraria generaban el deber de indemnizar. Resultaba claro entonces que también quedaban sin indemnizar algunas afirmaciones falsas hechas con mera imprudencia; ese es un costo que hay que soportar en función de no establecer un sistema que, por ser demasiado severo, incentive a no hacer afirmaciones que podrían ser ciertas pero que no pudieran ser probadas del todo, o al menos cotejadas suficientemente antes de su publicación.

Es decir, la Corte prefirió, ejerciendo un rol de diseñador de políticas constitucionales, establecer una regla que permita la mayor cantidad posible de publicaciones -con el consiguiente riesgo de que afirmaciones falsas queden sin sanción- a establecer una regla mediante la cual todas las afirmaciones falsas queden indemnizadas, pero al costo de que, para evitar una sanción, se incentive la no publicación de información probablemente verdadera. Se trata, si se quiere expresarse así, de una decisión política sobre el grado de libertad de prensa.

En el razonamiento de la Corte, se encuentran estas afirmaciones, cuya elocuencia justifica recurrir a su cita (todos los resaltados son propios): "Una regla que compele la crítica de una conducta de un funcionario público a garantizar la verdad de todas las afirmaciones de hecho y a hacerlo bajo la pena de ser condenado por libelo, virtualmente sin tope de dinero, conduce a una autocensura [...]. El conceder la defensa de la verdad, con la carga de la prueba puesta en el demandado, no significa que sólo se disuadirá la aseveración de falsedades."... "Con una regla así, los eventuales críticos de una conducta oficial pueden resultar disuadidos de emitir su crítica, aun cuando se crea que es verdadera y aun cuando sea verdadera realmente, debido a la duda de si se podrá probar en la corte o por el temor del gasto de tener que hacerlo. Se tenderá a hacer declaraciones que quedan bastante lejos del límite de la zona ilegal."... "La garantía constitucional requiere, creemos, una regla federal que prohíba que un funcionario público recobre daños de una falsedad difamatoria relativa a su conducta oficial a menos de que él pruebe que la declaración fue hecha con "real malicia", esto es, con conocimiento de que fue falsa o con desconsideración temeraria acerca de si era verdadera o no."

Como se aprecia fácilmente, justamente de manera opuesta a cómo se decidió en el fallo apelado (independientemente de que no haya aplicado la doctrina de la real malicia) la doctrina mencionada se aparta de las reglas normales de responsabilidad civil. En efecto, establece un estándar mayor: sólo si la afirmación -falsa- fue hecha con dolo (conocimiento) o desconsideración temeraria, da lugar a la reparación. En derecho civil, la mera culpa bastaría. Además, el estándar de la real malicia deja fuera toda posibilidad de indemnización por responsabilidad objetiva, es decir, responsabilidad sin consideración de elementos subjetivos (dolo y culpa civiles), lo cual podría ser relevante para la responsabilidad objetiva del editor, que podría corresponder por el art. 1113 del Código Civil, o incluso en relación a la indemnización por equidad. Fundamentalmente, la regla, aplicada al derecho nacional, debe desplazar la aplicación del art. 1109 del Código Civil.

El fundamento de la regla fue posteriormente explicado también en el fallo Gertz v. Welch (en el que además, se restringió el alcance de la doctrina de New York Times v. Sullivan en los casos en los que la publicación no se refería a una persona pública) en los siguientes expresivos términos (nuevamente todos los resaltados me pertenecen): "Aunque una declaración de hecho errada no es merecedora de protección constitucional, es inevitable en el debate libre. Como lo señaló James Madison... "algún grado de abuso es inseparable del uso adecuado de cada cosa; y en ningún otro ámbito esto es más cierto que en el de la prensa". ... "El permitir a los medios el evitar tener que responder solamente si prueban la veracidad de todas las declaraciones injuriantes, no ofrece una protección adecuada a las libertades de la primera enmienda." "El permitir la defensa de la verdad con la carga de la prueba en el demandado, no significa que sólo se disuadirá la producción de faldedades. La primera enmienda requiere que protejamos un grado de faldedad en orden de proteger el discurso que importa."

La regla, entonces, puede también ser reinterpretada de la siguiente manera. No se trata de establecer en qué casos no hay daño, o en qué casos las afirmaciones de hecho no pueden ser calificadas como lesivas del honor. La doctrina de la real malicia parte más bien de la base de que se ha causado una lesión al honor, y sólo se trata de determinar en qué casos existe un deber de soportar el daño al honor para proteger un bien más valioso, la libertad de expresión, la información sobre la cosa pública. Si se quiere, la particularidad de la regla puede expresarse de la siguiente manera. Una relación en la que existe un perjuicio pasa a resolverse no meramente con las reglas tradicionales del derecho de daños, que de manera prototípica implican una relación privada entre dos partes, sino que se impone un deber de soportar el daño para proteger algo que en realidad está fuera del conflicto entre esas dos partes. Ese algo es la libertad de expresión no ya del demandado, sino de los futuros informantes; una condena siguiendo los parámetros tradicionales del derecho civil de daños redundaría en una restricción pro futuro de la información y la crítica disponibles, a través de la imposición de autocensura, y ello sería dañoso para la función fundamental que desempeña la comunicación de informaciones. En síntesis: el daño actual al honor debe ser soportado para salvaguardar el derecho futuro de otros a la libertad de expresión.

Esta forma de resolver el conflicto entre el valor de la libertad de prensa y el derecho al honor parece ser no sólo el estándar que V.E. ha adoptado, sino también una regla aceptada en varias naciones. En España por ejemplo, el Tribunal Constitucional (Sentencia 6/1988) sostuvo que las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y que por lo tanto, si se erigiera como único parámetro a la verdad de las afirmaciones, el precio de ese estándar sería el silencio.

También esos fundamentos se encuentran en las sentencias del Tribunal Constitucional alemán registradas en BverfGe 43, 130 (conocido como el caso del volante) y BverfGe 99, 185 (caso de la cienciología). En el primero de ellos, el Tribunal Constitucional enunció con claridad la racionalidad de la regla consistente en proteger, hacia el futuro, el ámbito de la libertad de expresión.

Especialmente relevante para nuestro caso resultan algunas de las consideraciones que llevó a cabo ese tribunal en el segundo de los fallos mencionados. Esas consideraciones tienen que ver con cuál es el grado de conocimiento que tiene la prensa en el momento de emitir la noticia. Siempre según la misma idea rectora de asegurar el mayor ámbito de libertad posible, el Tribunal Constitucional alemán puntualizó en ese caso que si bien no existe ningún valor intrínseco en proteger afirmaciones de hecho falsas, debía tenerse en cuenta que la verdad, al momento en que se produce la expresión, es con frecuencia insegura. Como se ve, la regla tiene la racionalidad de juzgar la afirmación hecha por la prensa desde una perspectiva *ex ante*, es decir, con el conocimiento incompleto de una cuestión que puede estar siendo discutida y no *ex post* o con el conocimiento al que se llega respecto de una cuestión de hecho al final del proceso de discusión. Tomando esa perspectiva es como se protege realmente un ámbito razonable de libertad; de lo contrario, si la publicación de informaciones debiera depender de la confirmación de los hechos que se obtiene al final de un proceso de discusión pública (o judicial, como afirma el fallo alemán), la comunicación se restringiría a informaciones carentes de riesgo e inofensivas.

En el fallo alemán que se viene comentando se sostuvo que: "En principio, la libertad de opinión, en lo que hace a afirmaciones de hecho falsas, cede ante el derecho de la personalidad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la verdad, en el momento en que se produce la expresión, con frecuencia es insegura y que se establece recién como resultado de un proceso de discusión o proviene de una aclaración en los tribunales. Si en razón de esa circunstancia, la afirmación que posteriormente se determina como no verdadera debiera ser cubierta siempre con sanciones, surgiría el temor de que el proceso de comunicación padezca, porque sólo podrían ser expresadas sin riesgo verdades ya incombustibles. Con ello iría ligado un efecto intimidante respecto del uso del derecho fundamental, que en razón de la libertad de opinión debe ser evitado."

En el caso en examen, por el contrario, el a quo aplicó reglas diametralmente opuestas a estos estándares.

En efecto, parte esencial de la fundamentación del fallo recurrido sostiene: "Por otra parte, en el caso, el desacuerdo se evidenció en volcar un juicio de valor apresurado e inoportuno en un momento en que la justicia investigaba un hecho y el magistrado aún no se había pronunciado, ya que precisamente la investigación judicial procuraba desentrañar si el cuerpo de médicos había procedido del modo en que el periódico afirmó." "Prescindiendo entonces de la intencionalidad con la que se publicó la columna, es notorio que transitó por un cauce que denota una palpable desidia, pues se adelantó en los hechos a tener por ciertos extremos que la judicatura evaluaba y aún no había fallado, siendo evidente que los dichos del periódico no podían encontrar respaldo en el expediente judicial." Es decir que aplicó una perspectiva *ex post* en la cual, además, reconoció como única verdad la mera falta de comprobación (ocurrida *ex post* respecto a la publicación) en un procedimiento judicial de los hechos que se investigaban.

Una aclaración más al respecto. La desidia a la que hace referencia el a quo no debe confundirse con la actitud interna de desprecio descripta en la doctrina de la real malicia. Aquí la desidia consistiría no en una falta de comprobación de elementos que ya al momento de la publicación podían ser comprobados, sino en adelantarse al momento de la fijación de la verdad por parte de una autoridad a la que se considera la única con competencia para manifestarse sobre un tema. Una regla así, como se ve, restringe de manera inaceptable la discusión pública de asuntos relativos al Gobierno y a los poderes de la República.

Por último, en relación al párrafo citado, se torna ostensible que la sentencia ha sido además arbitraria por incurrir en contradicciones en sus propios términos. En efecto, a pesar de que la fundamentación pareciera discurrir en el sentido de que no se aplicaría la doctrina de la real malicia porque los enunciados no contendrían afirmaciones de hechos, el párrafo citado denota claramente la idea de que en todo caso se trató de enunciados sobre circunstancias fácticas. Ello surge evidentemente de expresiones como "investigaba un hecho", "procuraba desentrañar si el cuerpo de médicos había procedido de modo en que el periódico afirmó y "tener por ciertos extremos que la judicatura evaluaba".

También resulta arbitraria la sentencia en un aspecto por demás evidente. La no aplicación de la doctrina de la real malicia, con la invocación expresa de que se juzgarían las manifestaciones como si no se trataran de enunciados sobre hechos históricos, debió conducir, en todo caso a una solución más favorable a la libertad de opinión y no, como sucedió, más favorable a la protección del honor. En efecto, la racionalidad de la distinción entre la expresión de opiniones y juicios, por un lado, y la afirmación de hechos (falsos) reside, como ya expuse suficientemente, en que respecto de las opiniones hay que mantener un ámbito irrestricto de libertad para promover el bien común. Sólo en caso de afirmaciones falsas sobre hechos llevadas a cabo con "real malicia", es decir, con conocimiento de su falsedad predomina el interés del honor individual.

En ese sentido, la constatación (a mi juicio equivocada, en tanto al menos los enunciados implicaban la aserción de que determinados hechos habían tenido lugar) de que el editorial no contenía información, sino sólo críticas vehementes, no podría haber llevado jamás a originar el deber de indemnizar. Como ya fue señalado, sólo cuando se considera que las manifestaciones contienen aseveraciones de hecho se abre un campo posible para la indemnización civil, bajo las estrictas reglas descriptas.

Sólo una aclaración más. Es posible preguntarse por qué la Corte estadounidense al elaborar la doctrina de la real malicia recurrió a un estándar subjetivo, cuyo punto mínimo está formado por la desconsideración temeraria, para determinar el límite entre las informaciones falsas que generan un deber de indemnizar y las que no. La pregunta es pertinente, sobre todo, porque también las informaciones falsas llevadas a cabo de manera meramente imprudente y hasta las hechas con convencimiento de su corrección generan, desde un punto de vista objetivo, el mismo daño al honor. La respuesta no puede ser demasiado extensa aquí. Sólo diré que la elección de un estándar subjetivo como instrumento de limitación tiene la racionalidad de incentivar también a la prensa a la minimización de la publicación de informaciones falsas, al tiempo que asegura también la suficiente tranquilidad de que no habrá de responderse por el daño cuando no se publicaron afirmaciones motivadas únicamente en la mala fe.

De regreso al tema de la adopción por parte de la jurisprudencia argentina de la doctrina de la real malicia, como ya adelanté, fue adoptada por V.E (últimamente, por nombrar uno sólo en el precedente publicado en Fallos: 319:3428), expresándola de manera acabada y con fundamentos políticos idénticos a los de las otros estados democráticos mencionadas.

- X -

En conclusión, considero que en este caso en particular las manifestaciones vertidas en el editorial del diario "La Nación", del día 19 de octubre de 1998, consisten en afirmaciones acerca de hechos, y, en consecuencia debió haberse aplicado al caso la doctrina de la real malicia.

Con respecto a la aplicación de esa doctrina al caso concreto, corresponde señalar lo siguiente. La aplicación de la teoría depende de la comprobación de circunstancias de hecho. Estas circunstancias consisten en la existencia de un elemento subjetivo de conocimiento o al menos despreocupación respecto a la falsedad de los hechos. Si bien estas circunstancias fácticas son materia, en principio, ajena a la instancia extraordinaria, no es menos cierto que su prueba está en cabeza del demandante y no surge de las constancias del expediente que haya existido la comprobación de la existencia de alguno de estos elementos. Por lo demás, las circunstancias del caso no indican que fuera plausible que la publicación cuestionada haya sido hecha con conocimiento o despreocupación acerca de su inexactitud.

En efecto, un cuadro de situación conformado por la información acerca de un proceso del que muchos medios se hacían eco, y que había llegado a un grado importante en su etapa de investigación judicial, no parecería sugerir la posibilidad de que esa publicación fuera hecha con alguno de los dos elementos subjetivos que conforman la "real malicia".

- XI -

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente la queja, admitir el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 11 de abril de 2007. Esteban Righi.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 24 de junio de 2008.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por S.A. La Nación en la causa Patitó, José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que los actores, integrantes del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de la Nación (en adelante C.M.F.), promovieron demanda contra el diario La Nación y contra el periodista Jorge Urien Berri, con el objeto de que se los condenara a resarcir los daños que les habrían provocado las notas de fechas 1º y 13 de diciembre de 1997, 30 de enero de 1998, 13 de marzo de 1998, 1º y 15 de abril de 1998, 14 de octubre de

1998, 11 de noviembre de 1998, 24 de febrero de 1999, 1º de marzo de 1999, 14 de marzo de 1999, 13 y 14 de abril de 1999, 15 de junio de 1999, 11 de agosto de 1999 y el editorial del 19 de octubre de 1998. Adujeron que los demandados, mediante las noticias, sus títulos y subtítulos y el editorial, cuestionaron su desempeño profesional como integrantes del referido C.M.F., con especial referencia a dos causas penales relacionadas con el fallecimiento de la señora Cristina Britéz Arce y su hijo por nacer en la maternidad Sardá. De tal manera -precisaron los actores- el diario y el periodista afectaron los derechos constitucionales a la intimidad y al honor, en tanto las publicaciones fueron inexactas, formaron parte de una campaña persecutoria y difamatoria contra ellos y, en lugar de informar, tomaron una abierta posición sobre el tema, con la intención de despertar en el público sospechas sobre su actuación profesional.

2º) Que la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al confirmar la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la demanda promovida contra el diario La Nación y la rechazó en cuanto fue dirigida contra el periodista Jorge Urien Berri. Los fundamentos del tribunal a quo han sido adecuadamente reseñados por el señor Procurador General de la Nación en su dictamen (acápite I), al que cabe remitir en razón de brevedad.

Contra ese pronunciamiento, el diario condenado interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar al recurso de hecho en examen.

3º) Que el recurso es formalmente admisible en tanto controvierte la inteligencia que el tribunal apelado ha dado a las cláusulas constitucionales que protegen la libertad de expresión y la decisión ha sido contraria al derecho que la demandada fundara en ellas (art. 14, inc. 3 de la ley 48).

4º) Que el fallo impugnado ingresó a la consideración del punto constitucional en tanto estimó inaplicable, por los fundamentos que expuso, el principio de la "real malicia", admitido por esta Corte como adecuada protección de la libertad de expresión. Ello habilita la intervención del Tribunal, en su competencia apelada, para examinar las citadas razones en base a las cuales se negó la protección constitucional a la parte demandada y también para decidir si la publicación por la que fue condenada merece o no la inmunidad que el art. 14 de la Constitución Nacional reconoce a las opiniones críticas hacia el funcionamiento del gobierno.

Dado que la materia de discusión propuesta a esta Corte es la aplicabilidad al caso del principio de "real malicia" y que este examen se vincula con la publicación de expresiones que pueden tener efectos negativos sobre la reputación de las personas, ningún obstáculo supone la eventual aceptación por la demandada del carácter "desprestigiante" de la publicación, a la que hace mención la sentencia apelada (fs. 1062).

5º) Que, corresponde precisar los derechos que se encuentran en conflicto en el presente caso. Por un lado el diario demandado ha fundado su posición en el derecho a la libertad de expresión, información y prensa y, por el otro, la parte actora ha invocado su derecho a la honra y reputación.

Con respecto a la libertad de expresión, esta Corte ha declarado en forma reiterada el lugar eminente que ella tiene en un régimen republicano. En este sentido ha dicho

desde antiguo que "...entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal..." (Fallos: 248:291, 325). Sin embargo, ha reconocido que, bajo ciertas circunstancias, el derecho a expresarse libremente no ampara a quienes cometan ilícitos civiles en perjuicio de la reputación de terceros (Fallos: 308:789; 310:508).

6º) Que no corresponde que este Tribunal examine los artículos de investigación escritos por el periodista Urien Berri, en tanto éste fue eximido de toda responsabilidad -en virtud de que los jueces de la causa consideraron que el profesional se había limitado a cumplir con su tarea escribiendo información con cita de la fuente (doctrina C.184 y 189.XX "Campillay, Julio César c/ La Razón, Crónica y diario Popular", sentencia del 15 de mayo de 1986 (Fallos: 308:789)- y los actores no interpusieron recurso alguno en este aspecto.

Por ello corresponde transcribir los términos del editorial redactado el 19 de octubre de 1998 en tanto lo allí expresado constituye el fundamento de la condena al diario recurrente y es a lo que debe ceñirse el examen de esta Corte:

"Transparencia de peritajes forenses.

Como si la credibilidad del sistema judicial no estuviera ya bastante depreciada, el escándalo que ahora ha estallado en torno del cuerpo médico forense de la Corte Suprema ha venido a ahondar el escepticismo que se ha generalizado en la sociedad argentina respecto de la calidad del servicio de justicia que presta el Estado, y a agudizar las suspicacias sobre comportamientos criminales en esferas vinculadas con el poder político.

Porque ya no se trata de averiguaciones de los jueces sobre eventuales negociados y actos de corrupción, ni de enriquecimientos sospechosos o decisiones irregulares adoptadas bajo presiones políticas: en los casos en que intervienen los médicos forenses hay vidas humanas que han sido súbita y violentamente truncadas. Y en varios de los más resonantes casos en que han aflorado ante la opinión ciudadana cuestionamientos, desconfianzas y contradicciones respecto de peritajes e informes profesionales aparecen indicios de alguna relación entre figuras protagónicas de la vida pública y episodios horrendos que conmovieron los sentimientos de la comunidad.

Los médicos forenses, como otros profesionales en sus respectivas especialidades, son auxiliares imprescindibles de la Justicia. Sobre la base de sus dictámenes reposa una gran parte de la eficacia de los procedimientos jurídicos, y los magistrados no pueden prescindir, en la generalidad de los casos, de su opinión debidamente fundada en consideraciones científicas objetivas: un pronunciamiento pericial suele tener el carácter de un verdadero prenuncio de las decisiones del juez, sea en cuestiones de fondo o incidentales.

Pero por esa misma razón los cuerpos de peritos deben ser absolutamente confiables. El fuerte deterioro moral que llevan dictámenes falaces o amañados, producto de presiones inducidas desde posiciones política o económicamente influyentes, o peritajes negligentes realizados irresponsablemente con desconocimiento u olvido de su crucial trascendencia para el desarrollo de un proceso daña las bases mismas del

sistema judicial al poner en manos del magistrado elementos de juicio que distorsionan la realidad.

En este caso, para peor, aparece una cierta forma de estructura ilegal en el ámbito forense que intenta disimular o encubrir con criterio corporativo un encadenamiento de hechos irregulares perpetrados por profesionales médicos que ha llevado al juez a requerir peritajes fuera del ámbito del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema, bajo la sospecha de que sus procedimientos son incorrectos y sus dictámenes falsean la verdad. El resultado de tales peritajes viene a avalar las sospechas, calificando como incoherente, temerario, negligente y no confiable -entre otros términos convergentes- el trabajo de los peritos de la Corte.

En vista de estos hechos, el máximo tribunal de la Nación ha dispuesto una auditoría en el Cuerpo Médico Forense y el juez Mariano Bergés citó a prestar declaración indagatoria a tres decenas de forenses sospechados del intento de encubrir con su dictamen los errores e irregularidades de otros colegas. Es menester, para que el prestigio de la Justicia no siga mermando, que la investigación llegue a conclusiones indubitadas y el cuerpo de peritos resulte depurado -si es necesario- para recuperar la imprescindible credibilidad.

Es cierto que el sistema judicial argentino padece muchas otras deficiencias que son notorias, en todos los niveles de la administración de Justicia, pero la falta de un cuerpo médico forense responsable, en cuyo cabal sentido de su función profesional se pueda confiar, es una carencia insalvable cuando se trata de llegar a la verdad sobre hechos que golpean duramente la sensibilidad de la gente y suelen adquirir incluso gravitación política".

7º) Que el editorial publicado por el diario demandado tuvo la finalidad de manifestarse sobre el funcionamiento de un organismo público, como lo es el Cuerpo Médico Forense, y para ello se ha valido de un lenguaje que incluye opiniones críticas sobre ciertas circunstancias que han sido mencionadas asertivamente.

Al respecto, cabe señalar que tanto la sentencia dictada por la cámara de apelaciones como el dictamen del señor Procurador General, consideraron relevante para decidir el caso establecer previamente si las expresiones contenidas en el editorial podían clasificarse como opiniones o bien como afirmaciones de hecho. La sentencia apelada ha concluido que el principio de la real malicia, que esta Corte tomara del precedente norteamericano New York Times vs. Sullivan, (376 U.S. 254) es inaplicable al caso precisamente por entender que sólo sirve para juzgar sobre aquellas expresiones que consisten en juicios de hecho, mientras que el editorial publicado por la demandada habría consistido sólo en opiniones o valoraciones.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dijo, por cierto, que "se debe distinguir cuidadosamente entre hechos y juicios de valor". Pero, es menester precisar que ello tuvo sentido en tren de explicar por qué un ordenamiento jurídico que recurre a la prueba de la verdad, como criterio para discernir responsabilidad civil o penal por difamación, no protege suficientemente la libertad de expresión. Es lo que hizo el Tribunal mencionado en el caso Lingens, fallado el 8 de julio de 1986, en cuyo apartado 46 se encuentra esa frase, pero no solamente ella. Según se explica en la sentencia, el derecho austriaco establecía que si las expresiones eran objetivamente aptas para difamar, los periodistas sólo tenían posibilidad de evitar la condena cuando podían

"probar la veracidad de sus afirmaciones". Inmediatamente después el tribunal europeo concluyó que una prueba semejante no podía "cumplirse respecto de juicios de valor y afecta a la libertad de opinión intrínsecamente".

Por lo tanto, el señalamiento sobre la importancia de "distinguir entre hechos y juicios de valor" fue utilizado por el Tribunal Europeo para ampliar la protección de la libertad de expresión más allá de las afirmaciones de hecho y alcanzar con ella a las opiniones o evaluaciones.

De todos modos, no es la prueba de la verdad el tipo de protección que este Tribunal ha reconocido a la libertad de expresión al adoptar el test conocido como de la "real malicia", tomándolo del precedente New York Times vs. Sullivan.

8º) Que según los precedentes de esta Corte, tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad (doctrina de Fallos: 320:1272; 327:943).

Estos principios son consistentes con el diseño de un estado de derecho constitucionalmente reglado. La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano. El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes.

Estas afirmaciones forman parte del acervo común de los jueces de importantes tribunales que han adoptado una línea de interpretación amplia, admitiendo incluso el error sobre los hechos. En este sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que "Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir" (New York Times vs. Sullivan, 376 U.S. 254, 271). Por su parte, el Tribunal Constitucional español sostuvo, en su sentencia 6/1988, que "...Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse 'la verdad como condición para el reconocimiento del derecho [de expresarse libremente], la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio..." (Jurisprudencia Constitucional, tomo XX, pág. 57).

Que el principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas. Lo que es materia de discusión y prueba, si de real malicia se trata, es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad. Esta es la primer e importante diferencia. La segunda y no menos importante particularidad radica en que el específico contenido del factor subjetivo al que alude el concepto de real malicia - conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad- no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico.

Si bien esto último puede implicar una alteración del principio general en otros sistemas jurídicos, en el contexto del derecho argentino y, en particular, de la legislación aplicable por los tribunales nacionales (art. 377 de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), se trata precisamente de seguir lo que es norma, esto es, que la carga de probar un hecho recae sobre quien lo alega. En el régimen jurídico de la responsabilidad civil, no se discute que cada parte debe probar los presupuestos de su pretensión, y que, por lo tanto, es el actor quien debe demostrar la existencia del factor de atribución. La sola evidencia de daño no hace presumir la existencia del elemento subjetivo en la responsabilidad profesional del periodista o del periódico.

Que de estas consideraciones cabe deducir que no es necesario crear otro estándar para juzgar las difamaciones ocasionadas mediante puras opiniones. Una conclusión semejante debe ser prevenida recordando que en el marco del debate público sobre temas de interés general, y en especial sobre el gobierno, toda expresión que admite ser clasificada como una opinión, por sí sola, no da lugar a responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado; no se daña la reputación de éstas mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa. Por lo demás, no se trata el presente caso de otras posibles afectaciones de lo que genéricamente se denomina honor, distintas de la difamación, tales como las expresiones ofensivas, provocativas o irritantes, que pueden caber en la categoría de "insulto" (Fallos: 321:2558, voto de los jueces Petracchi y Bossert).

9º) Que, por lo tanto, en la medida que la jurisprudencia de esta Corte ha incorporado el principio de real malicia y no el test de la verdad como adecuada protección de la libertad de expresión, la cámara de apelaciones, después de constatar que se trataba de un artículo crítico hacia el funcionamiento de una dependencia gubernamental y al desempeño de ciertos funcionarios públicos, debió limitarse a constatar si la parte actora había demostrado que el medio periodístico supo o debió saber que los hechos, a los cuales se califica como "estructura ilegal" y que sirvieron de apoyo para solicitar una depuración del Cuerpo Médico Forense, podían ser falsos. Al eludir este análisis, restringió inaceptablemente el espacio que es necesario para el desarrollo de un amplio y robusto debate público sobre temas de interés general y que ha sido garantizado por el art. 14 de la Constitución Nacional.

10) Que en la causa los actores no han aportado elementos que permitan concluir que el diario conocía la invocada falsedad de los hechos afirmados en el editorial o que obró con notoria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

En efecto, la aserción del editorial examinada por los jueces de la causa no hizo sino reflejar, a modo de síntesis, el contenido de las notas que, con la firma del periodista Urien Berri, había publicado el mismo diario entre el 1º de diciembre de 1997 y la fecha del editorial. Como bien señala el señor Procurador General de la Nación, habría que incluir en el examen el contexto conformado por diversas notas previas provenientes del mismo medio periodístico que, si bien no pertenecen al referido editorial, sirven para determinar el contenido de esas afirmaciones. Si ello es tenido en cuenta, se dice en el dictamen, "es evidente que, en el caso, esas afirmaciones del editorial corresponden a hechos claramente identificados en el contexto mayor que rodeaba a la publicación del editorial" (acápite VIII).

11) Que no puede haber responsabilidad alguna por la crítica o la disidencia, aun cuando sean expresadas ardorosamente, ya que toda sociedad plural y diversa necesita del debate democrático, el que se nutre de las opiniones teniendo como meta la paz social. En este sentido se ha dicho que la principal importancia de la libertad de prensa, desde un punto de vista constitucional, "está en que permite al ciudadano llamar a toda persona que inviste autoridad, a toda corporación o repartición pública, y al gobierno mismo en todos sus departamentos, al tribunal de la opinión pública, y compelerlos a un análisis y crítica de su conducta, procedimientos y propósitos, a la faz del mundo, con el fin de corregir o evitar errores o desastres; y también para someter a los que pretenden posiciones públicas a la misma crítica con los mismos fines..." (Joaquín V. González, "Manual de la Constitución Argentina", Nº 158, pág. 167, Buenos Aires, 1897).

Es función de esta Corte fundamentar, propiciar y proteger los consensos básicos para el funcionamiento de una sociedad en la que se pueda convivir con tolerancia de opiniones diferentes. Uno de esos principios fundamentales es el de la libertad de expresión y el control de los funcionarios públicos, así como el debate sobre sus decisiones. Los debates ardorosos y las críticas penetrantes no deben causar temor, ya que son el principal instrumento para fortalecer una democracia deliberativa, que es principal reaseguro contra las decisiones arbitrarias y poco transparentes.

12) Que, en suma, puede afirmarse que el texto examinado del editorial publicado el 19 de octubre de 1998, no es apto para generar la responsabilidad del diario demandado. En consecuencia, la decisión apelada que responsabilizó al referido diario, constituye una restricción indebida a la libertad de expresión, por lo que debe ser revocada.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 126 y agréguese la presente queja a los autos principales. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (SEGÚN SU VOTO) - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (SEGÚN SU VOTO) - JUAN CARLOS MAQUEDA (SEGÚN SU VOTO) - E. RAÚL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA

DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

1º) Que los actores, integrantes del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de la Nación (en adelante C.M.F.), promovieron demanda contra el diario La Nación y contra el periodista Jorge Urien Berri, con el objeto de que se los condenara a resarcir los daños que les habrían provocado las notas de fechas 1º y 13 de diciembre de 1997, 30 de enero de 1998, 13 de marzo de 1998, 1º y 15 de abril de 1998, 14 de octubre de 1998, 11 de noviembre de 1998, 24 de febrero de 1999, 1º de marzo de 1999, 14 de marzo de 1999, 13 y 14 de abril de 1999, 15 de junio de 1999, 11 de agosto de 1999 y el editorial del 19 de octubre de 1998. Adujeron que los demandados, mediante las noticias, sus títulos y subtítulos y el editorial, cuestionaron su desempeño profesional como

integrantes del referido C.M.F., con especial referencia a dos causas penales, relacionadas con el fallecimiento de la señora Cristina Britéz Arce y su hijo por nacer en la maternidad Sardá. De tal manera -precisan los actores- el diario y el periodista afectaron los derechos constitucionales a la intimidad y al honor, en tanto las publicaciones fueron inexactas, formaron parte de una campaña persecutoria y difamatoria contra ellos y, en lugar de informar, tomaron una abierta posición sobre el tema, con la intención de despertar en el público sospechas sobre su actuación profesional.

2º) Que la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al confirmar la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la demanda promovida contra el diario La Nación y la rechazó en cuanto fue dirigida contra el periodista Jorge Urien Berri. Los fundamentos del tribunal a quo han sido adecuadamente reseñados por el señor Procurador General de la Nación en su dictamen (acápite I), al que cabe remitir en razón de brevedad.

Contra ese pronunciamiento, el diario condenado interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar al recurso de hecho en examen.

3º) Que el recurso es formalmente admisible en tanto existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria en los términos del inc. 3º del art. 14, de la ley 48, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquéllas. Corresponde, asimismo, tratar en forma conjunta los agravios relativos a la supuesta arbitrariedad del pronunciamiento en la consideración de argumentos planteados en la causa, pues a ello se imputa la directa violación de los derechos constitucionales invocados, guardando, en consecuencia, ambos aspectos, estrecha conexidad entre sí (conf. Fallos: 325:50; 326:4931; 327:943, 3536, entre muchos otros).

4º) Que, tal como manifiesta el diario recurrente a fs. 1101 vta., resulta arbitraria la afirmación efectuada por el tribunal a quo en el sentido de que el diario La Nación no había controvertido las consideraciones expuestas por el juez de primera instancia acerca del carácter "desprestigiante" del editorial hacia el C.M.F. En efecto, de la expresión de agravios ante la cámara surge que el diario hizo expresa referencia al conjunto de publicaciones y a la "campaña" aludida por la parte actora, a cuya secuencia no resultaba ajeno el editorial del 19 de octubre de 1998, por lo que las críticas incluyeron, inequívocamente, a la referida pieza.

Más allá de ello, no puede soslayarse que, a pesar de lo expuesto, el a quo no declaró la deserción del recurso, sino que examinó los agravios del diario apelante - principalmente el planteo referente a la aplicabilidad de la doctrina de la real malicia- y desarrolló los fundamentos por los cuales confirmó la decisión apelada.

Es por esta razón que puede afirmarse que la cuestión federal ha sido tratada y examinada por la alzada, por lo que resulta apta para su conocimiento en esta instancia.

Cabe recordar, además, que en la tarea de esclarecer la inteligencia de cláusulas del carácter antes señalado esta Corte no se encuentra limitada por las posiciones de la cámara ni las de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue.

5º) Que, en primer término, corresponde precisar que los derechos que se encuentran en conflicto en el presente caso son, por un lado, la libertad de expresión, información y prensa y, por el otro, el derecho a la honra o reputación.

Con respecto a la libertad de expresión esta Corte ha declarado en forma reiterada el lugar eminente que dicha libertad tiene en un régimen republicano. En este sentido ha dicho desde antiguo que "...entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal..." (Fallos: 248:291). También manifestó que "el especial reconocimiento constitucional de que goza el derecho de buscar, dar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio" (Fallos: 308:789; 310:508; 321:667 y 3170).

El derecho a la honra, por su parte, se refiere a la participación que tiene el individuo dentro de la comunidad amparando a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecedor en la consideración ajena al ir en su descrédito.

6º) Que no corresponde que este Tribunal examine los artículos de investigación escritos por el periodista Urien Berri, en tanto éste fue eximido de toda responsabilidad -en virtud de que los jueces de la causa consideraron que el profesional se había limitado a cumplir con su tarea escribiendo información con cita de la fuente (doctrina C.184 189.XX "Campillay, Julio César c/ La Razón, Crónica y Diario Popular", sentencia de fecha 15 de mayo de 1986 Fallos: 308:789)- y los actores no interpusieron recurso alguno en este aspecto.

Por ello se transcribirán los términos del editorial redactado el 19 de octubre de 1998 en tanto lo allí expresado constituye el fundamento de la condena al diario recurrente y es a lo que debe ceñirse el examen de esta Corte:

"Transparencia de peritajes forenses.

Como si la credibilidad del sistema judicial no estuviera ya bastante depreciada, el escándalo que ahora ha estallado en torno del cuerpo médico forense de la Corte Suprema ha venido a ahondar el escepticismo que se ha generalizado en la sociedad argentina respecto de la calidad del servicio de justicia que presta el Estado, y a agudizar las suspicacias sobre comportamientos criminales en esferas vinculadas con el poder político.

Porque ya no se trata de averiguaciones de los jueces sobre eventuales negociados y actos de corrupción, ni de enriquecimientos sospechosos o decisiones irregulares adoptadas bajo presiones políticas: en los casos en que intervienen los médicos forenses hay vidas humanas que han sido súbita y violentamente truncadas. Y en varios de los más resonantes casos en que han aflorado ante la opinión ciudadana cuestionamientos, desconfianzas y contradicciones respecto de peritajes e informes profesionales aparecen indicios de alguna relación entre figuras protagónicas de la vida pública y episodios horribles que conmovieron los sentimientos de la comunidad.

Los médicos forenses, como otros profesionales en sus respectivas especialidades, son auxiliares imprescindibles de la Justicia. Sobre la base de sus dictámenes reposa una

gran parte de la eficacia de los procedimientos jurídicos, y los magistrados no pueden prescindir, en la generalidad de los casos, de su opinión debidamente fundada en consideraciones científicas objetivas: un pronunciamiento pericial suele tener el carácter de un verdadero prenuncio de las decisiones del juez, sea en cuestiones de fondo o incidentales.

Pero por esa misma razón los cuerpos de peritos deben ser absolutamente confiables. El fuerte deterioro moral que llevan dictámenes falaces o amañados, producto de presiones inducidas desde posiciones política o económicamente influyentes, o peritajes negligentes realizados irresponsablemente con desconocimiento u olvido de su crucial trascendencia para el desarrollo de un proceso daña las bases mismas del sistema judicial al poner en manos del magistrado elementos de juicio que distorsionan la realidad.

En este caso, para peor, aparece una cierta forma de estructura ilegal en el ámbito forense que intenta disimular o encubrir con criterio corporativo un encadenamiento de hechos irregulares perpetrados por profesionales médicos que ha llevado al juez a requerir peritajes fuera del ámbito del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema, bajo la sospecha de que sus procedimientos son incorrectos y sus dictámenes falsean la verdad. El resultado de tales peritajes viene a avalar las sospechas, calificando como incoherente, temerario, negligente y no confiable -entre otros términos convergentes- el trabajo de los peritos de la Corte.

En vista de estos hechos, el máximo tribunal de la Nación ha dispuesto una auditoría en el Cuerpo Médico Forense y el juez Mariano Bergés citó a prestar declaración indagatoria a tres decenas de forenses sospechados del intento de encubrir con su dictamen los errores e irregularidades de otros colegas. Es menester, para que el prestigio de la Justicia no siga mermando, que la investigación llegue a conclusiones indubitadas y el cuerpo de peritos resulte depurado -si es necesario- para recuperar la imprescindible credibilidad.

Es cierto que el sistema judicial argentino padece muchas otras deficiencias que son notorias, en todos los niveles de la administración de Justicia, pero la falta de un cuerpo médico forense responsable, en cuyo cabal sentido de su función profesional se pueda confiar, es una carencia insalvable cuando se trata de llegar a la verdad sobre hechos que golpean duramente la sensibilidad de la gente y suelen adquirir incluso gravitación política".

7º) Que el editorial del diario demandado tuvo por finalidad expresarse acerca de un tema de interés público -el funcionamiento del C.M.F-, utilizando para ello tanto afirmaciones sobre hechos como opiniones críticas.

Esta distinción entre hechos y opiniones es jurídicamente relevante para establecer qué tipo de regla se debe aplicar para juzgar la responsabilidad civil: en el supuesto de los hechos se utilizarán las doctrinas de "Campillay" (Fallos: 308:789) y de la "real malicia"; en el caso de las opiniones críticas -en tanto no es posible predicar de ellas verdad o falsedad (voto de los jueces Petracchi y Bossert en Fallos: 321:2558)- no se aplicarán dichas doctrinas, sino un criterio de ponderación con fundamento en el estándar del "interés público imperativo".

En este aspecto, los jueces de la cámara entendieron que el editorial sólo expresaba opiniones, mientras que el señor Procurador General de la Nación sostuvo que exhibe aserciones de hechos.

Para esta Corte, el editorial afirma hechos cuando refiere a la estructura del C.M.F.: "(...) En este caso, para peor, aparece una cierta forma de estructura ilegal en el ámbito forense que intenta disimular o encubrir con criterio corporativo un encadenamiento de hechos irregulares perpetrados por profesionales médicos (...)" y también expresa opiniones críticas cuando alude a que "(...) Es menester, para que el prestigio de la justicia no siga mermando, que la investigación llegue a conclusiones indubitadas y el cuerpo de peritos resulte depurado -si es necesario- para recuperar la imprescindible credibilidad".

8º) Que con relación a los hechos afirmados en la pieza editorial -referentes a la conducta profesional de funcionarios públicos-, corresponde señalar que si bien allí no se hizo expresa referencia a los actores es evidente que se trató de ellos en particular, pues dichas afirmaciones deben ser analizadas en el contexto conformado por las diversas notas previas -que forman parte de esta litis independientemente de haber sido excluidas de la revisión de esta Corte Suprema- de las que surgían claramente sus identidades. De aquí se sigue que no se ha cumplido con el tercer supuesto de la doctrina "Campillay" (Fallos: 308:789) que tiene por objeto proteger la honra o la reputación del afectado mediante la reserva de su identidad y si ésta puede ser fácilmente descubierta -como sucede en el sub lite- resulta claro que el medio será responsable.

9º) Que descartada la aplicación de "Campillay" (Fallos: 308:789) corresponde examinar el caso a la luz de la doctrina de la "real malicia".

Según esta doctrina, tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad (doctrina de Fallos: 320:1272; 327:943).

Estos principios son consistentes con el diseño de un Estado de Derecho constitucionalmente reglado. La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano. El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes.

Así lo ha señalado esta Corte al afirmar que "no se trata de la verdad absoluta, sino de buscar leal y honradamente lo verdadero, lo cierto, lo más imparcialmente posible y de buena fe" (caso V.91.XXIII. "Vago, Jorge Antonio c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otros", del 19 de noviembre de 1991, Fallos: 314:1517).

Estas afirmaciones forman parte del acervo común de los jueces de importantes tribunales que han adoptado una línea de interpretación amplia, admitiendo incluso el error sobre los hechos. En este sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que "Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y éste debe ser

protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir" (New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254, 271).

Por su parte, el tribunal constitucional español sostuvo, en su sentencia 6/1988, que "...Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho [de expresarse libremente], la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio..." (Jurisprudencia Constitucional, tomo XX, pág. 57). En forma parecida se ha expresado el Tribunal Constitucional Alemán en el caso "Boll" en el que sostuvo que "un énfasis excesivo en la obligación de probar la verdad y las graves sanciones que son su consecuencia, podrían llevar a una restricción y a una inhibición de los medios; éstos ya no podrían cumplir con sus tareas, especialmente aquellas que consisten en el control público, si se los sometiera a un riesgo [de sanción] desproporcionado" (BVerfGE 54, 208, transcripto por Martín Kriele en "ESJ Grundrechte", Munich 1986, pág. 425).

10) Que en la causa los actores no han aportado elementos que permitan concluir que el diario conocía la invocada falsedad de los hechos afirmados en el editorial o que obró con notoria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

En efecto, la aserción del editorial examinada por los jueces de la causa no hizo sino reflejar, a modo de síntesis, el contenido de las notas que, con la firma del periodista Urien Berri, había publicado el mismo diario entre el 1º de diciembre de 1997 y la fecha del editorial. Como bien señala el señor Procurador General de la Nación, habría que incluir en el examen el contexto conformado por diversas notas previas provenientes del mismo medio periodístico que, si bien no pertenecen al referido editorial, sirven para determinar el contenido de esas afirmaciones. Si ello es tenido en cuenta, se dice en el dictamen, "es evidente que, en el caso, esas afirmaciones del editorial corresponden a hechos claramente identificados en el contexto mayor que rodeaba a la publicación del editorial" (acápite VIII).

11) Que los hechos reproducidos por el demandado se basan en indicios razonables existentes al momento de su redacción.

No puede pasarse por alto, en la lectura del editorial, que la posible existencia de una "cierta forma de estructura ilegal" parece indudablemente anudada a la denuncia de una "mafia" en el seno del C.M.F -organización que, según esa acusación, falsearía los diagnósticos- contenida en el manuscrito anónimo aludido en las notas del 1º y 13 de diciembre de 1997, del 13 de marzo de 1998 y del 15 de abril de 1998, firmadas por Urien Berri. Tal correspondencia queda marcada con mayor acento si se retiene que el editorial hizo alusión a la "sospecha de que sus procedimientos son incorrectos y sus dictámenes falsean la verdad". Debe remarcarse que la cámara ponderó que la existencia de dicho anónimo fue admitida por el propio decano del cuerpo médico, lo que implicó, a su vez, el reconocimiento de que el escrito contenía una grave imputación.

El editorial en cuestión, empero, no reprodujo la expresión "mafia" sino la posible existencia -a la luz de las notas que lo precedieron- de una "cierta... estructura ilegal".

Debe añadirse, que a pesar de que el ex juez Bergés aseveró que ni Urien Berri ni La Nación pudieron tener acceso a la causa penal que se hallaba en trámite en su juzgado -

en la que investigó la presunta falsedad del informe médico plenario firmado por 31 médicos forenses-, no puede desconocerse que esa afirmación fue realizada una vez concluido el proceso penal; pero hasta la sentencia de sobreseimiento, los pasos procesales podían indicar otro final, distinto, por cierto, al que tuvo dicho proceso penal.

Esta conclusión adquiere mayor claridad si se subraya otra expresión del mismo ex magistrado, quien aseveró: "...Pero es quizás muy posible que esta causa no hubiere andado hasta aquí de contar el informe pericial de mentas con fundamentos de cada conclusión (...) Fue menester la sospecha judicial y consecuente convocatoria a prestar declaración indagatoria lo que posibilitó aclarar los términos, actos de descargo con sus agregados bibliográficos que han permitido con holgura ahora arribar a la conclusión desvinculatoria..." (confr. resolución del 12 de abril de 1999, obrante a fs. 232/316 vta., punto j, de la causa "CMF s/ falso testimonio", Nº 27.985, que obra en copias certificadas no adjuntadas al expediente; el destacado no aparece en el texto original).

En otras palabras, hubo una fundada sospecha por parte de un magistrado del Poder Judicial de la Nación acerca de la posible existencia de una grave irregularidad en el funcionamiento del C.M.F., aspecto que fue reflejado en las sucesivas notas publicadas por el periodista Urien Berri y en el editorial analizado, lo que demuestra, en el contexto examinado, que el diario no conocía la falsedad de la información ni obró con despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

Desde esta perspectiva, corresponde acoger el recurso y rechazar, consiguientemente, la pretensión de los actores.

12) Que la segunda parte del editorial examinado por la cámara -en la que se alude a que debía depurarse, de ser necesario, al C.M.F. para recuperar su credibilidad y evitar que el prestigio del Poder Judicial siguiera mermando- contiene una opinión.

Tal como se dijo anteriormente -recordando el voto de los jueces Petracchi y Bossert en Fallos: 321:2558- a diferencia de lo que ocurre con los hechos "respecto de las ideas, opiniones, juicios de valor, juicios hipotéticos o conjeturas, dada su condición abstracta, no es posible predicar verdad o falsedad".

También en dicho voto se recordó el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "Lingens vs. Austria" (sentencia del 8 de julio de 1986, serie A, Nº 103) que resulta paradigmático para la cuestión de que se trata. El caso se suscitó debido a que el periodista austriaco Lingens publicó dos artículos en una revista vienesa en los que acusaba al canciller austriaco y presidente del Partido Socialista Austriaco de proteger ex nazis mediante un "oportunismo de lo más bajo". En sus notas Lingens calificó la conducta del canciller como "inmoral" e "indigna" (parágrafos 12 a 19).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuestionó la decisión de los tribunales intervinientes que, con fundamento en el párrafo 3º del art. 111 del Código Penal Austriaco, habían condenado al señor Lingens debido a que éste no había podido probar la verdad de sus dichos. Para así decidir, el Tribunal Europeo consideró que no cabía exigir la prueba de verdad en materia de opiniones. En lo que a este caso interesa, afirmó que "una distinción delicada debe hacerse entre hechos y juicios de valor. La existencia de hechos puede ser demostrada, en tanto la verdad de los juicios de valor

no es susceptible de prueba". También consideró que en lo que respecta a los juicios de valor el requisito de probar la verdad no puede cumplirse por lo que su exigencia implica una violación al derecho de libertad de expresión consagrado en el art. 10 de la convención (párrafo 46).

Más allá de las circunstancias particulares del caso "Lingens" lo que merece ser destacado en el sub lite es la distinción entre los hechos y los juicios de valor y la necesidad de que ambas categorías sean juzgadas con parámetros diferentes. Ello es así, en tanto la real malicia resulta inaplicable a los supuestos de expresión de ideas, opiniones y juicios de valor debido a que sólo cuando se trata de la afirmación de hechos es posible sostener un deber de veracidad como el que subyace al estándar de "New York Times v. Sullivan". Tal como se dijo ut supra este estándar exige que los funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en temas de interés público prueben que la información -por hipótesis falsa- fue efectuada "a sabiendas de su falsoedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia" (Fallos: 310:508, considerando 11). De aquí se sigue que en la medida en que respecto de las opiniones no es posible predicar verdad o falsoedad no es adecuado aplicar un estándar de responsabilidad que tiene por presupuesto la falsoedad.

13) Que en supuestos de interés público cuando el afectado por un juicio de valor es un funcionario o una personalidad pública sólo un 'interés público imperativo' puede justificar la imposición de sanciones para el autor de ese juicio de valor.

Tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Herrera Ulloa c/ Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el art. 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Allí se enfatizó que "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el art. 13 garantiza y no limite más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo legítimo" (OC 5/85, del 13 de noviembre de 1985, Colegiación Obligatoria de Periodistas; "Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004; Corte Europea de Derechos Humanos, caso "The Sunday Times vs. United Kingdom", sentencia del 29 de marzo de 1979, serie A, N° 30; "Barthold vs. Germany", sentencia del 25 de marzo de 1985, serie A. N° 90).

También allí se ha manifestado que "[E]l control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público" (párrafo 127). Se agregó que "[E]s así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestas a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus

actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público" (párrafo 129).

14) Que a la luz del criterio de ponderación anteriormente señalado, cabe concluir que en el caso de autos no se observa un interés público imperativo que justifique condamar a La Nación por sus opiniones vertidas respecto al funcionamiento del C.M.F. desde que, como lo indica el señor Procurador en su dictamen, el demandado se limitó a referirse a un cuadro de situación vinculado con un proceso del que muchos medios se hacían eco, y que había llegado a un grado importante en su etapa de investigación judicial.

Que ese editorial haya molestado a los actores, se entiende, pero ello no constituye sino uno de los precios que hay que pagar por vivir en un Estado que respeta la libertad de expresión. En consecuencia, también desde esta perspectiva se debe acoger el recurso y rechazar la pretensión de los demandantes.

15) Que, en suma, puede afirmarse que el texto del editorial examinado, en lo que concierne tanto a la afirmación cuanto a la opinión allí contenidas, no es apto para generar la responsabilidad del diario demandado. En consecuencia, la decisión apelada que responsabilizó al referido diario, constituye una restricción indebida a la libertad de expresión que desalienta el debate público de los temas de interés general, por lo que debe ser revocada.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 126 y agréguese la presente queja a los autos principales. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO

DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que en cuanto a los antecedentes de la causa y la cuestión federal sometida a consideración de esta Corte, me remito -en lo pertinente- al dictamen del señor Procurador General y a los votos emitidos en estos autos, a fin de evitar repeticiones innecesarias.

2º) Que, con relación al texto del 19 de octubre de 1998, publicado por "La Nación", coincido con los votos mencionados supra en cuanto a que -en materia de afirmaciones inexactas, formuladas en temas de relevancia pública, que pueden afectar el honor de funcionarios (o figuras públicas)- resulta necesario aplicar la doctrina constitucional plasmada en los casos C.752.XIX "Costa, Héctor Rubén c/ M.C.B.A. y otros", sentencia del 12 de marzo de 1987 (Fallos: 310:508) y R.134.XXI. "Ramos, Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y otros", sentencia del 27 de diciembre de 1996 (Fallos: 319:3428).

Según dicha doctrina constitucional, los funcionarios (o, en su caso, las figuras públicas) deben probar que la información -por hipótesis, falsa- fue efectuada "a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia" ("Costa", considerando 11).

La Corte destacó en "Costa" que dicho estándar de responsabilidad respondía "...en última instancia al fundamento republicano de la libertad de imprenta ya que '...no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de los poderes públicos...' (discurso del doctor Vélez Sársfield en la sexta sesión ordinaria de la Convención Constituyente del año 1860) y, en consecuencia, el retraimiento de la prensa en este ámbito causaría efectos más perniciosos que los excesos o abusos de la libertad de informar..." ("Costa", considerando 13).

Teniendo en cuenta los valores que inspiran la mencionada doctrina, resulta auspicioso que este Tribunal -en su actual composición- ratifique su adhesión a ella, en forma unánime.

3º) Que también coincido con los votos citados en el considerando 1º, en cuanto a que no se ha probado en el sub lite que las afirmaciones contenidas en la publicación del 19 de octubre de 1998 -que han podido quedar contradichas por las resoluciones dictadas posteriormente en la causa penal- hayan sido hechas con la particular disposición subjetiva que exige la doctrina de "Costa" y "Ramos". Me remito a esos votos, en lo pertinente, para no abundar en repeticiones innecesarias.

Desde la perspectiva señalada, corresponde acoger el recurso y rechazar, consiguientemente, la pretensión de los actores.

4º) Que, en cambio, aquellos tramos del texto del 19 de octubre de 1998 que contienen ideas, opiniones, juicios críticos y de valor -que han sido, sin duda, molestos para los actores- deben ser apreciados de acuerdo a pautas diferentes.

Destaco, en primer lugar, que no es extraño que un discurso contenga afirmaciones fácticas y juicios de valor y que esa circunstancia pueda obligar a utilizar criterios distintos para ambos supuestos. Cito, como ejemplo, un fallo del Tribunal Constitucional de España (sentencia 105/1990, del 6 de junio de 1990, en B.O.E. del 5 de julio de 1990) en donde se encontraron, en un mismo discurso, expresiones preponderantemente informativas y otras que -en cambio- eran opiniones valorativas. Unas y otras se apreciaron según distintos criterios. Y, a su vez, dentro de la segunda categoría (opiniones), se consideró que algunas críticas estaban protegidas por la libertad de expresión, y otras no (estas últimas, por "inútilmente vejatorias").

Nada hay, entonces, de especial o singular en el texto del 19 de octubre de 1998, que nos ocupa.

5º) Que, en segundo término, reitero el criterio que desarrollé en el caso A.418.XXI "Amarilla, Juan H. s/ recurso extraordinario en autos: 'Gorvein, Diego Rodolfo s/ querella s/ calumnias e injurias c/ Amarrilla, Juan H.' expte. N° 797/93", sentencia del 29 de septiembre de 1998 (Fallos: 321:2558, 2569). En dicho voto, al que me remito en lo pertinente, señalé que el estándar de la real malicia "resulta inaplicable a los supuestos

de expresión de ideas, opiniones y juicios de valor. En otras palabras, sólo cuando se trata de la afirmación de hechos es posible sostener un deber de veracidad como el que subyace al estándar de 'New York Times vs. Sullivan'. Ello es así, pues respecto de las ideas, opiniones, juicios de valor, juicios hipotéticos o conjeturales [...] no es posible predicar verdad o falsedad" (considerando 9º).

Con relación a las "opiniones, ideas o juicios de valor agresivos respecto de la reputación y el honor de terceros" (considerando 13 de mi voto en "Amarilla"), expresé que "sólo corresponde tomar como objeto de posible reproche jurídico la utilización de palabras inadecuadas, esto es, la forma de la expresión y no su contenido pues éste, considerado en sí, en cuanto de opinión se trate, es absolutamente libre" (loc. cit.).

Destaqué que no era suficiente la indagación de los significados literales de los términos usados, pues resultaba necesario considerar "la terminología usual en el contexto en el que han sido vertidos" y concluí señalando que "el criterio de ponderación deberá estar dado, pues, por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que manifiestamente carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan. En otras palabras, no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita o injustificada" (loc. cit.).

6º) Que, en consecuencia, por aplicación del criterio de ponderación citado precedentemente, se concluye fácilmente en que nada hay en el texto del 19 de octubre de 1998 publicado en "La Nación", que pueda ser considerado inútilmente vejatorio o insultante o que haya traspasado los límites anteriormente indicados. Que ese editorial haya molestado a los actores, se entiende, pero ello no constituye sino uno de los precios que hay que pagar por vivir en un estado que respeta la libertad de expresión.

También desde esta perspectiva corresponde, entonces, el acogimiento del recurso y el rechazo de la pretensión de los demandantes.

Por ello y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 126 y agréguese la presente queja a los autos principales. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1º a 6º del voto de la mayoría, a los que remite a fin de evitar repeticiones innecesarias.

7º) Que el editorial publicado por el diario demandado tuvo la finalidad de manifestarse sobre el funcionamiento de un organismo público, como lo es el Cuerpo Médico Forense y para ello se ha valido de un lenguaje que incluye opiniones críticas sobre ciertas circunstancias que han sido mencionadas asertivamente.

8º) Que es doctrina de esta Corte que, cuando un órgano periodístico difunde una información que pueda rozar la reputación de las personas, para eximirse de responsabilidad debe hacerlo "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" (Fallos: 308:789, caso "Campillay", considerando 7º).

9º) Que, en el presente caso, el demandado se ajustó a los requisitos establecidos por el reseñado estándar judicial a fin de justificar la licitud de su accionar, en la medida en que ha reservado la identidad de los involucrados en los hechos. En efecto, de los términos transcriptos sólo es dable inferir que se hallaban implicados algunos miembros del Cuerpo Médico Forense, que no aparecen específicamente mencionados. Por otra parte, la mención al sumario penal no deja dudas que se acudió a esa fuente para afirmar los hechos narrados.

10) Que aún cuando se admitiera por vía de hipótesis el incumplimiento del estándar de "Campillay" (Fallos: 308:789), cabe recordar que la circunstancia de que la información no pueda ampararse en la citada doctrina no determina que la condena al órgano de prensa sea inevitable sino que, por el contrario, correspondería examinar si, en el caso, se configuran los presupuestos generales de la responsabilidad civil (Fallos: 326:145 caso B.961.XXXV "Burlando, Fernando Andrés c/ Diario El Sol de Quilmes", sentencia del 18 de febrero de 2003, considerando 6º Fallos: 329:3775; caso S.495.XL "Spinosa Melo, Oscar Federico y otros c/ Mitre, Bartolomé y otros", sentencia del 5 de septiembre de 2006, voto de los jueces Maqueda y Luis Roberto Rueda; S.1858.XL "Sciammaro, Liliana E. c/ Diario 'El Sol' s/ daños y perjuicios", voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, sentencia del 28 de agosto de 2007).

11) Que cabe, entonces, examinar la cuestión a la luz del criterio de la real malicia reconocido por este Tribunal. Ese estándar sostiene que tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en cuestiones de esa índole, aun si la noticia tuviere expresiones falsas e inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad y obra con real malicia, esto es, con el exclusivo propósito de injuriar y calumniar y no con el de informar, criticar o incluso, de generar una conciencia política opuesta a aquella a quien afectan los dichos. Se requiere pues que las informaciones hayan sido difundidas con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas (Fallos: 326:145 caso "Burlando", considerando 6º; S.1858.XL "Sciammaro, Liliana E. c/ Diario 'El Sol' s/ daños y perjuicios", voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, sentencia del 28 de agosto de 2007).

12) Que en la causa los actores no han aportado elementos que permitan concluir que el diario conocía la invocada falsedad de los hechos afirmados en el editorial o que obró con notoria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

En efecto, la aserción del editorial examinada por los jueces de la causa no hizo sino reflejar, a modo de síntesis, el contenido de las notas que, con la firma del periodista Urien Berri, había publicado el mismo diario entre el 1º de diciembre de 1997 y la fecha del editorial. Como bien señala el señor Procurador General de la Nación, habría que incluir en el examen el contexto conformado por diversas notas previas provenientes del mismo medio periodístico que, si bien no pertenecen al referido editorial, sirven

para determinar el contenido de esas afirmaciones. Si ello es tenido en cuenta, se dice en el dictamen, "es evidente que, en el caso, esas afirmaciones del editorial corresponden a hechos claramente identificados en el contexto mayor que rodeaba a la publicación del editorial" (acápite VIII).

13) Que los hechos reproducidos en el editorial se basan en indicios razonables existentes al momento de su redacción.

No puede pasarse por alto, en la lectura del editorial, que la posible existencia de una "cierta forma de estructura ilegal" parece indudablemente anudada a la denuncia de una "mafia" en el seno del Cuerpo Médico Forense -organización que, según esa acusación, falsearía los diagnósticos- contenida en el manuscrito anónimo aludido en las notas del 1º y 13 de diciembre de 1997, del 13 de marzo de 1998 y del 15 de abril de 1998, firmadas por Urien Berri.

Tal correspondencia queda marcada con mayor acento si se retiene que el editorial hizo alusión a la "sospecha de que sus procedimientos son incorrectos y sus dictámenes falsean la verdad". Debe remarcarse que la cámara ponderó que la existencia de dicho anónimo fue admitida por el propio decano del cuerpo médico, lo que implicó, a su vez, el reconocimiento de que el escrito contenía una grave imputación.

El editorial en cuestión, empero, no reprodujo la expresión "mafia" sino la posible existencia -a la luz de las notas que lo precedieron- de una "cierta... estructura ilegal".

Debe añadirse que, a pesar de que el ex juez Bergés aseveró que ni Urien Berri ni La Nación pudieron tener acceso a la causa penal que se hallaba en trámite en su juzgado -en la que investigó la presunta falsedad del informe médico plenario firmado por 31 médicos forenses-, no puede desconocerse que esa afirmación fue realizada una vez concluido el proceso penal; pero hasta la sentencia de sobreseimiento, los pasos procesales podían indicar otro final, distinto, por cierto, al que tuvo dicho proceso penal.

Esta conclusión adquiere mayor claridad si se subraya otra expresión del mismo ex magistrado, quien aseveró: "...Pero es quizás muy posible que esta causa no hubiere andado hasta aquí de contar el informe pericial de mentas con fundamentos de cada conclusión (...) Fue menester la sospecha judicial y consecuente convocatoria a prestar declaración indagatoria lo que posibilitó aclarar los términos, actos de descargo con sus agregados bibliográficos que han permitido con holgura ahora arribar a la conclusión desvinculatoria..." (confr. resolución del 12 de abril de 1999, obrante a fs. 232/316 vta., punto j, de la causa "CMF s/ falso testimonio", Nº 27.985, que obra en copias certificadas no adjuntadas al expediente).

En otras palabras, hubo una fundada sospecha por parte de un magistrado del Poder Judicial de la Nación acerca de la posible existencia de una grave irregularidad en el funcionamiento del Cuerpo Médico Forense, aspecto que fue reflejado en las sucesivas notas publicadas por el periodista Urien Berri y en el editorial analizado, lo que demuestra, en el contexto examinado, que el diario no conocía la falsedad de la información ni que mostró una total despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

En este sentido es dable aclarar que la tutela constitucional de la libertad de expresión no puede limitarse a las afirmaciones que -con posterioridad al hecho- son declaradas

"verdaderas" por un órgano jurisdiccional, sino que resulta imperativo determinar - ante la existencia de una noticia inexacta- el grado de diligencia desplegado por el informador en la tarea de determinar su veracidad.

14) Que este Tribunal ha sostenido que cuando las opiniones versan sobre materias de interés público o sobre la gestión de quienes desempeñan funciones públicas, y tal categoría comprende la labor desempeñada por los integrantes del Cuerpo Médico Forense, la tensión entre los distintos derechos en juego -el de buscar, dar, recibir y difundir informaciones u opiniones y el derecho al honor, a la dignidad y a la intimidad de las personas- debe resolverse en el sentido de asignar un mayor sacrificio a quienes tienen en sus manos el manejo de la cosa pública (Fallos: 329:3775, caso "Spinosa Melo", voto de los jueces Maqueda y Rueda, considerando 26).

15) Que dicha doctrina se funda en que las personalidades públicas tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones y en que aquéllas se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias. Por otra parte, atiende de manera prioritaria al valor constitucional de resguardar el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público, como garantía esencial del sistema republicano. Ello obliga a un criterio estricto en la ponderación de los presupuestos de la responsabilidad civil, pues lo contrario conspiraría contra la formación de una opinión pública vigorosa, en razón de la fuerza paralizadora y disuasiva de la obligación de resarcir (Fallos: 329:3775, caso "Spinosa Melo", voto de los jueces Maqueda y Rueda, considerando 27).

16) Que desde esta perspectiva puede concluirse que el carácter difamatorio de los términos del editorial no superan el nivel de tolerancia que es dable esperar de un funcionario público que se desempeña en el Cuerpo Médico Forense cuando se lo critica en su esfera de actuación pública, máxime cuando los hechos tuvieron una amplia cobertura periodística en otros medios nacionales. En consecuencia, la decisión apelada que responsabilizó al diario constituye una restricción indebida a la libertad de expresión que desalienta el debate público de los temas de interés general, por lo que debe ser revocada.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se revoca la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se rechaza la demanda. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 126 y agréguese la presente queja a los autos principales. Notifíquese y oportunamente, remítase. JUAN CARLOS MAQUEDA.

2. Garantías constitucionales

i. Introducción

Las garantías consisten en una serie de institutos que hacen posible la protección al respeto y goce efectivo de los derechos enunciados en la primera parte de la Constitución. Nacen como parte de la concepción del constitucionalismo clásico o moderno, cuyo objetivo

estaba cifrado en brindar seguridad al individuo frente a los poderes del Estado.

Las garantías constitucionales operan fundamentalmente en la situación más débil en la que puede hallarse un individuo frente a los poderes del Estado: el proceso penal. La Constitución establece límites al poder punitivo, enunciados de forma genérica en la garantía del debido proceso y defensa en juicio.

Por fuera de esta situación, las garantías también operan en casos de directa afectación a un derecho individual que necesita inmediata tutela o protección, y los institutos constitucionales destinados a estos casos son el amparo, el habeas data y el habeas corpus.

ii. Garantías Constitucionales en el proceso penal

El nacimiento de la doctrina de limitación al poder punitivo suele situarse a partir del texto “De los delitos y de las penas”, escrito por Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria en 1764. Se trata de un texto fundamental para el inicio del proceso que se llamó de “humanización” de las penas, en el que se deslegitimó la idea de pena como retribución o castigo -que incluía una buena parte de castigos corporales- para comenzar la postulación de la pena “reeducadora”, es decir, con un fin que incluye al hombre en sí mismo, considerada su dignidad.

En nuestro país, esta corriente de pensamiento se plasmó en el artículo 18 CN, donde se establece: “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.”

Si bien el modelo liberal es el que ha quedado plasmado en nuestra Constitución, existen hoy en día otras lecturas e interpretaciones del papel y función del sistema de garantías que intentan superar la mirada decimonónica. Una de las más salientes es la denominada “Teoría del garantismo”, desarrollada sustancialmente por el jurista italiano Luigi Ferrajoli a partir de su obra “Derecho y razón”, publicada originalmente en 1989. Si bien sus principales aplicaciones y la mayor parte del interés del autor están dirigidos a las garantías frente al poder punitivo, lo cierto es que se trata de una teoría integral, que puede proyectarse de modo transversal sobre toda el mundo jurídico.

La teoría del garantismo se expresa fundamentalmente en el axioma “el derecho es la garantía de los débiles frente a los poderosos”. Este principio alimenta sus dos vertientes: el modelo de derecho y la propuesta de teoría general del derecho. En relación al modelo de derecho, el garantismo constituye una alternativa al Estado de derecho liberal, donde los ideales de respeto irrestricto a la autonomía de los individuos impide la posible intervención a favor de quienes se encuentran en situación de debilidad.

Uno de los antecedentes más importantes a la teoría garantista de Ferrajoli puede hallarse en el pensamiento de Alessandro Baratta, quien desarrolló la doctrina del “derecho penal mínimo”, cuyo contenido

esencial es la consideración del respeto a los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. Este principio se engloba dentro de su teoría de la democracia, que toma en primera consideración la inclusión de las víctimas y de todos aquellos que más sufren.

Desde esta perspectiva, las garantías constitucionales constituyen a su vez el límite al poder coercitivo del Estado como el remedio de los débiles frente a él. Con este horizonte analizaremos el texto del artículo 18 CN, del que se desprenden diversos principios:

a) principio de legalidad: implica la necesidad de que exista una ley previa al hecho que se reputa ilícito. Así, si al momento del hecho no existe una ley que caracterice la conducta como ilícita, no podrá llevarse adelante un proceso. De aquí se desprende el principio de irretroactividad de la ley penal, que prohíbe la aplicación de una ley posterior al hecho, excepto si resulta más beneficiosa para el imputado.

b) garantía de jueces naturales: se expresa a partir del requerimiento de que el tribunal ha sido creado con anterioridad al proceso, por una ley que ha establecido su competencia. Esta garantía no opera únicamente en el proceso penal, sino que se extiende a toda clase de procesos.

c) garantía contra la autoincriminación: prescribe la prohibición de ser obligado a declarar contra sí mismo. La mayoría de la doctrina y aún la Corte Suprema de Justicia indican que esta prohibición rige exclusivamente para el proceso penal. En la práctica, esta garantía supone para el imputado la eximición de prestar declaración bajo juramento cuando es citado a audiencia indagatoria. Desde luego, esta garantía se vincula con la prohibición de aplicación de tormentos para obtener una declaración del imputado.

d) garantía de la libertad ambulatoria: la Constitución prohíbe el arresto si no es "en virtud de orden escrita emanada de autoridad

competente". La doctrina ha entendido que la autoridad competente a la que refiere el texto constitucional no puede ser otra que la judicial. Sin embargo, los distintos Códigos Procesales que reglamentaron esta garantía se han apartado de este principio, al facultar a las fuerzas de seguridad a proceder a la detención en situaciones específicas en las que no resulta práctico el requerimiento previo de una orden judicial, tal es el caso de la flagrancia o de la existencia de lo que se suele denominar "indicios vehementes de culpabilidad". Como complemento a esta garantía se erige el habeas corpus, que resulta el remedio más idóneo de defensa de la libertad física en el caso de detenciones ilegales o de agravamiento ilícito de las condiciones de detención (artículo 43 CN).

e) **inviolabilidad del domicilio y papeles privados:** se refiere a la necesidad de que exista una orden judicial fundada para poder acceder a un domicilio, a la correspondencia epistolar y -por equiparación legislativa- al correo electrónico, mensajes de texto y toda otra nueva forma de comunicación.

f) **debido proceso legal:** de forma genérica, significa que nadie puede ser privado de un derecho sin que haya existido un proceso regular, establecido por una ley. Supone además el derecho a participar del proceso, a ser oído, a ofrecer y producir prueba y controlar la que produzcan las otras partes. Como en nuestro texto constitucional no existe una referencia expresa a la presunción de inocencia -aunque sí lo hay en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional- la doctrina ha entendido que se trata de un derecho implícito contenido en la garantía de debido proceso y defensa en juicio.

De aquí se desprenden dos principios de suma relevancia para el proceso penal: i) **principio de congruencia:** para dictar sentencia el juez no puede apartarse de los hechos y las cuestiones planteadas por las partes durante el proceso; ii) **principio de plazo razonable:** el proceso

debe desarrollarse en un plazo razonable, que si bien no está establecido formalmente puede encontrarse un límite en el instituto de la prescripción de la acción penal, así como en los límites temporales impuestos para la prisión preventiva. La jurisprudencia de la Corte ha observado el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y la sociedad, ponga término a la situación de incertidumbre que importa el proceso penal.

g) protección de quienes se encuentran detenidos: el artículo 18 también prescribe una garantía para aquellos que se encuentran detenidos, ya sea cumpliendo una pena privativa de libertad o procesados con prisión preventiva. Esta norma reasegura el principio de dignidad inherente a todos los seres humanos, incluso en la situación de privación de derechos más intensa que puede disponer el Estado. La doctrina también ha asegurado que esta cláusula constitucional expresa la función que el constituyente ha querido otorgarle a la pena en nuestro país, prohibiendo su imposición como castigo.

iii. Mecanismos de garantía

a) La acción de amparo

El primer párrafo del artículo 43 CN indica: "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 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 la que se funde el acto u omisión lesiva."

Para que proceda el amparo debe existir una lesión actual o inminente de un derecho subjetivo concreto, y la lesión debe estar motivada por un acto de autoridades públicas o de particulares que sea arbitrario o ilegítimo. Se trata de una petición unilateral, que sólo puede iniciar el titular del derecho afectado.

Desde la reforma constitucional de 1994 nuestro sistema cuenta con una modalidad novedosa del juicio de amparo. Se trata del denominado "amparo colectivo" previsto en el art. 43, 2º párrafo, que constituye una ampliación del amparo individual.

Las diferencias de este instituto con el amparo individual están dadas por las características de los derechos afectados y de los sujetos legitimados para iniciar la acción. En cuanto a lo primero, se extienden la protección a los derechos del medio ambiente y del consumidor, de forma congruente con los nuevos derechos introducidos en los artículos 41 y 42 CN. En segundo lugar, la legitimación activa para iniciar la acción ya no estará depositada exclusivamente en un sujeto determinado, sino que se reconoce la legitimación a: el afectado, el defensor del Pueblo, y las asociaciones registradas.

b) **Habeas corpus:** el párrafo 4 del artículo 43 CN indica que "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."

Se trata de una acción judicial de garantía, que tiene por objetivo lograr la libertad física de una persona cuando ha sufrido de modo ilegal una restricción a ella actual o inminente. También procede

cuando se agravan de forma ilegítima las condiciones de detención de una persona.

La finalidad del habeas corpus es llevar a la persona a disposición del juez correspondiente o, en su caso, ordenar su libertad. Cualquier persona está legitimada para interponer esta acción en nombre del afectado.

c) Habeas data: el 3er. párrafo del artículo 43 expresa que “toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.”

Se trata de una acción constitucional de garantía que tiene por objeto el acceso de cualquier persona a un registro o banco de datos para conocer la información existente sobre su persona, y para requerir la corrección de esa información en caso de que le cause algún perjuicio.

Actividad

1. Responda:

a) ¿Para qué sirven las garantías constitucionales? ¿A quién protegen?

2. Lea los siguientes extractos del texto “De los delitos y de las penas”. Señale las ideas que pueden identificarse con la doctrina de “humanización” de las penas. Identifique su fundamento.

C. BECCARIA, De los delitos y las penas (1764)

Cap. I. Origen de las penas

Las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad.

[...]

Cap. II. Derecho de castigar

Toda pena que no proceda de la absoluta necesidad, dice el gran Montesquieu, es tiránica; proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad ejercido por un hombre que no proceda de la absoluta necesidad es tiránico. He aquí, pues, la base sobre la que se sustenta el derecho del soberano a castigar los delitos: la necesidad de defender el conjunto de la salud pública frente a las usurpaciones particulares; y tanto más justas serán las penas, cuanto más sagrada e inviolable sea la seguridad y mayor la libertad en que el soberano conserva a sus súbditos. [...]

Ningún hombre ha dado gratuitamente parte de su propia libertad en vistas al bien público; esta quimera sólo existe en las novelas. Cada uno de nosotros querría, si fuera posible, que no le ligaran los pactos que ligan a los demás. Cada hombre se convierte en el centro de todas las combinaciones del globo.

La multiplicación del género humano, pequeña por sí misma, pero muy superior a los medios que la estéril y abandonada naturaleza ofrecía para satisfacer unas necesidades que cada vez se entrelazaban más entre sí, reunió a los primeros salvajes. Las primeras uniones formaron necesariamente otras para resistir a aquéllas, y así el estado de guerra se trasladó del individuo a las naciones.

Fue, pues, la necesidad la que obligó a los hombres a ceder parte de su propia libertad: y eso es tan cierto que cada uno sólo quiere poner en el depósito público la porción más pequeña que sea posible, la que baste para inducir a los demás a defenderle. El agregado de todas estas mínimas porciones posibles de libertad forma el derecho de castigar; todo lo demás es abuso, y no justicia, es hecho, y no ya derecho. Obsérvese que la palabra —derecho“ no es contradictoria de la palabra —fuerza“, sino que la primera es más bien una modificación de la segunda, en concreto, la modificación que resulte más útil a la mayoría. Y por justicia yo no entiendo otra cosa que el vínculo necesario para mantener unidos los intereses particulares, sin el cual se disolverían en el antiguo estado de insociabilidad. Todas las penas que sobrepasan la necesidad de conservar este vínculo son injustas por su naturaleza. [...]

Cap. XII. Fin de las penas

De la simple consideración de las verdades expuestas hasta aquí se hace evidente que el fin de las penas no es atormentar ni afligir a un ser sensible ni deshacer un delito ya cometido. Un cuerpo político, que, muy lejos de obrar por pasión, es el moderador tranquilo de las pasiones de cada uno, ¿puede abrigar esa crueldad inútil, instrumento propio del furor, del fanatismo o de los débiles tiranos? ¿Podrían acaso los clamores de un desgraciado arrancar un hecho, ya consumado, al tiempo, que no retrocede nunca? El fin, pues, no es otro que impedir al reo dañar nuevamente a sus conciudadanos, y apartar a sus iguales. Por lo tanto, deberán escogerse aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardando proporción, produzca una impresión más eficaz y duradera sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.

3. Lea el siguiente fallo y responda:

- a) ¿Qué garantía se reputó violada?
- b) ¿Cuál fue la solución a la que se arribó?
- c) ¿Cuál es el principio general en cuanto a la libertad en el proceso penal?

26408_7 LUDUEÑA, Martín P. 29/04/05

c. 26.408.

C.N.Crim. y Correc

Sala VII

DETENCION. Garantías constitucionales. Delito excarcelable. Medidas menos gravosas. Revocación.

Si el imputado fue declarado rebelde, fue notificado en el último domicilio que registra y fue cumplida la publicación de edictos, sin poder ser habido, habrán de ponderarse las reglas que surgen de los art. 2 y 280 del C.P.P.N., según las cuales deben interpretarse restrictivamente las disposiciones que coarten la libertad personal, las que sólo pueden encontrar basamento en los peligros que pudieren cernirse en torno al descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley. La limitación de la libertad no puede proceder por la sola comprobación de las circunstancias procesales mencionadas, puesto que debe realizarse un análisis en conjunto de los principios constitucionales y los que surgen de los pactos internacionales sobre derechos

humanos, a fin de establecer en qué casos y bajo qué circunstancias resulta indispensable la detención.

De tal modo, la restricción de la libertad personal sólo procederá cuando se verifiquen los peligros procesales del art. 280 del código formal, puesto que el derecho a permanecer en ese estado posee jerarquía constitucional (*). Las normas de los arts. 282, 288 y 289 del C.P.P.N. sólo constituyen reglamentación de la tratada garantía, cuya interpretación no puede contrariar el espíritu del art. 18 de la C.N. y las normas concordantes de los pactos internacionales, en particular los arts. 7, inc. 1º, 2º y 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 9, inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, interpretados de acuerdo al art. 29 de aquélla, en cuanto a la imposibilidad de limitar los derechos y garantías en mayor medida que la establecida en la Convención. Dado que el imputado no conoce la imputación en su contra ni el llamado a concurrir a prestar declaración indagatoria, diligencia que se encamina a que el causante haga uso de su derecho constitucional de defensa, sumado a que el delito que se le imputa, esto es estafa, resulta excarcelable, no procede ordenar su captura, puesto que la privación de la libertad no aparece como imprescindible, al existir medidas de similar eficacia pero menos gravosas, tales como aquellas que sirvan a la averiguación de su actual domicilio, a efectos de la citación y posterior concreción del acto de indagatoria. Por ello, y de acuerdo al principio de proporcionalidad y al carácter excepcional de las medidas de coerción, corresponde revocar la orden de captura del imputado.

4. Lea el siguiente fallo y responda:

- a) ¿Cuáles son los hechos?
- b) ¿Qué opina el Procurador? ¿Con qué argumentos?
- c) ¿Qué garantía constitucional se aplica en el fallo?
- d) ¿Cómo resolvió la Corte Suprema? ¿Con qué argumentos?

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION
CAUSA CDXLIV.

Fallo “Los caballeros de la noche”, resuelto el 24 de noviembre de 1883

Sumario: La violación de sepulcros y el secuestro de cadáveres, no puede ser castigado como delito según la legislación vigente.

Los Jueces no pueden aplicar otras leyes que las vigentes aún cuando el hecho punible no tenga penalidad establecida.

ANTECEDENTES

(Vista del Sr. Fiscal de las Cámaras)

El voluminoso proceso que V. E. se ha servido comunicar al Fiscal, constata la perpetración en esta Capital, á fines de Agosto de 1881, de un hecho inmoral y escandaloso, la violación de un sepulcro y profanación de un cadáver, llevadas a cabo por una sociedad secreta constituida, constituida al parecer para ejecutar todo género de crímenes, sin escluir el asesinato que se le han encontrado y le han sido secuestrados vario venenos, y que en el caso indicado se proponía arrancar a la familia de la finada una cuantiosa suma de dinero exigió como rescate.

Tal hecho, Exmo. Señor, raro é inaudito en los anales del foro argentino, demuestra los progresos de la criminalidad en este país, que juntamente con los estímulos de la civilización y de adelanto que recibe en la inmigración Europea que aborda sus playas, admite al mismo tiempo los elementos dañosos que arrojan los pueblos del viejo mundo, los cuales elementos es urgente regenerar, inspirándoles principios de orden, y nociones de moralidad, á fin de que no lleguen á constituir un serio peligro para esta sociedad.

Así como la realización de un hecho tan infame demuestra la progresión en que se desarrolla el crimen, la prosecución del presente juicio y la aplicación que en él ha habido necesidad de hacer, del Código Penal vigente, viene á revelar también que las ideas insolventes y desmoralizadoras, no se reducen ya á las clases inferiores de la sociedad sino que empiezan a infestarlas a todas y llegan a prevalecer a la vez en la mayoría de los miembros que componen una legislatura.

Solo así se esplica en efecto que el Código, no por olvido ó descuido de los que lo sancionaron sinó conscientemente y de un modo deliberado haya prescindido y dejado impune un hacha clasificado en todas partes de delito execrado universalmente y condenado por la conciencia humana, lo cual atribuye con razon uno de los defensores a las ideas estraviadas de un falso liberalismo.

El respeto á los muertos es ciertamente un instinto poderoso de la naturaleza humana; y es tambien apoyado por todas las creencias religiosas, que enseñando la inmortalidad del alma, consideran la muerte no como la nada, sinó mas bien como un sueño largo y prolongado; viendo en el cadáver del hombre, no solo los restos de una personalidad destruida, sino tambien los elementos con que ha de ser reconstruida, al fin de los tiempos por su propio autor.

El liberalismo por el contrario, apoyándose en los principios de lo que ha dado en llamarse la ciencia moderna, es decir el sistema materialista" no encontrando en el cadáver humano otra cosa que un poco de materia desorganizada que se incorpora á la naturaleza, no puede concebir ni sabria explicarse el respeto por los muertos; bajo esta faz, no hallaria distincion que hacer entre el cadáver de una persona y el de un perro ú otro bruto cualquiera y en fin consideraria necesariamente, el afecto mismo de los deudos por los huesos de sus antepasados, no mas que por una mera preocupacion.

Lo cierto es, como lo han notado con verdad y exactitud los defensores de los procesados, que habiendo sido presentado á la Legislatura el proyecto de Código contenido un título sobre los delitos religiosos entre los cuales se comprendian

de los sepulcros y profanacion de los cadáveres, aquella rechazandolo, suprimió tambien este delito del catálogo de acciones punibles.

El Ajente Fiscal inspirado sin duda por el espíritu de justicia y creyendo que accion tan abominable y escandalosa como de que se trata, no debia quedar sin castigo, ha tratado de retroceder recurriendo á la antigua Legislación y aun á los principios de los Códigos modernos, pero equivocadamente en verdad, por que ni éstos rigen entre nosotros, ni las antiguas leyes penales se conservan en vigencia despues de la sancion del Código.

En éste nada hallamos concernientes á la profanacion de los cadáveres, pues que tampoco se puede concebir la profanación sino de lo que es sagrado o religioso, pero en cambio encontramos la declaración expresa de que no pueden ser penadas otras acciones que las que en él se clasifican por delitos ni castigados con otras penas que las que él mismo determina, siendo imposible en esta parte, dejar de encontrar toda razon a los Defensores cuando observan que el Ministerio Público se ha dejado arrastrar por su celo mas allá de lo justo.

Verdad es que el hecho de que se trata, no solamente es base y execrable en si mismo, sinó que además ha sido por una sociedad secreta de hombres perdidos y cualquiera clase de maldad, siempre que pudiera mejorar su situación proporcionándoles algun provecho; y es cierto tambien que asociaciones de esta clase constituyen un gran peligro para el pueblo.

A pesar de esto nada hay en el Código Penal que le sea aplicable; pues aunque en él se habla de complot y de las bandas organizadas para cometer delitos, y se les condena, esto es solamente cuando tienen por objeto delitos determinados en su especie, ó al menos en su género; mientras que la sociedad de que se trata, era sin duda alguna constituida para toda clase de delitos sin determinacion alguna; y por lo mismo, según el Código, debe considerarse lícita.

Tambien el Juez del Crimen como el Ajente Fiscal, encontrando probado un hecho escandalosamente inmoral y condenado por la conciencia pública, ha creido que los deberes de su oficio no le permitian dejarlo impune; pues que en él, no podia menos de existir un delito; y lo ha castigado clasificándolo por robo: pero á la verdad, los defensores han hechado por tierra esa clasificacion que no resiste el mas ligero análisis.

Desde luego el Juez del Crimen, reconoce que se trata de un hecho anómalo y excepcional, al cual no serian aplicables las reglas comunes, que rijen sobre el robo equiparándolo por esta causa con el plágio ó robo de persona.

Nada mas impropio sin embargo é inadmisible, que semejante clasificacion; porque equiparar un cadáver á una persona, valdria tanto, como atribuir personalidad á una estatua, de bronce, de mármol ó de arcilla.

El robo propiamente hablando, consiste en apoderarse de cosa-mueble, ajena con ánimo de apropiársela y de utilizarla; pero un cadáver no siendo otra cosa que un poco de lodo corrumpido, carece absolutamente de utilidad; no se encuentra en el comercio; ni los procesados han tratado tampoco de apropiárselo.

Tambien ha creido encontrar el Juez del Crimen, violación de domicilio en el hecho de que se trata y que sirve de materia á este proceso, pero los defensores han observado, desde luego, que el domicilio es la habitación de una persona; mientras que un cadáver no lo es seguramente, ni en el sepulcro habita nadie mas que la muerte.

En el hecho indicado, si se tiene en consideracion que llevaba por objeto obtener de los deudos de la finada una suma de dinero, exigiéndola, como lo hicieron por via de rescate, aunque sin conseguirlo, podria verse una, tentativa de estafa.

Es completamente ajena con todo, á la naturaleza de este delito, toda idea de violencia física ó moral; mientras que era por medio de amenazas, que se trataba de despojar á la familia de Dorrego, de la suma en que se fijaba el rescate del cadáver sustraído.

Habia , pues, mas bien una tentativa próxima de robo, desde que los procesados nada dejaron de hacer por su parte para ejecutarlo, llegando hasta el último acto que debia consumarlo; y ciertamente que tratándose de una suma tan considerable, como la de ochenta mil pesos fuertes, no dejaria de ser este un delito bien grave, y de merecer un castigo bastante serio.

Nos encontramos, sin embargo, con que las disposiciones generales, referentes á la tentativa en los delitos, y entre estos en el de robo, no son aplicables al caso actual: por hallarse previsto y especialmente determinado en el Código, el de tratarse de intimidar á una persona, por medio de cartas amenazantes, para que deposite ó entregue alguna cantidad de dinero.

El art. 295, determina en efecto que “el que amenazase por escrito con un mal que constituya delito, será castigado con prisión de uno á tres años, si la amenaza se hiciere con el objeto de que se deposite una suma de dinero, ó se practique cualquiera otro acto”: declarando el siguiente 296, que si el mal con que se amenaza no constituye delito, la pena será solamente de un mes de arresto.

Ahora bien; la carta dirigida á la Sra. Dorrego á nombre de “los caballeros de la noche” intimándole la entrega de dos millones de pesos moneda corriente, solo contenía la amenaza vaga de incurrir en la venganza de la asociacion; y en particular, la de profanarse las cenizas del cadáver sustraído, que como hemos visto, no constituia un delito clasificado en el Código.

La pena sería, pues, de un mes de arresto, cuando los procesado llevan ya más de dos años de prision, y por consiguiente, aquella se encontraria agotada; correspondiendo en consecuencia, por mas que este resultado repugne á las opiniones privadas del fiscal, el que sean puestos en libertad; ordenándoles el sobreseimiento de la causa.

Por esta razon y la de haber aquellos procedido asociados, se abstiene de entrar á deslindar la mayor ó menor participacion que cada uno haya tenido, y la responsabilidad penal que le corresponda.

Si alguna distincion hubiese de hacerse, sin embargo, deberían ser colocados en primera linea Alfonso Peñaranda y Florentino Muñiz, autores principales del hecho y jefes y directores de la asociacion.

Vendrian en seguida Vicente Morate, Francisco Moris, Pablo Miguel Angel y el prófugo Daniel Spósito, que acompañaron á Peñaranda en la sustraccion del cadáver; y en seguida Patricio Abadie, José Antonio Kadam y Francisco de Salvo, que aun cuando no asistieron á ese acto, eran no obstante, miembros de la asociacion y le prestaron ayuda.

Por ultimo, Joaquin Barreiro, que aunque era tambien miembro de la asociacion, circunstancia que por si sola no constituye delito, ni asistió al cementerio cuando se realizó el robo del cadáver, ni parece haber tenido anticipadamente conocimiento de ese hecho, ó cooperado de modo alguno á su realizacion, y que de consiguiente en todo caso deberia ser absuelto.

Tales, son Excmo. Sr., en la presente causa, las opiniones del Fiscal acerca de la resolucion que en ella debe pronunciarse, la cual aunque á muchos pudiera parecer irregular, se ajustaria, no obstante, á la prescripciones de la ley, que por inconveniente é inadecuada que sea, nos hallamos sin embargo; en el deber de respetar estrictamente y del modo mas sumiso.

La falta de arbitrio en los Tribunales para castigar otras acciones, por inmorales que sean, que las clasificadas de antemano por delitos en la ley; como tambien para aumentar ó disminuir las penas establecidas, tendrá á la vez sin duda alguna sus desventajas é inconvenientes; pero tambien importa un gran progreso en la Jurisprudencia Criminal, que suprime la arbitrariedad; y de consiguiente una conquista importante en favor de la libertad y de las garantias individuales

Buenos Aires, Setiembre 27 de 1883.

GERÓNIMO CORTÉS.

ACUERDO

En Buenos Aires á 24 de Noviembre de 1883, reunidos los Sres. Vocales en la Sala de Acuerdos y traída para conocer la causa criminal seguida contra Florentino Muñiz y otros, por sustracción de un cadáver, se practicó la insaculacion de estilo resultando de ella que debian votar los señores Vocales en el orden siguiente: Dres. Barra, Pardo, Peralta, Bunge, Be-nites.

La Cámara planteó las siguientes cuestiones á resolver:

- 1ra ¿Se ha justificado el cuerpo del delito y la persona de los delincuentes?
- 2da ¿Qué pena debe imponérseles?

A mi parecer, dijo el Dr. Barra, ocupándose de la primera cuestión, solo se ha cometido el delito de que habla el artículo 296 en su último inciso, esto es, sobre amenazas y coacciones por escrito con un mal que no constituye verdadero delito; y á la verdad que no lo es el hecho de violar sepulturas ni el de profanación de

cadáveres, segun la legislacion que rige en la Capital de la República. El Código Penal por su art. 79 establece que no serán castigados otros actos ú omisiones, que los que la ley con anterioridad haya calificado de crímenes ó delitos, cuyo principio es de aceptacion universal en estas materias y tiene su base en el art. 18 de la Constitucion Nacional, que entre las garantias y derechos acordados á los habitantes de la República, declara que ninguno puede ser penado sin juicio prévio fundado en ley anterior al hecho del proceso. Es al C.Penal á que debe atenderse exclusivamente para la represión de los delincuentes, puesto que todas les leyes anteriores á su sancion han quedado del todo abrogadas en esta Capital. Como es sabido la Legislatura de Buenos Aires al poner en vigencia ese Código, suprimió el título consagrado á los delitos religiosos entre los que figuraban la violacion de sepulturas y la profanacion de los cadáveres, de tal suerte que estos hechos, perdiendo el carácter de delitos, han quedado sin sancion penal. Lo espuesto es de una verdad incontestable; no admite réplica. Los jueces tienen que contenerse en su esfera de accion, sin trasgredir la ley, por mas cierto que sea, que hechos de ese género entran en la categoría de las acciones punibles, segun la legislacion de países mas avanzados en la marcha del progreso científico. No se puede aceptar la autoridad de las leyes de partida, en este ramo del derecho.

Tampoco constituye una infraccion de la ley penal la asociacion denominada "Caballeros de la noche" por el solo hecho de su existencia. La Constitucion garante el derecho de asociacion con fines útiles, conforme á las leyes que reglamentan su ejercicio, pero ninguna ha determinado cuales asociaciones deban calificarse de ilícitas, sobre cuyo particular son de tenerse presente ciertas reglas que el mismo Código establece, para que pueda considerarse que tales ó cuales reuniones son contrarias á la ley, y susceptibles de una pena, me refiero á las asociaciones que constituyen un complot ó una banda, segun los arts. 39 á 47.

"Los Caballeros de la noche", por el solo hecho de asociarse de un modo misterioso y ajeno por cierto á nuestras costumbres, no han incurrido sin embargo en ninguna responsabilidad, lo que tiene que admitirse sin el menor esfuerzo, pues no consta que se asociasen, con el fin determinado de cometer tal crimen ó delito, que seria entonces un complot, ni para ejecutar muchos crímenes ó delitos determinados, en cuanto á su género ó especie, pero indeterminados en sí mismo, tomando los partícipes de esta clase de asociaciones la denominacion de bandas. No es dudoso así mismo, que no ha habido violacion de domicilio; por mas que la reflexion se detenga sobre los diversos detalles que han rodeado este suceso: es una idea errónea la de que se ha cometido este delito contra las garantias individuales, por abrirse el sepulcro en que descansaban los restos de la Sra. Dorrego. El domicilio es inviolable, lo dice la Constitucion, pero el simple buen sentido enseña que los muertos no tienen domicilio, no es punible su violacion porque precisamente se trata de una garantia acordada al individuo, al hogar, que por cierto no existe en la mansión de los muertos. Si, pues, no se ha cometido este delito es evidente que no cae en los dominios del derecho penal la violacion de sepulturas: como tampoco el hecho de la asociación ya mencionada, es llegado el momento de preguntarse ¿que calificacion merece la sustraccion del cadáver como medio empleado por sus autores para hacerse de la suma fijada para su recate? ¿cuadra la de robo, de tentativa de estafa ó de simples amenazas y exacciones? No debe admitirse la primer calificacion, porque los hechos tales cuales se han producido, no se

acomodan á las condiciones ó circunstancias determinantes del delito que se examina. Ni hubo la intencion de cometerlo con la remocion ó ocultacion del cadáver, ni es posible suponer en sus autores la idea de apropiárselo; desde que el cadáver no es cosa mueble, ni ajena, que este en el comercio de los hombres, que sea de alguna utilidad y por consiguiente susceptible de apropiacion. La demostracion sobre este t6pico se ha hecho de la manera mas acabada, por los defensores de los encausados, acentuándola una vez mas, el Sr. Fiscal en vista precedente, no se pueden pues reducir los hechos culminantes de este proceso, sin precedentes en los fastos judiciales del país, á las condiciones de un delito vulgar, que como el de robo, se produce y repite incesantemente sin causar la justa alarma que levantaron tales hechos en el seno de la sociedad. No se presentan así mismo á que se les considere como elementos de una tentativa de estafa, ya que este delito debe su origen al ardid, á la astucia, ó cualquier otro engaño, se opone pues á la violencia, á las amenazas que se emplean de fojas 1a para despojar de una fuerte suma á la familia que es dirigida. No sucede lo mismo en cuanto á la calificacion de amenazas y coacciones, delito previsto por los arts. 295 y 296, y que se verifica cuando la amenaza se hiciere con el objeto de que se deposite una suma de dinero, que se ha pretendido llevar á cabo, por medio de la expresada carta, amenazándose á la familia Dorrego con un mal que no constituye delito, como es el de arrojar las cenizas la viento y la venganza indeterminada á que la carta se refiere. Estas observaciones con las que ofrece la vista del señor Fiscal, me inclinan como lo hago, á votar en la cuestion propuesta por la afirmativa, pero dentro de los límites que quedan demarcados. Por inmoral y odiosa que sea la accion de Peñaranda y los suyos, por mas merecida que se reputa la reprobacion de la conciencia pública hay, que reconocer que nuestra legislacion no ha incluido entre las infracciones del derecho penal, el principal hecho de este proceso, el que ha impresionado tan hondamente á las diversas clases de la sociedad, me refiero á la violacion de sepultura y sustraccion del cadáver de la Sra. Dorrego, si la ley ha guardado silencio á este respecto, la mision de la Administracion de Justicia se llena prestándole todo su acatamiento. Solo me resta manifestar, por lo que hace á la participacion de los encausados que estoy conforme con la sentencia en cuanto les asigna el rol de autores principales á Alfonso Peñaranda, Paatricio Abadie, Vicente Morate, Francisco Moris, Pablo Miguel Angel y el prófugo Daniel Sposito, el de cómplice á Florentino Muñiz, y sin ninguna responsabilidad por no haber sido partícipe del complot á los presos Kadam, de Salvo y Barreiro.

Los Dres, Pardo, Peralta, Bunge y Benites, se adhirieron al voto anterior.

En la segunda cuestion continuó diciendo el Dr. Barra: que con arreglo á sus conclusiones ya manifestadas, correspondia que se revocase la sentencia, y se pusiera en libertad á los procesados, por estar sobradamente cumplida la pena que establece que el art 296 último inciso, con la, prision que llevan sufrida.

Los Dres. Pardo, Peralta, Bunge y Benites, se adhirieron al voto anterior.

Con lo que terminó este acuerdo que firmaron los señores Vocales.

PARDO.
PERALTA

BENITES
BUNGE
BARRA

Ante mí C. Miguel Perez
Secretario

SENTENCIA

Buenos Aires, Noviembre 24 de 1883.

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que precede y de conformidad con lo expuesto, en derecho pedido por el Sr. Fiscal se reforma la sentencia apelada corriente á foja 506 declarando compurgada la pena en que han incurrido los procesados Alfonso Peñaranda, Patricio Abadie, Vicente Morates, Francisco Moris y Pablo Miguel Angel, con la prisión que llevan sufrida, y reduciéndose á tres meses de arresto la pena que se impone al prófugo Daniel Sposito; y se confirma en lo demás que contiene. Devuélvase.

AMANCIO PARDO.
VICENTE P. PERALTA
PERALTA OCTAVIO BUNGE.
FELIX A. BENITES.
JUAN E. BARRA.

Ante mí C. Miguel Perez
Secretario

E. La parte orgánica de la Constitución

1. Forma de gobierno y forma del Estado

El artículo 1 de la Constitución Nacional indica: "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana y federal, según lo establece la siguiente Constitución". En este artículo se define la forma de gobierno de la Nación Argentina, es decir: el modo de organizar el conjunto de órganos que ejercen el poder estatal a través de funciones específicas, y son tres sus elementos esenciales: representativo, republicano y federal.

i. Régimen representativo:

Esta característica esencial de nuestro régimen de gobierno se encuentra definida en el artículo 22 de la Constitución, donde se indica que "(e)l pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución." De acuerdo a este postulado, los gobernantes son elegidos por el pueblo para que ejerzan las funciones de gobierno en su representación.

Para explicar quiénes son los representantes a los que se refiere este artículo de la Constitución, hay quienes sostienen que no importa si se trata de aquellos que son elegidos de forma directa, como los legisladores, el presidente o los gobernadores o si, por el contrario, llegan a su cargo mediante un mecanismo indirecto de elección, tal como sucede con los jueces.

Otra postura, más restrictiva, establece que en sentido formal los representantes del pueblo sólo son los constituyentes históricos - desde que en el Preámbulo de la Constitución se califican a sí mismos de ese modo- y los diputados, en tanto que el resto de los cargos a los que se accede por elección popular -como el Presidente o los senadores- no son mencionados en el texto constitucional de forma expresa como representantes.

En la actualidad la tesis amplia es la más aceptada, y se entiende de forma genérica que los representantes del pueblo son todos aquellos que ejercen una función de gobierno. Esta tesis ya había sido adoptada por la Corte Suprema de la Nación en 1893 en el caso "Alem", donde se afirmó que "En nuestro mecanismo institucional, todos los funcionarios públicos son meros mandatarios que ejercen poderes delegados por el pueblo, en quien reside la soberanía originaria."

En el texto constitucional de 1853, el artículo 22 imponía un sistema rígido de gobierno por representación, sin que hubiese posibilidad alguna de participación directa de los ciudadanos en la toma

de decisiones. A partir de la reforma constitucional de 1994 este sistema sufrió sensibles modificaciones, que significaron la apertura a nuevas formas de participación ciudadana en el gobierno.

Estas innovaciones en las formas de participación ciudadana han sido llamadas “semidirectas”, y entre ellas podemos enumerar el referéndum, el plebiscito y la iniciativa popular. Bidart Campos considera que estos mecanismos deben ser valorados como expresión de la democracia participativa o de la participación política de la sociedad en el régimen democrático.

ii. Régimen republicano:

La República es una forma organizativa de gobierno que se identifica habitualmente con la soberanía popular, a la que se reconoce como “base de todo gobierno”.

Como tal, la forma republicana se suele definir a partir de la reunión o el cumplimiento de ciertos principios, tales como:

a) la división de poderes, que debe estar asegurada en todo momento tanto en la Nación como en el ámbito provincial y municipal. Esto significa que siempre deberá existir un poder Legislativo, un poder Ejecutivo y un Poder Judicial, cada uno con funciones propias y vinculados entre sí a través de un sistema de pesos y contrapesos, tal como enuncia Montesquieu en su teoría de la separación de poderes.

b) la elección popular de los gobernantes, que otorga a quienes han sido elegidos mediante el sufragio la llamada *legitimidad de origen* para ejercer su cargo.

c) la temporalidad del ejercicio del poder o renovación periódica de los gobernantes, que se materializa en la duración determinada de los cargos públicos a los que se llega a través del voto popular.

d) la publicidad de los actos de gobierno, que se ve reflejada principalmente en la publicación de las leyes y decretos.

e) la responsabilidad de los gobernantes por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, que puede ser evaluada a través del juicio político al presidente, vicepresidente, ministros y jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 53, 59 y 60 CN) y la coerción o remoción de legisladores por decisión de cada Cámara, prevista en el artículo 66 CN.

f) igualdad ante la ley, a partir de la cual se enfatiza la forma republicana, principalmente con la disposición del artículo 16 que recogiendo la tradición iniciada con la Asamblea de 1813, declara inadmisibles las prerrogativas de sangre y nacimiento, los títulos de nobleza y los fueros personales.

iii. Régimen federal

A pesar de estar enunciado como forma de gobierno, el federalismo es en realidad una “forma del Estado”. Se trata de un modo específico de relación entre el poder y el territorio, que en este caso supone la descentralización de este poder en relación al territorio.

Joaquín V. González lo define como “la alianza o unión más o menos perfecta de Estados independientes, pero que conservan la plenitud de su soberanía y poder con la sola excepción de aquella parte que ponen al servicio del propósito especial de la federación o alianza”.

En nuestro sistema, el principio general es que las provincias conservan su autonomía en todas aquellas materias que no hayan delegado al gobierno federal, tal como lo establece el artículo 121 CN. De este modo, debe interpretarse que las provincias son las que han delegado ciertas facultades al gobierno federal a través del texto constitucional.

Bidart Campos sostiene que existen tres relaciones típicas de la estructura federal:

a) de subordinación: se expresa principalmente a través del principio de supremacía federal, que encontramos verificado en el artículo 31 CN: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella..." En esta norma se establece la prevalencia del llamado derecho federal por sobre el derecho provincial o local, y determina entonces la relación de subordinación de las provincias al gobierno federal.

b) de participación: implica reconocer que las provincias forman parte de los procesos de decisión del gobierno federal. De allí que el Congreso de la Nación esté integrado por representantes de las distintas provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a quienes de esta forma se les otorga la tarea de participar activamente en la conformación del derecho nacional.

c) de coordinación: se refiere a la distribución de las competencias propias del gobierno federal y de las provincias cuyo modelo, como dijimos párrafos atrás, se encuentra establecido en el artículo 121 de nuestra Constitución. Existen competencias exclusivas del gobierno federal, tal como el dictado de los códigos de fondo o las relaciones internacionales; competencias exclusivas de las provincias, como el dictado de sus constituciones –respetando el espíritu de la CN- o el establecimiento de impuestos directos; y aquellas competencias que son concurrentes, como el dictado de normas sobre medio ambiente, establecido en el artículo 41 CN.

Una nota aparte merece el reparto material de los poderes en el territorio de nuestro país. Cualquier observador de la realidad política

argentina podrá diagnosticar que, frente al postulado de nuestra Constitución, puede al menos identificarse la existencia de un repliegue del federalismo. Este fenómeno -que no es exclusivo de nuestro país- puede explicarse por múltiples razones, desde la existencia de partidos "nacionales" muy fuertes hasta la sucesión de gobiernos de facto que a su paso han socavado no sólo los derechos más elementales de los ciudadanos sino también la forma de gobierno federal.

Sin embargo, nuestra Constitución propugna un modelo federal de país, y a este principio constitucional debe remitirse en caso de conflicto o controversia.

Actividad:

1. Lea y analice el siguiente caso hipotético.
2. Identifique en el caso las relaciones de subordinación, de participación y de coordinación y los posibles conflictos.

El senador por la provincia de Córdoba, Dr. Ricardo Pitch, presenta en la Cámara de Senadores un proyecto de Ley Integral sobre Medioambiente. En el artículo 24 del proyecto de ley se establece que cada una de las provincias integrantes de la República Argentina deberá poseer una planta de reciclado de papeles y vidrio, a la cual los ciudadanos podrán enviar los desechos de este tipo. El proyecto se aprueba en las dos Cámaras y es promulgado por el Presidente de la Nación. Dos días después de la publicación de la Ley Integral sobre Medioambiente, la provincia de Córdoba aprueba una ley provincial sobre medioambiente, en la que se establece que los residuos de todo tipo deben ser incinerados de forma doméstica, y se establece la creación de un subsidio para la construcción de incineradores en los domicilios particulares.

2. Derecho electoral y partidos políticos

i. Derecho electoral

La expresión “derecho electoral” se utiliza tanto para referirse a las normas que regulan la actividad electoral -desde los requisitos para ser candidato al acto del sufragio- como a la capacidad de los sujetos para votar o ser elegidos para ocupar cargos electivos.

El artículo 37 CN garantiza el ejercicio de los derechos políticos, que ya no se limitan a la participación a través del sufragio popular, sino que también se extiende a otros mecanismos tales como la iniciativa legislativa o la consulta popular. Se trata de un artículo operativo, es decir, que no necesita ser reglamentado para su aplicación.

Así, el artículo 37 consigna: “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.”

El sufragio se califica como universal, igual, secreto y obligatorio. El derecho a participar en los sufragios y emitir voto se denomina *derecho electoral activo*, mientras que el derecho de ser elegido configura el *derecho electoral pasivo*.

Quienes poseen la capacidad para emitir voto son los ciudadanos y ciudadanas, hombres y mujeres argentinos mayores de 18 años, que en su conjunto conforman el *cuerpo electoral*. Por su parte, al conjunto de personas que tienen capacidad política para ser designados en cargos electivos se lo denomina *electorado pasivo*. Para ellos rige el cumplimiento del requisito de idoneidad que se encuentra plasmado en el artículo 16 CN.

ii. Partidos políticos

El texto constitucional originario o histórico no incluía referencias a los partidos políticos. La reforma constitucional de 1994 incluyó un artículo específico que los enuncia y define sus funciones. Así, el artículo 38 indica que:

“Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.

El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes.

Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio.”

Hay consenso en la doctrina al considerar a los partidos políticos como sujetos auxiliares del estado, fundamentales para el desarrollo y funcionamiento de la democracia, tal como lo enuncia la Constitución reformada. Por su parte, la Corte Suprema ha sostenido que los partidos políticos son instrumentos de gobierno que tienen como función actuar como intermediarios entre éste y las fuerzas sociales (“Partido Obrero” Fallos 315:380).

El régimen legal de los partidos políticos se haya establecido en la ley 23.298, promulgada el 22 de octubre de 1985 y reformada por la ley 26.571 del 14 de diciembre de 2009.

En el artículo 2 de dicha norma se establece que los partidos políticos son las organizaciones a las que les incumbe, de forma exclusiva, la nominación de candidatos para cargos públicos electivos. Así, a través de ellos los ciudadanos eligen a sus representantes.

Por su parte, el artículo 3 establece los requisitos sustanciales para la existencia de los partidos políticos: a) Grupo de ciudadanos, unidos por un vínculo político permanente. b) Organización estable y funcionamiento reglados por la carta orgánica, de conformidad con el método democrático interno, mediante elecciones periódicas de autoridades y organismos partidarios, en la forma que establezca cada partido, respetando el porcentaje mínimo por sexo establecido en la Ley 24.012 y sus decretos reglamentarios. c) Reconocimiento judicial de su personería jurídico-política como partido, la que comporta su inscripción en el registro público correspondiente.

El inciso b de este artículo ha sido introducido la reforma del año 2009, y constituye una de las modificaciones sustanciales a la ley. Este inciso implica la necesidad de que el funcionamiento interno de los partidos políticos replique la forma democrática de participación y de gobierno.

La ley prevé tres tipos de partidos políticos: 1. Partidos de distrito: correspondientes a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias, que deben reunir un cuatro por mil del total de los inscriptos en el registro de electores del distrito correspondiente (art. 7). 2. Partidos nacionales: son aquellos partidos reconocidos en por lo menos 5 distritos (art. 8). 3. Confederaciones, fusiones y alianzas transitorias entre partidos (art. 10).

Cada partido debe contar con un acta de fundación y constitución, más una declaración de principios y programa o bases de acción política y una carta orgánica. En cuanto al nombre de los partidos, el artículo 16 establece que "no podrá contener designaciones personales, ni derivadas de ellas, ni las expresiones "argentino", "nacional", "internacional" ni sus derivados, ni aquellas cuyo significado afecten o puedan afectar las relaciones internacionales de la Nación, ni palabras

que exterioricen antagonismos raciales, de clases, religiosos, o conduzcan a provocarlos."

Por su parte, el artículo 22 establece la obligación de presentar la plataforma electoral ante el juez federal con competencia electoral al momento de oficializar las listas de candidatos.

El Capítulo II de la ley se refiere a las elecciones partidarias internas. La modificación más relevante en este sentido es la instauración del sistema de elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias para la designación de candidatos a cargos electivos nacionales (art. 29).

En cuanto las exclusiones para ser candidatos a elecciones primarias o generales, la modificación legislativa de diciembre de 2009 incluyó en el inciso f) del artículo 33 a "las personas con auto de procesamiento por genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, hechos de represión ilegal constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, torturas, desaparición forzada de personas, apropiación de niños y otras violaciones graves de derechos humanos o cuyas conductas criminales se encuentren prescriptas en el Estatuto de Roma como crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, por hechos acaecidos entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983"; y en el inciso g) a "las personas condenadas por los crímenes descriptos en el inciso anterior aun cuando la resolución judicial no fuere susceptible de ejecución."

La ley 23.298 se refiere a dos supuestos en los que procede el retiro de la personería legal de los partidos políticos. La caducidad da lugar a la cancelación de la inscripción del partido en el registro y la pérdida de la personalidad política. Las causales de caducidad se encuentran previstas en el artículo 50 y son:

- a) La no realización de elecciones partidarias internas durante el término de cuatro (4) años;

- b) La no presentación a dos (2) elecciones nacionales consecutivas;
- c) No alcanzar en dos (2) elecciones nacionales sucesivas el dos por ciento (2%) del padrón electoral del distrito que corresponda;
- d) La violación de lo determinado en los artículos 7º, inciso e) y 37, previa intimación judicial;
- e) No mantener la afiliación mínima prevista por los artículos 7º y 7º ter;
- f) No estar integrado un partido nacional por al menos cinco (5) partidos de distrito con personería vigente;
- g) La violación a lo dispuesto en los incisos f) y g) del artículo 33 de la ley.

Por su parte, la extinción implica la disolución del partido y según el artículo 51 está motivada por:

- a) las causas que determine la carta orgánica;
- b) la voluntad de los afiliados, expresada de acuerdo con la carta orgánica;
- c) Cuando autoridades del partido o candidatos no desautorizados por aquéllas, cometieren delitos de acción pública;
- d) impartir instrucción militar a los afiliados u organizarlos militarmente.

3. Órganos del Estado

En la parte orgánica de la Constitución también se dispone la organización del poder del Estado: su estructuración con base en la división de poderes y las funciones de cada uno de sus órganos.

El Estado argentino se haya estructurado en torno a tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Cada uno de ellos es

independiente respecto al resto y a la vez se encuentra limitado por la esfera de competencia de los otros poderes.

Si bien este es el esquema básico de la organización del Estado, a partir de la reforma constitucional de 1994 se han añadido distintos órganos extrapoderes con funciones relevantes, tales como el Defensor del Pueblo (art. 86 CN), la Auditoría General de la Nación (art. 85 CN) y el Ministerio Público; éste último caracterizado como un “órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera” a partir del artículo 120 CN.

i. El poder legislativo:

En el título dedicado al “Gobierno Federal”, la Constitución Nacional nombra en primer término al Poder Legislativo. En el artículo 44 se dispone la integración del Congreso de la Nación: “...dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otras de Senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires”.

El Poder Legislativo es un órgano: a) colegiado, por estar compuesto de varios individuos (senadores y diputados); y b) complejo, puesto que cada una de sus cámaras tiene carácter de órgano. Esto último indica que únicamente la suma de los actos de ambas Cámaras puede denominarse *congresionales*.

Así, nuestro Poder Legislativo adopta la estructura bicameral, emulando al sistema norteamericano: la Cámara de Diputados supone la representación popular, mientras que el Senado importa la representación de las provincias. De allí que el fundamento del bicamarismo se identifica con la forma federal de nuestro Estado.

a) La Cámara de Diputados

i. Representación: La Constitución nombra al pueblo como la base de representación de los diputados (art. 45). Así, debería entenderse que cada diputado representa a la Nación en su conjunto, y no a una

parte de ella. Sin embargo, en la realidad sucede que los diputados son habitualmente considerados representantes de una provincia en particular, y en base al partido político del que forman parte. Esto sucede en principio porque la elección de diputados se realiza por distritos (provincias y Capital Federal) según lo dispone el artículo 45 CN; y entonces es habitual que se considere a un diputado representante de quienes lo eligieron.

ii. Requisitos para ser diputado: el artículo 48 CN establece que para ser diputado se debe haber cumplido veinticinco años de edad, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio, y ser natural de la provincia que lo elija o con dos años de residencia en ella.

iii. Duración del cargo: en el artículo 50 CN se determina que los diputados duran cuatro años en su cargo y pueden ser reelegidos, aunque la Cámara se renueva de a mitades cada bienio.

iv. Modo de integración: Desde 1963 nuestro país adoptó el llamado sistema de D'Hondt para las elecciones de diputados nacionales. Se trata de un método electoral que supone la división "proporcional" de los votos obtenidos por las candidaturas.

v. Número de miembros: El número de diputados se vincula con la población de cada distrito electoral. El artículo 45 establece una base mínima de un diputado por cada 33.000 habitantes, que puede aumentarse pero no disminuirse. Luego, la ley 22.847 fijó en su artículo 3 una base de un diputado por cada 161.000 habitantes o fracción no menor de 80.500. Hay quienes afirman que, desde que el primer Congreso se formó con dos diputados por cada provincia, ninguna provincia puede tener menos de dos escaños.

b) La Cámara de Senadores:

i. Representación: De acuerdo al artículo 44 CN los senadores representan a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires, y es por ello un órgano de representación territorial.

ii. Requisitos para ser senador: el artículo 55 CN prescribe que para ser senador se debe tener treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o entrada equivalente (una cláusula que nunca tuvo aplicación y que, en la actualidad, resulta contraria al régimen democrático) y ser natural de la provincia que lo elige o con dos años de residencia en ella.

iii. Duración del cargo: desde la reforma constitucional de 1994 el cargo de senador tiene una duración de seis años y son reelegibles de modo indefinido.

iv. Modo de integración: La Constitución establece tres senadores por provincia y tres por la Ciudad de Buenos Aires. El Senado se renueva a razón de un tercio por cada bienio.

v. Número de integrantes: Actualmente contamos con 72 senadores conforme al modo de integración explicado en el punto anterior.

	Diputados	Senadores
Representación	Al pueblo (art. 44 y 45 CN)	A las provincias (art. 44 CN)
Requisitos	a. mayor de 25 años; b. 4 años de ciudadanía en ejercicio; c. natural de la provincia que lo elige o con 2 años de residencia en ella.	a. mayor de 30 años b. 6 años de ciudadanía; c. renta anual de 6.000 pesos fuertes (no exigible) d. natural de la provincia que lo elige o con 2 años de residencia en ella.
Duración del cargo	4 años	6 años
Modo de integración	Sistema representativo	3 senadores por provincia

	D'Hont. Renovación de la mitad de los cargos por bienio.	y 3 por Ciudad de Buenos Aires. Renovación de un tercio de los cargos por bienio
Número de integrantes	En relación a la población.	72 senadores.

c) Estructura y dinámica de la labor parlamentaria:

i. Asamblea Legislativa: así se denomina a la sesión conjunta de la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores. Esto ocurre por motivos puntuales, tales como para oír al Presidente de la República en la apertura del año legislativo o admitir o rechazar su renuncia.

ii. Comisiones parlamentarias: A partir de la reforma constitucional de 1994 se encuentran previstas en el artículo 79 CN, en el capítulo dedicado a la sanción de las leyes. Se han establecidas en los Reglamentos de la Cámara de Diputados y de Senadores; y pueden ser de carácter permanente (como las de Justicia, Legislación general, etcétera) o transitorio, constituidas para asuntos determinados.

iii. Bloques: este elemento surgió de la práctica parlamentaria y aunque no se encuentra mencionado en el texto constitucional, sí lo incluyen los reglamentos de las cámaras. Se constituyen a partir de la filiación partidaria de sus integrantes.

iv. Sesiones: pueden clasificarse en:

a) preparatorias: están establecidas en los reglamentos de cada Cámara, son previas al período ordinario -que se inicia cada 1 de marzo- y tienen por objeto incorporar a los nuevos miembros, elegir las autoridades de cada Cámara y fijar los días y horas de sesión.

b) ordinarias: se encuentran establecidas en el artículo 63 CN, y se extienden desde el 1 de marzo al 30 de noviembre.

c) extraordinarias: también se hayan establecidas en el artículo 63 CN, que indica que “pueden ser también convocadas extraordinariamente por el presidente de la Nación o prorrogadas sus sesiones”. En el artículo 99, inciso 9 se agrega que el presidente de la república “prorroga las sesiones ordinarias del congreso o lo convoca a sesiones extraordinarias cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera.” La interpretación habitual que se ha dado a la lectura conglobada de estos artículos es que el presidente puede tanto prorrogar las sesiones del Congreso como convocar a extraordinarias, mientras que el Congreso sólo posee la potestad de prórroga.

v. Receso: se refiere al período en el que el Congreso no se encuentra sesionando.

vi. Quórum: se refiere a la cantidad de miembros presentes necesarios para tomar ciertos acuerdos y tanto para iniciar una sesión como para resolver el quórum está fijado, según el artículo 64 de la CN, en la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara, expresado mediante la fórmula “la mitad más uno”. Además, la Constitución exige mayorías especiales para ciertos actos: dos tercios de los votos son necesarios para declarar la necesidad de reforma constitucional (art. 30 CN); dos tercios de la totalidad de los miembros de cada Cámara para denunciar alguno de los tratados sobre derechos humanos; dos tercios de los miembros presentes para que el Senado de acuerdo a un miembro de la Corte Suprema, etcétera.

vii. Mecanismo de sanción de leyes: se establece el tratamiento de los proyectos de ley a través de los procesos de deliberación y sanción, de forma separada para cada Cámara. El proceso legislativo se suele estructurar de la siguiente manera:

a) iniciativa: según el artículo 77 CN pueden introducir proyectos de ley tanto el Poder Ejecutivo como los miembros del

Congreso, y es indiferente ante cuál Cámara se presentan en primer momento, salvo excepciones. A partir de la reforma constitucional de 1994 se introduce la iniciativa popular para presentar proyectos de ley.

b) tratamiento y sanción: los proyectos se tratan inicialmente en la Cámara ante la cual han sido presentados. Una vez aprobado por la primera Cámara, el proyecto pasa a la segunda Cámara. Una ley se considera sancionada cuando ha tenido la aprobación de ambas Cámaras, según lo estipula la fórmula del artículo 84 CN.

c) promulgación: se refiere a la aceptación de la ley por parte del Poder Ejecutivo, que puede ser tácita (cuando, transcurridos 10 días desde su envío al Poder Ejecutivo, el proyecto no ha sido devuelto al Congreso) o expresa (art. 99 inc. 3), a través de un decreto presidencial.

d) publicación: se trata del acto a través del cual se cumple con la publicidad de los actos de gobierno y se comunica a la ciudadanía la promulgación de la ley. La publicación se hace en el Boletín Oficial.

ii. El poder ejecutivo

El artículo 87 CN dispone que “el poder ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de “Presidente de la Nación Argentina”. La doctrina discute si se trata de un órgano unipersonal -representado solo el Presidente- o colegiado -el presidente más sus ministros- a pesar de que la interpretación literal del texto surge la validez de la primer opción.

a. Requisitos: para ser presidente o vicepresidente de la Nación el artículo 89 CN indica que se debe haber nacido en territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero; y las demás calidades exigidas para ser elegido senador. Debe recordarse que el antiguo artículo 76 CN exigía que el presidente perteneciese a la Comunión católica apostólica romana, requisito que se eliminó con la reforma de 1994.

b. Elección: el presidente y el vicepresidente se eligen de modo directo a través de la expresión del voto popular. Si luego de esta elección hay una fórmula que alcanzó más del 45% de los votos emitidos de forma válida o el 40% con una diferencia de 10% con la fórmula que le sigue, se proclamará a los integrantes presidente y vicepresidente. En caso de que la fórmula más votada no alcance estos supuestos, se debe ordenar la segunda vuelta de elecciones, a llevarse a cabo dentro de los treinta días posteriores a la primera elección. Este es el sistema llamado de *ballotage*.

c. Duración del cargo: el artículo 90 CN establece que el presidente y el vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años, y pueden ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo.

d. Atribuciones: En los distintos incisos del artículo 99 CN se establecen cuáles son las atribuciones del presidente de la nación:

i) Jefaturas: el inc. 1 identifica lo que en doctrina se ha llamado las “jefaturas del presidente”. Allí, se indica que el presidente es el “jefe supremo de la nación, jefe de gobierno y responsable político de la administración general del país”. La cláusula establece en primer momento que el presidente es el “jefe supremo de la nación”, lo que significa que es el máximo representante del Estado argentino y por ello es quien tiene la potestad para firmar tratados con potencias extranjeras, designar embajadores, acudir a reuniones en instancias de la comunidad internacional, etcétera. Por otro lado, se agrega que es el “jefe de gobierno y responsable político de la administración general del país”. Esta cláusula se completa con la función de ejercicio de la administración que en el artículo 100 inc. 1 se atribuye al Jefe de Gabinete. En síntesis, sucede que mientras el presidente es el máximo *responsable político* de la administración, delega en el Jefe de Gabinete la *ejecución* de las medidas de administración.

ii) Instrucciones y reglamentos: en el inc. 2 la Constitución se refiere a la potestad de expedir instrucciones y reglamentos, que son el modo a través del cual se expresan las decisiones del Poder Ejecutivo. Usualmente se los denomina *decretos*, y pueden clasificarse en:

-decretos reglamentarios: son aquellos a través de los cuales el Poder Ejecutivo instrumenta y efectiviza las leyes. La Constitución estipula que deben ser adoptados "...cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias." Según la Corte Suprema de la Nación, las disposiciones de los decretos reglamentarios integran la ley ("Azura e hijos" Fallos 255:264) y son fundamentales para su interpretación ("Próspero Puchulú, Fallos 261: 145).

-decretos autónomos o independientes: suelen definirse por oposición a los decretos reglamentarios, y así, recaen sobre materias no reguladas por las leyes y reservadas a la administración. Cuando se emite un decreto autónomo se pone en acto la competencia constitucional propia del Poder Ejecutivo. Un ejemplo de estos decretos puede ser la organización administrativa del Poder Ejecutivo.

-decretos delegados: se refieren a los casos especiales en que se delega el cumplimiento de la función legislativa en el Poder Ejecutivo. La delegación es efectuada por el Congreso a favor del Presidente. La reforma constitucional agudizó el carácter excepcional de los decretos delegados, desde que en el art. 76 CN se utiliza la fórmula que los prohíbe, para luego mencionar los casos de excepción: "materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca."

-decretos de necesidad y urgencia: son aquellos que el Poder Ejecutivo dicta en relación a materias que son de exclusiva competencia legislativa. Su dictado sólo está habilitado en los casos de que exista una

situación de urgente necesidad. Se encuentran regulados en el art. 99 inc. 3 CN, en donde se establecen los requisitos para su dictado: a) que no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos; b) serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros; c) el jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara.

iii) participación en el proceso legislativo: el primer párrafo del inciso 3 del artículo 99 CN establece que el presidente “participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y las hace publicar.” Más allá de la facultad establecida en el artículo 77 CN respecto a la posibilidad de presentar proyectos de ley, el Poder Ejecutivo es el órgano que debe promulgar y publicar las leyes aprobadas por el Congreso, y luego ordenar su publicación para que cobren eficacia definitiva. Por otra parte, el Poder Ejecutivo se reserva la potestad de observar los proyectos de ley sancionados por el Congreso. Dicha facultad está prevista en el artículo 83 CN: “Desechado en el todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen: ésta lo discute de nuevo, y si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ambas Cámaras serán en este caso nominales, por si o por no; y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa. Si las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año.”

iii. El poder judicial

El Poder Judicial se compone de una serie de órganos que detentan la función estatal de la administración de justicia. La Sección Tercera de la Constitución se ocupa del Poder Judicial. En un primer capítulo se establece lo referente a su naturaleza y duración, mientras que el capítulo segundo se refiere a las atribuciones del Poder Judicial.

a. Composición: el artículo 108 CN establece que "El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación." La Constitución establece una división estructural entre la Corte Suprema y el resto de los tribunales, mientras que la composición particular ha quedado definida con posterioridad por el Congreso de la Nación. Se trata de una estructura vertical, integrada por jueces y tribunales de distintas instancias y en cuyo vértice más alto se sitúa la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que es el Tribunal de mayor jerarquía en el país. Luego de la reforma constitucional de 1994, la estructura se completa con el Consejo de la Magistratura.

i. Corte Suprema de Justicia de la Nación: es creada por la Constitución Nacional de forma expresa. Si bien su composición no es tratada en el texto constitucional, sí se fijan los requisitos que deben reunir sus miembros: ser abogado de la nación con ocho años de ejercicio y tener las calidades exigidas para ser senador (artículo 111 CN). Según su propia jurisprudencia, la Corte Suprema es la intérprete final de la Constitución y custodia última del sistema de derechos y garantías. Así, entre sus funciones pueden resaltarse:

- ejerce el control de constitucionalidad en última instancia.
- actúa como custodio del cumplimiento y la vigencia del sistema de derechos y garantías.

-controla la correcta aplicación del derecho, a través de la modificación de sentencias arbitrarias dictadas por los tribunales inferiores.

-vigila el cumplimiento de los tratados internacionales firmados por la nación.

ii. Tribunales inferiores: La Constitución no establece el modo en que se deben componer o estructurar los tribunales inferiores. Actualmente, contamos con un sistema jerarquizado donde la base son los juzgados de primera instancia, cuyas sentencias pueden ser apeladas ante Cámaras de Apelaciones por materia. Luego, desde la reforma del Código Procesal Penal de la Nación contamos con una Cámara Nacional de Casación Penal competente para resolver sobre el recurso de inconstitucionalidad, casación y revisión; y con Tribunales Orales que juzgan en materia penal a través del procedimiento de juicios orales.

Esquema de conformación del Poder Judicial de la Nación

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fueros con competencia en todo el país

- a. Casación Penal
- b. Justicia Federal de la Seguridad Social

Fueros nacionales

- a. Justicia Nacional en lo Comercial
- b. Justicia Nacional del Trabajo
- c. Justicia Nacional en lo Civil
- d. Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional

Fueros federales

- a. Justicia Nacional en lo Penal Económico
- b. Justicia en lo Civil y Comercial Federal
- c. Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal
- d. Justicia en lo Criminal y Correccional Federal

Justicia Nacional Electoral

iii. Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento: fueron creados por la reforma constitucional de 1994, con el objetivo de lograr mayor transparencia en el sistema de nombramiento de jueces y en los mecanismos para su remoción. El artículo 114 CN deja al Congreso de la Nación la regulación específica y la composición del Consejo de la Magistratura. En ese artículo se establece como sus funciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.
2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.
3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.
4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.
5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.
6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la

independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

En cuanto al Jurado de Enjuiciamiento, el artículo 115 CN establece que “Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el Artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal.” La integración particular de este organismo también ha quedado reservada al Congreso de la Nación.

b. Características del cargo:

i. Nombramiento: según el art. 99 inc. 4 CN el Presidente es quien “nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública convocada al efecto”. Con respecto al resto de los jueces integrantes de los tribunales inferiores, la reforma constitucional de 1994 instauró el sistema de concurso para acceder al cargo de magistrado, en el ámbito del Consejo de la Magistratura. Una vez celebrado el concurso, el trámite sigue los carriles estipulados en el artículo 99 inc. 3 párrafo 2, donde se indica que los jueces inferiores a la Corte Suprema son nombrados por el Presidente “en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.”

ii. Inamovilidad e intangibilidad de la remuneración: el artículo 110 CN establece que “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones.”

iv. El Ministerio Público

Se trata de un órgano extra poder creado por la reforma constitucional de 1994. Incluye tanto al Ministerio Público Fiscal como al Ministerio Público tutelar. Las funciones del primero se identifican con el resguardo de la recta administración de justicia, el control del cumplimiento de la legalidad y ejercer la acción penal, cuando corresponde. Por su parte, el Ministerio Público tutelar se encarga de representar y tutelar a menores, pobres e incapaces en general.

Sus características y funciones principales se encuentran establecidas en el artículo 120 CN: "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República." En esta fórmula se encuentra implícita la tarea de ejercer la acción penal y velar por una recta administración de justicia.

En cuanto a su composición, el texto constitucional estipula que "está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca." La Convención Constituyente de 1994 estableció, con la introducción del artículo 120, que "el Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera". Lo hizo, además, colocándolo en un Capítulo aparte, fuera de los que comprenden a los otros poderes del estado.

A partir de la sanción de esta norma no quedan dudas de que este órgano no integra ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Judicial. En consecuencia, hay posiciones doctrinarias que intentan explicar su ubicación institucional.

De acuerdo a la primera cláusula del artículo 120 de la Constitución Nacional el Ministerio Público tiene por función "promover

la actuación de la justicia en defensa de la legalidad" y "de los intereses generales de la sociedad".

Según Quiroga Lavié la primera función implica la legitimación procesal para actuar en juicio cuando lo establezca en forma expresa la ley o cuando los derechos públicos de la sociedad se encuentren desconocidos. La segunda se vincula con los derechos de incidencia colectiva contemplados en el artículo 43 de la Constitución Nacional, lo que implica que no solo el Defensor del Pueblo puede interponer dicha acción, sino también los fiscales. La expresión "derechos de incidencia colectiva" apunta, según Bidart Campos, a los intereses difusos en cualquiera de los aspectos posibles: el medio ambiente, la competencia, los servicios públicos y el consumo.

En una más detallada enunciación de las funciones, la ley orgánica del Ministerio Público establece en el artículo 25 que corresponde al Ministerio Público:

- a) Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.
- b) Representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera.
- c) Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales, salvo cuando para intentarla o proseguirla fuere necesario instancia o requerimiento de parte conforme las leyes penales.
- d) Promover la acción civil en los casos previstos por la ley.
- e) Intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombre de las personas, venias supletorias, declaraciones de pobreza.
- f) En los que se alegue privación de justicia.
- g) Velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República.

h) Velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal.

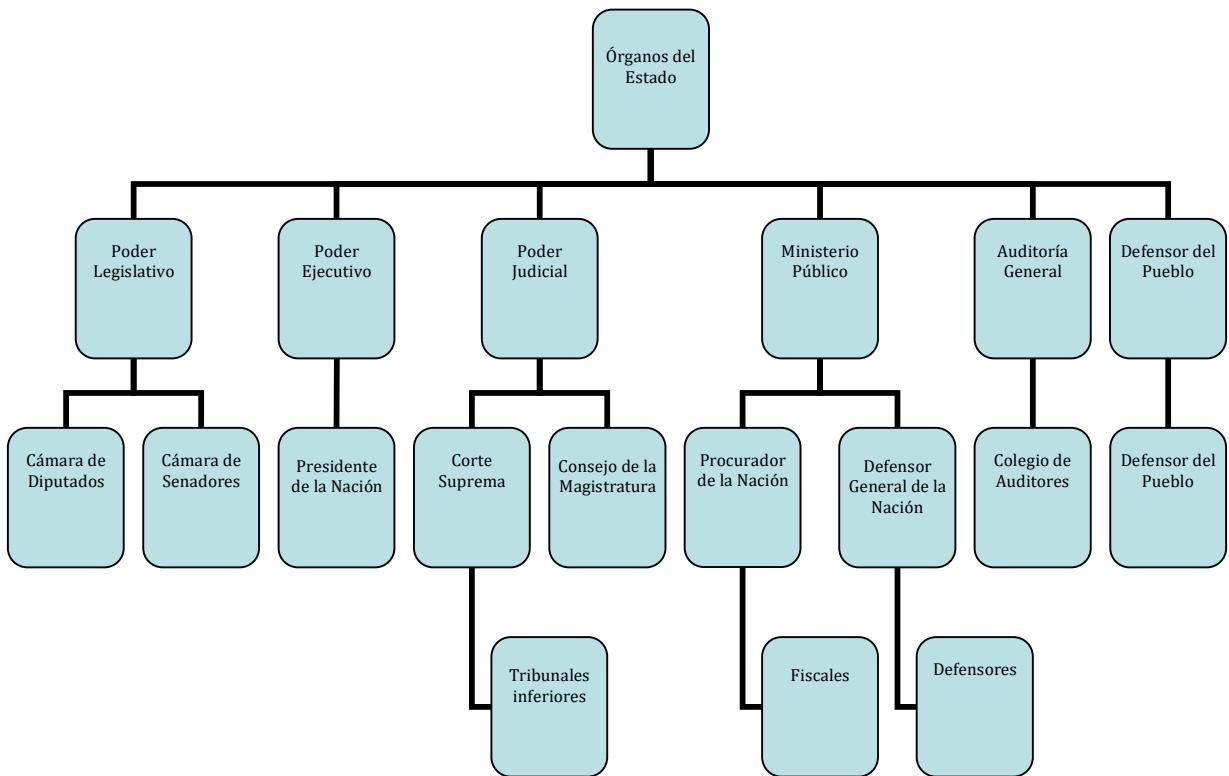
i) Promover o intervenir en cualesquiera causas o asuntos y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieran a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos.

j) Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales.

k) Ejercer la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas penales, y en otros fueros cuando aquellos fueren pobres o estuvieren ausentes.

l) Velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación.

ll) Intervenir en todos los procesos judiciales en que se solicite la ciudadanía argentina.



Bibliografía:

- Baratta, Alessandro. "Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal", en *Doctrina Penal*, Año 10, N°37-40, Buenos Aires, 1987, págs. 623-650.
- Bidart Campos, Germán. *Derecho Constitucional*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1963.
- Bidart Campos, *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.
- Carrió, Alejandro. *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta, Madrid, 2001.

-González, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina (1850-1860)*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

-Quiroga Lavié, Humberto. *Constitución Argentina Comentada*. Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1996.

-Sagüés, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.

-Sabsay, Daniel; Onaindia, José M. *La Constitución de los argentinos*. Ed. Errepar, Buenos Aires, 1994.

-Zaffaroni, Alagia, Slokar. *Derecho Penal*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005.

Capítulo III:

La internacionalización del Derecho: creación de los derechos humanos.

A. Introducción:

Si bien cuando consideramos al ser humano como parte integrante del conjunto de la humanidad -identificado con otros por poseer una misma naturaleza o condición humana- se le reconoce una capacidad intrínseca para ejercer y disfrutar lo que hoy se denomina “derechos humanos”, lo cierto es que esta capacidad sólo recientemente ha sido establecida como derecho al nivel normativo.

En el camino de la historia humana podemos encontrar distintos pensadores que fijaron ciertas potestades inherentes a la naturaleza humana, más allá de su reconocimiento en la instancia política. Sin embargo, estos rastros constituyen ideas aisladas que no se vieron plasmadas en la realidad de aquellos tiempos, y que por ello sólo pueden nombrarse como parte del bagaje necesario para que con los siglos floreciera una coyuntura en la que sí podrían tener significado práctico.

Así, los derechos humanos son una invención de la modernidad, de una época revolucionaria en la que se mezclan otras invenciones tales como el Estado, la historia de los Antiguos opuesta a una historia presente y ya clásica de los Modernos, la división de las funciones del trabajo y los límites sin frontera de la acción humana.

Desde esta perspectiva que incluye la inscripción histórica de los derechos humanos, dedicaremos este capítulo a intentar abordar la noción de derechos humanos, partiendo de su creación puesta en contexto hasta las implicaciones de su reconocimiento a nivel internacional, pasando por la instauración de los mecanismos de vigilancia.

B. Creación de los derechos humanos en contexto:

La consagración de los derechos fundamentales en la Declaración Universal de los Derechos Humanos obedece a un hecho histórico que se sitúa en el final de la II Guerra Mundial (1939-1945), en respuesta a las violaciones a los derechos humanos perpetradas por el régimen nazi antes y durante el transcurso del conflicto bélico.

En efecto, el gran desconcierto en el que se sumió la comunidad internacional luego del genocidio llevado a cabo por el régimen nazi, terminó por convertirse en la base fundamental para el nacimiento y el reconocimiento internacional de los derechos humanos.

Desde años tan oscuros, marcados por la más cruda evidencia del accionar de un Estado moderno cuyo objetivo estaba cifrado en el exterminio de un pueblo, surgió como contrapunto la toma de conciencia acerca de la dignidad inherente a la vida humana.

Creemos que esos sucesos, el despertar de una cierta conciencia luego de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, fueron decisivos para la sedimentación en la conciencia internacional de la necesidad de implementar sistemas legales supranacionales que consagraran en primer lugar el respeto a la dignidad de la vida humana, pero que también reconocieran el complejo integral, interdependiente e indivisible de los derechos humanos, comprendido tanto por los derechos civiles y políticos como por los derechos económicos, sociales y culturales.

Así, la construcción de un universo en el que la premisa axiomática fuese el respeto de los derechos universales comenzó a gestarse durante las hostilidades de la Segunda Guerra, y se puso en funcionamiento inmediatamente después: la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en 1948, es el primer resultado de este

proceso. Al parecer, hizo falta la terrible experiencia de la Segunda Guerra para que la conciencia universal se despertara.

En gran medida, esto se explica a través de la necesidad de *hacer algo* frente a los horrores del nazismo, para atemperar la sensación de latente impunidad, que nacía del estremecimiento al salir a la luz -con el poder de las imágenes de esa época- los horrores de la implementación del plan genocida nacionalsocialista.

Fue entonces evidente que la protección que -al menos en toda teoría política moderna- el Estado debe brindar a sus ciudadanos, había podido trocarse en amenaza a la humanidad, y esto suponía la necesidad de que el hasta entonces férreo principio de autodeterminación de los pueblos y no intervención, típico del *jus publicum europaeum*, debiera ceder en pos del resguardo de valores fundamentales.

Entonces, era necesario reconocer como interés supremo ciertos derechos que por fuerza se mantendrían incólumes, sin importar la gravedad de la situación o los objetivos de tal o cual finalidad política. De ese modo, se inicia el camino de la construcción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como un derecho de protección contra el poder arbitrario que reemplaza las concesiones de la reciprocidad y el voluntarismo egoísta por las consideraciones de *ordre public*.

Por otro lado, de modo subsidiario y ante el eventual fracaso de estos mecanismos de resguardo, la comunidad internacional debía contar con la posibilidad tanto de asignar responsabilidad internacional al Estado por la violación no reparada, como de ejercer una acción coercitiva de castigo a los culpables de transgredir las normas fundamentales.

A partir de esos enunciados, inmediatamente comenzaron a disponerse las condiciones para la instauración de sistemas de vigilancia

comunitarios, capaces de brindar protección al libre goce y ejercicio de esos derechos fundamentales. Por primera vez, la comunidad internacional reconoció que desde el propio Estado se llevan a cabo crímenes aberrantes, y que además son generalmente los de mayor trascendencia, puesto que cuentan con la sistematización y la estructura burocrática del poder.

Ello explica que en el proceso de protección de los derechos humanos se haya hecho hincapié en la obligación de los Estados de asegurar la protección de los derechos fundamentales de los individuos, y de modo consecuente, su responsabilidad en caso de violaciones a estos principios. Así, en los años siguientes a la finalización de la Segunda Guerra, la instauración de sistemas legales supranacionales se ubicó como prioridad en la agenda política de la comunidad internacional.

Se puso claramente en evidencia el vínculo existente entre el Estado democrático de derecho y la necesidad de respeto por las garantías individuales de las personas, que durante el nazismo habían sido atrozmente quebrantadas. Como dijimos antes, lo más significativo de esta puesta en evidencia fue la toma de conciencia de que la protección de los derechos humanos no es sólo un problema interno de cada nación, sino que commueve las relaciones internacionales y la paz mundial, lo que generó la internacionalización de los derechos humanos, concepto que intentaremos desarrollar en este apartado.

C. La creación de la Organización de las Naciones Unidas

En el año 1945 “*los pueblos de las Naciones Unidas*” suscriben la Carta de las Naciones Unidas constituyéndose la Organización de las Naciones Unidas (ONU.). A partir de la adopción de la Carta de Naciones Unidas todos los convenios que atañen a derechos humanos se fundan en la aplicación de los enunciados contenidos en ella. De allí que pueda

decirse que con el nacimiento de la Carta y de la Organización de las Naciones Unidas, la sociedad internacional se vuelve comunidad.

A partir de la firma de la Declaración Universal todos los Estados se comprometen con lo que suceda en el resto de los países, porque las violaciones a los derechos humanos en cualquier parte del mundo, como ya se ha dicho, atañen a la paz que se encontraba tan endeble después de dos conflictos bélicos de índole mundial.

La Declaración Universal de Derechos Humanos y más tarde el resto de los Tratados Internacionales que hacen a la materia, se convirtieron en los instrumentos jurídicos de referencia en esta cuestión. En definitiva, las garantías fundamentales se internacionalizaron y pasaron a estar reconocidas por un instrumento de carácter universal.

Sin embargo, si analizamos la sociedad actual y echamos mano a las estadísticas e informes que refieren a la efectiva vigencia de los derechos humanos, seguramente nos quedaremos con un sabor amargo y un sentimiento de involución. No obstante, es necesario señalar que la firma de la Declaración ha significado un gran avance y progreso en la cuestión. El hombre pasa a ser reconocido como sujeto de derecho internacional.

De alguna manera, el conjunto de las naciones es garante de la vigencia de los derechos consagrados en la Declaración, lo que también los vuelve internacionales y universales.

El propio título de la Declaración indica la universalidad de la misma, es decir que se extiende a todo el planeta y no sólo a los miembros de la O.N.U. Asimismo, como el contenido de la misma son los derechos humanos, debe tenerse presente que los mismos pertenecen a todos los hombres y mujeres del mundo. Es decir, son inherentes a la persona como tal, independientemente de la nacionalidad o el territorio en el que se encuentren.

El surgimiento de la Carta implica concebir a los derechos humanos de una forma diferente a como se venía sosteniendo antes de la misma. Los elementos que hacen la diferencia se pueden enumerar como: a) la titularidad excluyente de la persona física, b) universalidad, c) igualdad, d) la sugerencia de orden público que adquiere la Carta en razón de su supremacía por sobre cualquier otro Tratado.

D. El fundamento de los derechos humanos:

Existen diversas corrientes en cuanto al fundamento de los derechos humanos. Sin embargo es importante resaltar que, tal como lo entiende Bobbio, lo importante no es el fundamento de los mismos, sino la manera más eficiente de protegerlos. Así, el problema prioritario y urgente de las garantías fundamentales no es el de establecer si son naturales o históricas sino garantizarlas, protegerlas y tutelarlas. En la práctica esta discusión no tiene mayor relevancia, y cualquier importancia que se le de queda ensombrecida por la necesidad de protección de los derechos humanos.

Sin perjuicio de ello, y al sólo objeto de dar un marco más acabado en lo que atañe al surgimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por ende del hombre como sujeto de derecho internacional, se intentará abordar las tres corrientes principales.

El enfoque *iusnaturalista* concibe a los derechos humanos como pertenecientes al hombre en virtud de que los posee de forma inherente incluso en el estado de naturaleza. Esta corriente ha sido criticada por entender que el concepto de naturaleza humana es ambiguo y carece de justificación científica.

Otra de las teorías de la fundamentación de los derechos humanos es la *ética*, que entiende el nacimiento de los derechos humanos como previo a lo jurídico. Es decir, el derecho positivo no ha sido el

mentor de los derechos humanos, sino que su misión es la del reconocimiento, hacerlos norma y protegerlos legalmente.

Quienes adhieren a la fundamentación ética de los derechos humanos entienden que el nacimiento de ellos se sitúa anteriormente al derecho, en un plano moral y no jurídico. Si así no fuera carecerían de sentido tanto la necesidad de defensa para su incorporación a un plexo normativo/positivo como las críticas a aquellos ordenamientos jurídicos que no los registren.

Se ha criticado el enfoque ético de la fundamentación de los derechos humanos por entender que sólo se puede hablar de derechos morales dentro de un sistema normativo moral, con obligaciones morales, las naturales y positivas incumben a sistemas normativos distintos.

Otra de las fundamentaciones es la *historicista*, que entiende que los derechos obedecen a las necesidades humanas que surgen en las sociedades en cuanto evolucionan. Es decir, que los derechos humanos se cimientan en necesidades humanas.

Ya hemos adelantado que la Carta, el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas y la Declaración Universal son la respuesta a la barbarie del Holocausto. Por ello, creemos acertado pensar que los derechos humanos como universales e internacionales son el fruto de la reflexión y evolución de la sociedad mundial.

E. Obstáculos iniciales de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

A pesar del significativo avance que representó para el mundo la suscripción de la Declaración, inicialmente encontró varios impedimentos para ser efectiva. No contaba con fuerza obligatoria y no existía un procedimiento de protección y tutela internacional de las garantías en ella previstas.

Las relaciones entre los antiguos Aliados y la separación del mundo en bloques antagónicos significaron la configuración de una nueva realidad. Las buenas intenciones de la Declaración quedaban opacadas por esta división del mundo. El capitalismo representado por Estados Unidos y el comunismo ruso se enfrentarían a partir de estos momentos, en lo que se llamó la “Guerra Fría”. El panorama esperanzador del principio se tornaba más oscuro.

En esta perspectiva mundial fue difícil para el resto de los países permanecer al margen de la contienda. Las organizaciones internacionales no lograron permanecer indemnes en sus debates respecto de lo que sucedía entre los dos bloques enfrentados, lo que impidió y retrasó el avance en la protección de los derechos fundamentales.

Con el discurrir del tiempo, se han incrementado los tratados internacionales y las declaraciones meramente programáticas dieron paso a otros convenios que establecen el deber de respeto de los derechos contenidos en las mismas. Dicha cuestión será tratada en el apartado siguiente.

F. Regionalización de la protección de derechos humanos. Órganos encargados de su protección y tutela:

i. El proceso de regionalización

La Declaración Universal de Derechos Humanos dio lugar a convenciones regionales y tribunales que las interpretan. En cuanto a los tribunales u órganos encargados de proteger y tutelar derechos humanos, es preciso señalar que en el caso del Continente Americano funciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos como institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos (OEA) cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos –entre otras funciones- somete casos a la jurisdicción de la Corte Interamericana y actúa frente a la Corte en estos litigios. También los Estados parte pueden someter casos a decisión de la Corte.

Tal como anticipamos, la internacionalidad de los derechos humanos se fue difundiendo regionalmente. En el caso del Continente Americano con la Organización de Estados Americanos (OEA). El 30 de abril de 1948, veintiún países del continente americano reunidos en Bogotá, Colombia, adoptaron la Carta de la Organización de Estados Americanos, en la que afirmaban su compromiso con las metas comunes y su respeto por la soberanía de cada uno. Posteriormente, Canadá y las naciones del Caribe se han sumado a la OEA. En este contexto americano se suscribieron los siguientes Tratados que hacen los a los derechos humanos: La Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, el Pacto de San José de Costa Rica y la Carta interamericana de garantías sociales.

Por su parte África cuenta con la Organización de la Unidad Africana (OUA) que en 1979 firmó la Carta de los derechos humanos y de los pueblos.

En 1950, 15 países de Europa suscriben el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Lo cierto, es que a pesar de la universalidad de la Declaración, la protección de los derechos humanos se ha ido progresivamente regionalizando, lo que obedece a la existencia de realidades completamente diferentes en cada parte del planeta.

Si bien es cierto que la Declaración convierte a los derechos humanos en internacionales, no puede desconocerse que las realidades en

los continentes difieren y es positivo que para cada región existan instrumentos de tutela y garantía para los derechos fundamentales.

Cabe recordar que uno de los obstáculos iniciales con que contaba la Declaración era la inexistencia de un procedimiento de protección. El otro gran obstáculo era la falta de fuerza obligatoria de la misma, que tal como desarrollamos precedentemente se ha ido saneando con la incorporación de nuevos tratados y la inclusión de éstos en las constituciones nacionales.

Veamos ahora nuestro sistema regional de protección de derechos humanos.

ii. El sistema Interamericano de Derechos Humanos

a. La Convención Interamericana de Derechos Humanos:

El sistema Interamericano de Derechos Humanos nace formalmente con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, Colombia, 1948), con la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuya Carta proclamó los "Derechos Fundamentales de la Persona Humana" como uno de los principios básicos de la Organización.

La estructura del sistema interamericano cobró una mayor fuerza al adoptarse la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica en 1969). El proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José), que entró en vigencia el 18 de julio de 1978, brindó mayores potestades a la Comisión y creó la Corte, como organismo destinado a vigilar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos.

i. Contenido:

Los Estados partes que han ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos se "comprometen a respetar los

derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna" (art. 1.1).

En primer lugar debe destacarse que los derechos contenidos en la Convención deben tener un resguardo efectivo en el derecho interno de cada uno de los Estados partes. Puede suceder que existan derechos que ya se encuentran plasmados en los ordenamientos internos de forma expresa o de forma tácita -como, en nuestro país, la garantía de presunción de inocencia durante el proceso penal- pero que quedan definitivamente reconocidos con la ratificación de la Convención.

En el caso contrario, si un derecho no tiene acogida en el derecho interno de un país, el Estado del que se trate está obligado a adoptar medidas legislativa o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlo efectivo.

La Convención se estructura en diversos capítulos. El capítulo II se dedica a los derechos civiles y políticos, y comienza por el principio general del reconocimiento a la personalidad jurídica, inherente a toda persona (art. 3)

Por su parte, el artículo 4 establece el derecho a la vida, a la que "en general" se considera a partir del momento de la concepción. En este mismo artículo se establece la limitación a la pena de muerte, que se prohíbe para los delitos políticos y para los Estados que la hayan abolido.

La integridad personal está contenida como derecho en el artículo 5, y comprende: el respeto a la integridad física, psíquica y moral; más la prohibición de someter a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En este artículo se establece asimismo la finalidad de las penas privativas de libertad: "la reforma y la readaptación social de los

condenados”, por lo que se debe respetar siempre la dignidad de las personas privadas de libertad.

En el artículo 7 se establece el derecho a la libertad personal, fijándose allí que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.”

El artículo 8, por su parte, establece una serie de garantías denominadas “judiciales”, pero que replican nuestras garantías constitucionales -que se verifican principalmente en el ámbito del proceso penal- y las complementan.

Así, se establece allí que:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

Estas garantías se completan con los principios de legalidad y retroactividad previstos en el artículo 9.

Los artículos 11 y 12 se refieren a la protección de la dignidad y el honor, más a la libertad religiosa.

La libertad de Pensamiento y de Expresión se encuentran reconocidas en el artículo 14, donde además se prohíbe toda forma de censura previa y se establece que deberá estar prohibida por “toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas,

por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

En los artículos 15 y 16 se establecen el derecho de reunión y de libre asociación, con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole, que sólo puede estar restringido en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Los derechos del niño se encuentran reconocidos expresamente en el artículo 19 de la Convención, mediante una regla genérica que le otorga el derecho a “las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

El derecho a la propiedad privada se encuentra reconocido en el artículo 21, donde se establece que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes con la limitación que la ley puede establecer en relación al interés social.

A partir del artículo 23 se reconocen los derechos políticos, con la fórmula “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”

Además, la Convención establece en el artículo 26 la obligación del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y

culturales en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Como medios de protección de los derechos y libertades y de aplicación de la Convención, se establecen dos órganos para conocer de los asuntos relacionados con su cumplimiento: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte.

b. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Ha sido creada en el año 1959 en virtud de la Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones exteriores. Está integrada por siete miembros, elegidos a título personal entre ternas presentadas por los estados ante la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA).

En 1960 se aprobó su Estatuto de funcionamiento y se fijó que debían entenderse por derechos humanos los consagrados por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Cuando en 1969 se aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos, se regló entre los artículos 34 y 51 su competencia, procedimiento y funciones.

Se estableció así una competencia bifronte. Una vez aprobado el nuevo Estatuto, un año después de su entrada en vigor en 1978, se dijo que por derechos humanos debían entenderse los definidos por la Convención Americana para los estados parte de ella; y los contenidos en la Declaración Americana para los restantes estados miembros de la OEA.

Al respecto puede señalarse la opinión consultiva 10/89 de la Corte Interamericana donde ésta estableció que estaba en condiciones de interpretar la Declaración Americana, y la Resolución 22/89 de la Comisión donde ésta, además de analizar el derecho interno del país denunciado (EEUU), confrontó éste con la Declaración Americana.

Con relación a otro aspecto que hace a la competencia de la Comisión y que se vincula con sus formas y requisitos de acceso, podemos decir brevemente que en virtud del artº 44 de la Convención cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o mas estados de la OEA, pueden presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención por parte de estados parte.

Para que una petición sea admitida se requerirá el cumplimiento de ciertos requisitos formales establecidos por el art. 46 de la misma.

Sus funciones están establecidas por el art. 41 de la Convención Americana y se orientan a la promoción de la observancia y la defensa de los derechos humanos, teniendo en el ejercicio de su mandato atribuciones para estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; formular recomendaciones a los Gobiernos para que adopten medidas relativas a su cumplimiento; preparar informes que considere convenientes; solicitar a los Gobiernos que le proporcionen informes; atender consultas de éstos y proporcionarles asesoramiento; actuar en relación con las peticiones y comunicaciones de acuerdo a sus facultades; y rendir un informe anual a la Asamblea General de la OEA.

Una vez analizados los aspectos generales que hacen al derecho de integración; comprendida la naturaleza, y los aspectos fundamentales de la función y funcionamiento de la Comisión; podemos entonces pasar al enfoque referido a las actividades de ésta. Creemos que esta actividad es de vital importancia para el desarrollo progresivo al que hacíamos referencia al tratar la cuestión de la internacionalización de los derechos humanos.

Con respecto a su actividad concreta podemos decir que, si bien están previstas las facultades de la Comisión para entender en denuncias

interestaduales, la mayor parte de su actividad comprende cuestiones en las que ha intervenido partir de su propia iniciativa o a partir de denuncias individuales presentadas ante ella.

Con relación al primer aspecto podemos decir que, desde su puesta en marcha, la Comisión ha realizado visitas *in loco* de carácter general y otras tantas de carácter específico. Al respecto el art. 26.2 del reglamento de la Comisión establece que ésta podrá actuar *motu proprio*, tomando en consideración cualquier información disponible que le parezca idónea y en la cual se encuentren los elementos necesarios para iniciar la tramitación de un caso que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin.

También puede hablarse del carácter preventivo de esta actividad. Por ejemplo, la Comisión ha realizado visitas durante elecciones en prevención de posibles violaciones al art. 23 (derechos políticos) de la Convención Americana.

Con relación a la actividad planteada a raíz de denuncias de particulares podemos decir que si bien éstas se realizaron desde un principio con relación a supuestas violaciones de los arts. 1 (derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona); 2 (derecho a la igualdad ante la ley); 3 (derecho de libertad religiosa y de culto); 4 (derecho a la libertad de expresión); 18 (derecho de justicia); 25 (derecho de protección contra la detención arbitraria; y 26 (derecho a proceso regular) de la Declaración americana y sus concordantes de la Convención Americana; actualmente han llegado otros casos relativos al derecho a asociación, a los derechos políticos, y al derecho de propiedad, entre otros (algunos de los cuales serán analizados en el capítulo siguiente), lo que denota, una decisión de los particulares de acudir a los órganos de control a fin de revalidar aquellos derechos que consideran conculcados, agotados los recursos internos, aún cuando tales derechos

no conformen lo que se dio en llamar el núcleo irreductible de los derechos esenciales.

b. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: se establece en 1979, como una institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos con el objetivo de aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados concernientes a la cuestión.

Conforme a lo establecido por el Estatuto aprobado mediante la Resolución 488 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una "institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"(en adelante la Convención) .

La Corte surge a partir de la Convención en 1969, y comenzó a desarrollar sus tareas en Septiembre de 1979, es decir, diez años después, estableciendo su sede en San José de Costa Rica.

En el Capítulo VIII de la Convención se desarrollan las normas que regirán para su organización (Sección 1); su competencia y funciones (Sección 2); y su procedimiento (Sección 3).

Con respecto a su organización, la Corte se compone de 7 jueces, nacionales de los Estados Miembros de la OEA, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, y que reúnan los requisitos para ser juez de acuerdo a los ordenamientos jurídicos internos del país que los proponga para desempeñar las funciones, o del cual sean nacionales (art. 52 Convención).

La Asamblea General de la OEA es la encargada de elegir a los jueces de la Corte a propuesta de los Estados Partes en la Convención mediante una votación secreta y por mayoría absoluta de votos de estos

Estados (art. 53 Convención). Los jueces durarán seis años en sus funciones y podrán ser reelegidos solo por una vez (art.54.1); sin embargo, una vez vencido este plazo, seguirán conociendo en los casos a los cuales ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia (art. 54.3).

Como último dato relativo a su organización, podemos decir que, a pesar de sesionar en su sede de San José de Costa Rica, la Corte está facultada a celebrar reuniones en el territorio de cualquiera de los Estados Miembros de la OEA en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y con el previo consentimiento del estado respectivo (art. 58.1).

Solo los estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte (art. 61). No obstante, para que ella pueda conocer en un caso es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los arts. 48 a 50 (art. 62) relativos a las distintas etapas por las que atravesará la denuncia presentada por los particulares o los Estados ante la Comisión.

La Corte tiene competencia para conocer en cualquier caso relativo a la interpretación y aplicaciones de la Convención, siempre que los Estados Parte hayan reconocido o reconozcan su competencia, ya sea por declaración especial o por convención especial (art. 62.3). Tal declaración podrá ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos; y deberá ser presentada al Secretario General de la OEA (art.62.2).

La actividad de la Corte se visualiza mediante el ejercicio, por parte de ésta, de sus funciones: la función contenciosa y la función consultiva.

Prevista en el art. 53 de la Convención, la función contenciosa se vincula con el hecho de la existencia de una violación de un derecho o libertad protegidos por ésta. En este caso la actividad de la Corte estará

dirigida a que se "garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados" (art. 63.1). Asimismo la Corte podrá disponer que se "reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada" (art. 63.1).

Eventualmente, en casos de gravedad o extrema urgencia, y para tratar de evitar daños irreparables a las personas, la Corte podrá adoptar medidas de tipo cautelar que considere convenientes (art. 63.2).

La función consultiva de la Corte se desprende del art. 54 de la Convención y puede dirigirse a la consulta que los estados Miembros de OEA requieran de ésta en relación con "la interpretación de ésta Convención o de otros Tratados concernientes a la protección de los derechos humanos" (art. 64.1); o a la "compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas (la de los Estados Miembros de OEA) y los mencionados instrumentos internacionales" (art. 64.2).

La Corte ha tenido oportunidad de referirse a varias de estas cuestiones en diversas oportunidades a través de opiniones consultivas, interpretando el alcance y verdadero sentido de algunas de las normas previstas la Convención.

G. Jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos

Como indicamos en capítulos anteriores, en la reforma constitucional de 1994 se estableció una nómina de tratados internacionales de derechos humanos que han sido jerarquizados constitucionalmente.

La Constitución reformada establece que los tratados con jerarquía constitucional no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución, o sea la parte dogmática, y la doctrina ha dicho en repetidas ocasiones -siguiendo la letra constitucional- que deben

entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos en el texto constitucional.

Esto significa que, por fuerza, los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional deben reputarse complementarios de los derechos reconocidos la parte dogmática de la Constitución Nacional, tanto de forma expresa como implícita.

Actividad:

1. Lea la siguiente opinión consultiva.
2. Identifique los derechos analizados y su base normativa.
3. ¿Cuál es la interpretación de la Corte?

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-OPINIÓN CONSULTIVA OC-3/83 DEL 8 DE SETIEMBRE DE 1983. RESTRICCIONES A LA PENA DE MUERTE (ARTS. 4.2 Y 4.4 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS) SOLICITADA POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Estuvieron presentes:

Pedro Nikken, Presidente

Thomas Buergenthal, Vicepresidente

Huntley Eugene Munroe, Juez

Máximo Cisneros, Juez

Carlos Roberto Reina, Juez

Rodolfo E. Piza E., Juez

Rafael Nieto Navia, Juez

OPINIÓN CONSULTIVA

Estuvieron, además, presentes:

Charles Moyer, Secretario, y

Manuel Ventura, Secretario Adjunto

LA CORTE, integrada en la forma antes mencionada, emite la siguiente opinión consultiva:

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante " la Comisión "), mediante mensaje por telex del 15 de abril de 1983, comunicó su decisión de someter a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante " la Corte ") una opinión consultiva sobre la interpretación de la parte final del segundo párrafo del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención"). El texto de la solicitud fue remitido por nota recibida en la Secretaría el 25 de abril de 1983.

2. Mediante notas de fechas 27 de abril y 12 de mayo de 1983, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 52 del Reglamento de la Corte (en adelante "el Reglamento"), la Secretaría solicitó observaciones escritas sobre las distintas materias implicadas en el presente procedimiento consultivo a todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante " la OEA "), así como, a través del Secretario General de ésta, a todos los órganos a que se refiere el Capítulo X de la Carta de la OEA que tuvieran interés en el asunto.

3. El Presidente de la Corte fijó el 1 de julio de 1983 como fecha límite para recibir observaciones escritas u otros documentos relevantes.

4. Las comunicaciones de la Secretaría fueron respondidas por los siguientes Estados: Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Guatemala. Se recibieron también respuestas de los siguientes órganos de la OEA: el Consejo Permanente, la Secretaría General y el Comité Jurídico Interamericano. La mayoría de dichas respuestas contienen observaciones concretas sobre la materia de la consulta. Aun cuando las observaciones recibidas de los gobiernos de Costa Rica, Ecuador y El Salvador fueron consignadas en la Secretaría con posterioridad al vencimiento del plazo que, para tal efecto, había fijado el Presidente, la Corte en pleno resolvió considerarlas e incorporarlas al expediente, habida cuenta del papel que están llamadas a cumplir dichas observaciones en los procedimientos consultivos.

5. Asimismo, las siguientes organizaciones ofrecieron sus puntos de vista sobre la consulta como amici curiae: the International Human Rights Law Group & the Washington Office on Latin America; the Lawyers Committee for International Human Rights & the Americas Watch Committee; y the Institute for Human Rights of the International Legal Studies Program at the University of Denver College of Law & the Urban Morgan Institute for Human Rights of the University of Cincinnati College of Law.

6. Se fijó una audiencia pública para el martes 26 de julio de 1983, con el fin de que la Corte, reunida en su Tercer Período Extraordinario de Sesiones, escuchara las opiniones de los Estados Miembros y de los órganos de la OEA sobre la solicitud y la objeción a la competencia formulada por el Gobierno de Guatemala.

7. En la audiencia pública fueron hechas a la Corte manifestaciones orales por los siguientes representantes:

Por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Don Luis Demetrio Tinoco Castro, Delegado y Primer Vicepresidente,

Don Marco Gerardo Monroy Cabra, Delegado y ex Presidente,

Por el Gobierno de Guatemala:

Don Edgar Sarceño Morgan, Agente y Viceministro de Relaciones Exteriores,

Don Mario Marroquín Nájera, Consejero y Director General de la Cancillería,

Por el Gobierno de Costa Rica:

Don Carlos José Gutiérrez, Agente y Ministro de Justicia,

Don Manuel Freer Jiménez, Consejero y Procurador de la República.

I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

8. En comunicaciones de 15 y 25 de abril de 1983 la Comisión solicitó a la Corte, con base en el artículo 64.1 de la Convención, una opinión consultiva sobre la interpretación del artículo 4 de la misma en los siguientes términos:

1. ¿Puede un Gobierno aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estuviese contemplada dicha pena en su legislación interna, al momento de entrar en vigor para ese Estado la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

2. ¿Puede un Gobierno, sobre la base de una reserva hecha al momento de la ratificación al artículo 4, inciso 4 de la Convención, legislar con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención imponiendo la pena de muerte a delitos que no tenían esa sanción cuando se efectuó la ratificación?"

9. El artículo 4 de la Convención establece lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con

anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente."

10. En su exposición sobre las consideraciones que originan la consulta, la Comisión refirió a la Corte la existencia de ciertas divergencias que ha tenido con el Gobierno de Guatemala con ocasión de la interpretación de la parte final del segundo párrafo del artículo 4 de la Convención, así como sobre los efectos y alcances de la reserva formulada por Guatemala al cuarto párrafo del mismo artículo, la cual textualmente dice:

El Gobierno de la República de Guatemala, ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, haciendo reserva sobre el artículo 4, inciso 4, de la misma, ya que la Constitución de la República de Guatemala, en su artículo 54, solamente excluye de la aplicación de la pena de muerte, a los delitos políticos, pero no a los delitos comunes conexos con los políticos.

El problema jurídico concreto que se ha planteado a la Comisión es si una reserva concebida en los términos citados, puede ser invocada por un Estado Parte para imponer la pena de muerte a delitos que no la tenían prevista para la fecha de la ratificación y, en particular, si se puede alegar, como lo venía haciendo el Gobierno de Guatemala ante la misma Comisión, para fundamentar la aplicación de la pena capital a delitos comunes conexos con los políticos que no la acarreaban anteriormente. En la audiencia pública uno de los delegados de la Comisión expresó que la situación planteada a propósito de la reserva de Guatemala, había sido referida a la Corte como ejemplo para poner de relieve el problema jurídico subyacente.

11. Mediante comunicación por telex dirigida al Presidente de la Corte por el Ministro de Relaciones Exteriores de Guatemala, recibida el 19 de abril de 1983, el Gobierno de Guatemala pidió a la Corte que se abstuviera de emitir la opinión solicitada por la Comisión. A continuación se consignan los argumentos que fundamentaron el alegato del Gobierno de Guatemala:

El Gobierno de Guatemala solicita atentamente a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos que se abstenga de emitir la opinión consultiva solicitada por la Comisión, ya que si bien el artículo 64 de la Convención faculta a la Comisión, en términos generales, a consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención, el hecho es que el numeral 3 del artículo 62 de la propia Convención claramente establece que:

la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Como Guatemala, ni al momento del depósito de su instrumento de ratificación de la Convención, ni en ningún momento posterior, ha declarado que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación de la Convención, de conformidad con el artículo 62 numeral 1, es evidente que la Corte debe abstenerse de emitir la opinión consultiva requerida por la Comisión, por carecer de competencia para el efecto.

12. Después de recibir la comunicación citada, el Presidente de la Corte, previa consulta con la Comisión Permanente de la misma, de conformidad con el Reglamento, dispuso que tanto la solicitud de la Comisión como los argumentos del Gobierno de Guatemala en lo que respecta a la competencia de la Corte fueran transmitidos a todos los Estados Miembros y órganos de la OEA, invitándolos a presentar a la Corte sus opiniones sobre los puntos planteados.

13. Mediante comunicación de fecha 18 de mayo de 1983 el Gobierno de Guatemala objetó la legalidad de este último trámite pues, desde su punto de vista, la Comisión Permanente debió decidir que la solicitud de opinión consultiva resultaba inadmisible o, cuando menos, debió separar el procedimiento relativo a las objeciones

a la competencia formuladas por Guatemala del conocimiento de la materia de fondo, y resolver sobre el primero como una cuestión preliminar.

14. El Presidente de la Corte respondió a la mencionada comunicación informando al Gobierno de Guatemala que ni él mismo ni la Comisión Permanente están facultados para desestimar solicitudes de opinión consultiva y que solamente la Corte en pleno goza de competencia para fallar sobre los puntos expuestos por Guatemala. Asimismo, el Presidente advirtió que la decisión en cuanto a la forma en que se debería abordar la solicitud de Guatemala está también sujeta a revisión por la Corte en pleno.

(...)

IV

SENTIDO E INTERPRETACIÓN DE LOS TEXTOS

47. Las preguntas formuladas por la Comisión plantean a su vez varias interrogantes más generales que es preciso resolver. En primer lugar, a los fines de la interpretación del artículo 4.2 de la Convención, es necesario establecer dentro de qué contexto se prevé la posibilidad de aplicar la pena de muerte, lo que equivale a abordar la interpretación del artículo 4 en su conjunto. En segundo lugar, deben definirse los criterios generales que orienten la interpretación de una reserva que, aún estando autorizada por la Convención, conduzca de alguna manera a restringir o debilitar el sistema de protección consagrado en ella. Por último, es preciso resolver la hipótesis sometida a la Corte.

48. La forma como está planteada la consulta hace necesario precisar el sentido y alcance de las disposiciones del artículo 4 de la Convención, en especial de sus párrafos 2 y 4, y las posibles conexiones que guardan éstos entre sí, de las cuales dependerá la posibilidad de relacionar el efecto de la reserva al uno con el texto del otro. Para hacerlo la Corte utilizará los criterios de interpretación consagrados en la Convención de Viena, que pueden considerarse reglas de derecho internacional general sobre el tema.

49. Según aquellas reglas, los tratados deben interpretarse " de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin " (artículo 31.1 de la Convención de Viena). Los medios complementarios de interpretación, en especial los trabajos preparatorios del tratado, son utilizables para confirmar el sentido resultante de

aquella interpretación o cuando ésta deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (*Ibid.*, artículo 32).

50. Este método de interpretación se acoge al principio de la primacía del texto, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación. Además, en materia de tratados relativos a la protección de los derechos humanos, resulta todavía más marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes, ya que tales tratados, como lo dijo esta Corte, " no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes ", sino que " su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes " (*El efecto de las reservas*, supra 42, párr. no. 29).

51. El análisis del régimen de la pena de muerte, permitida dentro de ciertos límites por el artículo 4, plantea problemas relativos a la medida en que es posible restringir el goce y el ejercicio de los derechos y libertades garantizados por la Convención, así como el alcance y sentido de la aplicación de tales restricciones. En tal virtud, resultan pertinentes en esta materia los criterios que se desprenden de los artículos 29 y 30 de la misma, que dicen:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a. permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas."

52. El objeto del artículo 4 de la Convención es la protección al derecho a la vida. Pero dicho artículo, después de definir de modo general ese propósito en su primer párrafo, dedica los cinco siguientes al tratamiento de la aplicabilidad de la pena de muerte. En verdad el texto revela una inequívoca tendencia limitativa del ámbito de dicha pena, sea en su imposición, sea en su aplicación.

53. El asunto está dominado por un principio sustancial expresado por el primer párrafo, según el cual "toda persona tiene derecho a que se respete su vida" y por un principio procesal según el cual "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". De ahí que, en los países que no han abolido la pena de muerte, ésta no pueda imponerse sino en cumplimiento de sentencia ejecutoriada dictada por un tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito (*supra*, párr. no. 9). La circunstancia de que estas garantías se agreguen a lo previsto por los artículos 8 y 9 indican el claro propósito de la Convención de extremar las condiciones en que sería compatible con ella la imposición de la pena de muerte en los países que no la han abolido.

54. Un nuevo grupo de limitaciones aparece a propósito del género de delitos que podrían acarrear dicha pena. Por una parte, se dispone que la pena de muerte no podrá imponerse sino para los delitos más graves (artículo 4.2) y por la otra, se excluye de modo absoluto su aplicación por delitos políticos o por delitos comunes conexos con los políticos (artículo 4.4). La circunstancia de que la Convención reduzca el ámbito posible de aplicación de la pena de muerte a los delitos comunes más graves y no conexos, es reveladora del propósito de considerar dicha pena aplicable sólo en condiciones verdaderamente excepcionales. Por último, en relación con la persona del convicto, la Convención excluye la imposición de la pena de muerte a quienes, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años o más de setenta y prohíbe su aplicación a mujeres en estado de gravidez (artículo 4.5).

55. Quedan así definidos tres grupos de limitaciones para la pena de muerte en los países que no han resuelto su abolición. En primer lugar, la imposición o

aplicación de dicha pena está sujeta al cumplimiento de reglas procesales cuyo respeto debe vigilarse y exigirse de modo estricto. En segundo lugar, su ámbito de aplicación debe reducirse al de los más graves delitos comunes y no conexos con delitos políticos. Por último, es preciso atender a ciertas consideraciones propias de la persona del reo, las cuales pueden excluir la imposición o aplicación de la pena capital.

56. Es, sin embargo, en otro sentido como aparece más marcada y decisiva la tendencia limitativa de la aplicación de la pena de muerte, subyacente en el artículo 4 de la Convención. En efecto, según el artículo 4.2 *in fine*, " tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente " y, según el artículo 4.3, " no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido ". No se trata ya de rodear de condiciones rigurosas la excepcional imposición o aplicación de la pena de muerte, sino de ponerle un límite definitivo, a través de un proceso progresivo e irreversible destinado a cumplirse tanto en los países que no han resuelto aún abolirla, como en aquellos que sí han tomado esa determinación. En el primer caso, si bien la Convención no llega a la supresión de la pena de muerte, sí prohíbe que se extienda su uso y que se imponga respecto a delitos para los cuales no estaba prevista anteriormente. Se impide así cualquier expansión en la lista de crímenes castigados con esa pena. En el segundo caso, prohíbe de modo absoluto el restablecimiento de la pena capital para todo tipo de delito, de tal manera que la decisión de un Estado Parte en la Convención, cualquiera sea el tiempo en que la haya adoptado, en el sentido de abolir la pena de muerte se convierte, *ipso jure*, en una resolución definitiva e irrevocable.

57. En esta materia la Convención expresa una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final.

58. Los trabajos preparatorios de la Convención confirmán el sentido resultante de la interpretación textual del artículo 4. En efecto, la propuesta de varias delegaciones para que se proscribiera la pena de muerte de modo absoluto, aunque no alcanzó la mayoría reglamentaria de votos afirmativos, no tuvo un solo voto en contra. (Ver en general, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser. K/XVI/1.2, Washington, D.C. 1973 (en adelante " Actas y Documentos ") repr. 1978, esp. págs. 161, 295-296 y 440-441). La actitud general y la tendencia ampliamente mayoritaria de la Conferencia fueron recogidas en la siguiente declaración presentada

ante la Sesión Plenaria de Clausura por catorce de las diecinueve delegaciones participantes (Costa Rica, Uruguay, Colombia, Ecuador, El Salvador, Panamá, Honduras, República Dominicana, Guatemala, México, Venezuela, Nicaragua, Argentina y Paraguay): Las Delegaciones abajo firmantes, participantes de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, recogiendo el sentimiento ampliamente mayoritario expresado en el curso de los debates sobre la prohibición de la pena de muerte, concorde con las más puras tradiciones humanistas de nuestros pueblos, declaramos solemnemente nuestra firme aspiración de ver desde ahora erradicada del ámbito americano la aplicación de la pena de muerte y nuestro indeclinable propósito de realizar todos los esfuerzos posibles para que, a corto plazo, pueda suscribirse un Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José, Costa Rica- que consagre la definitiva abolición de la pena de muerte y coloque una vez más a América en la vanguardia de la defensa de los derechos fundamentales del hombre (Actas y Documentos, supra, pág. 467).

Coincide con tales expresiones lo señalado por el Relator de la Comisión I, en el sentido de que " la Comisión dejó constancia, en este artículo, de su firme tendencia a la supresión de la pena (de muerte) " (Actas y Documentos, supra, pág. 296).

59. De modo que, al interpretar la parte final del artículo 4.2 " de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin " (artículo 31.1 de la Convención de Viena), no es posible albergar duda alguna respecto de la prohibición absoluta contenida en esa disposición, según la cual ninguno de los Estados Partes puede disponer la aplicación de la pena de muerte respecto de delitos para los cuales no estuviese contemplada previamente por su legislación interna. Ninguna disposición de la Convención autoriza para dar un sentido distinto al de por sí claro texto del artículo 4.2, in fine. El único camino para llegar a una conclusión diferente sería una reserva formulada oportunamente que excluyera en alguna medida la aplicación de la mencionada disposición respecto del Estado reservante, siempre que dicha reserva fuera compatible con el objeto y fin de la Convención.

V

LAS RESERVAS A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

60. Según el artículo 75, la Convención puede ser objeto de reservas de conformidad con las disposiciones de la Convención de Viena. Ya ha definido esta Corte que lo dispuesto por el artículo 75 sólo tiene sentido si se entiende como una autorización expresa destinada a permitir a los Estados cualesquiera reservas que consideren apropiadas, siempre y cuando éstas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado. Como tales, se puede decir que ellas se rigen por el artículo 20.1 de la Convención de Viena y, consecuentemente, no están sujetas a la aceptación de ningún otro Estado Parte (El efecto de las reservas, supra 42, párr. no.35)."

61. En consecuencia, la primera cuestión que se plantea al interpretar una reserva determinada es si ella es compatible con el objeto y fin del tratado. El artículo 27 permite a los Estados Partes la suspensión de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado afectado y siempre que tal decisión no implique la suspensión o derogación de ciertos derechos básicos o esenciales, entre los cuales está el derecho a la vida garantizado por el artículo 4. En esa perspectiva, toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta. Otra sería la situación, en cambio, si la reserva persiguiera simplemente restringir algunos aspectos de un derecho no derogable sin privar al derecho en conjunto de su propósito básico. Como el género de reserva referido en las preguntas planteadas por la Comisión no aparece dirigido a negar el derecho a la vida como tal, la Corte concluye que, en este aspecto, debe considerarse en principio no incompatible con el objeto y fin de la Convención.

62. Las reservas tienen el efecto de excluir o modificar las disposiciones del tratado y quedan integradas a él en cuanto a las relaciones entre el Estado que las formuló y aquellos respecto de los cuales son efectivas. Por ello, dejando nuevamente de lado la cuestión del valor recíproco de las reservas, que no es plenamente aplicable en el ámbito de los derechos humanos, es preciso concluir que la interpretación cabal del tratado implica la de las reservas, la que debe someterse tanto a las reglas propias del derecho internacional general como a aquellas específicas que se encuentran en la misma Convención.

63. En ese orden de ideas la reserva debe interpretarse de conformidad con lo que textualmente expresa, de acuerdo con el sentido corriente que deba atribuirse a

los términos en que haya sido formulada y dentro del contexto general del tratado, del cual la misma reserva forma parte, a menos que la interpretación deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Lo contrario conduciría a considerar, finalmente, que el Estado es el único árbitro del cumplimiento de sus obligaciones internacionales en todas las materias vinculadas con la reserva e, incluso, en todas aquellas que el Estado posteriormente considerara vinculadas con ésta, por obra de una declaración de intención sobrevenida.

64. Sin embargo, la Convención de Viena excluye claramente la última posibilidad, pues dispone que el único momento posible para formular una reserva es el de la manifestación del consentimiento, es decir, el de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (artículo 19 de la Convención de Viena). De manera que, sin excluir la posibilidad de recurrir en ciertas circunstancias especiales a medios complementarios, la interpretación de las reservas debe hacerse con arreglo a la primacía del texto. Cualquier otro enfoque de este asunto impediría a los otros Estados contratantes conocer con certeza el contenido de la reserva.

65. La interpretación de las reservas debe tener en cuenta el objeto y fin del tratado que, en el caso de la Convención, es " la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes " (El efecto de las reservas, supra 42, Párr. no. 29). De hecho el propósito perseguido por la Convención constituye un verdadero límite al efecto de las reservas que se le formulen. Si la condición para la admisibilidad de reservas a la Convención es que las mismas sean compatibles con el objeto y fin del tratado, es preciso concluir que dichas reservas deben interpretarse en el sentido que mejor se adecúe a dicho objeto y fin.

66. Por último, como consecuencia de la integración de la reserva al conjunto del tratado, la Corte considera que para interpretarla debe acudirse igualmente a las reglas del artículo 29 de la Convención. De ahí que, en el mismo sentido que orienta las consideraciones anteriores, deba concluirse que, en aplicación del párrafo a) de dicho artículo, una reserva no puede ser interpretada de tal modo que conduzca a limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención en mayor medida que la prevista en la reserva misma.

VI

LA INTERPRETACIÓN DE UNA RESERVA AL ARTÍCULO 4.4

67. Con base en las anteriores consideraciones, y en vista de que la primera pregunta formulada por la Comisión encuentra respuesta directa en el texto mismo del artículo 4.2 de la Convención, la Corte pasa a examinar la segunda de las cuestiones que le ha sido sometida: " 2. ¿Puede un Gobierno, sobre la base de una reserva hecha al momento de la ratificación al artículo 4, inciso 4 de la Convención, legislar con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención imponiendo la pena de muerte a delitos que no tenían esa sanción cuando se efectuó la ratificación? " En otros términos: ¿puede un Estado que ha reservado el artículo 4.4 de la Convención, el cual prohíbe aplicar la pena de muerte a los delitos comunes conexos con los políticos, considerar que esa reserva se extiende al artículo 4.2 e invocarla para imponer esa pena a delitos a los que no se aplicaba anteriormente, a pesar de la prohibición contenida en esta última norma? Las dificultades que podrían surgir al intentar responder esa pregunta en abstracto quedan superadas desde el momento en que la Comisión trajo a colación la reserva específica formulada por Guatemala, en función de la cual se hará el análisis siguiente y que será objeto de algunas consideraciones particulares.

68. Al relacionar el artículo 4.4 con el artículo 4.2, la Corte encuentra que el significado de ambas disposiciones en su contexto es perfectamente claro y diferente, en el sentido de que, mientras el artículo 4.2 establece un límite definitivo a la pena de muerte para toda clase de delitos hacia el futuro, el artículo 4.4 la proscribe para los delitos políticos y comunes conexos con ellos, lo que obviamente se refiere a aquellos que estuvieran sancionados con la pena capital con anterioridad, ya que para el futuro habría bastado con la prohibición del artículo 4.2. Se trata, pues, de dos normas de propósitos claramente diferentes: mientras el artículo 4.4 persigue suprimir la pena de muerte para ciertos delitos, el artículo 4.2 busca prohibir la extensión de su uso en el futuro. Es decir, sobre la prohibición contenida en el artículo 4.2 de extender la aplicación de la pena capital, el artículo 4.4 vino a agregar una prohibición más: la de aplicarla a los delitos políticos y comunes conexos, aun cuando ya tuvieran prevista dicha pena con anterioridad.

69. ¿Qué implica, entonces, una reserva al artículo 4.4 de la Convención en los términos de la presente consulta? Para contestar esta pregunta, debe ante todo recordarse que el Estado que la formula no reserva más de lo expresado textualmente en la misma. Como la reserva no puede ir más allá de exceptuar al Estado reservante de la prohibición de aplicar la pena de muerte a delitos políticos o conexos con ellos,

debe entenderse que para él la parte no reservada del artículo permanece aplicable y en todo vigor.

70. Además, si se analiza la totalidad del artículo 4, cuyo párrafo 2 establece la prohibición absoluta de extender en el futuro la aplicación de la pena de muerte, se debe concluir que si un Estado reserva el párrafo 4 sin reservar al mismo tiempo el 2, lo único que reserva es la posibilidad de mantener la pena de muerte para delitos políticos o conexos con ellos que ya la tuvieran establecida con anterioridad. De manera que, al no haber hecho reserva sobre el párrafo 2, debe entenderse que se mantiene plenamente para él la prohibición de aplicar la pena de muerte a nuevos delitos, sean políticos o comunes conexos con los políticos, sean comunes sin ninguna conexidad. A la inversa, si la reserva fuera al párrafo 2 pero no al 4, solamente podría significar la posibilidad de que ese Estado sancione con la pena de muerte nuevos delitos en el futuro, pero siempre que se trate de delitos comunes no conexos, porque respecto de los políticos y de los conexos con ellos regiría la prohibición no reservada del párrafo 4.

71. Tampoco puede darse a una reserva del artículo 4.4 un sentido extensivo hacia el artículo 4.2 con base en el argumento de que la reserva respecto de la proscripción de la pena de muerte para delitos políticos o conexos con ellos, carecería de sentido si no pudiera aplicarse a nuevos delitos no sancionados antes con esa pena. En efecto, una reserva de esta clase tiene aplicación y sentido en sí misma en cuanto evita que constituya violación a la Convención para el Estado reservante el mantenimiento de la pena de muerte para los delitos políticos y conexos ya sancionados con ella al entrar en vigencia la misma. Además, habiendo la Corte establecido que ambas disposiciones regulan supuestos diferentes (ver supra, párr. no. 68), no hay ninguna razón lógica ni jurídica para presumir que un Estado que, al ratificar la Convención, reservó sólo una de ellas en realidad pretendía reservar las dos.

72. Las anteriores conclusiones son aplicables, en general, a la reserva hecha por Guatemala al ratificar la Convención. Esta reserva se fundamenta únicamente en el hecho de que "la Constitución de la República de Guatemala, en su artículo 54, solamente excluye de la aplicación de la pena de muerte, a los delitos políticos, pero no a los delitos comunes conexos con los políticos". Con esto simplemente se señala una realidad del derecho interno. No puede deducirse de la reserva que la Constitución de Guatemala imponga la pena de muerte a delitos

comunes conexos, sino únicamente que no la prohíbe. Pero nada hubiera impedido a Guatemala comprometerse a más en el orden internacional.

73. Como la reserva modifica o excluye los efectos jurídicos de la disposición reservada, para comprobar cómo opera esa modificación nada mejor que leer dicha disposición tal como queda luego de la reserva. La parte sustancial de ésta "solamente excluye de la aplicación de la pena de muerte, a los delitos políticos, pero no a los delitos comunes conexos con los políticos". Es claro y no ambiguo ni oscuro, ni conduce a un resultado absurdo o irrazonable de acuerdo con el sentido corriente de las palabras, entender el artículo por obra de la reserva de la siguiente manera: "4.4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos", excluyendo así los delitos comunes conexos con los políticos objeto de la reserva. De dicha reserva no puede desprenderse ninguna otra modificación a la Convención ni que el Estado pretendía ampliar la pena de muerte a nuevos delitos o reservar también el artículo 4.2.

74. De este modo, si se interpreta la reserva de Guatemala de conformidad con el sentido corriente de sus términos, dentro del contexto general de la Convención y teniendo en cuenta el objeto y fin de ésta, se llega a la conclusión de que, al formularla, lo que hizo Guatemala fue indicar que no estaba dispuesta a comprometerse a más, en esta materia específica, de lo que ya lo consigna su ordenamiento constitucional. Entiende la Corte que Guatemala, al formular su reserva, lo hizo sin manifestar un rechazo absoluto a la norma reservada. Aunque tal circunstancia no la convierte en una reserva de categoría especial, por lo menos fortalece la tesis de que debe interpretarse restrictivamente.

75. Esta opinión de la Corte se refiere, por supuesto, no sólo a la reserva de Guatemala sino a toda reserva de naturaleza análoga.

76. Por tanto

LA CORTE,

1. Por unanimidad,

rechaza la solicitud del Gobierno de Guatemala para que se abstenga de rendir la opinión consultiva solicitada por la Comisión.

2. Por unanimidad,

decide que es competente para rendir esta opinión consultiva, y

3. en cuanto a la preguntas contenidas en la consulta formulada por la Comisión sobre la interpretación de los artículos 4.2 y 4.4 de la Convención,

ES DE OPINIÓN

a) En respuesta a la pregunta

1. ¿Puede un Gobierno aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estuviese contemplada dicha pena en su legislación interna, al momento de entrar en vigor para ese Estado la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

por unanimidad,

que la Convención prohíbe absolutamente la extensión de la pena de muerte y que, en consecuencia, no puede el Gobierno de un Estado Parte aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna, y

b) en respuesta a la pregunta

2. ¿Puede un Gobierno, sobre la base de una reserva hecha al momento de la ratificación al artículo 4, inciso 4 de la Convención, legislar con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención imponiendo la pena de muerte a delitos que no tenían esa sanción cuando se efectuó la ratificación?

por unanimidad,

que una reserva limitada por su propio texto al artículo 4.4 de la Convención, no permite al Gobierno de un Estado Parte legislar con posterioridad para extender la aplicación de la pena de muerte respecto de delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en la sede de la Corte en San José, Costa Rica, el día 8 de setiembre de 1983.

Bibliografía:

-Bidart Campos, Germán. *Principios de derechos humanos y garantías*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991.

-Bobbio, Norberto. "El tiempo de los derechos". Madrid. Ed. Sistema, 1991.

-M. Cherif Bassiouni. *Introduction au Droit Pénal International*. Ed. Bruylant. Bruxelles, 2002.

-Gros Espiell, Héctor. *Estudios sobre Derechos Humanos*. Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.

-Kelsen, Hans. *Peace through law*. Ed. The lawbook exchange, New Jersey, 2007.

-Pinto, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1999.

-Raffin, Marcelo. *La experiencia del horror*. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.

-Russo, Eduardo Ángel. *Derechos Humanos y Garantías*. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1999.

-Travieso, Juan Antonio. *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina*. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1996.

Capítulo IV: **Violaciones a derechos humanos**

A. Introducción: derecho penal internacional

Al buscar definiciones conceptuales sobre lo que se entiende por derecho penal internacional podemos reconocer siempre dos elementos principales, que se repiten entre los distintos autores: la existencia de una norma de carácter internacional y las consecuencias jurídico-penales previstas en ella. Con enunciaciones distintas, más breves o más extensas, el derecho penal internacional es en definitiva caracterizado como el conjunto de las normas de derecho internacional que poseen contenido de punibilidad.

Estas definiciones sitúan al derecho penal internacional bajo el marco del derecho internacional público, de modo que su origen puede estar dado por acuerdos o convenciones multilaterales, a través de la formación de derecho consuetudinario o de principios generales del derecho. A pesar de esta posibilidad que diversifica sus fuentes, lo cierto es que a partir de la redacción y entrada en vigencia del Estatuto para la Corte Penal Internacional se reconoce su carácter de documento central del derecho penal internacional, así también como el peso y legitimidad que otorga a los crímenes internacionales el hecho de haber sido

formulados positivamente en un sistema de justicia penal internacional de carácter permanente.

Por estos motivos, el estudio del derecho penal internacional se ha centrado en los llamados crímenes fundamentales o *core crimes* (crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, contenidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional) que suponen el surgimiento de la responsabilidad individual directamente del derecho internacional, sin necesidad de que exista normativa nacional en ese sentido.

La consagración positiva del derecho penal internacional no es más que el último escalón en el camino iniciado luego de la Segunda Guerra Mundial con la conformación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en cuya sentencia se afirmó por primera vez que los “crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por individuos y no por entidades abstractas”, inaugurándose de ese modo la consideración del individuo como sujeto del derecho internacional, depositario tanto de derechos como de obligaciones.

Ya en ese primer momento es posible identificar con claridad el puente que, según sostiene Kai Ambos, puede trazarse entre los derechos humanos y el surgimiento del derecho penal internacional: la impunidad, la falta de interés o la imposibilidad de persecución interna de ciertos crímenes, explican el nacimiento y legitiman la jurisdicción internacional.

Como dijimos en el capítulo anterior, el gran desconcierto en el que se sumió la comunidad internacional luego del genocidio llevado a cabo por el régimen nazi, terminó por convertirse en la base fundamental para el progreso y la evolución tanto del derecho penal internacional como de los sistemas de protección a los derechos humanos.

Por otro lado, de modo subsidiario y ante el eventual fracaso de los mecanismos de resguardo, la comunidad internacional debía contar

con la posibilidad tanto de asignar responsabilidad internacional al Estado por la violación no reparada, como de ejercer una acción coercitiva de castigo a los culpables de transgredir las normas fundamentales.

A los pasos reseñados, que se tradujeron luego en las distintas Declaraciones sobre los Derechos Universales del Hombre -entre las que a nivel regional se destaca la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre que, como ya vimos, se convertiría en la base para el sistema interamericano de protección de los derechos humanos- se añadió el Tribunal Internacional Militar de Nüremberg, y la creación de tipos penales de carácter internacional a través de su estatuto.

Con el proceso de enjuiciamiento de Nüremberg y los que le siguieron, quedó definida la que sería la función propia del Derecho Penal Internacional y su vinculación específica con los sistemas regionales o internacionales de derechos humanos: cuando los sistemas de protección fallan, o cuando los Estados no cumplen con las obligaciones emergentes de esos sistemas, el derecho penal internacional ofrece una respuesta -punitiva- al fracaso de esos mecanismos.

Se trata, como dijimos antes, de la verificación del nexo entre impunidad y derecho penal internacional: la impunidad latente de las severas violaciones a los derechos humanos, conduce a una laguna de punibilidad fáctica -no se trata de la inexistencia de tipos penales sino de la falta de interés de persecución estatal- cuyo cierre o disminución se ha convertido en la función más importante del derecho penal internacional.

A su vez, el desarrollo del derecho penal internacional supuso la inclusión de sus tipos penales en los ordenamientos internos de los países. De forma expresa o tácita, los llamados *core crimes* integran en la actualidad los sistemas jurídicos nacionales, de modo que pueden llevarse adelante procesos penales en base a dichos delitos.

En nuestro país, por ejemplo, subsisten en la actualidad cientos de procesos en los que se investiga la responsabilidad penal en relación a los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar.

A continuación, desarrollaremos las características típicas del genocidio y de los crímenes de lesa humanidad, reparando en su imprescriptibilidad.

B. Genocidio

El exterminio de grupos de personas ha marcado la historia de la humanidad, pero nunca con tanta intensidad como en el siglo XX. En el inicio de la I Guerra Mundial los armenios habitantes de Turquía sufrieron la deportación forzosa y masacre planeada y llevada a cabo por el gobierno turco, que dejó aproximadamente un millón y medio de víctimas.

Con su llegada al poder en 1933, el régimen nazi comenzó a implementar las políticas genocidas que se iniciaron con la separación de la comunidad y posterior deportación, para luego culminar con el plan sistemático de exterminio denominado “Solución Final”. Más de seis millones de personas, de la que la mayor parte fueron judíos, y el resto disidentes políticos, homosexuales y gitanos, fueron víctimas del genocidio perpetrado por el régimen comandado por Hitler.

El término “genocidio” fue acuñado por Raphael Lemkin, y se compone de la conjunción del griego *genos* (raza) y del latín *caedere* (matar).

Luego de la finalización de la guerra y ya conformada la Organización de las Naciones Unidas, en 1948 se adoptó la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Allí, el genocidio fue definido como la comisión de “cualquiera de los siguientes actos

perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso:

- matanza de miembros del grupo;
- lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

La definición plasmada en la Convención fue recogida en el artículo 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en el artículo 2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, y en el artículo 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Asimismo, el Estatuto para la Corte Penal Internacional tipifica otros delitos conexos al genocidio, como la asociación para cometer genocidio, la instigación directa y pública, la tentativa y la complicidad.

Genocidio

- Génesis del concepto:

Etimología:

Conjunción del griego “genos” (raza) y del latín “caedere” (matar)

- Primera formulación en instrumento de derecho internacional:

Art. II de la Convención sobre la Prevención y Sanción del delito de Genocidio

Estructura del crimen:

- Son punibles acciones que tienen como **objetivo la extinción total o parcial de un grupo** (nacional, étnico, racial o religioso)
- Se protege:
 - existencia física y continuidad social de los grupos
 - dignidad de las víctimas
- En el **plano subjetivo** se exige:
 - dolo para los hechos individuales +
 - intención de destrucción del grupo

Instigación al genocidio (art. 25.3 e. ECPI)

- Punición autónoma de una forma de participación : la inducción, aunque sólo sea tentada, y a pesar de que no se produzca el resultado típico.

Estructura del crimen

Acciones del art. 7.1 pero...

- Si se cometen en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (**hecho global**)
- Intereses protegidos:
 - “estándar mínimo de reglas de coexistencia humana”. El delito **afecta a la comunidad internacional**, no sólo a la víctima individual.

C. Crímenes de lesa humanidad

Los crímenes de lesa humanidad corresponden a aquellos cometidos de forma sistemática y a gran escala contra la población civil. Se trata de un crimen de estructura más amplia que el genocidio, en tanto no requiere que las víctimas sean pertenecientes a un grupo determinado.

La primera definición del crimen de lesa humanidad es la que recoge el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que juzgó a los jerarcas del régimen nazi. Posteriormente, su punibilidad de acuerdo al carácter de derecho consuetudinario fue reconocida y confirmada en diversas ocasiones.

En la enunciación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se indica en el artículo 7 “se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;

e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido

el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar

información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.”

Los crímenes contra la humanidad tienen la especial característica de ser imprescriptibles, es decir que la acción penal no cesa por el paso del tiempo. Esta característica se funda en lo dispuesto en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968.

Crimen de lesa humanidad

Génesis del tipo:

- Art. 6 c. del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg

Concepto y diferencia con el genocidio:

- Delitos gravísimos y en masa contra la población civil (no se exige que sea contra un grupo determinado como en el genocidio)

Estructura del crimen

Acciones del art. 7.1 pero...

- Si se cometen en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (**hecho global**)
- Intereses protegidos:
- “estándar mínimo de reglas de coexistencia humana”. El delito **afecta a la comunidad internacional**, no sólo a la víctima individual.

Actividad:

1. Lea el siguiente fallo.
2. Identifique los votos y sus argumentos.
3. Responda según el fallo, en relación al voto mayoritario:
 - a. ¿quiénes pueden ser autores del delito de lesa humanidad?
 - b. ¿por qué?
4. Indique cuál ha sido la solución del caso y establezca el fundamento normativo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Lariz Iriondo, Jesús M.

10/05/2005

Fallos, 328:1268

TEXTO COMPLETO:

Buenos Aires, mayo 10 de 2005.

Considerando: 1. Que el señor juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11 declaró improcedente la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España en razón de considerar extinguida la acción penal, según la legislación de la República Argentina, respecto del hecho por el cual consideró que había sido requerida su entrega, especificó, de manera subsidiaria y para el caso de que lo así resuelto fuera revocado, que el país requirente debería brindar una serie de garantías respecto del trato carcelario al que se vería sometido el requerido en jurisdicción española (fs. 836/875).

El representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de apelación ordinaria contra esa decisión (fs. 877) que fue concedido (fs. 878) y mantenido en esta instancia por el señor Procurador General de la Nación (fs. 892/903).

El apoderado del Reino de España presentó el memorial obrante a fs. 921/947 mediante el cual adhirió a los agravios de la parte recurrente y solicitó la revocación de la resolución apelada.

La defensa de Lariz Iriondo mejoró los fundamentos a fs. 952.

2. Que de todas las cuestiones que integraron el debate en este procedimiento de extradición, ha de considerarse en primer término la referida a la prescripción de la acción penal según la legislación argentina, toda vez que fue el

fundamento de la resolución denegatoria y, por ende, materia central de la apelación fiscal que mantuvo el señor Procurador General de la Nación en esta instancia.

3. Que el art. 9 del Tratado de Extradición aplicable, aprobado por ley 23.708 consagra que "No se concederá la extradición: ... c) cuando de acuerdo a la ley de alguna de las partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición".

4. Que el agravio referido a la prescripción de la acción penal no puede escindirse de otras dos cuestiones que también son materia de apelación: el alcance de los hechos incluidos en el pedido de extradición y su subsunción legal según las leyes del país requerido.

5. Que en cuanto al primer punto, el a quo consideró que "solamente puede entenderse que el pedido de extradición se refiere a los hechos y delitos de los días 8 y 9 de octubre de 1984 de la forma narrada en el pedido de extradición" (fs. 851) en el que Jesús María Lariz Iriondo (a) Maki, junto con otros miembros activos de la organización terrorista ETA atentaron, mediante el empleo de explosivos, contra la vida de varios funcionarios de policía encargados de la oficina de renovación del Documento Nacional de Identidad de la Comisaría de Policía de Eibar (Guipúzcoa). A resultas del cual resultaron heridos dos auxiliares de la Dirección General de la Policía -Josefa Pimental Muñoz y Nieves Amigo Recondo- y el conductor del vehículo, también funcionario, José Rubio Charco. Y que, en la misma fecha, secuestraron "a punta de pistola" al propietario del vehículo Renault 12 matrícula BI-0742-C -Ramón Alvarez Arias- a quien transportaron hasta un pinar cercano al atentado y lo dejaron atado a un tronco.

Calificó tales hechos, según la legislación argentina, como infracción al art. 213 bis del Código Penal en concurso real con el delito de tentativa de homicidio calificado (art. 80, incs. 5 y 6 del Código Penal) que concurre, a su vez en forma ideal, con el delito de lesiones graves (art. 90 del Código Penal) y estrago agravado (art. 186, inc. 4 del Código Penal) (fs. 852 vta./853).

Sobre esa base y con sustento en lo resuelto por el Tribunal en Fallos 323:3699 (considerando 5º y sus citas), aplicó el principio del paralelismo para computar el plazo de prescripción en el caso de los hechos típicos que concurren en forma real. Así, por un lado, fijó la prescripción de la acción penal nacida del tipo penal del art. 213 bis del Código Penal (asociación ilícita) en ocho años por ser el máximo de pena previsto (art. 62, inc. 2 del Código Penal) para ese tipo de delito. De otra parte,

seleccionó entre los hechos típicos que concurren en forma ideal -tentativa de homicidio calificado, lesiones graves y estrago agravado- el plazo de prescripción de 12 años previsto para la figura del homicidio agravado en grado de tentativa por contemplar la pena mayor (arts. 54 y 62, inc. 2º del Código Penal).

Tomó como fecha de inicio del plazo el 8 y 9 de octubre de 1984 por ser la de comisión del delito y consideró que a la fecha de interposición del pedido habían transcurrido 18 años y 1 mes, sin que se hubieran verificado actos interruptivos del curso de la acción penal. Desestimó que tuvieran entidad interruptiva los dos actos procesales extranjeros invocados por el Ministerio Público Fiscal en posición a la que adhirió el representante del país requirente en esta instancia: tanto la orden de procesamiento y prisión del juez español dictada el 18 de marzo de 1985 (fs. 123/131) como el pedido de extradición formulado por el Reino de España a la República Oriental del Uruguay en 1992.

Para así concluir, el a quo tuvo en cuenta que el propio juez del país requirente reconoció, en el auto de procesamiento del 5 de marzo de 2002 obrante a fs. 132/135: "en relación a los hechos y delitos de los días 8 y 9 de octubre de 1984, que Jesús María Lariz Iriondo no fue procesado en el auto del 18 de marzo de 1985" (fs. 850) y, que "En consecuencia, no puedo tener por probado que el actual pedido es por los mismos hechos que se ha solicitado en 1992 la extradición...al Uruguay" (fs. 873). A lo que agregó que el juez exhortante omitió toda referencia sobre esto último y no acompañó documental que probara las anteriores gestiones que el Reino de España realizó ante el Estado uruguayo respecto del requerido (fs. 850).

6. Que en ese orden de ideas, el Tribunal considera que asiste razón al señor Procurador General y al Reino de España al agraviarse en esta instancia porque el pedido de extradición obrante a fs. 108/113 es suficientemente claro e incluye, en sustento de la entrega de Lariz Iriondo, la totalidad de los hechos descriptos en los dos autos de procesamiento y prisión acompañados y dictados en su contra por la justicia española.

En el primero de esos autos -de fecha 18 de marzo de 1985 (fs. 123/131)- Jesús María Lariz Iriondo fue procesado y se dictó orden de "prisión incondicional" en su contra por los siguientes hechos:

1. formar parte, junto con Juan Ignacio Iriondo Grate, de un comando de ETA militar denominado "Iraultza" que tenía a su disposición un subfusil y cuatro pistolas. Asimismo, a principios de 1984, haber pasado a formar parte del comando

"Morkaiko Unificado", al unificarse aquél con otro denominado "Morkaiko", a cuya disposición quedaron las armas de ambos comandos (fs. 128).

2. En tal carácter, haber colocado artefactos explosivos en las siguientes oportunidades:

- a) el 8 de diciembre de 1982, en la Sucursal Banco de Santander de Azcoitia,
- b) el 9 de enero de 1983, en el Banco Guipuzcoano de la localidad de Deva,
- c) el 11 de junio de 1983, en el Banco Santander de la localidad de Vergara,
- d) el 15 de agosto 1983, en el Banco de Vizcaya de Motrico.
- e) el 15 de agosto 1983 en el Banco Guipuzcoano de Motrico.

3. En fecha no determinada haber sustraído, junto a otros miembros del comando ya unificado, el automóvil Renault 12, matrícula SS-7634-B amenazando con sus armas al propietario del mismo al que dejan atado con cuerdas en un descampado y se dirigen a una sala de fiestas llamada GUASS con intención de secuestrar a su propietario, de lo cual desisten al no localizarlo.

4. El 6 de agosto de 1984, la quema de un automóvil Peugeot de matrícula francesa utilizando cócteles molotov.

5. El 16 de agosto de 1984, la quema de varios vehículos franceses con cócteles molotov.

6. El 8 y 9 de octubre de 1984, atentado junto con otros miembros del grupo ya unificado, contra miembros del equipo de renovación del Documento Nacional de Identidad, previa sustracción del vehículo marca Renault 12 matrícula BI-0742-E, cuyo propietario fue amenazado con armas de fuego y abandonado, atado a un árbol en un descampado.

Los hechos así descriptos fueron calificados por el país requirente, con invocación de las normas del Código Penal vigentes en el momento en que se produjeron, como: pertenencia a bandas armadas (art. 174 bis); 2 hechos de detención ilegal (art. 480); 7 hechos de estrago (art. 554); 2 robos de vehículo automotor (art. 516 bis); depósito de armas de guerra (art. 258) y depósito de explosivos (art. 264).

En el segundo auto extranjero -de fecha 5 de marzo de 2002 (fs. 132/135)- se decretó el procesamiento y la prisión provisional incondicional de Lariz Iriondo por tentativa de asesinato respecto de Josefa Pimentel Muñoz y Nieves Amigo Recondo - ambas auxiliares de la Dirección General de la Policía encargados de la oficina de renovación del Documento Nacional de Identidad de la Comisaría de Policía de Eibar (Guipúzcoa)- y José Rubio Charco -quien conducía el vehículo policial que las

transportaba- en ocasión del atentado que habría tenido lugar el 9 de octubre de 1984 contra el vehículo en el que circulaban.

La imputación contenida en esta segunda orden fue calificada como "tres delitos de terrorismo" (art. 572 inc. 1 apartados 1 y 2) bajo la modalidad de tentativa de asesinato (arts. 139, 140 y 16 del Código Penal del actual código penal que se corresponden con el derogado art. 406 que regía al momento de los hechos) (fs. 134).

La orden de procesamiento y prisión del 5 de marzo de 2002 no hizo sino ampliar el marco de imputación dirigido contra Lariz Iriondo respecto del hecho cometido entre el 8 y 9 de octubre de 1984, al incorporar a la imputación originaria "tres delitos de terrorismo" (art. 572 inc. 1 apartados 1 y 2) bajo la modalidad de tentativa de asesinato (arts. 139, 140 y 16 del Código Penal del actual código penal que se corresponden con el derogado art. 406 que regía al momento de los hechos) (fs. 134).

La circunstancia de que, como el propio juez a quo reconoce, uno de los hechos incluidos en la primer orden -el acaecido entre el 8 y 9 de octubre de 1984- fue "relatado de una forma más amplia en el pedido de extradición y en el auto de procesamiento del 5 de marzo de 2002" (fs. 848) en modo alguno pudo generar las apreciaciones obrantes a fs. 849 vta. "in fine".

En cuanto a las apreciaciones del juez apelado obrantes a fs. 848 vta./849, cabe señalar que las circunstancias allí señaladas no resultan óbices para la procedencia de la entrega ya que es antigua doctrina del Tribunal que este tipo de procedimiento no reviste el carácter de un verdadero juicio criminal, en tanto no importa el conocimiento de la materia de fondo del proceso ni implica decisión alguna acerca de la culpabilidad o inculpabilidad del individuo cuya entrega se requiere en relación con los hechos que dan lugar al reclamo (Fallos 166:173, citado el Fallos 311:1925).

7. Que esclarecido así el alcance del pedido de extradición, cabe analizar la subsunción legal de la totalidad de los hechos descriptos a los efectos de examinar seguidamente lo atinente a la eventual prescripción penal de la acción penal, según la legislación argentina.

Sobre el particular, la parte recurrente, en posición a la que adhirió el representante del Reino de España (punto II.2. de su memorial), considera que el encuadre legal de los hechos en cuestión en las normas del Código Penal es inadecuado por cuanto no refleja en toda su dimensión la conducta por la cual se solicita la entrega, al no contemplar sus características trascendentales y desconocer la magnitud de los ilícitos perpetrados (fs. 894).

Propone en su reemplazo la de "actos de terrorismo" en el marco del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas en la medida que la descripción que contiene el art. 2 de ese convenio multilateral, del cual el Reino de España es también parte al haberlo suscripto el 1º de mayo de 1998 y ratificado el 30 de abril de 1999, describiría con claridad la materia de prohibición por la cual se solicita la extradición de Lariz Iriondo (fs. 896/899).

El Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas fue adoptado en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 164, en el 52a. Período de Sesiones de la Asamblea General, el 15 de diciembre de 1997 y entró en vigencia internacional el 23 de mayo de 2001. Fue suscripto por la República Argentina el 2 de septiembre de 1998, aprobado por ley nacional 25.762 y ratificado el 25 de septiembre de 2003. Entró en vigor para nuestro país 30 días después (art. 22.2.).

En su art. 2 consagra que:

"1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.

2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1.

3. También comete delito quien: a) Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o b) Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito enunciado en los párrafos 1 ó 2, o c) Contribuya de algún modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate.

8. Que, según surge de las constancias de autos (fs. 840/840 vta.), el representante del Ministerio Público Fiscal en primera instancia nunca hizo referencia a este marco normativo. Por el contrario, propuso el adoptado por el juez de primera

instancia. El Reino de España no era parte en el trámite en ese momento. El requerido se agravia porque estima que la cuestión no fue invocada en las instancias anteriores.

9. Que, sin embargo, el Tribunal se considera habilitado para considerar el punto teniendo en cuenta la amplitud de esta vía ordinaria para tratar esta cuestión de derecho y las posibilidades que tuvo el requerido -como de hecho lo hizo- de hacer valer su defensa sobre el punto en el memorial de fs. 952.

10. Que cabe señalar, en primer lugar, que el Código Penal argentino incluyó, con la sanción de la ley 23.077 el 9 de agosto de 1984 -con carácter previo a algunos de los hechos en que se funda el pedido-, un espectro normativo que contempla alternativas típicas no consideradas en las instancias anteriores y que podrían tener pertinencia a los fines de subsumir los hechos en que se funda el pedido de extradición en la legislación argentina. Ello en la medida en que suplirían sino todas, al menos, algunas de las insuficiencias que señala el señor Procurador General de la Nación en el dictamen que antecede.

11. Que, sin embargo, sea cual fuera la alternativa típica que el Tribunal adopte y aun las soslayadas en la instancia anterior, y si, incluso, entre ellas, optara por la calificación más gravosa prevista para cada tipo penal en cuestión, ello no permitía superar el límite de 12 años que el art. 62, inc. 2º del código de fondo fija como tope máximo de prescripción de la acción para tipos penales que, como en el sub lite, tienen previstas penas de reclusión o prisión temporales, ni en su caso el de 15 años, si se tratara del supuesto previsto en el inc. 1º de dicha norma.

Ello, aun utilizando las calificaciones agravadas contempladas para las figuras penales básicas que a continuación se individualizan, e incluso sujetas al aumento de pena contemplado en el art. 227 ter del Código Penal, si se considerara que acciones como las imputadas contribuyen, en el contexto en que se llevaron a cabo, a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional.

12. Que, en efecto, el hecho imputado a Lariz Iriondo por su pertenencia a la asociación -calificada como ilícita- E.T.A. se extiende desde por lo menos el 8 de diciembre de 1982 y hasta al menos el 9 de octubre de 1984.

En el marco de esa asociación, se habrían llevado a cabo los siete hechos constitutivos del delito de estrago de fecha 8 de diciembre de 1982, 9 de enero de 1983, 11 de junio de 1983, 15 de agosto de 1983 -en dos oportunidades-, 6 de agosto de 1984 y 16 de agosto de 1984. Estos concurren entre sí en forma real y, a su vez, con dos hechos de robo calificado -uno de ellos cometido el 9 de octubre de 1984 y el otro en fecha no

determinada, pero necesariamente anterior a esa y no más allá del 8 de diciembre de 1982-. El del 9 de octubre de 1984, a su vez, en concurso real con el delito que el juez a quo calificó como de tentativa de homicidio agravado (art. 80, incs. 5 y 6 del Código Penal).

13. Que, por aplicación de la teoría del paralelismo (Fallos 323:3699), transcurrieron más de 12 años -o incluso más de 15- desde la fecha de comisión de cada uno de los hechos descriptos en el considerando anterior como así también desde el 9 de octubre de 1984, última fecha que se tiene de referencia acerca de la pertenencia de Lariz Iriondo a la organización E.T.A.

14. Que, para agotar el análisis de las soluciones que podría ofrecer el derecho interno, cabe señalar que la Convención Constituyente de 1994 reguló, en el art. 36 (Imperio de la Constitución. Sanciones. Ley de ética pública), algunos de los denominados delitos "contra los poderes públicos y el orden constitucional" previstos por el Código Penal en el título X. Fijó como bien jurídico protegido "el orden institucional y el sistema democrático" (conf. Primera Parte, Capítulo Segundo: "Nuevos Derechos y Garantías").

La incidencia que la cuestión podría tener en el sub lite está dada porque uno de sus párrafos consagra que "Las acciones respectivas [civil y penal] serán imprescriptibles". Sin embargo, no es claro que esa cláusula contemplara supuestos como el de autos y, menos aún, si es factible su aplicación retroactiva (Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Tomo IV, pág. 4061 y ss., Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, La Ley Ed., 1995).

15. Que, por lo expuesto, cabe concluir -en una primera aproximación a la problemática planteada en autos- en que la acción penal nacida de los hechos imputados a Lariz Iriondo estaría prescripta a la luz de la legislación argentina.

Tal conclusión no variaría aun cuando se soslayaran las mayores restricciones introducidas en ese precepto legal por la reciente ley 25.990 al enunciar cuáles son los actos interruptivos de la acción penal y se mantuviera, en materia de extradición, el criterio del Tribunal de Fallos 323:3699 ("Fabbrocino").

Tampoco, de acogerse el agravio fiscal y del país requirente y asignarle - como correspondería según quedó expuesto en el considerando 6º- efecto interruptivo, a la orden de procesamiento y prisión de fecha 18 de marzo de 1985, respecto de los delitos de asociación ilícita y estrago cometido el 9 de octubre de 1984 (fs. 123/131).

En efecto, incluso desde la fecha de esa orden de procesamiento y prisión transcurrieron más de 12 años o, en la hipótesis más gravosa, 15 años hasta que se registra el pedido de extradición que data de finales de 2002. Igual conclusión cabe adoptar respecto del delito de tentativa de homicidio, por estar ya prescripta la acción penal nacida del mismo, para el ordenamiento jurídico argentino, al dictarse la orden de detención del 5 de marzo de 2002 (fs. 132/137).

16. Que tanto el Ministerio Público Fiscal como el país requirente pretenden asignarle efecto interruptivo al pedido de extradición que el Reino de España le habría formulado en el año 1992 a la República Oriental del Uruguay respecto de Lariz Iriondo por los mismos hechos que dan sustento a este trámite.

Sin embargo el juez desestimó esa postura invocando que el magistrado omitió toda referencia sobre el particular y no acompañó documental que probara las anteriores gestiones que el Reino de España realizó ante el Estado uruguayo respecto del requerido (fs. 850 y 857 vta./859).

No hay elementos que controvertan el punto ni existen antecedentes que permitan considerar viable ese acto como interruptivo del curso de la acción penal.

17. Que el señor Procurador General de la Nación propone superar el óbice que en el sub lite representa la prescripción de la acción penal para el país requerido a partir de considerar aplicable al caso el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas.

Argumenta que las disposiciones de este convenio multilateral modifican, para los delitos en él contemplados y en los que deberían subsumirse los que motivan este pedido de extradición, el tratado bilateral entre la República Argentina y el Reino de España (ley 23.708). Específicamente en lo que respecta a la prescripción de la acción penal para el país requerido como causal para denegar la colaboración internacional, según el art. 9, inc. c.

Para así concluir, invoca el parágrafo 9 del Preámbulo de ese convenio multilateral que reza "Convencidos de la necesidad urgente de que se intensifique la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores".

Asimismo, el art. 6.4., en concordancia con el art. 8.1., en cuanto consagra el principio aut dedere aut judicare. Por último, el art. 9.5. en cuanto fijaría un criterio de relación con otros tratados vigentes entre las partes.

En ese contexto, considera que "...un rechazo de la extradición fundada en la eventual prescripción de la acción sería incompatible con la obligación de cooperar, sin excepción alguna fundada en el derecho interno, en la persecución y sanción de los actos de terrorismo acordada entre Argentina y España en virtud de ese mismo Convenio" (fs. 898/898 vta.).

18. Que tal conclusión se apoya en una interpretación exclusivamente literal que atenta con el objeto y fin del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas ya que desatiende el contexto en el que están insertas las citadas cláusulas convencionales sin correlacionar, además, ese instrumento internacional con los demás tratados vigentes sobre la materia que conforman un régimen interrelacionado y de mutuo refuerzo que debe aplicarse de manera integral a fin de acordar plena eficacia al acervo jurídico internacional existente en la lucha contra el terrorismo.

En efecto, el objeto y fin del Convenio en cuestión fue ampliar el ámbito material de aquellos hechos pasibles de ser calificados como "actos de terrorismo" y, por ende, delictuales. Su Preámbulo consagra el propósito de "intensificar la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores" atento que "...las disposiciones jurídicas multilaterales vigentes no bastan para hacer frente debidamente a esos atentados" al no contemplar "los atentados terroristas con explosivos u otros artefactos mortíferos" (parágrafos 7 a 9).

El texto aprobado mantuvo la redacción del proyecto original y, en lo que aquí concierne, preservó dentro del ámbito de las regulaciones nacionales tanto la obligación de "...tipificar, con arreglo a su legislación interna..." los actos definidos en el art. 2 como delictuales y "sancionar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su naturaleza grave" (art. 4) como la de regular las condiciones que rigen la cooperación penal -incluida la extradición- respecto de tales delitos a los que consideró sujetos a extradición.

El art. 9 consagra este último, al considerar "delitos extraditables" los consagrados en el Convenio (art. 2) y fijar distintas consecuencias jurídicas a resultas de ello, según si los Estados que han de prestarse cooperación jurídica están unidos o no convencionalmente.

Para aquellos Estados Partes que -como sucede entre la República Argentina y el Reino de España- están unidos por tratados de extradición anteriores a

la entrada en vigencia de este convenio multilateral, fija la obligación de considerar como "extradicables" los delitos alcanzados por el ámbito de aplicación material del Convenio (art. 9.1.).

Asimismo, contempla la obligación de fijar su jurisdicción en los supuestos que regula en el art. 6º y la aplicación del principio aut dedere aut judicare "...en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho estado no conceda la extradición..." (parágrafo 4º). En este supuesto, estará obligado a "...someter sin demora indebida el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave de acuerdo con el derecho de tal Estado" (art. 8.1).

Por último, el Convenio no incluye ningún tipo de referencia al extremo de la prescripción de la acción penal, sea a los fines de la extradición o del juzgamiento en las jurisdicciones nacionales.

19. Que semejante regulación se condice con la de los tratados que le sirvieron de fuente. En este sentido, ver los arts. 2, 8 y 10.1 de la Convención Internacional contra la toma de rehenes -Naciones Unidas, 1979- aprobada por ley nacional 23.956 (1991) y en vigor desde el 3 de junio de 1983. Asimismo, los arts. 5, 10 y 11.1. del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima -Roma, 1988- suscripto por la República Argentina el 10 de marzo de 1988 y aprobado por ley 24.209.

Los demás instrumentos internacionales que también integran el acervo jurídico internacional existentes en la lucha contra el terrorismo regulan otras modalidades de actos terroristas y reproducen, a esos fines, cláusulas sustancialmente análogas a las antes reseñadas (conf. Mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso Nacional sometiendo a su consideración el proyecto de ley tendiente a aprobar el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, "Diario de Sesiones Ordinarias 2002 de la Cámara de Diputados de la Nación", 9 de septiembre de 2002, Orden del Día 938, pág. 7).

Así, el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves -La Haya, 1970- aprobado por decreto-ley 19.793 (arts. 2, 7 y 8.1.); el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil -Montreal, 1971-

aprobado por ley nacional 20.411 y su Protocolo Adicional para la represión de los actos ilícitos de violencia en aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional -Montreal, 1988- aprobado por ley 23.915 (arts. 3, 7 y 8.1.); la Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos -Naciones Unidas, 1973- aprobado por ley 22.509 (arts. 2, 7 y 8.1.); el Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares - Viena, 1980- aprobado por ley 23.620 (arts. 7, 10 y 11.1.) y el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental -Roma, 1988- aprobado por ley 25.771 (art. 1).

En igual sentido, el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo -Naciones Unidas, 1999- suscripto por la República Argentina el 28 de marzo de 2001 y recientemente aprobado por ley 26.024 (arts. 4, 10 y 11.1).

Por último, los dos proyectos de Convención para la lucha contra el terrorismo que se debaten actualmente, uno en el ámbito del Consejo de Europa y otro en el de Naciones Unidas, siguen los lineamientos descriptos en lo que concierne a las cuestiones antes referidas.

20. Que el art. 9.5. del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas consagra que "Las disposiciones de todos los tratados de extradición vigentes entre Estados Partes con respecto a los delitos enumerados en el art. 2º se considerarán modificadas entre esos Estados en la medida en que sean incompatibles con el presente Convenio".

El señor Procurador General de la Nación considera que este dispositivo convencional, al fijar un criterio de relación con otros tratados vigentes entre las partes, modifica -dada su incompatibilidad- el art. 9, inc. c del tratado bilateral entre la República Argentina y el Reino de España (ley 23.708) en cuanto exige que la acción penal nacida del delito en que se funda el pedido de extradición no esté prescripta para el país requerido.

En este sentido, el primero de los tratados adoptados en la década del 60 en el ámbito internacional fue el Convenio para las Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves suscripto en Tokio, aprobado por ley 18.730. Consagra que "...ninguna disposición de este convenio se interpretará en el sentido de crear una obligación de conceder la extradición" (art. 16.2.).

Sin embargo, esta cláusula no fue recogida en los demás convenios sobre terrorismo. Análoga cláusula a la del citado art. 9.5. incluyen los convenios que le sirvieron de fuente (art. 9.2. de la Convención Internacional contra la toma de rehenes y art. 11.7. del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima). No así los demás convenios multilaterales celebrados en el marco de las Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo, con excepción del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo que lo recepta en el art. 11.5.

En consecuencia, una interpretación del citado art. 9.5. a partir del texto y dentro del contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio (art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) pone de manifiesto que la modificación de los acuerdos bilaterales vigentes entre estados partes de este Convenio sólo rige en la medida en que regulen aspectos que también aparecen contemplados en el tratado multilateral dando lugar a una situación de incompatibilidad.

El Convenio no es en sí un tratado de extradición propiamente dicho, sino un complemento de los tratados de extradición en vigor entre los estados partes. De allí que, al margen de las disposiciones previstas en el propio Convenio, todas las otras condiciones de la extradición definidas en el ámbito del derecho internacional o por el derecho interno deben cumplirse.

Lo contrario implicaría tanto como decir que el tratado ha consagrado una obligación de extraditar sin condicionamientos o, a todo evento, de juzgar por parte de las autoridades nacionales sin sujeción a condición alguna, lo cual resultaría contrario al texto mismo.

21. Que el Tribunal no es ajeno a las mayores facilidades que presenta, a los fines de la extradición, regular el recaudo de la prescripción de la acción penal sólo respecto del país requirente, tal como reflejó siempre la ley interna (art. 655, inc. 5 de la ley 2372 y el art. 11, inc. a de la ley 24.767 vigente) y actualmente el Tratado de Extradición con la República Oriental del Uruguay (aprobado por ley 25.304) en su art. 9.

Sin embargo, otro es el criterio que recoge el tratado bilateral con el Reino de España en el art. 9.c., que no es ajeno a la práctica seguida en este punto por la República Argentina al celebrar tratados de extradición. Así, con el Reino de Bélgica, aprobado por ley 2239 (art. 3.5); con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Canadá, Pakistán, San Vicente, Sudáfrica y Kenya, aprobado por ley 3043 (art.

5); con los Países Bajos, aprobado por ley 3495 (art. 3.5.); con la Confederación Suiza, aprobado por ley 8348 (art. 3.5.); con los Estados Unidos del Brasil, aprobado por ley 17.272 (art. III); con la República italiana, aprobado por ley 23.719 (art. 7.b.); con Australia, aprobado por ley 23.729 (art. 3.e.); con la República del Paraguay, aprobado por ley 25.302 (art. 6.1.c.) y con la República de Corea, aprobado por ley 25.303 (art. 3.c.).

22. Que, por lo demás, tampoco es posible, en el sub lite, derivar el criterio interpretativo propuesto por el señor Procurador General de la Nación de la práctica estatal en materia de cooperación penal entre la República Argentina y el Reino de España (art. 31.3.b. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

En efecto, el pedido de extradición se funda exclusivamente en el tratado bilateral y no incluye ningún tipo de consideración en el sentido que plantea el dictamen. Tampoco invoca y menos aun da razones por las cuales habría que aplicar la Convención para la Represión de los Atentados terroristas cometidos con bombas en el caso. Sólo pone de manifiesto la posibilidad de que los hechos prescriban en el país requirente y, sobre esa base, formula el pedido.

23. Que, en tales condiciones, el Tribunal se ve impedido de sortear el recaudo convencional de la prescripción de la acción penal para el país requerido como óbice a la entrega aun cuando ello conduzca en el caso a denegar la cooperación solicitada.

24. Que, de lo contrario, se estaría apartando de su inveterada jurisprudencia conforme a la cual los convenios y leyes de extradición no deben ser entendidos exclusivamente como instrumentos de cooperación judicial destinados a regular las relaciones entre los estados en la materia, sino que también deben considerarse como garantía sustancial de que una persona no será entregada a un Estado extranjero sino en los casos y bajo las condiciones fijadas en el tratado o la ley, con respecto a sus derechos humanos fundamentales.

Es por esta razón que el Tribunal ha afirmado que el cumplimiento de las disposiciones que contienen los tratados y las leyes que regulan la materia se vincula con las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso que garantizan al requerido que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento (conf. sentencia del 14 de octubre de 2004 en la causa R.1046.XXXIX "Rodríguez Pizarro, Mario s/extradición", considerando 4º -LA LEY, 2005/03/16, P. 16, 44.615-S-).

25. Que a ello se une que tal doctrina no puede soslayarse por la naturaleza del delito involucrado toda vez que, si bien la extradición es considerada casi universalmente como un poderoso medio de prevenir la impunidad y, por consiguiente, de reducir el terrorismo, al propio tiempo se reafirma el delicado equilibrio que debe imperar en la lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos tanto de las víctimas de tales hechos como de quienes resulten imputados, incluso en el campo de la cooperación internacional.

Así lo reflejan las directivas que desde el ámbito del derecho internacional imparten los distintos organismos de contralor de los derechos humanos. En este sentido, el Informe "Terrorismo y Derechos Humanos" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ut supra citado (parágrafos 241 a 243 del punto "Cooperación entre los Estados en materia penal") como así también los distintos informes elaborados por la relatora especial designada por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, la señora Kalliopi K. Koufa (Documentos Oficiales E/CN.4/Sub.2/1997/28, E/CN.4/Sub.2/1999/27, E/CN.4/Sub.2/ 2001/31, E/CN.4/Sub.2/2002/35, E/CN.4/Sub.2/2003/WP.1 y E/ CN.4/Sub.2/2004/40). Asimismo, el proyecto marco preliminar de principios y directrices relativos a los derechos humanos y el terrorismo (Documentos Oficiales E/CN.4/Sub.2/2004/47).

26. Que, en suma, el Tribunal considera que en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como "actos de terrorismo" puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancias delitos de lesa humanidad.

En tales condiciones, toda vez que las circunstancias del presente caso no resultan análogas a las que debió considerar el Tribunal en la causa A.533.XXXVIII. "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros - causa n° 259-", de fecha 24 de agosto de 2004 -LA LEY, 2004-E, 827-, no es de aplicación al sub lite el criterio seguido en esa oportunidad.

Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: Rechazar el recurso de apelación ordinaria interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y confirmar la resolución de fs. 836/875 en cuanto declaró improcedente la extradición de Jesús María Lariz Iriondo al Reino de España. - Enrique S. Petracchi. - Augusto C. Belluscio. (según su voto). - Carlos S. Fayt (según su voto). - Antonio Boggiano (en disidencia). - Juan C. Maqueda.

(según su voto). - E. Raúl Zaffaroni (según su voto). - Elena I. Highton de Nolasco. - Ricardo L. Lorenzetti. - Carmen M. Argibay.

Bibliografía:

-Ambos, Kai. *La parte general del derecho penal internacional*. Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2005.

-Ambos, Kai. *Temas de Derecho penal internacional y europeo*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

-Broomhall, Bruce; *International justice and the International Criminal Court*. Ed. Oxford University Press, Oxford, 2004.

-Buergenthal, Thomas; Norris, Robert; Shelton, Dinah; *La protección de los Derechos Humanos en las Américas*. Ed. Juricentro, San José, 1983.

-Mate, Reyes. *Por los campos de exterminio*. Ed. Anthropos, Barcelona, 2003.

-M. Cherif Bassiouni. *Introduction au Droit Pénal International*. p. 8. Ed. Bruylant. Bruxelles, 2002.

-Mitsue Inazumi. *Universal Jurisdiction in Modern International Law*. Ed. Intersentia, Oxford 2005

-Raffin, Marcelo. *La experiencia del horror*. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

-Werle, Gerhard. *Derecho Penal Internacional*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

-Ambos, Kai. *La parte general del derecho penal internacional*. Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2005.

-Ambos, Kai. *Temas de Derecho penal internacional y europeo*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

-Baratta, Alessandro. "Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)", en *Doctrina Penal*, Año 10, N°37-40, Buenos Aires, 1987, págs. 623-650.

-Bidart Campos, Germán. *Derecho Constitucional*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1963.

-Bidart Campos, Germán. *Principios de derechos humanos y garantías*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991.

-Bidart Campos, *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.

-Bobbio, Norberto. "El tiempo de los derechos". Madrid. Ed. Sistema, 1991.

-Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Ed. Temis, Bogotá, 1994.

-Broomhall, Bruce; *International justice and the International Criminal Court*, p. 11; Ed. Oxford University Press, Oxford, 2004.

-Buergenthal, Thomas; Norris, Robert; Shelton, Dinah; *La protección de los Derechos Humanos en las Américas*, p. 30, Ed. Juricentro, San José, 1983.

-Carrió, Alejandro. *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

- Cherif Bassiouni, Mahmoud. *Introduction au Droit Pénal International*. Ed. Bruylant. Bruxelles, 2002.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta, Madrid, 2001.
- Foucault, Michel. *Estrategias de poder: obras esenciales*. Ed. Paidós, Barcelona, 1999.
- González, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina (1850-1860)*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.
- Guibourg, Ricardo. *Pensar en las normas*. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1999.
- Gros Espiell, Héctor. *Estudios sobre Derechos Humanos*. Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.
- Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Ed. Ariel, Barcelona, 1991.
- Kelsen, Hans. *Peace through law*. Ed. The lawbook exchange, New Jersey, 2007.
- Marí, Enrique Eduardo (coord.) *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
- Mate, Reyes. *Por los campos de exterminio*. Ed. Anthropos, Barcelona, 2003.
- Mitsue Inazumi. *Universal Jurisdiction in Modern International Law*. Ed. Intersentia, Oxford 2005
- Pinto, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1999.
- Quiroga Lavié, Humberto. *Constitución Argentina Comentada*. Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1996.
- Raffin, Marcelo. *La experiencia del horror*. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Russó, Eduardo Ángel. *Derechos Humanos y Garantías*. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1999.

-Russo, Eduardo Ángel. *Teoría General del Derecho*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

-Sagüés, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.

-Sabsay, Daniel; Onaindia, José M. *La Constitución de los argentinos*. Ed. Errepar, Buenos Aires, 1994.

-Travieso, Juan Antonio. *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina*. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1996.

-Werle, Gerhard. *Derecho Penal Internacional*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

-Zaffaroni, Alagia, Slokar. *Derecho Penal*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005.

ANEXOS

A. CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA

Ley N° 24.430

Ordénase la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994).

Sancionada: Diciembre 15 de 1994.

Promulgada: Enero 3 de 1995.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de

Ley:

ARTICULO 1º.- Ordénase la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994) que es el que se transcribe a continuación:

CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA

PREÁMBULO

Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decetamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.

PRIMERA PARTE

Capítulo Primero

Declaraciones, derechos y garantías

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

Artículo 2º.- El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 11.- Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera, así como los ganados de toda especie, que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transporten; y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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 Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 24.- El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Artículo 29.- El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

Artículo 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.

Artículo 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Artículo 32.- El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

Artículo 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.

Artículo 34.- Los jueces de las cortes federales no podrán serlo al mismo tiempo de los tribunales de provincia, ni el servicio federal, tanto en lo civil como en lo militar da residencia en la provincia en que se ejerza, y que no sea la del domicilio habitual del empleado, entendiéndose esto para los efectos de optar a empleos en la provincia en que accidentalmente se encuentren.

Artículo 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.

CAPÍTULO SEGUNDO

Nuevos derechos y garantías

Artículo 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 Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la commutación 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.

Artículo 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.

Artículo 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 patrimonio.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 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 aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Artículo 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.

Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el

defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

SEGUNDA PARTE

AUTORIDADES DE LA NACION

TITULO PRIMERO

GOBIERNO FEDERAL

SECCION PRIMERA

DEL PODER LEGISLATIVO

Artículo 44.- Un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, será investido del Poder Legislativo de la Nación.

CAPÍTULO PRIMERO

De la Cámara de Diputados

Artículo 45.- La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos. Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado.

Artículo 46.- Los diputados para la primera Legislatura se nombrarán en la proporción siguiente: por la provincia de Buenos Aires doce: por la de Córdoba seis: por la de Catamarca tres: por la de Corrientes cuatro: por la de Entre Ríos dos: por la

de Jujuy dos: por la de Mendoza tres: por la de La Rioja dos: por la de Salta tres: por la de Santiago cuatro: por la de San Juan dos: por la de Santa Fe dos: por la de San Luis dos: y por la de Tucumán tres.

Artículo 47.- Para la segunda Legislatura deberá realizarse el censo general, y arreglarse a él el número de diputados; pero este censo sólo podrá renovarse cada diez años.

Artículo 48.- Para ser diputado se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella.

Artículo 49.- Por esta vez las Legislaturas de las provincias reglarán los medios de hacer efectiva la elección directa de los diputados de la Nación: para lo sucesivo el Congreso expedirá una ley general.

Artículo 50.- Los diputados durarán en su representación por cuatro años, y son reelegibles; pero la Sala se renovará por mitad cada bienio; a cuyo efecto los nombrados para la primera Legislatura, luego que se reúnan, sortearán los que deban salir en el primer período.

Artículo 51.- En caso de vacante, el Gobierno de provincia, o de la Capital, hace proceder a elección legal de un nuevo miembro.

Artículo 52.- A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas.

Artículo 53.- Sólo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes.

CAPÍTULO SEGUNDO

Del Senado

Artículo 54.- El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tendrá un voto.

Artículo 55.- Son requisitos para ser elegido senador: tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella.

Artículo 56.- Los senadores duran seis años en el ejercicio de su mandato, y son reelegibles indefinidamente; pero el Senado se renovará a razón de una tercera parte de los distritos electorales cada dos años.

Artículo 57.- El vicepresidente de la Nación será presidente del Senado; pero no tendrá voto sino en el caso que haya empate en la votación.

Artículo 58.- El Senado nombrará un presidente provvisorio que lo presida en caso de ausencia del vicepresidente, o cuando éste ejerce las funciones de presidente de la Nación.

Artículo 59.- Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.

Artículo 60.- Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

Artículo 61.- Corresponde también al Senado autorizar al presidente de la Nación para que declare en estado de sitio, uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior.

Artículo 62.- Cuando vacase alguna plaza de senador por muerte, renuncia u otra causa, el Gobierno a que corresponda la vacante hace proceder inmediatamente a la elección de un nuevo miembro.

CAPITULO TERCERO

Disposiciones comunes a ambas Cámaras

Artículo 63.- Ambas Cámaras se reunirán por sí mismas en sesiones ordinarias todos los años desde el primero de marzo hasta el treinta de noviembre. Pueden también ser convocadas extraordinariamente por el Presidente de la Nación o prorrogadas sus sesiones.

Artículo 64.- Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez. Ninguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros; pero un número menor podrá compelir a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que cada Cámara establecerá.

Artículo 65.- Ambas Cámaras empiezan y concluyen sus sesiones simultáneamente. Ninguna de ellas, mientras se hallen reunidas, podrá suspender sus sesiones más de tres días, sin el consentimiento de la otra.

Artículo 66.- Cada Cámara hará su reglamento y podrá con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación, y hasta excluirle de su seno; pero bastará la mayoría de uno sobre la mitad de los presentes para decidir en las renuncias que voluntariamente hicieren de sus cargos.

Artículo 67.- Los senadores y diputados prestarán, en el acto de su incorporación, juramento de desempeñar debidamente el cargo, y de obrar en todo en conformidad a lo que prescribe esta Constitución.

Artículo 68.- Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador.

Artículo 69.- Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra afflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho.

Artículo 70.- Cuando se forme querella por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado, examinado el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado, y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento.

Artículo 71.- Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes.

Artículo 72.- Ningún miembro del Congreso podrá recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo, sin previo consentimiento de la Cámara respectiva, excepto los empleos de escala.

Artículo 73.- Los eclesiásticos regulares no pueden ser miembros del Congreso, ni los gobernadores de provincia por la de su mando.

Artículo 74.- Los servicios de los senadores y diputados son remunerados por el Tesoro de la Nación, con una dotación que señalará la ley.

CAPITULO CUARTO

Atribuciones del Congreso

Artículo 75.- Corresponde al Congreso:

1. Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.

2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.

Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.

La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias.

No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando corresponda y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso.

Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determina la ley, la que deberá

asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición.

3. Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

4. Contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación.

5. Disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional.

6. Establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales.

7. Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación.

8. Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión.

9. Acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios.

10. Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas.

11. Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación.

12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, 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 cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrota, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

13. Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí.

14. Arreglar y establecer los correos generales de la Nación.

15. Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la

organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias.

16. Proveer a la seguridad de las fronteras.
17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.

19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen.

Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

20. Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores, y conceder amnistías generales.

21. Admitir o desechar los motivos de dimisión del presidente o vicepresidente de la República; y declarar el caso de proceder a nueva elección.

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

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.

24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad da los miembros de cada Cámara.

25. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz.

26. Facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias, y establecer reglamentos para las presas.

27. Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno.

28. Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él.

29. Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de commoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.

30. Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

31. Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires.

Aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.

32. Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina.

Artículo 76.- Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

CAPÍTULO QUINTO

De la formación y sanción de las leyes

Artículo 77.- Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución.

Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras.

Artículo 78.- Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley.

Artículo 79.- Cada Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. La Cámara podrá, con igual número de votos, dejar sin efecto la delegación y retomar el trámite ordinario. La aprobación en comisión requerirá el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. Una vez aprobado el proyecto en comisión, se seguirá el trámite ordinario.

Artículo 80.- Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En

este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia.

Artículo 81.- Ningún proyecto de ley desecharo totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora. Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora.

Artículo 82.- La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta.

Artículo 83.- Desechado en el todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen: ésta lo discute de nuevo, y si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ambas Cámaras serán en este caso nominales, por si o por no; y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa. Si las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año.

Artículo 84.- En la sanción de las leyes se usará de esta fórmula: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, ... decretan o sancionan con fuerza de ley.

CAPITULO SEXTO

De la Auditoría General de la Nación

Artículo 85.- El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo.

El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.

Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.

CAPÍTULO SEPTIMO

Del Defensor del Pueblo

Artículo 86.- El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.

SECCIÓN SEGUNDA

DEL PODER EJECUTIVO

CAPÍTULO PRIMERO

De su naturaleza y duración

Artículo 87.- El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de "Presidente de la Nación Argentina".

Artículo 88.- En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del Presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación. En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del Presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo.

Artículo 89.- Para ser elegido Presidente o vicepresidente de la Nación, se requiere haber nacido en el territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero; y las demás calidades exigidas para ser elegido senador.

Artículo 90.- El Presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período.

Artículo 91.- El Presidente de la Nación cesa en el poder el mismo día en que expira su período de cuatro años; sin que evento alguno que lo haya interrumpido, pueda ser motivo de que se le complete más tarde.

Artículo 92.- El Presidente y vicepresidente disfrutan de un sueldo pagado por el Tesoro de la Nación, que no podrá ser alterado en el período de sus nombramientos. Durante el mismo período no podrán ejercer otro empleo, ni recibir ningún otro emolumento de la Nación, ni de provincia alguna.

Artículo 93.- Al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento, en manos del presidente del Senado y ante el Congreso reunido en Asamblea, respetando sus creencias religiosas, de "desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de Presidente (o vicepresidente) de la Nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina".

CAPÍTULO SEGUNDO

De la forma y tiempo de la elección del Presidente y vicepresidente de la Nación

Artículo 94.- El Presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el Pueblo, en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único.

Artículo 95.- La lección se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del Presidente en ejercicio.

Artículo 96.- La segunda vuelta electoral, si correspondiere, se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votadas, dentro de los treinta días de celebrada la anterior.

Artículo 97.- Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta, hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como Presidente y vicepresidente de la Nación.

Artículo 98.- Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos, sus integrantes serán proclamados como Presidente y vicepresidente de la Nación.

CAPÍTULO TERCERO

Atribuciones del Poder Ejecutivo

Artículo 99.- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

1. Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país.
2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.
3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que

serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

4. Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto.

Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.

Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite.

5. Puede indultar o commutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.

6. Concede jubilaciones, retiros, licencias y pensiones conforme a las leyes de la Nación.

7. Nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado; por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho, los oficiales de su secretaría, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución.

8. Hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas Cámaras, dando cuenta en esta ocasión del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes.

9. Prorroga las sesiones ordinarias del Congreso, o lo convoca a sesiones extraordinarias, cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera.

10. Supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete de ministros respecto de la recaudación de las rentas da la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales.

11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules.

12. Es comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación.

13. Provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las Fuerzas Armadas; y por sí solo en el campo de batalla.

14. Dispone de las Fuerzas Armadas, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación.

15. Declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso.

16. Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de commoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El Presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el Artículo 23.

17. Puede pedir al jefe de gabinete de ministros y a los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración, y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos están obligados a darlos.

18. Puede ausentarse del territorio de la Nación, con permiso del Congreso. En el receso de éste, sólo podrá hacerlo sin licencia por razones justificadas de servicio público.

19. Puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura.

20. Decreta la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento.

CAPÍTULO CUARTO

Del jefe de gabinete y demás ministros del Poder Ejecutivo

Artículo 100.- El jefe de gabinete de ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia.

Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde:

1. Ejercer la administración general del país.
2. Expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye este artículo y aquellas que le delegue el presidente de la Nación, con el refrendo del ministro secretario del ramo al cual el acto o reglamento se refiera.
3. Efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente.
4. Ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el presidente de la Nación y, en acuerdo de gabinete resolver sobre las materias que le indique el Poder Ejecutivo, o por su propia decisión, en aquellas que por su importancia estime necesario, en el ámbito de su competencia.
5. Coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del presidente.
6. Enviar al Congreso los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo.
7. Hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional.
8. Refrendar los decretos reglamentarios de las leyes, los decretos que dispongan la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso o la convocatoria de sesiones extraordinarias y los mensajes del presidente que promuevan la iniciativa legislativa.
9. Concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar.
10. Una vez que se inicien las sesiones ordinarias del Congreso, presentar junto a los restantes ministros una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de los respectivos departamentos.

11. Producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo.

12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

13. Refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

El jefe de gabinete de ministros no podrá desempeñar simultáneamente otro ministerio.

Artículo 101.- El jefe de gabinete de ministros debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 71. Puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras.

Artículo 102.- Cada ministro es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los que acuerda con sus colegas.

Artículo 103.- Los ministros no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones, a excepción de lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos.

Artículo 104.- Luego que el Congreso abra sus sesiones, deberán los ministros del despacho presentarle una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos.

Artículo 105.- No pueden ser senadores ni diputados, sin hacer dimisión de sus empleos de ministros.

Artículo 106.- Pueden los ministros concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates, pero no votar.

Artículo 107.- Gozarán por sus servicios de un sueldo establecido por la ley, que no podrá ser aumentado ni disminuido en favor o perjuicio de los que se hallen en ejercicio.

SECCIÓN TERCERA DEL PODER JUDICIAL

CAPÍTULO PRIMERO

De su naturaleza y duración

Artículo 108.- El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.

Artículo 109.- En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las feneidas.

Artículo 110.- Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones.

Artículo 111.- Ninguno podrá ser miembro de la Corte Suprema de Justicia, sin ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio, y tener las calidades requeridas para ser senador.

Artículo 112.- En la primera instalación de la Corte Suprema, los individuos nombrados prestarán juramento en manos del Presidente de la Nación, de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución. En lo sucesivo lo prestarán ante el presidente de la misma Corte.

Artículo 113.- La Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará a sus empleados.

Artículo 114.- El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.

2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.

3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.

4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.

5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.

6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

Artículo 115.- Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el Artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal.

Su fallo, que será irrecusable, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo.

En la ley especial a que se refiere el Artículo 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado.

CAPÍTULO SEGUNDO

Atribuciones del Poder Judicial

Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Artículo 117.- En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

Artículo 118.- Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

Artículo 119.- La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado.

SECCIÓN CUARTA

Del ministerio público

Artículo 120.- El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República.

Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

TITULO SEGUNDO

GOBIERNOS DE PROVINCIA

Artículo 121.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

Artículo 122.- Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal.

Artículo 123.- Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

Artículo 124.- Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.

Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

Artículo 125.- Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios.

Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura.

Artículo 126.- Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrota, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros.

Artículo 127.- Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas

por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley.

Artículo 128.- Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación.

Artículo 129.- La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad.

Una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional.

La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino.

Segunda. Las acciones positivas a que alude el Artículo 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.

(Corresponde al Artículo 37)

Tercera. La ley que reglamente el ejercicio de la iniciativa popular deberá ser aprobada dentro de los dieciocho meses de esta sanción.

(Corresponde al Artículo 39)

Cuarta. Los actuales integrantes del Senado de la Nación desempeñarán su cargo hasta la extinción del mandato correspondiente a cada uno.

En ocasión de renovarse un tercio del Senado en mil novecientos noventa y cinco, por finalización de los mandatos de todos los senadores elegidos en mil novecientos ochenta y seis, será designado además un tercer senador por distrito por cada Legislatura. El conjunto de los senadores por cada distrito se integrará, en lo

posible, de modo que correspondan dos bancas al partido político o alianza electoral que tenga el mayor número de miembros en la legislatura, y la restante al partido político o alianza electoral que le siga en número de miembros de ella. En caso de empate, se hará prevalecer al partido político o alianza electoral que hubiera obtenido mayor cantidad de sufragios en la elección legislativa provincial inmediata anterior.

La elección de los senadores que reemplacen a aquellos cuyos mandatos vencen en mil novecientos noventa y ocho, así como la elección de quien reemplace a cualquiera de los actuales senadores en caso de aplicación del Artículo 62, se hará por estas mismas reglas de designación. Empero, el partido político o alianza electoral que tenga el mayor número de miembros en la Legislatura al tiempo de la elección del senador, tendrá derecho a que sea elegido su candidato, con la sola limitación de que no resulten los tres senadores de un mismo partido político o alianza electoral.

Estas reglas serán también aplicables a la elección de los senadores por la ciudad de Buenos Aires, en mil novecientos noventa y cinco por el cuerpo electoral, y en mil novecientos noventa y ocho, por el órgano legislativo de la ciudad.

La elección de todos los senadores a que se refiere esta cláusula se llevará a cabo con una anticipación no menor de sesenta ni mayor de noventa días al momento en que el senador deba asumir su función.

En todos los casos, los candidatos a senadores serán propuestos por los partidos políticos o alianzas electorales. El cumplimiento de las exigencias legales y estatutarias para ser proclamado candidato será certificado por la Justicia Electoral Nacional y comunicado a la Legislatura.

Toda vez que se elija un senador nacional se designará un suplente, quien asumirá en los casos del Artículo 62.

Los mandatos de los senadores elegidos por aplicación de esta cláusula transitoria durarán hasta el nueve de diciembre del dos mil uno.

(Corresponde al Artículo 54)

Quinta. Todos los integrantes del Senado serán elegidos en la forma indicada en el Artículo 54 dentro de los dos meses anteriores al diez de diciembre del dos mil uno, decidiéndose por la suerte, luego que todos se reúnan, quienes deban salir en el primero y segundo bienio.

(Corresponde al Artículo 56)

Sexta. Un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inc. 2 del Artículo 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal, serán establecidos antes

de la finalización del año 1996; la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada; tampoco podrá modificarse en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente a la sanción de esta reforma y en ambos casos hasta el dictado del mencionado régimen de coparticipación.

La presente cláusula no afecta los reclamos administrativos o judiciales en trámite originados por diferencias por distribución de competencias, servicios, funciones o recursos entre la Nación y las provincias.

(Corresponde al Artículo 75 inc. 2).

Séptima. El Congreso ejercerá en la ciudad de Buenos Aires mientras sea capital de la Nación las atribuciones legislativas que conserve con arreglo al Artículo 129.

(Corresponde al Artículo 75 inc. 30).

Octava. La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley.

(Corresponde al Artículo 76).

Novena. El mandato del presidente en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma deberá ser considerado como primer período.

(Corresponde al Artículo 90)

Décima. El mandato del Presidente de la Nación que asuma su cargo el 8 de julio de 1995 se extinguirá el 10 de diciembre de 1999.

(Corresponde al Artículo 90)

Undécimo. La caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el Artículo 99 inc. 4 entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional.

(Corresponde al Artículo 99 inc. 4)

Duodécima. Las prescripciones establecidas en los arts. 100 y 101 del capítulo cuarto de la sección segunda de la segunda parte de esta Constitución referidas al jefe de gabinete de ministros, entrarán en vigencia el 8 de julio de 1995.

El jefe de gabinete de ministros será designado por primera vez el 8 de julio de 1995 hasta esa fecha sus facultades serán ejercitadas por el Presidente de la República.

(Corresponde a los arts. 99 inc. 7, 100 y 101.)

Decimotercera. A partir de los trescientos sesenta días de la vigencia de esta reforma los magistrados inferiores solamente podrán ser designados por el procedimiento previsto en la presente Constitución. Hasta tanto se aplicará el sistema vigente con anterioridad.

(Corresponde al Artículo 114)

Decimocuarta. Las causas en trámite ante la Cámara de Diputados al momento de instalarse el Consejo de la Magistratura, les serán remitidas a efectos del inc. 5 del Artículo 114. Las ingresadas en el Senado continuarán allí hasta su terminación.

(Corresponde al Artículo 115)

Decimoquinta. Hasta tanto se constituyan los poderes que surjan del nuevo régimen de autonomía de la ciudad de Buenos Aires, el Congreso ejercerá una legislación exclusiva sobre su territorio, en los mismos términos que hasta la sanción de la presente.

El jefe de Gobierno será elegido durante el año mil novecientos noventa y cinco.

La ley prevista en los párrafos segundo y tercero del Artículo 129, deberá ser sancionada dentro del plazo de doscientos setenta días a partir de la vigencia de esta Constitución

Hasta tanto se haya dictado el estatuto organizativo la designación y remoción de los jueces de la ciudad de Buenos Aires se regirá por las disposiciones de los arts. 114 y 115 de esta Constitución.

(Corresponde al Artículo 129)

Decimosexta. Esta reforma entra en vigencia al día siguiente de su publicación. Los miembros de la Convención Constituyente, el presidente de la Nación Argentina, los presidentes de las Cámaras Legislativas y el presidente de la Corte Suprema de Justicia prestan juramento en un mismo acto el día 24 de agosto de 1994, en el Palacio San José, Concepción del Uruguay, provincia de Entre Ríos.

Cada poder del Estado y las autoridades provinciales y municipales disponen lo necesario para que sus miembros y funcionarios juren esta Constitución

Decimoséptima. El texto constitucional ordenado, sancionado por esta Convención Constituyente, reemplaza al hasta ahora vigente.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DE LA CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, EN LA CIUDAD DE SANTA FE, A LOS VEINTIDÓS DÍAS DEL MES DE AGOSTO DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO.

ARTICULO 2º.- El texto transcripto en el Artículo 1º de la presente ley incluye todas las disposiciones constitucionales sancionadas por la Convención Nacional Constituyente reunida en las ciudades de Santa Fe y Paraná en el año 1994, comprendiendo como Artículo 77, segunda parte, la aprobada en la sesión del primero de agosto de 1994 que expresa:

"Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras".

ARTICULO 3º.- Publíquese en el Boletín Oficial.

ARTICULO 4º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS QUINCE DIAS DEL MES DE DICIEMBRE DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO.

B. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969

PREAMBULO

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I - DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPITULO I - ENUMERACION DE DEBERES

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

CAPITULO II - DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre

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.

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;

c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y

d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Artículo 10. Derecho a Indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. 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 cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Artículo 15. Derecho de Reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Artículo 16. Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la

seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 18. Derecho al Nombre

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.

3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. 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.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

CAPITULO III

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y

técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

CAPITULO IV

SUSPENSION DE GARANTIAS, INTERPRETACION Y APLICACION

Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Artículo 28. Cláusula Federal

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 ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de 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.

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Artículo 31. Reconocimiento de Otros Derechos

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

CAPITULO V

DEBERES DE LAS PERSONAS

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

PARTE II - MEDIOS DE LA PROTECCION

CAPITULO VI

DE LOS ORGANOS COMPETENTES

Artículo 33.

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y

b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

CAPITULO VII

LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1. Organización

Artículo 34

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

Artículo 35

La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 36

1. Los Miembros de la Comisión serán elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros.

2. Cada uno de dichos gobiernos puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los proponga o de cualquier otro Estado miembro de la

Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 37

1. Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez, pero el mandato de tres de los miembros designados en la primera elección expirará al cabo de dos años. Inmediatamente después de dicha elección se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres miembros.

2. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.

Artículo 38

Las vacantes que ocurrieren en la Comisión, que no se deban a expiración normal del mandato, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización de acuerdo con lo que disponga el Estatuto de la Comisión.

Artículo 39

La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento.

Artículo 40

Los servicios de Secretaría de la Comisión deben ser desempeñados por la unidad funcional especializada que forma parte de la Secretaría General de la Organización y debe disponer de los recursos necesarios para cumplir las tareas que le sean encomendadas por la Comisión.

Sección 2. Funciones

Artículo 41

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;

b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;

- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 42

Los Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Artículo 43

Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

Sección 3. Competencia

Artículo 44

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Artículo 45

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento

posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.

2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.

3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.

4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización.

Artículo 46

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;

b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;

c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y

d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:

a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Artículo 47

La Comisión declarará inadmisible toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando:

- a) falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46;
- b) no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención;
- c) resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y
- d) sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

Sección 4. Procedimiento

Artículo 48

1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

- a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;
- b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;
- c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes;
- d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias;
- e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;

f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

Artículo 49

Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible.

Artículo 50

1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48.

2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.

3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

Artículo 51

1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.

2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.

3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

CAPITULO VIII

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1. Organización

Artículo 52

1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

Artículo 53

1. Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.

2. Cada uno de los Estados Partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 54

1. Los jueces de la Corte serán elegidos para un período de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez. El mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará al cabo de tres años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres jueces.

2. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el período de éste.

3. Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos.

Artículo 55

1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo.

2. Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados Partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez ad hoc.

3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados Partes, cada uno de éstos podrá designar un juez ad hoc.

4. El juez ad hoc debe reunir las calidades señaladas en el artículo 52.

5. Si varios Estados Partes en la Convención tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá.

Artículo 56

El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

Artículo 57

La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.

Artículo 58

1. La Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados Partes en la Convención, pero podrá celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo. Los Estados Partes en la Convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios de sus votos, cambiar la sede de la Corte.

2. La Corte designará a su Secretario.

3. El Secretario residirá en la sede de la Corte y deberá asistir a las reuniones que ella celebre fuera de la misma.

Artículo 59

La Secretaría de la Corte será establecida por ésta y funcionará bajo la dirección del Secretario de la Corte, de acuerdo con las normas administrativas de la

Secretaría General de la Organización en todo lo que no sea incompatible con la independencia de la Corte. Sus funcionarios serán nombrados por el Secretario General de la Organización, en consulta con el Secretario de la Corte.

Artículo 60

La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento.

Sección 2. Competencia y Funciones

Artículo 61

1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

Artículo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Artículo 65

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Sección 3. Procedimiento

Artículo 66

1. El fallo de la Corte será motivado.

2. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

Artículo 67

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Artículo 69

El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención.

CAPITULO IX

DISPOSICIONES COMUNES

Artículo 70

1. Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el derecho internacional. Durante el ejercicio de sus cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones.

2. No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 71

Son incompatibles los cargos de juez de la Corte o miembros de la Comisión con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos Estatutos.

Artículo 72

Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión percibirán emolumentos y gastos de viaje en la forma y condiciones que determinen sus Estatutos, teniendo en cuenta la importancia e independencia de sus funciones. Tales emolumentos y gastos de viaje serán fijados en el programa-presupuesto de la Organización de los Estados Americanos, el que debe incluir, además, los gastos de la Corte y de su Secretaría. A estos efectos, la Corte elaborará su propio proyecto de presupuesto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, por conducto de la Secretaría General. Esta última no podrá introducirle modificaciones.

Artículo 73

Solamente a solicitud de la Comisión o de la Corte, según el caso, corresponde a la Asamblea General de la Organización resolver sobre las sanciones aplicables a los miembros de la Comisión o jueces de la Corte que hubiesen incurrido

en las causales previstas en los respectivos Estatutos. Para dictar una resolución se requerirá una mayoría de los dos tercios de los votos de los Estados miembros de la Organización en el caso de los miembros de la Comisión y, además, de los dos tercios de los votos de los Estados Partes en la Convención, si se tratare de jueces de la Corte.

PARTE III - DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

CAPITULO X

FIRMA, RATIFICACION, RESERVA, ENMIENDA, PROTOCOLO Y DENUNCIA

Artículo 74

1. Esta Convención queda abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos.

2. La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.

3. El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de la entrada en vigor de la Convención.

Artículo 75

Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

Artículo 76

1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.

2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención.

Artículo 77

1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo.

Artículo 78

1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.

2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

CAPITULO XI

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Sección 1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 79

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado Miembro de la Organización que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados miembros de la Organización al menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 80

La elección de miembros de la Comisión se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 79, por votación secreta de la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados miembros. Si para elegir a todos los miembros de la Comisión resultare

necesario efectuar varias votaciones, se eliminará sucesivamente, en la forma que determine la Asamblea General, a los candidatos que reciban menor número de votos.

Sección 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 81

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado parte que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados Partes por lo menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 82

La elección de jueces de la Corte se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 81, por votación secreta de los Estados Partes en la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes. Si para elegir a todos los jueces de la Corte resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminarán sucesivamente, en la forma que determinen los Estados Partes, a los candidatos que reciban menor número de votos.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, cuyos plenos poderes fueron hallados de buena y debida forma, firman esta Convención, que se llamará "PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA", en la ciudad de San José, Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve.

C. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio

**Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión,
por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948
Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII**

Las Partes Contratantes,

Considerando que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946, ha declarado que el genocidio es un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena,

Reconociendo que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad,

Convencidas de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional,

Convienen en lo siguiente:

Artículo I

Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.

Artículo II

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo III

Serán castigados los actos siguientes:

- a) El genocidio;
- b) La asociación para cometer genocidio;
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio.

Artículo IV

Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.

Artículo V

Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

Artículo VI

Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

Artículo VII

A los efectos de extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III no serán considerados como delitos políticos.

Las Partes contratantes se comprometen, en tal caso, a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes.

Artículo VIII

Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III.

Artículo IX

Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia.

Artículo X

La presente Convención, cuyos textos inglés, chino, español, francés y ruso serán igualmente auténticos, llevará la fecha de 9 de diciembre de 1948.

Artículo XI

La presente Convención estará abierta hasta el 31 de diciembre de 1949 a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y de todos los Estados no miembros a quienes la Asamblea General haya dirigido una invitación a este efecto.

La presente Convención será ratificada y los instrumentos de ratificación serán depositados en la Secretaría General de las Naciones Unidas.

A partir del 1.^o de enero de 1950, será posible adherir a la presente Convención en nombre de todo Estado Miembro de las Naciones Unidas y de todo Estado no miembro que haya recibido la invitación arriba mencionada.

Los instrumentos de adhesión serán depositados en la Secretaría General de las Naciones Unidas.

Artículo XII

Toda Parte contratante podrá, en todo momento, por notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, extender la aplicación de la presente Convención a todos los territorios o a uno cualquiera de los territorios de cuyas relaciones exteriores sea responsable.

Artículo XIII

En la fecha en que hayan sido depositados los veinte primeros instrumentos de ratificación o de adhesión, el Secretario General levantará un acta y transmitirá copia de dicha acta a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros a que se hace referencia en el artículo XI.

La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haga el depósito del vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión.

Toda ratificación o adhesión efectuada posteriormente a la última fecha tendrá efecto el nonagésimo día después de la fecha en que se haga el depósito del instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo XIV

La presente Convención tendrá una duración de diez años a partir de su entrada en vigor.

Permanecerá después en vigor por un período de cinco años; y así sucesivamente, respecto de las Partes contratantes que no la hayan denunciado por lo menos seis meses antes de la expiración del plazo.

La denuncia se hará por notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo XV

Si, como resultado de denuncias, el número de las Partes en la presente Convención se reduce a menos de dieciséis, la Convención cesará de estar en vigor a partir de la fecha en que la última de esas denuncias tenga efecto.

Artículo XVI

Una demanda de revisión de la presente Convención podrá ser formulada en cualquier tiempo por cualquiera de las Partes contratantes, por medio de notificación escrita dirigida al Secretario General.

La Asamblea General decidirá respecto a las medidas que deban tomarse, si hubiere lugar, respecto a tal demanda.

Artículo XVII

El Secretario General de las Naciones Unidas notificará a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros a que se hace referencia en el artículo XI:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones recibidas en aplicación del artículo XI;
- b) Las notificaciones recibidas en aplicación del artículo XII;
- c) La fecha en la que la presente Convención entrará en vigor en aplicación del artículo XIII;
- d) Las denuncias recibidas en aplicación del artículo XIV;
- e) La abrogación de la Convención, en aplicación del artículo XV;
- f) Las notificaciones recibidas en aplicación del artículo XVI.

Artículo XVIII

El original de la presente Convención será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

Una copia certificada será dirigida a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros a que se hace referencia en el artículo XI.

Artículo XIX

La presente Convención será registrada por el Secretario General de las Naciones Unidas en la fecha de su entrada en vigor.

D. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad

Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968.

Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.

En la República Argentina esta convención tiene rango constitucional por la ley 25.778.-

Preambulo

Los Estados Partes en la presente Convención,

Recordando las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre la extradición y el castigo de los criminales de guerra; la resolución 95 (I) de 11 de

diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y por el fallo de este Tribunal, y las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política de apartheid, por otra,

Recordando las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad,

Observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo,

Considerando que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves,

Convencidos de que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales,

Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes,

Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal,

Convienen en lo siguiente:

Artículo I

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

Artículo II

Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración.

Artículo III

Los Estados Partes en la presente Convención se obligan a adoptar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier otro orden, con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional, de las personas a que se refiere el artículo II de la presente Convención.

Artículo IV

Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida.

Artículo V

La presente Convención estará abierta hasta el 31 de diciembre de 1969 a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado o del Organismo Internacional de Energía Atómica, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en la presente Convención.

Artículo VI

La presente Convención está sujeta a ratificación y los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo VII

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquiera de los Estados mencionados en el artículo V. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo VIII

1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada Estado que ratifique la presente Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo IX

1. Una vez transcurrido un período de diez años contado a partir de la fecha en que entre en vigor la presente Convención, todo Estado Parte podrá solicitar en cualquier momento la revisión de la presente Convención mediante notificación por escrito dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

2. La Asamblea General de las Naciones Unidas decidirá sobre las medidas que deban tomarse, en su caso, respecto a tal solicitud.

Artículo X

1. La presente Convención será depositada en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas hará llegar copias certificadas de la presente Convención a todos los Estados mencionados en el artículo V.

3. El Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el artículo V:

a) Las firmas puestas en la presente Convención y los instrumentos de ratificación y adhesión depositados conforme a las disposiciones de los artículos V, VI y VII;

b) La fecha en que la presente Convención entre en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo VIII;

c) Las comunicaciones recibidas conforme a lo dispuesto en el artículo IX.

Artículo XI

La presente Convención, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, llevará la fecha 26 de noviembre de 1968.

EN FE DE LO CUAL, los suscritos, debidamente autorizados al efecto, han firmado la presente Convención.