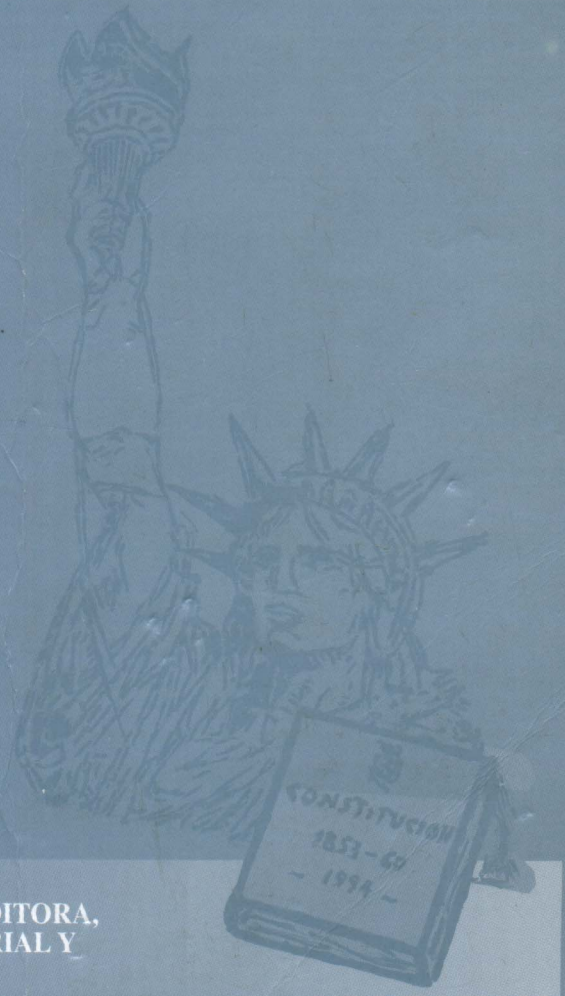
MANUAL DE LA CONSTITUCION REFORMADA

Tomo II

GERMAN J.
BIDART
CAMPOS



EDIAR
SOCIEDAD ANONIMA EDITORA,
COMERCIAL, INDUSTRIAL Y
FINANCIERA

GERMAN J. BIDART CAMPOS

MANUAL DE LA CONSTITUCION REFORMADA

Tomo II

SEGUNDA REIMPRESIÓN

SOCIEDAD ANÓNIMA EDITORA,
COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA

GERMAN J. BIDART CAMPOS

MANUAL DE LA CONSTITUCION REFORMADA

Tomo II

SEGUNDA REIMPRESIÓN

SOCIEDAD ANÓNIMA EDITORA,
COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA

GERMAN J. BIDART CAMPOS

MANUAL DE LA CONSTITUCION REFORMADA

Tomo II

SEGUNDA REIMPRESIÓN

SOCIEDAD ANÓNIMA EDITORA,
COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA

ISBN: 950-574-114-6

IMPRESO EN LA ARGENTINA
Queda hecho el depósito que exige la ley 11.723
Copyright by Ediar Sociedad Anónima Editora,
Comercial, Industrial y Financiera, Tucumán 927
6° piso. Buenos Aires.
2000

IN MEMORIAM

A

mi entrañable amigo Roberto Repetto

— *A Emilio Weinschelbaum y Ariel Dulitzky, por lo que nos une en la vida.*

— *A María Angélica Gelli, por la excelencia de su magisterio.*

CAPÍTULO XII

LA LIBERTAD DE EXPRESION

I. SU ENCUADRE CONSTITUCIONAL EVOLUTIVO Y SUS CONTENIDOS. - La libertad de "pensamiento". - La libertad de expresión y de prensa. - La equiparación actual de todos los medios de expresión. - El triple deslinde de la libertad de expresión. - Otras proyecciones en el contenido de la libertad de expresión. - *La expresión "simbólica"*. - La prohibición de censura previa y sus alcances. - *La autocensura*. - Las res-ponsabilidades ulteriores a la expresión. - *La doctrina de la "real malicia"*. - El derecho de réplica.- II. EL ARTÍCULO 14. - La libertad "de prensa". - El presupuesto de la "existencia" de la prensa. - El contenido de la libertad de prensa. - *La obligación de publicar*. - El derecho judicial en materia de libertad de prensa y de expresión. - Las restricciones durante el estado de sitio. - Los tratados internacionales con jerarquía constitucional. - III. EL ARTÍCULO 32.- Las interpretaciones sobre la primera parte del art. 32. - *Los delitos*. - *La radio y la televisión*. - Las interpretaciones sobre la segunda parte del art. 32. - *La relación entre las interpretaciones de las dos partes del art. 32*. - Nuestra interpretación sobre las dos partes del art. 32. -*La interpretación histórica del art. 32*.

I. SU ENCUADRE CONSTITUCIONAL EVOLUTIVO Y SUS CONTENIDOS

La libertad de "pensamiento"

1. — La *libertad de expresión* es una exteriorización de la *libertad de pensamiento*. En el mundo jurídico, el pensamiento (en tanto pensamiento) no aparece externamente como una libertad jurídicamente relevante porque escapa a toda posible relación de alteridad con otro sujeto distinto del que piensa; la libertad de pensar no admite verse como un derecho subjetivo: el pensamiento es incoercible y se sustrae a terceros. No puede decirse, entonces, que el hombre sea titular de un "derecho" a la libertad de pensamiento. Ese derecho aparecerá solamente cuando el pensamiento *se exteriorice*, o sea, cuando se exprese. Y en ese caso ya deberá hablarse del derecho a la libertad de *expresión*, porque el pensamiento es conocido por terceros.

Con el pensamiento puro el sujeto pensante no protagoniza una conducta en interferencia intersubjetiva. Si, en todo caso, técnicas de distinto tipo llegan

a penetrar en la mente humana para impedir, coaccionar, deformar o escudriñar el pensamiento, tales mecanismos violan la dignidad personal y la integridad física y síquica del hombre, y su libertad de intimidad o de secreto, pero no el pensamiento en sí mismo.

La libertad de expresión y de prensa

2. — La libertad de expresión es el derecho a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar un conjunto de ideas, opiniones, críticas, imágenes, creencias, etc., a través de cualquier medio: oralmente; mediante símbolos y gestos; en forma escrita; a través de la radio, el cine, el teatro, la televisión, etcétera.

Cuando encontramos en el texto histórico de la constitución formal las normas sobre *libertad de prensa* (arts. 14 y 32) y, en cambio, no encontramos expresamente ninguna norma que cubra a la *libertad "de expresión"* en todas sus formas (incluidas las distintas a la prensa), decimos que respecto a *la expresión a través de medios que "no son prensa"* hay una *carencia histórica* de norma, o sea, una *laguna* en el orden normativo. Esa laguna suscita la *integración* del orden normativo para llenar el vacío, y tal integración nos remite en primer lugar a la norma *análoga* (es decir, a la más parecida que hallamos en la constitución, que es la referida a la prensa) y a los *valores* y *principios generales* del derecho constitucional.

Haciendo jugar por analogía la norma sobre libertad de *prensa*, y acudiendo a los principios sobre *libertad* (que desde el preámbulo contiene la constitución), podemos sin duda arribar a la conclusión de que nuestra constitución *protege la libertad "de expresión" en todas sus formas*, las que reciben hospitalidad cierta. Apuntalamos esta hospitalidad haciendo una interpretación *dinámica* de la constitución, que asimila los cambios y formas de expresión actuales que no eran conocidos por el constituyente histórico.

Del fallo de la Corte en el caso "Ponzetti de Balbín", del 11 de diciembre de 1984, surge claramente que las normas sobre prensa e imprenta que contiene la constitución no deben interpretarse literalmente, sino con una proyección que cubra la libre expresión e información a través de otros medios distintos de la prensa escrita.

3. — *Después de la reforma constitucional de 1994* el texto ofrece otros parámetros adicionales para el analogado con la prensa escrita. Así, las alusiones del art. 75 a la investigación y al desarrollo científi-

fico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento (inc. 19 párrafo primero); a la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales (inc. 19 párrafo cuarto); y al derecho a una educación intercultural para los pueblos indígenas (inc. 17).

Expresamente, el art. 38 garantiza a los partidos políticos el acceso a la información pública y la difusión pública de sus ideas. (Ver nº 8 j).

La equiparación actual de todos los medios de expresión

4. — Hay que dividir los tiempos en dos etapas: una, *hasta 1984* (fecha de ratificación del Pacto de San José de Costa Rica) y *1986* fecha de ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); otra, *posterior a 1984 y 1986 hasta la actualidad*, haciendo todavía una nueva subdivisión en este lapso, antes y después de la *reforma constitucional de 1994* que revistió a aquellos tratados de jerarquía constitucional. Veamos.

a) En el contexto de la constitución *antes de 1984-1986* era muy razonable sostener que cuando se extendía a la libertad de expresión por medios que no son prensa una *protección "análoga"* a la que el art. 14 asigna a la libertad de prensa, había que computar las *semejanzas* y las *diferencias* entre la prensa y los demás medios de expresión.

No atribuir identidad a una y a otros permitía brindar a los segundos una tutela "parecida", pero no igual, a la que cubre a la prensa. Por ende, la prohibición absoluta de censura previa del art. 14 a favor de la prensa no se trasladaba necesariamente, ni siempre, ni en todos los casos, a la libertad de expresión a través de radio, cine, televisión, etc. En lo que estos medios tienen de distinto con la prensa por su difusión y su accesibilidad disímiles, por su penetración en la intimidad de los hogares, por su fuerza audiovisual masiva, etc., podían ser objeto de *controles preventivos* en razón de moralidad pública, orden público, derechos de terceros, etc. Ello siempre con *razonabilidad* suficiente.

Personalmente, sosteníamos tal postura en la convicción de que "no es lo mismo" la prensa escrita que los otros medios de comunicación masiva.

b) *Desde 1984-1986 hasta la reforma de 1994*, los tratados incorporados al derecho argentino —aunque entonces de rango inferior

a la constitución— inyectaron por analogado las normas amplias sobre libertad de expresión y prohibición de censura; b') *a partir de la reforma de 1994 que les confirió jerarquía constitucional*, tales normas de los referidos tratados colocan sus dispositivos fuera de la constitución pero con su mismo nivel, afianzando la equiparación.

En consecuencia, conjugando la constitución y los tratados internacionales hemos de sostener que ahora la *censura previa queda prohibida en nuestro derecho constitucional* no solamente para la prensa, sino para *toda forma* de libertad de expresión.

5. — Con esta abolición total de la censura, caen asimismo y simultáneamente todos los controles preventivos razonables que antes considerábamos viables.

La cuestión no se reduce sólo a la abolición de la censura y de los controles previos. Alcanza para aseverar que, desde el punto de vista constitucional, el amparo global a la libertad de expresión en todas sus formas y manifestaciones se ha vuelto *idéntico* para todas ellas, y que ya no cabe introducir diferencias entre la prensa y los demás medios de comunicación social.

6. — Si de alguna manera se podía decir ya antes de 1984 y 1986 que la libertad "de *prensa*" era una de las que, en vocabulario constitucional de los Estados Unidos, se denominan "preferidas", hoy corresponde hablar de la libertad "de *expresión*" como *libertad preferida*.

Aún así, no es viable derivar de tal preferencia el carácter absoluto de la libertad de expresión porque, como todos los derechos, ella es también un *derecho relativo*, o sea, limitado, limitable razonablemente y con una *función social*.

El triple deslinde de la libertad de expresión

7. — Cuando se analiza la libertad de expresión es imprescindible la vinculación con los *medios de comunicación masiva o social*, porque no es lo mismo la libre expresión individual que la que se difunde y transmite a través de tales medios a toda la sociedad y al público general.

Por eso, en un sentido lato, conviene distinguir tres aspectos: a) la libertad de expresión como *derecho personal*; b) *la proyección socio-institucional* de la libertad de expresión a través de los medios de comunicación masiva contemporáneos (prensa escrita, radio, televisión, publicaciones de toda índole, etc.); c) *la naturaleza empresaria y lucrativa* de la actividad que desarrollan los referidos medios.

En el aspecto del inc. b) referido a la proyección socio-institucional

hay que captar bien que es imprescindible el derecho a *buscar, recibir y transmitir información*; a *formar y difundir opiniones públicas*; a *circular noticias e ideas*; a *criticar y disentir*; a efectuar crónicas culturales, científicas, educativas, humorísticas y de entretenimiento, todo lo que compone un vasto espectro de libertad que necesita márgenes amplios en un sistema democrático.

En el aspecto del inc. c) que atañe a la actividad empresarial y comercial propia del periodismo de masas en expansión explosiva, nos negamos a reconocer que los medios de comunicación social hayan de quedar exonerados de las cargas fiscales y de las obligaciones que gravan a toda actividad lucrativa. Si bien la función social que cumplen tiene que resguardarse en forma holgada, lo que hay de lucrativo, de industrial, de comercial, etc. en la actividad de los medios de comunicación resulta perfectamente equiparable a cualquier otra. Tal paridad de situaciones priva de toda base razonable a cualquier discriminación que se ampare en la libertad de expresión y en el rol socio-institucional de las empresas periodísticas.

En el caso "La Prensa", del 2 de setiembre de 1987, la Corte sostuvo que los diarios no se hallaban comprendidos en el régimen de la ley de abastecimiento 20.680 y que, por ende, resultaba inaplicable a una empresa periodística la multa legal a causa del aumento del precio del ejemplar sin autorización previa, ya que de lo contrario se llegarían a comprometer las normas constitucionales sobre libertad de prensa.

Otras proyecciones en el contenido de la libertad de expresión

8. — La libertad de expresión no se agota en la prensa y en los medios distintos de ella. Hay otros aspectos fundamentales, a saber:

a) La *libertad de información* que importa el acceso libre a las fuentes de información, la posibilidad de recoger noticias, transmitirlas y difundirlas, y de resguardar razonablemente en el secreto la fuente de donde esas noticias se han obtenido. Esta libertad de información obliga a puntualizar que: a') el estado no puede cohibir ni monopolizar las fuentes de información; a") el periodismo —entendido en sentido lato— no debe soportar restricciones en el acceso a dichas fuentes; a"') el público en general —es decir, los hombres— tiene derecho a que las mismas fuentes sean abiertas, públicas, veraces y accesibles; a"") debe preservarse razonablemente el secreto de dichas fuentes.

b) La libertad de *no expresarse*, o sea, la faz negativa de la libertad de expresión, o *derecho al silencio*. Si todo hombre tiene derecho

a expresarse, tiene el correlativo de abstenerse de una expresión que no responde a sus convicciones o deseos, o que simplemente pretende reservarse.

b') La libertad de no expresarse debe relacionarse con la *objeción de conciencia* por razones morales o religiosas. Este aspecto resguarda el derecho del objetor a abstenerse de reverenciar los símbolos patrios, a no tener que prestar juramentos, a no participar en actos o actividades incompatibles con las propias creencias, etc.

b") La llamada *cláusula de conciencia de los periodistas* los protege contra la violencia moral que puede provocarles para su libertad profesional un cambio de opinión asumido por el medio de comunicación en el que se desempeñan habitualmente. La situación de violencia que les significaría tener que prohijar o sostener en su trabajo periodístico una doctrina, o idea, u opinión opuestas a su conciencia moral conduce a admitir que su caso debe asimilarse al del trabajador dependiente que es despedido sin causa o arbitrariamente.

c) El derecho al silencio o a no expresarse necesita vincularse a un tema muy importante, cual es el *secreto profesional* (del sacerdote, del médico, del abogado, etc.).

La relación con confidencialidad entre el profesional y el cliente exige que con respecto a ambos se respete suficiente y razonablemente lo que el primero conoce del segundo dentro de aquella relación, como una forma del derecho al secreto, que hace parte no sólo de la libertad de expresión (en su faz negativa de derecho a no expresarse) sino también del derecho a la intimidad o privacidad.

c') El derecho al silencio también resguarda razonablemente, en relación con el derecho a la información, el secreto o reserva sobre las *fuentes* de esa información.

d) La *libertad de creación artística*, implica la producción artística a través de todas sus formas.

Con fecha 29 de junio de 1976, en el caso "Colombres Ignacio y otros c/ Gobierno Nacional" la Corte Suprema sostuvo que la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión no se limita al supuesto previsto en los arts. 14, 32 y 33 de la constitución; también figura *la libertad de creación artística*, que constituye una de las más puras manifestaciones del espíritu humano y fundamento necesario de una fecunda evolución del arte.

e) La *expresión cinematográfica* fue incluida dentro de la libertad de expresión en el fallo de la Corte Suprema del 10 de mayo de 1972 en el caso "Mallo Daniel".

f) La *expresión por radio y televisión*, aun cuando del fallo de la Corte del 8 de setiembre de 1992 en el caso "Servini de Cubría María R." (conocido como el caso "Tato Bores") surge que, para la Corte, tiene una protección más débil y atenuada que la libertad de prensa.

g) Los *contenidos humorísticos, cómicos, de entretenimiento*, etc., hacen parte de la libertad de expresión, sea que se viertan a través de la prensa escrita, como de programas radiales o televisivos, de espectáculos públicos, etc.

h) La *publicidad comercial* (o propaganda comercial) hace al ejercicio de la libertad de expresión, pero cuando es comparativa o competitiva en relación de rivalidad con otro, al que se trata deslealmente, engendra responsabilidad.

i) El *derecho de réplica*, que con más precisión técnica el Pacto de San José de Costa Rica denomina de *rectificación y respuesta*, protege a las personas frente a informes inexactos o agraviantes que se difunden públicamente en su perjuicio a través de medios de comunicación masiva.

La Corte lo acogió por primera vez el 7 de julio de 1992 en el caso "Ekmekdjian c/Sofovich" para amparar —a nuestro juicio erróneamente— el agravio al sistema de creencias religiosas del actor, con lo que le asignó un alcance exorbitado como réplica ideológica.

j) Con la *reforma de 1994* corresponde agregar que el art. 75 inc. 19 párrafo primero dispone que el congreso ha de *proveer a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento*. No nos cabe duda de que esta cláusula presupone la libre expresión de todo aquél que se dedica a la investigación, así como la transmisión y circulación difusivas porque, además, el desarrollo científico y tecnológico requiere que los terceros en general puedan tener acceso al resultado emergente de dicha investigación, e informarse de ella. El vocablo "aprovechamiento" que utiliza la norma inclina a dar por verdad todo lo antedicho.

Asimismo, el art. 75 inc. 19 cuarto párrafo alude a la facultad del congreso para *dictar leyes que protejan la libre creación y circulación de las obras del autor*, lo que —aparte del consiguiente derecho de propiedad intelectual— significa reconocer la libertad de expresión, y la difusión del producto elaborado por el autor.

El mismo art. 75 inc. 19 cuarto párrafo prevé también el dictado

de leyes que protejan el *patrimonio artístico* y los *espacios audiovisuales y culturales*.

Por su parte, cuando el art. 41 se refiere a la *información y educación ambientales*, y el art. 42 a la *educación para el consumo*, presuponen la necesaria y convergente libertad de expresión. (Ver cap. XV, nº 10 y 34).

(Ver nº 3)

La expresión "simbólica"

9. — Existe una forma de expresión que suele conocerse con el nombre de *expresión simbólica*, o *lenguaje simbólico*, o *lenguaje expresivo*. Se trata de situaciones en que una persona expresa algo mediante una actitud externa, o una conducta, o un símbolo. Por ej.: desplegar o quemar una bandera; romper la cédula de convocatoria militar; ponerse de pie o quedarse sentado cuando se toca el himno nacional; escupir una imagen o efigie. Falta todo elemento verbal o escrito, pero no la conducta expresiva.

Es sabido que en la jurisprudencia de Estados Unidos, la Corte Suprema ha encarado la hipótesis y, según las circunstancias del caso, ha llegado a declarar inconstitucional la aplicación de una ley incriminatoria de los ultrajes a la bandera a quien quemó el símbolo patrio en una manifestación político-partidaria (caso "Texas c/Johnson", de 1989). Para así decidir, se ha encuadrado la conducta expresiva en el amparo que la constitución de Estados Unidos brinda a la libertad de expresión en la enmienda primera.

La prohibición de censura previa y sus alcances

10. — El tema de la censura previa prohibida en el art. 14 de la constitución y en el Pacto de San José de Costa Rica plantea diversas perspectivas: a) A qué *órganos de poder* va dirigida la prohibición de censurar previamente; b) cuál es el *material* sobre el que no puede recaer la censura; c) qué *modalidades* restrictivas son censura, o se pueden equiparar a ella; d) qué *medios de expresión* quedan exentos de censura.

A) 11. — No nos cabe duda de que en la actualidad ningún órgano de poder puede ejercer y aplicar censura previa. Esto significa que los tribunales judiciales no gozan de disponibilidad prohibitiva anticipada, si es que en una causa judicial consideran que debe prevenirse la comisión de un delito, o tutelar contra cualquier

supuesta amenaza algún bien jurídico personal (vida, intimidad, honor, etc.).

Si se dijera que en ciertas circunstancias excepcionales un tribunal judicial puede aplicar censura prohibitiva en protección de valores o bienes más excelsos que la libertad de expresión, habría que conceder que todo material expresivo estaría expuesto a previa revisión, porque sin ésta es imposible saber cuál y cómo sería la expresión futura.

Por ende, en la medida en que se introduce la más leve excepción a la prohibición absoluta de la censura previa, se está concediendo que siempre existe capacidad de revisar y controlar "todo", para de ahí en más poder decidir qué se prohíbe y qué se autoriza.

La falacia de este discurso argumental nos hace empecinar en la afirmación de que *la constitución prohíbe absolutamente toda censura previa en cualquier caso y ante cualquier situación*, y que no se puede introducir excepción de ninguna índole a esa prohibición de censura. Tampoco lo permite el Pacto de San José de Costa Rica.

12. — Con esto no caemos en el error de aseverar que la libertad de expresión es un derecho absoluto. Es *relativo* como todos, pero tiene una arista en la que hay una *prohibición constitucional e internacional que sí es absoluta y total, y es la prohibición de censura previa*. Toda responsabilidad en la que se exhiba la relatividad de la libertad de expresión sólo puede ser *posterior* a su ejercicio.

B) 13. — En cuanto al *material* protegido por la prohibición de censura previa, no hay mayor discusión en incluir a la *prensa* escrita. Sin embargo, hay quienes afirman que sólo se protegen ideas, opiniones, informes, etc. pero no —por ejemplo— imágenes, publicidad, chistes, etc.

Si se hacen tales distinciones, sobrevienen dos dificultades. Una es saber con exactitud dónde comienza y dónde termina el contenido de la prensa libre y de la exención de censura. Otra es la misma que verificábamos y descartábamos anteriormente: para saber si algo es idea, noticia u opinión, o si no lo es, hay que revisar y controlar todo antes de su publicación. Y eso es censura previa.

Por eso, no admitimos que se pretenda hacer casilleros dentro de la prensa para en unos mantener la prohibición de censura (ideas, crónicas, informes, opiniones) y en otros permitirla (imágenes, publicidad, propaganda, comicidad).

14. — Cuando de la prensa escrita se pasa a las expresiones a través de *otros medios de comunicación masiva*, tampoco se puede sostener que para la prensa la prohibición de censura es más severa,

y para los demás medios es más débil, o atenuada, o condicionada. (Tal criterio de protección más débil surge de votos mayoritarios en el fallo de la Corte del 8 de setiembre de 1992 en el caso "Servini de Cubría María R." —más conocido como caso "Tato Bores"—.

Volvemos a lo mismo de antes. Tales distinciones sólo son factibles de comprobarse y de funcionar después de un control anticipado, y entonces este control anticipado implica censura previa.

C) 15. — En cuanto a las *medidas* que son censura, y a las que se le equiparan —o no— formulamos una advertencia. Es censura previa —y está prohibida con el alcance que venimos explicando— cualquier medida que importa un control o una revisión *anticipados* de la expresión. No es censura todo lo que *responsabiliza después* que la expresión se exterioriza.

Por ejemplo, no implica censurar el establecer normas que con carácter general sancionan la violación a prohibiciones razonables, como las que impiden informar la identidad de menores que son autores o víctimas de presuntos delitos, o hacer apología de la guerra, del odio racial, del antisemitismo; ni las que tipifican delitos susceptibles de cometerse a través de los medios de comunicación masiva; ni las que vedan exhibir un film después del espectáculo si el film encuadra en una conducta delictuosa (apología del delito, exhibiciones obscenas, etc.); ni las que cercenan la publicidad y propaganda de productos cuya elaboración y/o comercialización son ilícitas. Tampoco es censura previa el secreto o la privacidad que un tribunal judicial ordena en un proceso respecto de las actuaciones, de sus participantes, de los menores, etc.

D) 16. — Por fin, nos restan los *medios* que quedan bajo cobertura de la censura previa prohibida. Actualmente afirmamos que son *todos*: prensa escrita, radio, televisión, cinematografía, teatro, expresión artística, expresión oral, expresión simbólica, etc., cualquiera sea el contenido de la expresión que se exteriorice, es decir, no sólo ideas, informaciones, opiniones, etc., sino también publicidad, propaganda, contenidos humorísticos y cómicos, imágenes, etc.

La autocensura

17. — Hay otro aspecto que no debe omitirse. Es el de la *autocensura*.

Cuando en el ambiente sociopolítico se dan condiciones represivas, persecutorias u hostiles, que amedrentan a las gentes y les significan amenaza de sanciones, o riesgos de muy variada índole, la libertad de expresión queda

cohibida indirectamente. Hay en ello una lesión que responsabiliza a quienes crean y fomentan el clima societal desfavorable.

Esto era susceptible de ocurrir con la incriminación del *desacato*, que ha sido derogada en el derecho penal argentino.

Las responsabilidades ulteriores a la expresión

18. — El ejercicio de la libertad de expresión no cuenta con impunidad una vez que esa expresión se ha exteriorizado. Si *antes* está exenta de censura, *después* apareja todas las responsabilidades civiles y penales, o de cualquier otra índole. Recién en esa instancia posterior podrá llevarse a cabo la reparación de la eventual lesión a derechos ajenos, o compatibilizarse o preferirse esos otros derechos en relación con la libertad de expresión que les ha inferido daño, etc. Allí y entonces jugará —acaso— la prelación axiológica de otros bienes o valores perjudicados por la libertad de expresión.

19. — En el conflicto entre la libertad de expresión a través de la prensa y el derecho a la dignidad y al honor, la Corte dio prioridad —por mayoría— al primero en el caso "Campillay Julio c/La Razón y otros", fallado el 15 de mayo de 1986; en esa ocasión sostuvo que es responsable de los daños causados el editor de un diario que difundió el contenido de un comunicado policial donde se imputaba la comisión de delitos a una persona citada con nombre y apellido, que luego fue sobreseída penalmente, toda vez que el derecho de informar imponía: a) el deber de haber citado la fuente policial que difundió el comunicado, o b) el utilizar un tiempo de verbo potencial, o c) el de omitir la individualización e identidad del acusado.

Hay doctrina que al considerar a la libertad de expresión como "ejercicio de un derecho" en los términos del art. 34 inc. 4º del código penal, entiende que tal ejercicio de la expresión libre y de la información reviste la naturaleza de una *causa de justificación* que elimina la antijuridicidad a los efectos del delito de *injurias*.

La doctrina de la "real malicia"

20. — En el derecho judicial de la Corte Suprema se ha filtrado la tesis emergente de la Corte de Estados Unidos en el caso "New York c/Sullivan", de 1964, en el sentido de que quienes reclaman penal o civilmente por supuestos daños inferidos en su perjuicio a través de la prensa han de acreditar que la publicación o la crónica fue realizada con "real malicia", es decir, con conocimiento de su falsedad o con desinterés temerario por averiguar si la información era

o no falsa. Pero ha de tenerse muy en cuenta que esta doctrina de la "real malicia" fue reducida sólo a los casos en que la alegada falsedad difamatoria afectaba a un *funcionario público*, o a una *personalidad pública*, o a un particular involucrado en una *cuestión de trascendencia institucional*.

Más allá de la discusión que plantea la posible recepción de esta teoría en el derecho argentino, es innegable su fuerte incidencia constitucional en relación con la libertad de expresión. En realidad, se trata de una *inversión en la carga de la prueba*, porque es el afectado quien debe acreditar que el acusado obró con "real malicia".

De todos modos, la aceptación de la doctrina mencionada sólo debería funcionar después de un antecedente: con carácter previo a aplicarla, el tribunal debe averiguar lo que la Corte señaló en el caso "Campillay" a efectos de excusar la responsabilidad del periodista o del medio de comunicación: a) que se haya citado concretamente la fuente policial del informe o la noticia; b) o bien que se haya usado un tiempo de verbo potencial; c) o que no se haya dado el nombre de la persona a la que el informe o la noticia hicieron referencia. Si no se cumplió alguno de estos requisitos, entraría a funcionar la aplicación de la doctrina de la "real malicia" para que el presunto afectado tuviera que probar que quien difundió el informe o la noticia sabía de su falsedad, o que actuó con despreocupación temeraria acerca de su falsedad o su verdad; rendida esta prueba, el periodista o el medio de comunicación queda incurso en responsabilidad penal o civil.

21. — Alusiones a la teoría de la real malicia aparecen salpicadas en una jurisprudencia que no puede considerarse estabilizada en la Corte Suprema de Argentina, y en varios votos disidentes de algunos de sus fallos. En la lista puede incluirse el caso "Moreno Alejandro", de 1967; "Costa c/Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires", de 1987; "Vago c/Ediciones La Urraca SA.", de 1991; "Abad Manuel", de 1992; "Tavares", del mismo año; "Ramos Julio A.", de 1993; "Suárez Facundo c/Cherashny" y "Rodríguez Horacio D.", ambos de 1995.

Cabe entender que con la sentencia del 12 de noviembre de 1996 en el caso "Morales Solá Joaquín", suscripta por los nueve jueces de la Corte, el tribunal ha acogido las pautas vertebrales de la doctrina de la real malicia, al dejar sin efecto la condena penal que en segunda instancia había sido impuesta por el delito de injurias; es interesante destacar que no se trataba de noticias, informes o notas periodísticas, sino de una narración que Morales Solá había incluido en un libro de su autoría. Por ende, no es aventurado sostener que el caso extendió la aplicación de la doctrina de la real malicia más allá de lo que estrictamente se suele denominar "periodismo", porque abarcó una obra escrita en forma de libro.

El derecho de réplica

22. — Aparte de la vigencia interna en nuestro orden jurídico del derecho a réplica a través del art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, que lo llama derecho de "rectificación o respuesta", y de las normas que lo han acogido en el derecho público provincial, ha cobrado difusión la tesis de que cabe reputarlo uno de los *derechos implícitos* en el art. 33 de la constitución, porque con el alcance que le asigna la mencionada norma internacional incorporada al derecho argentino (desde la reforma de 1994 con jerarquía constitucional) tiende a proteger la dignidad personal, el honor y la privacidad ante informes agraviantes o inexactos, que son los susceptibles de rectificarse o responderse por parte de la persona afectada en tales derechos.

Asimismo, el derecho de réplica guarda íntima conexión con el *derecho a la información*, en cuanto procura que por la misma vía del medio de comunicación dirigido al público ingrese al circuito informativo de la sociedad la rectificación o respuesta de la persona afectada por el informe agraviante o inexacto. Y en tal sentido, se trata de tutelar —además de los derechos personales— aquel derecho a la información como bien social, que es parte o contenido esencial de la *libertad de expresión*.

La tutela penal que recibe el honor dañado por un delito no coincide con la que brinda el derecho de réplica, porque en primer lugar no todo informe agraviante o inexacto dirigido al público llega a configurar delito, y porque aunque lo sea y merezca la sanción penal, ésta no se dirige a proteger el mismo aspecto del bien jurídico, ni siquiera el mismo bien jurídico que la réplica, ya que, como lo anticipamos, el derecho de réplica absorbe también la cobertura de un bien social cual es el derecho a la información. Algo similar cabe decir frente al argumento de que la reparación también puede obtenerse, en su caso, por la indemnización civil del daño causado al afectado mediante el informe agraviante o inexacto; aquí el perjuicio que se subsana es asimismo ajeno al que pretende remediar, dentro de la circulación social informativa, el derecho de réplica, que está muy lejos de la reparación patrimonial.

Hay doctrina seria que al llamado derecho de réplica lo considera, más que un "derecho" una *garantía* que presta cobertura a los derechos lesionados por los informes inexactos o agraviantes que el perjudicado rectifica o responde.

23. — Desde que *la reforma constitucional de 1994* confirió al Pacto de San José de Costa Rica la *misma jerarquía de la constitución*, el derecho de rectificación y respuesta exige hacerse efectivo del

modo como lo son todos los que constan en normas operativas. El art. 14 del Pacto lo es.

Hay un argumento hostil que carece de todo asidero; se dice que conforme al art. 75 inc. 22 los tratados con jerarquía constitucional "no derogan" artículo alguno de la primera parte de la constitución y que son *complementarios*, por lo que el derecho de rectificación y respuesta quedaría descartado por supuesta oposición al art. 14 de la constitución. Si así se interpreta la cláusula citada del art. 75 inc. 22 respondemos que tampoco artículo alguno de la constitución deroga normas de los tratados que tienen igual jerarquía que ella, y que si los derechos reconocidos en esos tratados son "complementarios", tienen que gozar de eficacia porque, de lo contrario, no complementan nada; lo que complementa se suma e integra a lo complementado, en armonía y congruencia recíprocas; nunca puede quedar neutralizado ni esterilizado.

24. — En los casos "Ekmekdjian" y "Sánchez Abelenda", fallados el 1º de diciembre de 1988, la Corte había negado que sin ley interna del congreso pudiera aplicarse la norma internacional que sobre derecho de rectificación y respuesta contiene el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica.

Esta jurisprudencia quedó luego superada. En efecto, el primer caso en que después la Corte hizo lugar al derecho de réplica fue el de "Ekmekdjian c/ Sofovich", del 7 de julio de 1992, en el que por mayoría de cinco de sus jueces dio *aplicación directa y operativa* al art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica. Los fundamentos de ese decisorio, así como los de tres votos en disidencia (de los jueces Petracchi, Moliné O'Connor y Levene) trazaron un lineamiento interpretativo que, con matices diferenciales, se enroló en el acogimiento de principios básicos del actual derecho internacional de los derechos humanos. Pero no aceptamos que la mayoría de la Corte haya aplicado el derecho de réplica en un caso que, por más que versaba sobre agravios al sistema de creencias y valores religiosos de la parte actora, no toleraba encuadrarse en el diseño perfilado por el Pacto, ya que, en definitiva, lo que había de por medio era una *réplica de ideas* que, a nuestro criterio, no tiene protección en el derecho de rectificación o respuesta.

II. EL ARTICULO 14

La libertad "de prensa"

25.— La *libertad de prensa* está consagrada expresamente en la constitución con la fórmula de *publicar las ideas por la prensa sin censura previa* (art. 14).

Sobre *censura*, ver nº 10 a 17.

La exención de censura se extiende a eliminar *todas las medidas*

que, sin incurrir en una revisión del contenido, *restringen arbitrariamente* la libertad de prensa: así —por ej.— las trabas a la instalación de imprentas, la distribución oficial de las cuotas de papel, la obligación de publicar avisos oficiales o privados, la prohibición de dar a luz determinadas noticias, el monopolio de los medios de difusión periodística, las cauciones arbitrarias, la hostilidad o persecución a los periodistas, las restricciones en el acceso a las fuentes de información, etc.

No lesionan la libertad de prensa: a) el *derecho de réplica*; b) las normas que, en tutela del *derecho a la intimidad*, retraen a la prensa frente a la privacidad personal, siempre que la responsabilidad juegue después de la publicación.

El presupuesto de la "existencia" de la prensa.

26. — La constitución argentina, antes y después de su reforma de 1994, presupone que *"hay" prensa* y que *"debe haber" prensa*.

Para afirmarlo, nos basamos en lo siguiente:

a) *antes de la reforma de 1994*, el texto histórico traía en dos artículos la *obligación* de efectuar una publicación por la prensa; a') uno era el art. 72 in fine que, para el caso de veto presidencial a un proyecto de ley sancionado por el congreso y de nuevo tratamiento legislativo, estableció que los nombres y fundamentos de los sufragantes, así como las objeciones del poder ejecutivo "se publicarán inmediatamente por la prensa"; a") otro era el art. 85, referente a la elección indirecta del presidente y vice, cuando consignaba que, después de concluida, el resultado y las actas electorales "se publicarán por la prensa";

b) *después de la reforma de 1994*, solamente subsiste la norma citada en el precedente inc. a'), que textualmente es ahora el art. 83.

Nuestra interpretación nos lleva a decir que el autor de la constitución ha dado por cierto que para el cumplimiento del deber de publicación "hay" y "debe haber" prensa. Que exista prensa depende de la *iniciativa y del pluralismo de la sociedad*. No del estado. Es la sociedad la que debe proveer los medios y condiciones de efectividad para que haya prensa, a través de la cual —entre otras cosas— el constituyente previó la obligación de publicación que hemos explicado.

El contenido de la libertad de prensa.

27. — A tenor de lo expuesto, el derecho que nos ocupa da pie para la siguiente sistematización:

1) El derecho de publicar ideas por la prensa significa:

conocieran las imágenes y el texto) como lesivos de su honor y de su privacidad.

c) También conviene recordar el caso "Campillay", fallado por la Corte en 1986, en cuanto en él se confirió prioridad axiológica a derechos personales que habían sido afectados por la difusión de crónicas periodísticas en tres medios de prensa escrita. Con esta decisión quedó en claro la responsabilidad civil de la prensa por el contenido de sus publicaciones ofensivas para derechos de terceros. (Ver nº 19).

d) Es interesante mencionar que cuanto la Corte ha debido relacionar el *poder disciplinario de las cámaras del congreso* con la libertad de expresión y, en consecuencia, hubo de decidir si era constitucional la sanción impuesta a una persona cuyas expresiones vertidas por medio de la prensa se habían considerado lesivas de miembros del órgano legislativo, priorizó la libertad de expresión.

Al prosperar en tales casos el habeas corpus interpuesto por quien fue sancionado con arresto, la Corte limitó las facultades disciplinarias —en el caso "Peláez de 1994, ejercidas por el senado federal; y en el caso "Viaña", también de 1995, ejercidas por la legislatura de Tucumán—.

Las restricciones durante el estado de sitio.

32. — Durante el *estado de sitio*, la libertad de prensa y de expresión pueden sufrir restricciones severas, cuya razonabilidad depende del peligro real y concreto que su ejercicio puede acarrear durante la emergencia. Tales medidas restrictivas son susceptibles de revisión judicial —normalmente por vía de la acción de amparo—. Según la tesis que sobre el efecto del estado de sitio se adopte, variará el criterio sobre la amplitud de la revisión.

Los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

33. — El *Pacto de San José de Costa Rica* reconoce el derecho a la *libertad de pensamiento y de expresión* (art. 13). Según su texto, tal 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" (art. 13.1).

Esta norma completa la de publicar ideas por la prensa sin censura previa de nuestro art. 14, y la amplía en cuanto prevé la *libertad de expresión sin determinación del medio o instrumento*, y de la *información*.

El art. 13.2 establece que el ejercicio del derecho reconocido anteriormente *no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades posteriores*.

Esta norma extiende la prohibición de censura previa (que nuestro art. 14

limita expresamente a la prensa) *para toda expresión por cualquier medio*. Las *responsabilidades ulteriores* deben ser fijadas expresamente por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o para la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud, o la moral públicas.

El art. 13.3 agrega que "no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

Esta norma da formulación a un principio que buena parte de nuestra doctrina interpreta que viene implícitamente consagrado en la prohibición de censura previa para la prensa; aquí se extiende a cualquier forma de expresión.

El art. 13.4 dice que "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 inc. 2" (que alude a las responsabilidades ulteriores de la expresión).

El *derecho de rectificación (o de réplica)* aparece en el art. 14. Su párrafo 1 dice así: "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*".

El párrafo 3 dice que "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".

34. — El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aunque más escueto en sus fórmulas normativas, depara cobertura amplia a la libertad de expresión en el art. 19, y en el 20 dispone que estarán prohibidas por la ley toda propaganda en favor de la guerra, y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

Confrontados los dos tratados, se observa que el Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos no consigna la prohibición de censura previa, en tanto sí lo hace el de Costa Rica.

35. — La Convención sobre *Derechos del Niño* incorpora el derecho a *expresar la opinión* en las condiciones a que alude su art. 12.1 y el de *libertad de expresión* en el art. 13.1, incluyendo el de buscar, recibir y difundir *información* e *ideas* de todo tipo, en tanto el art. 17 amplía medidas para que, a través de los medios de comunicación, aquel derecho resulte accesible y beneficioso para el niño.

La Convención sobre *Discriminación Racial* menciona, entre la lista específica de derechos, el derecho a la libertad de *opinión* y *expresión* en el art. 5, d, viii, después de que en el subinciso precedente consigna el derecho a la libertad de *pensamiento*. En el art. 7 obliga a tomar medidas en la esfera de la *información* para combatir los prejuicios discriminatorios y promover la tolerancia.

En cuanto a las *limitaciones* susceptibles de aplicarse, el art. 13.2 las contempla en la Convención sobre Derechos del Niño.

Las *prohibiciones* que traen el Pacto de San José (art. 13.5) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 20) merecen parangonarse con el art. 4 de la Convención sobre *Discriminación Racial* que, especialmente en el inc. a), obliga a declarar *punible* conforme a la *ley* toda difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial. La Convención sobre *Derechos del Niño* obliga a adoptar medidas para impedir la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos (art. 34 c), y a promover la elaboración de directrices protectoras contra toda información y material perjudicial (art. 17 e).

III. EL ARTICULO 32

36. — El otro artículo de la constitución que se refiere a la libertad de prensa es el 32. Según dicha norma, el *congreso federal no puede dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta ni que establezcan sobre ella la jurisdicción federal.*

Las interpretaciones sobre la primera parte del art. 32.

37. — El art. 32 prescribe que el congreso *no puede dictar leyes que "restrinjan" la libertad de imprenta.*

Obsérvese que lo que prohíbe es *restringir*, y que lo que protege es la *libertad de imprenta*.

a) Una interpretación sumamente rígida entiende que con esta norma la constitución *le impide al congreso legislar sobre prensa*, porque entiende que toda ley, por ser tal, siempre restringe, o sea, angosta la libertad.

No obstante, ni restringir merece esa acepción prohibitiva de toda reglamentación legal, ni imprenta es lo mismo que prensa. Todas las extensiones y analogías que ha requerido la libertad de prensa hasta equipararse a la libertad de expresión no parece que tengan sitio en esta parte del art. 32.

b) Otra interpretación considera que lo prohibido es sólo la restricción, pero *no la reglamentación legal razonable*; asimismo, no identifica prensa con imprenta.

La interpretación severa del inc. a), al inhibir toda competencia legislativa del congreso sobre la prensa, deja abierta la competencia a las *provincias* para legislar sobre prensa en sus respectivas jurisdicciones, pero hay doctrina que también niega competencia local a las provincias, proyectando hacia ellas desde el art. 32 la misma prohibición que estima dirigida al congreso federal.

Los delitos.

38. — No hay duda de que muchos delitos comunes son susceptibles de cometerse por medio de la prensa; en ellos la prensa viene a ser únicamente el *instrumento* de comisión del delito.

Extremándose la postura prohibitiva, el congreso no podría incluir en el código penal incriminaciones comunes para todo el territorio del país que fueran susceptibles de aplicarse cuando el delito se cometiera a través de la prensa. Acaso, solamente tales normas resultarían aplicables si el delito se localizara en un territorio bajo jurisdicción federal.

Ya veremos que esta exageración pugna con la jurisprudencia de la Corte Suprema.

La radio y la televisión.

39. — Es evidente, entonces, que el art. 32 no presta fundamento alguno para negar que el congreso legisle con carácter *federal* (para todo el país) en los aspectos que, por tener precisamente naturaleza federal, atañen a la libertad de expresión a través de la *radio* y la *televisión* e, incluso, de la *cinematografía*.

En efecto, la radio y la televisión despliegan su actividad comunicativa mediante ondas transmisoras que integran el espacio aéreo y que sobrepasan incluso los límites territoriales del estado —no digamos los de las provincias—.

Hay aspectos técnicos muy diferentes de los propios de la prensa. Además, la cláusula del art. 75 inc. 13 (sobre comercio internacional e interprovincial) suscita competencia legislativa del congreso una vez que la transmisión y comunicación radiotelevisivas se reputan una actividad comercial.

No obstante, aseverar que el art. 32 para nada cohíbe la legislación federal sobre radiodifusión no equivale a sostener que los medios de comunicación masiva distintos de la prensa queden fuera de la misma protección constitucional deparada a la prensa, en cuanto ejercen la libertad de expresión (Ver nos. 4 y 5).

Las interpretaciones sobre la segunda parte del art. 32.

40. — La segunda parte del art. 32 estipula que *tampoco el congreso establecerá sobre la libertad de imprenta la jurisdicción federal.* Literalmente, significa que la legislación sobre imprenta (prohibida al congreso) no será aplicada por *tribunales federales.* Con relación a los *delitos* cometidos por la prensa, se dice que su juzgamiento no pertenece a la jurisdicción de los tribunales federales.

a) *Hasta* 1932, podemos sintetizar la orientación general del *derecho judicial* emergente de la jurisprudencia de la Corte diciendo que inhibía la jurisdicción de los tribunales federales en causas por delitos de prensa (con la sola excepción del caso "Benjamín Calvete", de 1864, en que aceptó la jurisdicción de los tribunales federales en razón de injurias cometidas contra un senador federal, por entender que estaban en juego las inmunidades parlamentarias de los miembros del congreso). Durante toda esa etapa, la *incompetencia* de la justicia federal se consideró *absoluta* y *total*, cualquiera fuera la índole del delito cometido por medio de la prensa o la investidura de la víctima por él afectada.

b) *En 1932* la jurisprudencia sufre un cambio importante, y acepta la jurisdicción de los tribunales federales con carácter de *excepción* cuando se trata de delitos comunes cometidos por medio de la prensa que *afectan al estado federal*, al *gobierno federal*, a su *seguridad*, a los *miembros del gobierno federal* en orden a sus funciones e investiduras, etc. O sea que siempre que está en juego un "bien jurídico de *naturaleza federal*" (tutelado por la incriminación), el juzgamiento del delito que lo ofende incumbe a los tribunales federales.

El cambio jurisprudencial del año 1932 proviene de la sentencia de la Corte en el caso "Ministerio Fiscal de Santa Fe c/Diario La Provincia", dictada el 23 de diciembre.

c) *En 1970* la Corte falla el caso "Batalla Eduardo J." el 21 de octubre, e imprime un giro total a su derecho judicial más que centenario.

Su nuevo criterio se resume así:

a) el art. 32 incluido en 1860 en la constitución quiso evitar que la libertad de imprenta fuera totalmente regida por leyes federales y que, como consecuencia, quedara sometida a la jurisdicción de los tribunales federales; pero,

b) el congreso tiene competencia exclusiva para dictar el *código penal*, no pudiendo hacerlo las provincias; por ende: b') si los *delitos comunes cometidos por medio de la prensa* no se pueden incluir en el código penal cualquiera sea el lugar donde la conducta se cumple, y las provincias tampoco pueden dictar normas penales, tales delitos vienen a quedar siempre y en todo caso impunes; b") si las provincias pueden suplir esa legislación penal vedada al congreso, puede haber tantas leyes penales referidas a delitos cometidos a través de la prensa cuantas provincias existan, lo que viola el principio de igualdad ante la ley; por ende hay que descartar las interpretaciones b') y b");

c) *Si el delito es común por su naturaleza, su represión está atribuida al congreso en virtud del entonces art. 67 inc. 11 de la constitución (ahora art. 75 inc. 12) con total prescindencia del medio empleado, sin perjuicio de que su juzgamiento sea efectuado por tribunales locales o federales, según corresponda, cuando las personas o las cosas caigan en una jurisdicción o en otra.*

Posteriormente, la Corte mantuvo su jurisprudencia del caso "Batalla" en la sentencia del 29 de junio de 1989 en el caso "A., C.M. y G., M.— querellante: C.E."

La relación entre las interpretaciones de las dos partes del art. 32.

41. — Es imprescindible comprender que las diferencias entre los tres períodos jurisprudenciales antes reseñados se ligan indisolublemente a las respectivas interpretaciones acerca de la primera parte del art. 32.

En efecto, según el enfoque sobre la competencia del congreso para legislar en materia de delitos cometidos por la prensa, cambia el problema y la solución sobre qué tribunales deben juzgarlos.

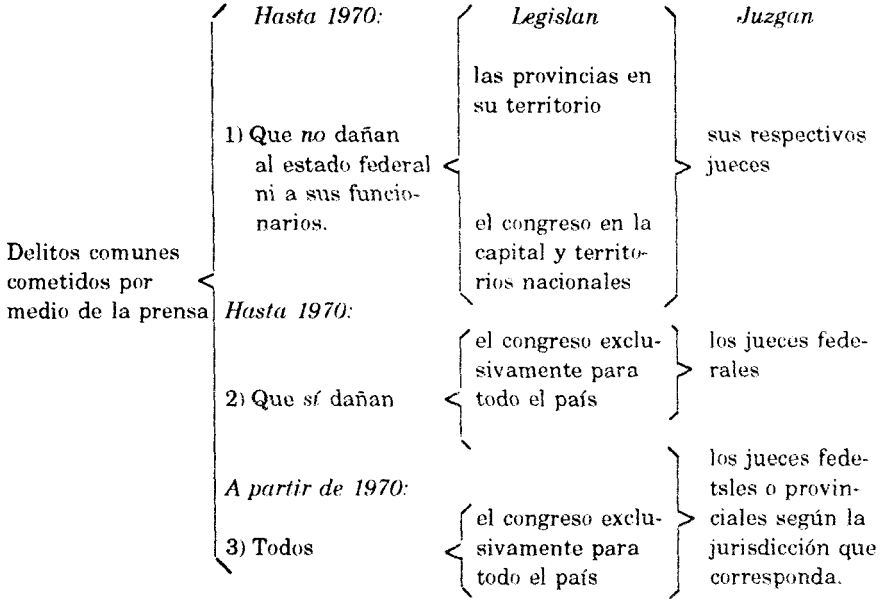
a) Cuando se sostuvo que nunca pueden hacerlo los tribunales federales, hubo de entenderse que el código penal no resultaba aplicable cuando uno de tales delitos se cometía en territorio provincial, y que el congreso no tenía competencia para legislar sobre ellos;

b) Cuando se admitió que si el bien jurídico dañado por el delito era federal debía juzgarlo un tribunal también federal, se presuponía que para juzgarlo tenía que aplicar el código penal, cualquiera fuera el lugar de comisión y, por

implicancia, que el código penal puede incluir para todo el territorio los delitos que lesionan bienes jurídicos federales y que se cometen a través de la prensa;

c) Cuando se dijo finalmente que cualquier delito cometido por la prensa tiene cabida en el código penal para todo el país, sin que importe si el bien jurídico dañado es federal o no lo es, se aclaró que han de juzgar los tribunales federales en caso de lesión a un bien de naturaleza federal en cualquier lugar del país, y los tribunales provinciales en caso de un delito que no daña un bien federal y que se comete en territorio provincial.

42. — Procurando componer gráficamente la orientación del derecho judicial, creemos que el criterio puede sistematizarse así:

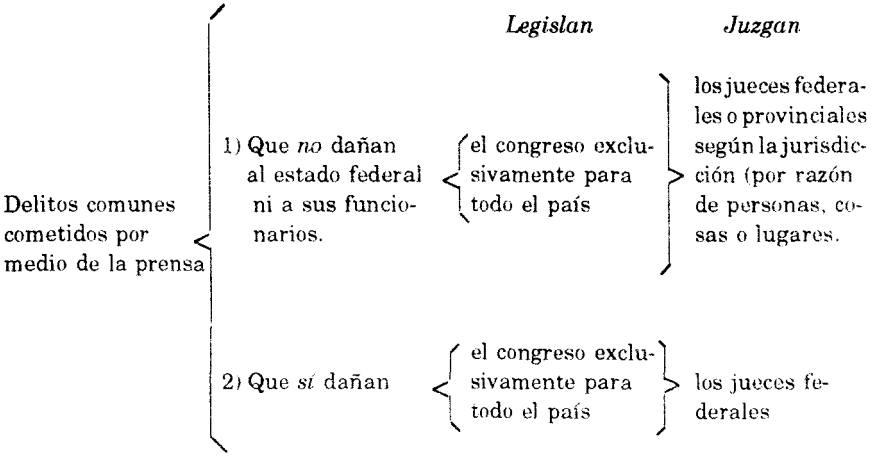


Nuestra interpretación sobre las dos partes del art. 32.

43. — Veamos ahora nuestro punto de vista. En materia de competencia legislativa hemos reconocido que el congreso federal es el único que puede tipificar y penar delitos comunes cometidos por medio de la prensa, cualquiera sea la índole de los delitos y el lugar de comisión. En materia de *jurisdicción* para entender en las causas en que dichos delitos se juzgan, introducimos una distinción: a) si el delito común cometido por la prensa *no ataca ningún bien jurídico de naturaleza federal*, su juzgamiento se reserva a los *tribunales provinciales* (según la regla del art. 75 inc. 12); b) si el delito *ataca un bien jurídico*

de naturaleza federal, su juzgamiento corresponde a los *tribunales federales* en cualquier lugar del país.

Para confrontar nuestro punto de vista con el emergente del derecho judicial anterior a 1970, lo resumimos en el siguiente cuadro, que viene a coincidir con la jurisprudencia sentada desde 1970:



La interpretación histórica del art. 32.

44. — Cuando en 1860 se introdujo el art. 32, la voluntad del constituyente quiso reservar a las provincias la legislación y la represión de los *abusos* que se cometieran por la prensa.

Para entenderlo hay que comprender cuál era la situación de la época y cuál el alcance de la prensa. La prensa era "local" y repercutía en el lugar donde se difundía y al cual alcanzaba su influencia; carecía de expansión en el resto del país, al menos con la celeridad y la inmediatez que actualmente la hacen recorrer —al menos potencialmente— todo el territorio. Por otro lado, solamente había prensa escrita.

La pertenencia de la prensa al lugar de publicación fue la razón por la que se la quiso sustraer a la jurisdicción federal. Esa razón histórica hoy no existe, ni contempla la realidad presente, que el constituyente de 1860 tampoco pudo prever.

¿Qué hacer entonces? La norma que conforme a la voluntad de su autor no contempla la realidad presente, es como *si no existiera*: cuando el cambio esencial de la situación muestra que la voluntad del autor no se dirigió a normar una situación posterior diversa, aquella voluntad *perece: ya no hay* voluntad. El caso se equipara al de carencia *histórica* de norma (o laguna). Y no hay norma porque la que había estaba dirigida, en la voluntad de su autor, a una situación

ya inexistente. Para la situación *actual*, podemos decir que el autor de la constitución no expresó voluntad alguna. Entonces, hay que "integrar" el orden normativo donde tropezamos con una norma que no enfoca la realidad presente, y donde para tal realidad no tenemos norma.

Nada nos parece, entonces, más acorde actualmente con la constitución, que elaborar la norma a tenor de los principios generales que ella contiene, mediante la analogía con situaciones similares: *el congreso puede dictar leyes que reglamenten razonablemente* (arts. 14 y 28) *la libertad de prensa, y crear delitos que se pueden cometer por medio de la prensa, incluyéndolos en la legislación penal uniforme para todo el país* (art. 75, inc. 12). Las provincias no.

CAPÍTULO XIII

EL DERECHO A LA EDUCACION Y A LA CULTURA

I. EL DERECHO DE ENSEÑAR Y APRENDER: LA EDUCACIÓN. - Su concepto. - Las pautas doctrinarias fundamentales. - El derecho "a" la educación. - El derecho a la libertad de enseñanza. - *El "deber" de enseñar.* - La libertad de cátedra. - La educación en la reforma constitucional de 1994. - *Los artículos 41 y 42.* - *La gratuidad y equidad en la enseñanza estatal.* - *Las universidades "nacionales".* - *La obligación de las provincias.* - El derecho a la cultura. - Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

I. EL DERECHO DE ENSEÑAR Y APRENDER: LA EDUCACIÓN

Su concepto.

1. — La norma del art. 14 de la constitución histórica consagra escuetamente el *derecho de enseñar y aprender.* La discusión en torno de estas libertades no llega a poner en duda que cualquier habitante o asociación pueden impartir enseñanza, y cualquier habitante puede también recibirla de quien quiera y donde quiera. Lo que está en debate es el *efecto jurídicamente relevante* de la enseñanza así impartida y recibida, o sea, el *reconocimiento* que el estado debe a los títulos, certificados, diplomas, o constancias de los estudios cursados.

Se supone que si bien la libertad de enseñar y de aprender no puede ser coartada mientras lo que se enseña y aprende sea ofensivo y no dañe la moral, a terceros, o al orden público, el estado puede y debe tener facultades en medida razonable para reconocer o no la validez de títulos y certificados de estudios cuando el uso público de los mismos se relaciona con profesiones, oficios o materias en que están comprometidos la seguridad, la salud, la moral o el interés públicos.

2. — De todos modos, en la actualidad la fórmula de "enseñar y aprender" ha de interpretarse como alusiva a contenidos mucho más amplios que lo que puede insinuar el vocabulario. Por algo se apela

al derecho a la *educación* y al derecho a la *cultura*; al derecho a *informarse*, o a *investigar* en todos los campos del saber humano; y al derecho de *difundir* los conocimientos, informaciones, investigaciones, etc.

Hasta no sería osado sugerir que la educación y la cultura hacen al denominado *desarrollo humano*.

3. — *La reforma constitucional de 1994* ha sido pródiga en normas que, aunque figuran en la parte orgánica y corresponden a competencias del congreso, enclavan principios, valores y derechos a tomar en cuenta en el tema de la educación, la enseñanza y la cultura.

El *art. 75 en su inc. 19* imputa al congreso proveer a la *investigación* y al *desarrollo científico y tecnológico*, su *difusión* y *aprovechamiento* (párrafo primero). Le atribuye, además, "*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*"; y "*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*" (párrafos tercero y cuarto).

El inc. 17 del mismo art. 75 hace referencia a la *educación bilingüe* e *intercultural* para los *pueblos indígenas argentinos*.

Hay que recordar que el viejo inc. 16 del art. 67 —ahora inc. 18 del art. 75— otorgaba al congreso la competencia para dictar planes de instrucción general y universitaria.

Como puede apreciarse, en este cúmulo dispositivo nuevo expande en mucho lo que escuetamente queda encapsulado en la fórmula del derecho "de enseñar y aprender".

Ver nº 12.

Las pautas doctrinarias fundamentales.

4. — Hecha esta aclaración preliminar pasamos revista a los principios que, en nuestra opinión, deben orientar con justicia a la libertad de enseñanza y a

la educación, dentro de los moldes de la constitución y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

a) Los *padres* tienen derecho a elegir el tipo de enseñanza que prefieren para sus hijos menores, involucrando la orientación espiritual de la misma, los maestros que han de impartirla, el lugar (establecimiento o el propio hogar), etc.; b) Los *hijos menores adultos* pueden elegir por sí mismos la orientación espiritual de su propia enseñanza si no comparten la elegida por sus padres; c) El *estado* no puede imponer un tipo único de enseñanza obligatoria —ni religiosa ni laica—; d) El *estado* no puede coartar la iniciativa privada en orden a la apertura y al funcionamiento de establecimientos de enseñanza; e) El *estado* no puede negar reconocimiento a dichos establecimientos no oficiales, ni a los títulos y certificados que expiden; f) El *estado* no puede crear privilegios lesivos de la igualdad a favor de sus establecimientos oficiales de enseñanza, discriminándolos arbitrariamente frente a los privados.

Estos principios significan, fundamentalmente, *prohibiciones* y han de correlacionarse con otros que señalan las *competencias* y los *deberes* del estado. a) El estado puede obligar a recibir el mínimo de enseñanza que él establezca en los planes de estudio, respetando el derecho individual a elegir de quién y dónde se recibirá la enseñanza, y la orientación espiritual de la misma; b) El estado puede reglamentar razonablemente las condiciones de reconocimiento de la enseñanza privada y de los títulos y certificados que la acreditan; c) El estado puede obligar a la enseñanza privada a ajustar sus planes de estudio a un plan mínimo y obligatorio impuesto por el estado (en cuanto a duración, materias, etc.), pero sin interferir en la orientación espiritual e ideológica de aquella enseñanza; d) El estado debe controlar que no se viole la moral, el orden y la seguridad públicos, y que se respeten los valores democráticos, y los demás valores colectivos que identifican el estilo de vida de nuestra comunidad; e) El estado puede verificar mediante medidas razonables si la enseñanza privada se conforma a tales pautas; f) El estado puede establecer la enseñanza religiosa optativa en los establecimientos oficiales; g) El estado (federal) debe respetar las particularidades provinciales y locales, que es una manifestación del pluralismo regional; h) El estado debe asegurar la participación de la familia y de la sociedad; i) El estado tiene que asegurar también la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; j) La educación pública estatal ha de regirse por los principios de gratuidad y equidad.

La solución más justa estriba en que el estado fomente el *pluralismo* educacional en el seno de la sociedad libre y abierta, promoviendo y estimulando la iniciativa privada, sin perjuicio de la competencia estatal para crear sus establecimientos oficiales.

Con preferente relación al *pluralismo religioso*, no se trata de que el estado tenga la obligación de proveer a cada confesión reconocida establecimientos oficiales donde la enseñanza se imparta de acuerdo a su orientación espiritual, sino de que facilite su apertura por las mismas confesiones. Un medio eficaz es el subsidio o subvención a los establecimientos privados, cuya expresión más justa radica en el reparto proporcional de los fondos destinados a la educación.

5. — Lo que el art. 75 inc. 19 denomina en su tercer párrafo "la responsabilidad indelegable del estado" apunta, a nuestro criterio, a la que le incumbe para que las pautas educativas y culturales que en orden a la enseñanza establece la constitución se hagan efectivas. Ello abarca desde la sanción de leyes conducentes a tal fin, hasta las medidas a cargo de la administración e, incluso, las *acciones positivas* que, si bien no aparecen con esa denominación en el inciso comentado, pueden resultar necesarias.

Un ejemplo claro es el que surge de la conciliación que el estado debe hacer en la educación pública estatal entre la *gratuidad* —que jamás puede vulnerarse— y la *equidad* —para reforzar la gratuidad en favor de los más carenciados, con aportes, becas, subsidios y ayudas materiales de la más variada índole—. (Ver nº 16).

El derecho "a" la educación.

6. — Todo *hombre* tiene un derecho elemental a *educarse*. El mínimo y el máximo de esa educación está dado por factores diversos, como ser: la propia capacidad, la propia pretensión, los medios que individual y socialmente dispone y las políticas que la constitución impone al estado. Pero ha de haber "*igualdad* de oportunidades". Ahora lo ordena el art. 75 inc. 19.

¿Frente a quién tiene ese derecho? ¿Cuál es el sujeto pasivo? La respuesta exige un análisis denso.

a) El *estado* es *sujeto pasivo* de ese derecho en cuanto ésta obligado a:

a') no impedir que todo hombre se eduque;

a") facilitar y promover el libre acceso y la igualdad de oportunidades y posibilidades de todos para recibir e impartir enseñanza, sin discriminación alguna;

a"') crear sus establecimientos oficiales de enseñanza, garantizando los principios de gratuidad y equidad;

a"") estimular y respetar la enseñanza pluralista, tanto en sus establecimientos como en los privados.

b) Los *particulares* son también *sujetos pasivos* del mismo derecho en cuanto están obligados a no impedir que todo hombre se eduque, y en cuanto el estado puede imponerles a algunos la responsabilidad de educar o hacer educar a quienes están bajo su depen-

dencia (por ej.: a los padres, tutores o guardadores con respecto a sus hijos menores, pupilos, etc.; a los empleadores que tienen a sus órdenes a adultos analfabetos, etc.).

El derecho a la libertad de enseñanza.

7. — *Todo hombre* tiene derecho a la *libertad de enseñanza.* Por libertad de enseñanza entendemos la posible opción por un tipo de educación, por su orientación espiritual e ideológica, por un establecimiento determinado, así como el reconocimiento de esa enseñanza por el estado.

El *sujeto activo* de este derecho es múltiple:

a) Las *personas físicas*, incluyendo:

a') los *padres* respecto de sus hijos menores;

a") los *menores adultos* respecto de sí mismos si discrepan con sus padres.

b) La *Iglesia Católica* y las *confesiones religiosas* reconocidas;

c) Las *asociaciones* que se dedican a la enseñanza;

d) Los *propietarios* —sean personas físicas o asociaciones— de establecimientos de enseñanza.

El *sujeto pasivo* del mismo derecho también es múltiple;

a) El *estado*, que no puede obligar a recibir un tipo único de enseñanza, ni a recibirla en lugar o establecimientos determinados;

b) Los *padres*, que no pueden obligar a sus hijos menores adultos a recibir una enseñanza espiritual o ideológica que ellos no aceptan;

c) Los *particulares*, que no pueden obligar a nadie a recibir un tipo de enseñanza cuya orientación no desea.

8. — Como principio, debemos dejar establecido que:

a) *No* se viola la libertad de aprender cuando para el desempeño de una tarea se exige al aspirante la serie de conocimientos que hacen a la idoneidad para desempeñar esa tarea, eliminando a quien no posee tales conocimientos;

b) *No* se viola la libertad de aprender cuando los establecimientos oficiales o privados de enseñanza fijan razonablemente las condiciones de ingreso de los aspirantes y niegan el acceso a quienes no las reúnen;

c) *No* se viola la libertad de enseñanza cuando la orientación espiritual o ideológica con que la enseñanza se imparte no es compartida por quien la recibe habiendo ingresado voluntariamente al establecimiento de que se trata.

9. — En el ámbito de la educación rescatamos y reconocemos la tutela constitucional a la *objeción de conciencia* de docentes y estudiantes, en virtud de la cual —por ej.— no les es exigible participar en actos o ceremonias que su conciencia religiosa o moral reprueba, ni prestar juramentos de igual naturaleza, ni exteriorizar conductas o sentimientos que no comparten, etc.

En el caso "Barros, Juan C. c/Consejo Nacional de Educación", del 6 de marzo de 1979, la Corte hizo lugar a un amparo contra la medida que separó de un establecimiento escolar a dos menores que cursaban primero y segundo grado, por haberse negado a reverenciar los símbolos patrios a causa de la confesión religiosa de sus padres.

El "deber" de enseñar.

10. — Cuando nos encontramos con establecimientos de enseñanza privada, el derecho de enseñar (que tiene como titular a la entidad o persona que los regentea), *no implica el "deber" de enseñar a quien el establecimiento no desea recibir como alumno.* De tal forma, la selección de quienes aspiran a ingresar queda librada al establecimiento (salvo que la negativa pudiera acreditarse como arbitraria o discriminatoria).

El *"deber" de enseñar* solamente se personaliza en un sujeto pasivo cuando nace y subsiste una relación jurídica que lo vincula con quien, frente a él, es sujeto activo del derecho de aprender.

La libertad de cátedra.

11. — La *libertad de cátedra* significa, elementalmente, el derecho de *impartir y recibir la enseñanza* sin sujeción a directivas que impongan un contenido ideológico determinado o una orientación obligatoria que lesionen la libre investigación científica y el juicio personal de quien enseña o aprende.

La libertad de cátedra se desglosa en diversos aspectos: a) para quien imparte enseñanza, importa poder transmitir los conocimientos de acuerdo a la orientación, criterio y valoración propios; b) para la asociación o persona que son propietarios de un establecimiento educacional, poder imprimir a la enseñanza la orientación ideológica o espiritual adoptadas en el establecimiento; c) para quien recibe enseñanza, la necesaria libertad de crítica y de juicio propio para formar y exponer razonadamente su punto de vista.

El mínimo de enseñanza que el estado tiene competencia para imponer, así como los planes y asignaturas de estudio, han de dejar margen para que, en ejercicio de la libertad de cátedra, el desarrollo y el contenido de la enseñanza se maneje con exención de orientaciones oficiales o políticas.

Profesores y alumnos que voluntariamente se incorporan a un establecimiento de enseñanza que asume determinada orientación o ideología, no pueden invocar la libertad de cátedra para lesionar dicha orientación ideológica o espiritual.

La educación en la reforma constitucional de 1994.

12. — La constitución, desde antes de su reforma en 1994, asignó al congreso la competencia de dictar *planes de instrucción general y universitaria*; la cláusula del que era art. 67 inc. 16 subsiste hoy sin modificación en el art. 75 inc. 18. Pero el inc. 19 ha ampliado tal previsión en su párrafo tercero, y es menester correlacionar ambas normas. (Ver nº 3).

A nuestro entender, el resumen puede ser éste:

a) El *estado federal*, mediante ley del congreso, está habilitado para dictar una "ley-marco" (o varias, porque el inc. 19 se refiere a "leyes") a tenor de las siguientes pautas:

a') han de ser "leyes de organización y de base", que

a") *consoliden* la "unidad nacional"; que

a"') *respeten* las particularidades provinciales y locales, y que

b) *aseguren* la responsabilidad indelegable del estado,

b") la participación de la familia y de la sociedad,

b"') la promoción de los valores democráticos, y

b"") la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna;

c) respecto de la *enseñanza pública estatal* deben *garantizar*:

c') la gratuidad y equidad, y

c") la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

13. — Un enjambre principista vertebra a este segmento normativo. Aparece la palabra *educación*, entramada también con el propósito de consolidar la "unidad nacional".

La unidad ha sido un objetivo primerizo y prioritario, en lo temporal y en lo axiológico, de la constitución histórica. Pero tal unidad no fue pensada ni gestada como una malformación amalgamada que ignore a las partes del todo, porque es *unidad de una pluralidad*, o una pluralidad unificada; por algo la norma agrega de inmediato que la consolidación de la unidad tiene que respetar las *particularidades provinciales y locales*.

Como en muchas otras áreas, la uniformidad igualitarista menoscaba el *derecho a la propia identidad y a ser diferente*.

Las políticas educativas y culturales han de proporcionar lo que dice la norma: *organización* y *bases* del sistema, para dejar margen y espacio holgados a las adecuaciones exigidas por las diferencias, que el texto apoda "particularidades" (de provincias y regiones, y además —¿por qué no?— de municipios).

Una ligazón con el inciso 17 nuevo debe tenerse por implícita, porque las leyes federales de educación han de garantizar a los *pueblos indígenas* el respeto a su identidad y a una educación bilingüe e intercultural.

14. — La *responsabilidad del estado*, calificada como *indelegable*, traduce la idea de que el estado no puede ni debe desentenderse de la educación, y tiene que suministrar recursos materiales y humanos a disposición de las personas para que su acceso a la educación sea viable y se haga efectivo.

Toda esta infraestructura queda dominada por pautas importantes: una es la de la *igualdad* de oportunidades y posibilidades; otra —coincidente— es la de *no discriminación*; la tercera es la promoción de los *valores democráticos*.

Conviene afirmar que en esta política educativa el estado asume responsabilidad no sólo por la enseñanza que imparte en sus establecimientos, sino también por la llamada *enseñanza privada*. Tal responsabilidad no reviste sólo el carácter de un moderado y razonable *control* sobre los establecimientos educativos a cargo de particulares, sino que apareja la obligación de *estímulo*, cooperación, ayuda y fomento, lejos de toda idea de falsa competencia y, en cambio, desde la de *colaboración* y *subsidiaridad*.

Algo de esto subyace en la mención a la *participación* de la *familia* y la *sociedad*.

Para la enseñanza privada rige también la pauta de igualdad de oportunidades, y de no discriminación.

Estamos lejos —por eso— de comprender que en el inc. 19 se camufle un estatismo dirigista en materia educacional, porque no se asume ni pregona un monopolio educativo. Al contrario, hay elementos normativos que con facilidad ayudan a propugnar un *pluralismo democrático* en el que la presencia de la familia y de la sociedad queda asegurada.

Los artículos 41 y 42.

15. — Las referencias a la educación no se agotan en el empalme del art. 75 inc. 19 con el art. 14; las hay también muy sugestivas en los arts. 41 y 42.

En efecto, cuando el *art. 41* consagra el *derecho al ambiente sano* dice en su párrafo segundo que las autoridades proveerán a la *información y la educación ambientales*. La "información" cumple acá un rol educativo, en cuanto

pone en conocimiento de la sociedad todos los datos necesarios; y la "educación" ambiental tiene un alcance amplio, porque no sólo ha de procurarse en los establecimientos escolares sino, asimismo, en forma generalizada para todas las personas, y a través de todos los medios posibles. (Ver cap. XV nº 10). El art. 42, que reconoce el *derecho de los consumidores y usuarios* de bienes y servicios, también prescribe igual obligación de las autoridades para proveer a la *educación para el consumo*. Muy lejos de interpretarse como fomento del consumismo, la norma significa que —dentro del mercado y de la competencia— hay que estimular los hábitos de selección y defensa de cuantos intereses se comprometen en el consumo y uso de bienes y servicios. (Ver cap. XV nº 34).

La gratuidad y equidad en la enseñanza estatal.

16. — La parte del inc. 19 que impone la gratuidad y la equidad en la enseñanza pública estatal aúna dos parámetros que exigen conciliarse entre sí, sin excluirse. Gratuidad es un imperativo indescartable, y significa que la enseñanza estatal *no puede arancelarse*. La referencia a la equidad no quiere decir que el alumno que está en condiciones de pagar pueda tener que pagar, sino algo muy distinto: que como *sumatoria a la gratuidad*, el que realmente carece de recursos debe recibir todavía algo más que la exención del arancel; por ej., un subsidio para los gastos de estudio. (Ver nº 5).

La gratuidad no se respeta, sino que se viola, si acaso las leyes no obligan a arancelar pero autorizan a los establecimientos estatales a que lo hagan. El establecimiento que usara de esa habilitación inconstitucional incurriría en una segunda violación a la constitución.

Las universidades "nacionales".

17. — La parte última de la norma comentada se refiere a la *autonomía y autarquía de las universidades nacionales*. El adjetivo "nacionales" tiene acá el alcance de excluir a las universidades provinciales, a las municipales, y a las privadas.

Este enunciado rescata un principio muchas veces disputado y debilitado: la "autonomía" universitaria. Y aunque en nuestro constitucionalismo la palabra autonomía ha revestido siempre un sentido *político* alusivo a la descentralización territorial (indudablemente de las provincias y, con algunos retaceos, también de los municipios), el uso y el concepto se trasladaron desde hace mucho para aplicarse a las universidades públicas. Nos merece todo apoyo, para liberarlas de contaminaciones extrañas y de doblegamientos dependentistas por parte de los gobiernos de turno.

18. — Como breve punto de vista personal diremos que la autonomía de las universidades nacionales tiene, *automática y directamente* por imperio de la cláusula constitucional, el efecto de erigirlas y reconocerlas como *personas jurídicas de derecho público no estatales* lo que, entre otras consecuencias, surte la de colocarlas al margen de toda clase de intervención y subordinación respecto del estado, como no sea en lo que pueda tener vinculación con los recursos que el estado les debe deparar a través del presupuesto.

También el presupuesto estatal destina fondos a los partidos políticos y a la Iglesia Católica, y nadie niega a aquéllos y a ésta su naturaleza de personas jurídicas públicas no estatales.

Conforme lo expuesto, las leyes del congreso sobre educación universitaria no pueden reglamentar la organización interna de las universidades nacionales, debiendo limitarse a proporcionar las pautas globales de naturaleza estrictamente educativa y cultural que tienen que guiar la impartición de la enseñanza.

La obligación de las provincias.

19. — La cláusula del párrafo tercero del inc. 19 presta sustento para sostener que también las *provincias* han de adoptar similares criterios que los que correspondan al estado federal, no obstante que una cierta duda pueda derivar del hecho de encontrarse estas pautas en la norma sobre competencias del congreso, lo que quizá sirviera de argumento para sostener que la norma no obliga a las provincias. Sin embargo, cuando se consiente que aquí se enmarca el lineamiento de las leyes de organización y la base de la educación, y que dictarlas es atribución *federal*, parece que la educación a cargo de las provincias no puede incurrir en contradicciones ni apartamientos.

Tampoco hay que olvidar que el *derecho de enseñar y aprender* del art. 14, que han de reglamentar las leyes, guarda estrecho nexo con el diseño que la constitución implanta en la parte orgánica para darle efectividad a través del ejercicio de competencias federales, lo que a su modo respalda el *deber provincial de acatamiento*, en virtud de la relación de subordinación en que se encuentra el derecho local respecto de la constitución federal y de las leyes del congreso.

El derecho a la cultura.

20. — Actualmente, el derecho de enseñar y aprender, la libertad de enseñanza, y el derecho a la educación han emergido de todo

reduccionismo que, con anterioridad, los recluyera en el plexo de los derechos "individuales" de la primera generación en el constitucionalismo clásico, para explayarse hacia el ámbito de los *derechos sociales*, y de ese modo conectarse con el *derecho a la cultura*.

Se trata de un área expansiva en la que no es ya suficiente adquirir alfabetización, ni siquiera alcanzar a niveles de enseñanza secundaria y superior. Se abre un vasto espectro en el que el acceso a los beneficios de la cultura y la participación en la vida cultural requieren el impulso del progreso científico, tecnológico, artístico, literario, etc.; de la investigación en todos los campos; de la difusión de sus resultados; del aprovechamiento de sus progresos. No parece que el estado pueda replegarse a retaguardia en la promoción de la cultura. Sin menoscabar los roles de la sociedad en ejercicio de la iniciativa privada, y mucho menos sin imponer una cultura "oficial", el estado debe alentar la cultura, estimular los emprendimientos de cuantos trabajan en su área, y asignarle un lugar preponderante en el presupuesto de gastos y recursos.

21. — El art. 75 inc. 19 contiene previsiones en su cuarto párrafo. En él se asigna al congreso el deber de dictar leyes que den *protección* a:

a) la *identidad y pluralidad cultural*;

b) la *libre creación y circulación de las obras de autor*;

c) el *patrimonio artístico* y los *espacios culturales y audiovisuales*.

Vamos a indagar el sentido de cada aspecto, y los nexos con otros derechos.

La *identidad y pluralidad cultural* alude al derecho a la identidad y a la diferencia, y abarca toda índole de manifestaciones, como las que surgen de provincias, regiones, minorías de toda clase, grupos y asociaciones con expresiones propias, etc. Expresamente en otro inciso del art. 75 —el 17— se particularizan derechos de los *pueblos indígenas argentinos*, a los que se garantiza el respeto a su identidad y el derecho a la educación bilingüe e intercultural.

La *libre creación y circulación de las obras de autor* ensambla con el derecho de propiedad intelectual; con la libertad de expresión artística y cultural en todas sus manifestaciones y por todos los medios (en los que hay que remitir a la parte final del inc. 19 cuando menciona los espacios culturales y audiovisuales); con la libertad de buscar, recibir y transmitir información; con la prohibición de censura previa del art. 14; con los contenidos del derecho a la educación, etc.

Por fin, el *patrimonio artístico* —que entendemos comprensivo del histórico, cultural, arqueológico, etc.— reenvía a la protección del ambiente porque integra el entorno, muchas veces inmaterial, que sirve de emplazamiento a la

vida humana y social. No nos es difícil apelar al art. 41 sobre el ambiente, donde se hace mención del patrimonio natural y cultural, al que "las autoridades" deben proveer protección, y a la cual protección todos los habitantes tienen derecho.

No es ocioso trabar otro vínculo —dentro del mismo art. 75 inc. 19— con la parte final del párrafo primero, donde se establece que es competencia del congreso proveer a la *investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento*, todo lo cual abre un amplísimo espacio de libertad para alojar derechos como los recién mencionados.

No hay duda de que, otra vez más, nos hallamos frente a normas que, dentro de la parte orgánica, elastizan el sistema de derechos emergentes de la parte dogmática.

Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

22. — El *Pacto de San José de Costa Rica* estipula que los padres y tutores tienen derecho a que sus hijos y pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 12.4).

Una norma similar del *Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos* compromete a los estados-parte a respetar el mismo derecho (art. 18.4).

Ninguno de ambos pactos explicita el derecho a la educación, que en cambio viene desarrollado en el art. 13 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, porque actualmente el derecho "a la educación" es reputado uno de los *derechos sociales*. En este tratado se reconoce tal derecho a toda persona, y se le asigna la finalidad de orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana, y de capacitar para la participación en una sociedad libre.

El derecho del niño a la educación aparece asimismo en el art. 28 de la *Convención sobre Derechos del Niño*. Al igual que el anterior tratado, hallamos previsiones sobre las obligaciones de los estados-parte en orden a los distintos niveles de la enseñanza (primaria, secundaria y superior). Debe cotejarse también el dispositivo de los arts. 17, 23 y 29.

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* obliga a los estados-parte a respetar la libertad de los padres de escoger para sus hijos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, y para que reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

La *Convención contra la Discriminación Racial* cita el derecho a la educación cuando menciona los derechos económicos, sociales y culturales en su art. 5º, y en el 7º hace una referencia a la educación para adoptar medidas que combatan los prejuicios conducentes a la discriminación racial.

La *Convención sobre la Discriminación de la Mujer* prevé la igualdad de derechos con el varón en el área educativa (art. 10), y la educación de la mujer rural (art. 14).

El art. 15 del *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* trae disposiciones muy importantes en relación con los diversos aspectos de la *cultura*. Se prevé la participación en la vida cultural, el progreso científico, la libertad para la investigación y la actividad creadora, y los derechos de autor.

CAPÍTULO XIV

OTROS DERECHOS Y LIBERTADES

I. EL DERECHO DE LIBRE ASOCIACIÓN. - El contenido de la libertad de asociación. - *La reforma constitucional de 1994.* - La capacidad y libertad de las asociaciones. - *El poder disciplinario.* - El derecho de no asociarse. - Las violaciones a la libertad de asociación. - La libertad sindical y el derecho de asociarse. —Los tratados internacionales de jerarquía constitucional. - II. LA LIBERTAD DE CONTRATAR. - Su contenido. - Las limitaciones a la libertad de contratar. - *El contrato y la ley retroactiva.* - *El contrato y las medidas de emergencia.* - El derecho judicial en materia de libertad de contratar. - La teoría de la imprevisión. - La contratación colectiva. - III. EL DERECHO DE PETICIÓN. - IV. EL DERECHO DE REUNIÓN. - Su concepto y contenido. - El derecho judicial en materia de derecho de reunión. - La reglamentación del derecho de reunión. - Las restricciones durante el estado de sitio. - Los tratados internacionales de jerarquía constitucional. - V. LA LIBERTAD DE COMERCIO E INDUSTRIA. - Su concepto. - La regulación constitucional. - La libertad económica. - El derecho judicial en materia de libertad de comercio e industria. - VI. EL DERECHO DE ENTRAR, PERMANECER, TRANSITAR Y SALIR DEL TERRITORIO. - Su concepto. - La entrada al país. - La permanencia. - El tránsito. - La salida del país. - La expulsión de extranjeros. - Aspectos generales. - *La reglamentación legal del tránsito.* - Los tratados internacionales de jerarquía constitucional. - VII. EL DERECHO DE CASARSE. - Su concepto y alcance: el matrimonio. - La regulación estatal del matrimonio. - *¿Indisolubilidad matrimonial o divorcio vincular?.* - *El divorcio por "mutuo acuerdo".* - Las normas constitucionales sobre la familia. - Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

I. EL DERECHO DE LIBRE ASOCIACIÓN

El contenido de la libertad de asociación.

1. — La *libertad de asociación* es un derecho expresamente reconocido por el art. 14 en la fórmula de "asociarse *con fines útiles*". El concepto de *utilidad* ha de interpretarse como referido a fin no dañino para el bien común, es decir, neutro o inofensivo.

Este derecho ofrece dos aspectos:

a) En cuanto *derecho individual*, implica reconocer a las personas

físicas la libertad de: a') *formar* una asociación; a") *ingresar* a una asociación ya existente; a"') *no ingresar* a una asociación determinada, o no ingresar a ninguna; a"") *dejar de pertenecer* a una asociación de la que se es socio.

Comprendemos que hay un aspecto *positivo* en los subincisos a') y a"), que es la *libertad de asociarse*, y un aspecto *negativo* en los subincisos a"') y a"") que es la *libertad de no asociarse*.

En el caso "Recurso de hecho deducido por José E. Ormache en la causa Fiscal del Superior Tribunal de Justicia doctor Mestre. Informa sobre Ormache, José E.", del 17 de junio de 1986, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 157 de la constitución de la provincia de Entre Ríos en cuanto prohíbe al personal administrativo del poder judicial local ejercer actividades políticas; en el caso, y para el tema que apuntamos, en cuanto *prohíbe afiliarse a un partido político*; la declaración de inconstitucionalidad se basó en la afirmación de que quedaban violados los arts. 14, 16 y 33 de la constitución federal.

b) En cuanto *derecho "de la" asociación*, implica reconocerle a ésta un *status* jurídico y una zona de *libertad jurídicamente relevante* en la que no se produzcan interferencias arbitrarias del estado.

2. — El *reconocimiento* de la asociación por parte del estado no puede serle impuesto a la asociación de modo obligatorio. En tanto siempre es injusto que el estado no reconozca a las personas físicas su calidad de personas jurídicas con capacidad de derecho, el reconocimiento estatal de las asociaciones bajo una forma jurídica determinada, debe quedar librado a la iniciativa de la asociación. El estado no ha de negarlo arbitrariamente cuando la asociación lo pretende, pero no lo ha de deparar coactivamente si la asociación no lo gestiona.

Ese reconocimiento puede ir: a) desde el otorgamiento formal de la *personalidad jurídica* mediante autorización y aprobación del estado hasta: b) la simple consideración de la asociación como sujeto de derecho *sin necesidad de autorización estatal expresa*.

Las decisiones administrativas que otorgan o niegan el reconocimiento a una asociación, o que la privan del que ya gozaba, requieren a nuestro juicio quedar *sujetas a posible revisión judicial*.

Las entidades y asociaciones privadas, cualquiera sea la formalidad jurídica que revistan de acuerdo al derecho positivo, no pueden ser intervenidas por el poder ejecutivo ni por organismos administrativos, sin orden judicial. Como principio, la intervención ha de ser dispuesta por autoridad judicial.

3. — Cabe añadir que nuestro derecho conoce también:

a) Las *personas jurídicas de derecho público*, que pueden ser estatales o no estatales.

b) Un tipo especial de personas jurídicas, que son las asociaciones *profesionales o sindicales* con *personalidad gremial.*

c) La *extraterritorialidad de personas jurídicas extranjeras*, reconocidas para la realización de actos aislados en nuestro país, o reconocidas en su calidad de personas jurídicas o sujetos de derecho.

La reforma constitucional de 1994

4. — Con el texto constitucional reformado se ha añadido a la norma del art. 14 sobre el derecho de asociarse, y a la del art. 14 bis sobre la organización sindical libre y democrática, otra serie de referencias asociativas. Así:

a) el art. 38 reconoce a los *partidos políticos*;

b) el art. 42 establece que las autoridades proveerán a la constitución de *asociaciones de consumidores y usuarios*;

c) el art. 43, al regular el tipo de amparo previsto en su párrafo segundo, dice que entre quienes pueden interponerlo se hallan las *asociaciones que propendan a los fines* que allí se protegen (contra la discriminación; en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor; y a los derechos de incidencia colectiva en general);

d) el art. 75 inc. 17 obliga al congreso a reconocer directa y automáticamente la *personería jurídica* de las comunidades de los *pueblos aborígenes argentinos.*

La capacidad y libertad de las asociaciones.

5. — En cuanto a la capacidad de las asociaciones, rige la "regla de la *especialidad*". A diferencia de la persona humana (para la que todo lo que no está prohibido está permitido), las asociaciones tienen capacidad para todo lo que *está comprendido en sus fines propios*, que siempre son más reducidos que los del hombre.

El art. 35 del código civil les reconoce dicha capacidad "para los fines de la institución", pudiendo dentro de ese margen adquirir derechos y realizar los actos que no les sean prohibidos.

En suma, la libertad jurídica de las *asociaciones* que titularizan como *sujeto activo* dicha libertad, se compone:

a) de un *status jurídico* que implica reconocerles *cierta* capacidad de derecho (sea como personas jurídicas, como sujetos de derecho, o como meras asociaciones);

físicas la libertad de: a') *formar* una asociación; a") *ingresar* a una asociación ya existente; a"') *no ingresar* a una asociación determinada, o no ingresar a ninguna; a"") *dejar de pertenecer* a una asociación de la que se es socio.

Comprendemos que hay un aspecto *positivo* en los subincisos a') y a"), que es la *libertad de asociarse*, y un aspecto *negativo* en los subincisos a"') y a"") que es la *libertad de no asociarse*.

En el caso "Recurso de hecho deducido por José E. Ormache en la causa Fiscal del Superior Tribunal de Justicia doctor Mestre. Informa sobre Ormache, José E.", del 17 de junio de 1986, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 157 de la constitución de la provincia de Entre Ríos en cuanto prohíbe al personal administrativo del poder judicial local ejercer actividades políticas; en el caso, y para el tema que apuntamos, en cuanto *prohíbe afiliarse a un partido político*; la declaración de inconstitucionalidad se basó en la afirmación de que quedaban violados los arts. 14, 16 y 33 de la constitución federal.

b) En cuanto *derecho "de la" asociación*, implica reconocerle a ésta un *status* jurídico y una zona de *libertad jurídicamente relevante* en la que no se produzcan interferencias arbitrarias del estado.

2. — El *reconocimiento* de la asociación por parte del estado no puede serle impuesto a la asociación de modo obligatorio. En tanto siempre es injusto que el estado no reconozca a las personas físicas su calidad de personas jurídicas con capacidad de derecho, el reconocimiento estatal de las asociaciones bajo una forma jurídica determinada, debe quedar librado a la iniciativa de la asociación. El estado no ha de negarlo arbitrariamente cuando la asociación lo pretende, pero no lo ha de deparar coactivamente si la asociación no lo gestiona.

Ese reconocimiento puede ir: a) desde el otorgamiento formal de la *personalidad jurídica* mediante autorización y aprobación del estado hasta: b) la simple consideración de la asociación como sujeto de derecho *sin necesidad de autorización estatal expresa*.

Las decisiones administrativas que otorgan o niegan el reconocimiento a una asociación, o que la privan del que ya gozaba, requieren a nuestro juicio quedar *sujetas a posible revisión judicial*.

Las entidades y asociaciones privadas, cualquiera sea la formalidad jurídica que revistan de acuerdo al derecho positivo, no pueden ser intervenidas por el poder ejecutivo ni por organismos administrativos, sin orden judicial. Como principio, la intervención ha de ser dispuesta por autoridad judicial.

3. — Cabe añadir que nuestro derecho conoce también:

a) Las *personas jurídicas de derecho público*, que pueden ser estatales o no estatales.

b) Un tipo especial de personas jurídicas, que son las asociaciones *profesionales o sindicales* con *personalidad gremial.*

c) La *extraterritorialidad de personas jurídicas extranjeras*, reconocidas para la realización de actos aislados en nuestro país, o reconocidas en su calidad de personas jurídicas o sujetos de derecho.

La reforma constitucional de 1994

4. — Con el texto constitucional reformado se ha añadido a la norma del art. 14 sobre el derecho de asociarse, y a la del art. 14 bis sobre la organización sindical libre y democrática, otra serie de referencias asociativas. Así:

a) el art. 38 reconoce a los *partidos políticos*;

b) el art. 42 establece que las autoridades proveerán a la constitución de *asociaciones de consumidores y usuarios*;

c) el art. 43, al regular el tipo de amparo previsto en su párrafo segundo, dice que entre quienes pueden interponerlo se hallan las *asociaciones que propendan a los fines* que allí se protegen (contra la discriminación; en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor; y a los derechos de incidencia colectiva en general);

d) el art. 75 inc. 17 obliga al congreso a reconocer directa y automáticamente la *personería jurídica* de las comunidades de los *pueblos aborígenes argentinos.*

La capacidad y libertad de las asociaciones.

5. — En cuanto a la capacidad de las asociaciones, rige la "regla de la *especialidad*". A diferencia de la persona humana (para la que todo lo que no está prohibido está permitido), las asociaciones tienen capacidad para todo lo que *está comprendido en sus fines propios*, que siempre son más reducidos que los del hombre.

El art. 35 del código civil les reconoce dicha capacidad "para los fines de la institución", pudiendo dentro de ese margen adquirir derechos y realizar los actos que no les sean prohibidos.

En suma, la libertad jurídica de las *asociaciones* que titularizan como *sujeto activo* dicha libertad, se compone:

a) de un *status jurídico* que implica reconocerles *cierta* capacidad de derecho (sea como personas jurídicas, como sujetos de derecho, o como meras asociaciones);

b) de un *poder de disposición* para realizar actos jurídicamente relevantes dentro del fin propio de la asociación;

c) de un *área de libertad inofensiva* para regir con autonomía la órbita propia de la asociación;

d) del principio de que *lo que no les está prohibido dentro del fin propio, les esté permitido* a tenor de la "regla de especialidad".

El poder disciplinario.

6. — Un aspecto importante en la vida interna de las asociaciones es el llamado *poder disciplinario* que tienen con relación a sus miembros o afiliados. Como principio, el estado no interfiere en el ejercicio de ese poder disciplinario, lo que equivale a sostener que las medidas y sanciones impuestas al usarlo no son objeto de revisión ni de control por parte de órganos estatales.

Nuestro derecho judicial nos permite inducir la existencia de la norma según la cual las sanciones aplicadas por asociaciones privadas a sus miembros en ejercicio de su poder disciplinario, sólo son descalificables por los jueces si al imponerlas no se ha respetado el derecho de defensa del afectado o se ha incurrido en arbitrariedad manifiesta.

El derecho de no asociarse.

7. — La faz *negativa* del derecho de libre asociación importa el derecho de *no asociarse*. En nuestro derecho constitucional, hemos adherido a la afirmación de que ninguna forma de asociación coactiva es constitucional. Como principio, el *ingreso* a una asociación debe ser *voluntario*, no pudiendo compelerse a nadie a incorporarse a una asociación determinada, o a una cualquiera entre las varias existentes, sean de derecho privado o de derecho público.

El alcance de este principio, tal como lo ha elaborado el derecho judicial, impone verificar ciertas circunstancias para generalizarlo.

a) La *Corte Suprema*, en el caso "Outon Carlos J. y otros", fallado el 29 de marzo de 1967, aseveró que "la agremiación coactiva no puede cohonestarse con supuestas razones de interés sindical y bien común". Para ello tuvo en cuenta que la ley 14.455, sobre asociaciones sindicales, consagró el derecho de *afiliarse, de no afiliarse y de desafiliarse*, y consideró que el mismo quedaba grave y arbitrariamente violado por la exigencia de agremiación sindical y la exhibición del carnet respectivo que otorgaba un solo sindicato para inscribirse en una bolsa de trabajo y para obtener empleo (se trataba

de la bolsa de trabajo marítimo para marinería y maestranza —Puerto de San Fernando—).

b) Casos aparentemente discrepantes con "Outon" tienen perfil diferente. Se trató de aportes obligatorios de los ganaderos con destino a la Junta Nacional de Carnes (ley 11.747) y de los viñateros a la Corporación Agroeconómica, Vitícola, Industrial y Comercial —CAVIC— (ley provincial de San Juan nº 3019). En los respectivos fallos de la Corte se admitió la constitucionalidad de tales especies de asociación compulsiva para salvaguardar los intereses de quienes quedaban obligados, y los de la economía en general (casos "Inchauspe Pedro Hnos. c/Junta Nacional de Carnes", de 1944; y "CAVIC c/Maurin y Cía. SRL. Juan", de 1970).

c) Entre tanto, el 20 de octubre de 1945, en el caso "Sogga C. y otros", la Corte había declarado la inconstitucionalidad de una ley de la provincia de Santiago del Estero que implantaba la colegiación obligatoria de los abogados como requisito para el ejercicio de la profesión.

d) En la década de 1970 el derecho judicial de la Corte avaló la constitucionalidad de leyes provinciales que creaban Cajas y Colegios profesionales, con aportación o colegiación obligatorias (casos "Sánchez Marcelino y otro c/Caja Forense de la provincia de Chaco", de 1973; y "Guzmán Pedro T. c/provincia de Entre Ríos", de 1974).

e) En el caso "Ferrari, Alejandro M. c/Estado Nacional", del 26 de junio de 1986, la Corte sostuvo la constitucionalidad de la ley que en la ciudad de Buenos Aires estableció la colegiación obligatoria de los abogados, estimando que el Colegio Público de Abogados, dada su naturaleza, *no es una asociación* que se integre con la adhesión libre y espontánea de cada componente y que, por no serlo, tampoco se viola el derecho a no ser compelido a ingresar a una asociación por la circunstancia de que los abogados tengan que matricularse forzosamente en ese Colegio para ejercer su profesión.

Cuando conforme al Pacto de San José de Costa Rica se formuló queja contra la ley de colegiación obligatoria de abogados en la ciudad de Buenos Aires ante la jurisdicción supraestatal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegándose que con dicha ley Argentina había violado la libertad de asociación reconocida en el Pacto, la Comisión emitió su informe el 22 de marzo de 1988 rechazando la queja por entender que tal violación no quedaba consumada por la colegiación obligatoria de los abogados.

8. — El argumento doctrinario de que no es inconstitucional la asociación compulsiva a una entidad si ésta es de *derecho público*, no nos satisface por sí solo. Los partidos políticos y los sindicatos son asociaciones de derecho público, y a pocos se les ocurriría decir que sería constitucional obligar a afiliarse a ellos, aunque pudiera entre varios elegirse al de preferencia personal.

Las violaciones a la libertad de asociación.

9. — La libertad de asociación sufre restricciones inconstitucionales cuando se favorece o perjudica a personas por causa de ser o no ser miembros de una asociación cualquiera (sindicato, partido político), como acontece cuando se da preferencia a los afiliados para ingresar a un empleo público o privado, o cuando a quienes no son afiliados se los obliga a efectuar contribuciones a favor de una asociación, etc.

En cambio, no viola la libre asociación un sistema legal que obliga a contribuir, por razón de la actividad de las personas, a un organismo de previsión o de seguridad social, o a un fondo —sindical o no—, siempre que esas mismas personas sean beneficiarias reales o potenciales.

La libertad sindical y el derecho de asociarse.

10. — Por la trascendencia que han logrado los *sindicatos*, y por su incorporación a la constitución material primero, y a la formal después (a partir de la reforma de 1957), es necesario dedicar un estudio aparte a la *libertad sindical.*

A la norma genérica sobre derecho de asociarse contenida en el art. 14, se añade la específica del art. 14 bis, que consagra la "*organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial*". La fórmula descarta con evidencia la posibilidad estatal de imponer el sistema del "unicato" sindical, para acoger la *pluralidad sindical.* O sea, no es constitucional un sistema legal que no permite reconocer más de un solo sindicato por actividad o por gremio.

También riñe con la libertad sindical la obligación de afiliarse a un sindicato, aunque haya opción para elegir a cuál. La libertad sindical no padece agravio, en cambio, si el sindicato único (sea de primer grado, de segundo —federación—, o de tercero —confederación—), surge *espontáneamente* de la decisión y alineación voluntarias de los trabajadores; pero tampoco en este supuesto se puede imponer el deber de afiliarse.

11. — Las diferentes leyes han organizado habitualmente dos grandes tipos de asociaciones sindicales: a) las *meramente inscriptas*, y b) las que están reconocidas con "*personalidad gremial*".

La *personalidad gremial* es una creación legal que, como propia del derecho laboral o sindical, importa el reconocimiento de una capacidad jurídica específicamente dirigida al ejercicio de los *derechos gremiales* o *sindicales* y a la *representación* ante el estado de los intereses comunes a la categoría o actividad profesional de que se trata. La personalidad gremial apareja la

personalidad jurídica.

Conforme a nuestra interpretación de la cláusula del art. 14 bis sobre libertad sindical, pensamos que es inconstitucional toda ley que adjudica *monopólicamente* la "totalidad" de los *derechos gremiales* a la asociación con "personalidad gremial" en forma exclusiva y excluyente.

De incorporarse legalmente el sistema de personalidad gremial, puede concentrarse razonablemente en la asociación sindical que la inviste, el ejercicio exclusivo de "algunos" derechos gremiales —por ej., el de celebrar convenios colectivos de trabajo—. Pero vuelve a resultar inconstitucional la ley que a las asociaciones sindicales sin aquella personalidad las convierte en simples asociaciones civiles, sin reconocerles un espacio suficiente para que titularicen y ejerzan "algunos" derechos gremiales (que son los realmente propios de las asociaciones sindicales).

12. — En la *constitución material* se ha producido una *mutación* proveniente del régimen legal de sindicatos con "personalidad gremial", que no ha dejado espacio suficiente al pluralismo sindical, que consideramos asegurado por la cláusula constitucional del art. 14 bis. Se ha colocado así en situación gremialmente despotenciada a las asociaciones sindicales "meramente inscriptas" (*sin* personalidad gremial), lo que nos lleva a pensar que la apuntada mutación interpretativa del art. 14 bis acerca de la organización sindical "libre y democrática" es inconciliable con esta norma de la constitución formal.

Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

13. — El art. 16 del *Pacto de San José de Costa Rica* sobre derechos humanos contempla la libertad de asociación de la siguiente manera: "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 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."

Una norma análoga contiene el art. 22 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

También la *Convención sobre Derechos del Niño* reconoce el derecho del niño a la libertad de asociación.

El *derecho de libre asociación sindical* está regulado en el art. 8º del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

Hay alusiones a diferentes clases de asociaciones, con el consiguiente derecho de asociarse a ellas, en la *Convención sobre Discriminación de la Mujer* y en la *Convención sobre Discriminación Racial.*

II. LA LIBERTAD DE CONTRATAR

Su contenido.

14. — La *libertad de contratar* no figura entre los derechos enumerados, pero su reconocimiento constitucional debe reputarse *implícito.*

Esta libertad ofrece diversos aspectos:

a) el derecho a decidir la *celebración* o *no celebración* de un contrato, o sea: a') la *libertad de* contratar —aspecto positivo—, y, a") la *libertad de no contratar* —aspecto negativo—.

b) el derecho de elegir *con quién* contratar;

c) el derecho de *regular el contenido del contrato,* o sea los derechos y obligaciones de las partes —*autonomía de la voluntad*—.

El principio admite excepciones de interpretación restrictiva en casos muy especiales de razonabilidad suficiente —por ej.: la obligación de contratar seguros individuales o colectivos en la relación de empleo, en las empresas de transporte, etc.; o de contratar lisiados de guerra en el empleo privado, etc.—.

15. — La *autonomía de la voluntad* —elaborada como categoría fundamental en el derecho privado— nos muestra al contrato como *fuente no estatal* de producción jurídica.

La autonomía de la voluntad como centro del contrato no debe en modo alguno absolutizarse ni sacralizarse. La presencia razonable del estado es necesaria, porque son múltiples las áreas donde actualmente sobreabundan situaciones de disparidad y asimetría entre las partes contratantes. No hay más que pensar en el mercado de consumo de bienes y servicios —que ahora tiene protección constitucional en el art. 42— y en los contratos *standard* con cláusulas de adhesión, para darse cuenta de que la bilateralidad del acuerdo carece de equilibrio, sin omitir las relaciones laborales —tanto en el contrato individual de empleo como en la contratación colectiva—. Los "dueños del mercado" son dueños del contrato. De ahí que el derecho de contratar, sin cancelar su rango

constitucional, deba *relativizarse* mucho para procurar la paridad de voluntades. En suma ¿no hay que aplicar también a los contratos el parámetro constitucional que impone la igualdad real de oportunidades y de trato? El estado democrático no ha de escabullir su presencia. (Ver nº 17).

16. — Conforme al derecho judicial derivado de la jurisprudencia de la Corte Suprema, los derechos y obligaciones emergentes de los contratos integran uno de los contenidos del derecho constitucional de *propiedad*, y se resguardan en la inviolabilidad con que ese derecho queda protegido en el art. 17.

Las limitaciones a la libertad de contratar.

17. — Todo contrato admite *limitaciones* en orden a la autonomía de la voluntad. El derecho positivo suministra límites o restricciones, cuya razonabilidad depende, fundamentalmente, del orden público, de la moral pública, y de los derechos de terceros. A ello cabe adicionar todavía otras pautas circunstanciales —bienestar general, bienestar económico, seguridad pública, prosperidad, etc.—. Es así como en el derecho laboral y en el derecho de familia —por ej.— advertimos fuertes limitaciones que juegan en el contrato de trabajo y en el matrimonio, pudiendo en otros campos citarse, asimismo, los llamados contratos de adhesión. (Ver nº 15).

18. — La *intervención del estado* en los contratos se moviliza en dos órdenes principales diferentes:

a) con carácter *permanente* y *anticipado*, poniendo determinados marcos a la autonomía de la voluntad, y no reconociéndola más que dentro de ellos;

b) con carácter *excepcional* y *transitorio*, en situaciones de *emergencia* y con un doble efecto: b') adoptando medidas sobre contratos celebrados *anteriormente*, que se hallan en curso de ejecución o cumplimiento; b") adoptando medidas sobre los contratos que *se van a celebrar* en el futuro durante la misma época de emergencia.

El aspecto señalado en el inc. a) ha sido recogido normalmente como principio en nuestro derecho constitucional, en tanto las limitaciones respondan: a') a la regla de razonabilidad conforme a los fines cuya tutela se persigue, y: a") a la índole de la restricción.

El contrato y la ley retroactiva.

19. — El problema se plantea así: después de celebrado un contrato, y mientras se halla en curso de cumplimiento sucesivo, ¿puede una ley modificar o alterar las prestaciones convenidas por las partes? La cuestión se vincula con la *retroactividad* o *irretroactividad* de la ley dictada después de celebrado el

contrato. ¿Es aplicable tal ley a los efectos que a partir de su vigencia debe producir el contrato, o no?

Nuestra constitución formal no contiene norma alguna que prohíba expresamente al estado alterar o modificar los derechos y obligaciones emergentes de los contratos ya estipulados. No obstante: a) esos derechos y obligaciones son considerados por el derecho judicial como integrantes del *derecho de propiedad*, al que la constitución protege como inviolable en su art. 17; b) las leyes no pueden privar de derechos ya incorporados al patrimonio como propiedad (*"adquiridos"*); c) por ende, una ley posterior al contrato que modifica sus efectos futuros, es *retroactiva* y, por serlo, *es inconstitucional* porque priva de propiedad adquirida. (Para las épocas de emergencia, ver nº 20).

El contrato y las medidas de emergencia.

20. — La emergencia proporciona ocasión excepcional para limitar con mayor intensidad los derechos en relación con la libertad de contratar.

a) *Contratos celebrados anteriormente*, y en curso de cumplimiento; en tanto no se afecten las prestaciones ya cumplidas, pueden afectarse transitoriamente los efectos *futuros* de los contratos en cuyo curso irrumpen las medidas de emergencia suficientemente razonables; así —por ej.— congelarse los precios de las locaciones o las tasas de interés, prorrogarse el plazo, etc. Lo que ni siquiera en situaciones de emergencia parece válido es disminuir las prestaciones debidas —por ej.: rebajar los alquileres o tasas de interés—.

b) *Contratos que se van a celebrar* durante la emergencia; en orden a los contratos que se celebran durante la época de emergencia, no existe dificultad para admitir la validez de las medidas de restricción transitoria que recaerán sobre ellos y que responden a normas preexistentes a su celebración, aplicando las pautas de razonabilidad que nunca declinan su vigencia.

Ver nº 22.

El derecho judicial en materia de libertad de contratar.

21. — Nuestro *derecho judicial* registra casos y principios de sumo interés.

a) Cuando se impugnó la ley 14.226 —hoy derogada—, que obligaba a contratar el espectáculo de los "números vivos" para incluirlo durante las exhibiciones cinematográficas, la Corte Suprema rechazó la tacha de inconstitucionalidad en el caso "Cine Callao", sentenciado

el 22 de junio de 1960, considerando que el régimen que aquella ley instauraba traducía un ejercicio razonable y válido del "poder de policía" en orden a la limitación de los derechos individuales.

b) Al pronunciarse sobre la ley 16.507 —derogada por la ley 18.027—, que obligó a reincorporar al personal cesante de entidades bancarias, de seguros y de capitalización y ahorro, la Corte Suprema sostuvo en el caso "Díaz José M. y otros c/ Banco de Avellaneda SA." —del año 1968— que aquella ley era inconstitucional al imponer retroactivamente ciertas obligaciones no existentes en la época del despido o la censantía. En rigor, parece que el criterio del fallo repudia la imposición legal de la reincorporación por implicar una contratación forzosa introducida por normas posteriores a la extinción del empleo.

22. — La jurisprudencia aplicable a las épocas de *emergencia* muestra marcada tendencia a *reconocer la constitucionalidad de las restricciones* que recaen sobre los contratos, sea en curso de ejecución, sea a concertarse en el futuro; a partir del caso "Ercolano c/Lanteri de Renshaw", fallado en 1922, hasta la actualidad, normalmente no han tenido éxito las objeciones de constitucionalidad contra las leyes de emergencia en materia de locaciones, moratorias hipotecarias, etc.

a) En el mismo año 1922, sin embargo la Corte descalificaba excepcionalmente —en el caso "Horta c/Harguindeguy"— a la ley de locaciones que alteraba contratos preexistentes, afirmando que "al celebrar el contrato con arreglo a la ley en vigencia, que no limitaba el precio del alquiler, el locador se había asegurado, inicialmente, el derecho de exigir el precio convenido durante todo el plazo de la locación. Ese derecho había sido definitivamente adquirido por él antes de sancionarse la ley impugnada...".

En la misma línea de excepción, el caso "Mango c/Traba", de 1925, recordaba que el régimen de emergencia había sido tolerado por las decisiones judiciales solamente en consideración al momento de extrema opresión económica de los inquilinos, como medida transitoria y de corta duración, pero que ese régimen anormal no puede encontrar suficiente justificativo cuando se lo convierte de hecho en una norma habitual de las relaciones entre locadores y locatarios a través de las reiteradas prórrogas acordadas a los inquilinos.

b) Fuera de estos casos aislados y de vieja data, el derecho judicial acogió la intervención del estado en los contratos. En el caso "Avico c/de la Pesa", de 1934, la Corte vuelve a su primitiva jurisprudencia del caso "Ercolano c/Lanteri de Renshaw", considerando equivalentes las leyes que reducían la tasa de interés y prorrogaban el plazo en el pago de las deudas hipotecarias (ley 11.741) y las que rebajaban el alquiler y prorrogaban el plazo de las locaciones (ley 11.157).

c) El caso "Ghirardo c/Pacho", fallado por la Corte en 1945, fijó pautas de

suma importancia, cuya síntesis es la siguiente: a) en principio, bajo un régimen de libertad de contratar, sólo los jueces —y no la ley— pueden revisar los contratos para declarar la invalidez de los que han sido concluidos sin libertad o no han recaído sobre objetos lícitos, o no reúnen las solemnidades de la ley; b) la equivalencia de las prestaciones es requisito substancial de la validez del contrato; c) la estabilidad del orden contractual supone correlativa estabilidad en lo fundamental de las circunstancias sociales y económicas en que se contrata, y condiciones de real y efectiva libertad para ambas partes; d) lo contratado no es de por sí ni siempre justo, pura y simplemente porque es lo contratado; e) cuando las circunstancias generales hacen que con respecto a determinados objetos de contratación ineludible o poco menos, una categoría de contratantes no se halla en condiciones de concreta libertad, o las mismas circunstancias alteran de manera grave y sustancial el valor de una de las prestaciones recíprocas, es válida la injerencia de la ley en los contratos, imponiendo de modo razonable modificaciones justas a las estipulaciones, en tanto el régimen contractual de derecho común no contiene posibilidades propias de solución.

d) En el caso "Peralta", de 1990, la Corte sintetizó pautas genéricas sobre la emergencia económica, y dio por válida su aplicación a derechos y obligaciones emergentes de los contratos.

El citado caso absorbe, en lo que hace al tema aquí tratado, dos cuestiones básicas: una es el origen de la norma que se disputaba, que era un *decreto de necesidad y urgencia*, y no una ley (el decreto 36/90); otra es el contenido y alcance de la medida, que convirtió los depósitos bancarios a plazo fijo en títulos públicos, afectando el derecho de *propiedad* y el *contrato* mismo, al no reintegrarse la suma dineraria colocada a plazo fijo en los términos y tiempos convenidos, reemplazándosela por los mencionados títulos. Ambos aspectos fueron convalidados por la sentencia de la Corte Suprema que, con fecha 27 de diciembre de 1990, rechazó la acción de amparo.

e) La ley de convertibilidad, de 1991, al prohibir toda indexación futura a partir del 1º de abril de dicho año, significó imponer un impedimento a cualquier contrato —anterior o posterior— para aplicar o pactar cláusulas de aquella naturaleza con efecto desde la citada fecha.

Sobre el carácter constitucional de la ley citada se pronunció la Corte con fecha 3 de marzo de 1992 en el caso "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Provincia de Corrientes".

La teoría de la imprevisión.

23. — Al margen de la excepcional retroactividad de la ley que para el futuro recae sobre el curso de cumplimiento de contratos celebrados con anterioridad,

la *teoría de la imprevisión* admite que los *jueces* revisen los contratos cuando se han producido cambios sustanciales en las condiciones tenidas en cuenta por las partes al tiempo de la contratación. La cláusula "rebus sic stantibus" se considera implícita en los contratos, como razonable complemento de la "pacta sunt servanda", para dar cabida a aquella revisión judicial.

Se llama teoría de la "imprevisión" porque el acontecimiento extraordinario que sobreviene durante el tiempo de cumplimiento del contrato es de una magnitud tal que no pudo ser verosímilmente previsto por adelantado.

Constitucionalmente, la teoría de la imprevisión puede hallar sustento implícito en el carácter relativo que, como todos los derechos, reviste el de contratar. También, en la moderación del rigorismo contractual por aplicación de la regla de razonabilidad.

Acogida primero por el *derecho judicial*, la teoría de la imprevisión se ha incorporado posteriormente al código civil con la reforma que le introdujo la ley 17.711, acuñando la fórmula del art. 1198.

En el caso "Kamenszein Víctor J. y otro c/Fried de Goldring Malka y otros" del 21 de abril de 1992, la Corte Suprema interpretó que para el supuesto de excesiva onerosidad sobreviniente del art. 1198 del código civil, la ley sólo faculta a la parte perjudicada a demandar la resolución del contrato, y que la mejora equitativa está prevista únicamente como alternativa que puede ofrecer la otra parte.

La contratación colectiva.

24. — En el derecho de contratar hay que tomar en cuenta, pese a sus especiales características, el derecho a celebrar *convenios colectivos de trabajo*.

El tema de la contratación colectiva será abordado en el cap. XXI sobre los *derechos gremiales* del art. 14 bis (nº 14 a 19).

III. EL DERECHO DE PETICIÓN

25. — El *derecho de peticionar* a las autoridades consta en el art. 14 de la constitución. Pero "toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición" (art. 22).

La petición o solicitud es un derecho que pertenece, como *sujeto activo*, a los *hombres* y a las *asociaciones*. Los hombres lo pueden ejercer individualmente o en grupo. El *sujeto pasivo* es siempre el estado a través de sus órganos.

La petición procede siempre, aunque lo pedido sea improcedente o hasta absurdo. La petición no significa derecho alguno a obtener lo peticionado. Buena

parte de nuestra doctrina hasta entiende que ni siquiera significa derecho a obtener *respuesta*. Si así fuera, podría parecer que sin la obligación estatal de contestar la petición, el derecho de peticionar se tornara inocuo; sin embargo, la mera petición siempre importa un canal de comunicación entre comunidad y gobierno, o una forma de expresión de opiniones públicas, o hasta una vía de presiones sobre el poder.

Aún así, entendemos que el derecho de petición obliga al órgano requerido a *responder*, lo que no significa que deba necesariamente hacer lugar a lo pedido.

26. — Cuando la petición se radica ante órganos de la administración pública por los administrados, presuponiendo el curso regular de un procedimiento administrativo, entendemos que el *órgano requerido debe* emanar una *resolución* acerca de la pretensión incoada en la petición.

El silencio prolongado de la administración acerca de los pedimentos de los administrados traduce una inactividad o negligencia que merece reparo mediante recursos tendientes a lograr, no la satisfacción de lo pedido, sino el deber de la administración de resolverlo. Entre esas vías, cabe citar el *amparo por mora*.

Las peticiones ante los órganos (tribunales) de la *administración de justicia* (poder judicial) se vinculan con el derecho a la jurisdicción, que envuelve una petición procesalmente articulada.

IV. EL DERECHO DE REUNIÓN

Su concepto y contenido.

27. — El *derecho de reunión* no integra el catálogo expreso de los derechos reconocidos, pero sí el *implícito*.

Si la libertad de asociación tiende a la formación de grupos más o menos durables, organizados o institucionalizados, la reunión concierta la *agrupación transitoria*, tal vez momentánea o hasta fugaz, con algún fin de interés común para sus participantes.

Se ha dicho que la base constitucional del derecho de reunión radica en el derecho de asociación, desde que para decidir la creación y dar origen a una asociación sus miembros fundadores deben previamente reunirse. Sin perjuicio de reconocer que ello es exacto, tal base no nos satisface, ya que el objeto del derecho de reunión no radica necesaria ni fundamentalmente en la erección de asociaciones, sino en un fin específico y circunstancial, en el que la reunión se agota.

Tampoco admitimos excluir de la categoría de reunión aquellas aglomeraciones que carecen de intencionalidad previa. Si como principio la reunión es siempre concertada anticipadamente, puede también llevarse a cabo en forma totalmente espontánea y sin acuerdo anterior.

El derecho de reunión (que por tenerse como implícito se apoya en el art. 33) encuentra otra base además del art. 33. En efecto, cuando el art. 22 incrimina como sedición la acción de toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a su nombre, nos quiere significar que, al contrario, se puede realizar una reunión pacífica para fines y por medios distintos a los prohibidos en aquella incriminación.

28. — Las reuniones se clasifican en *públicas* o *privadas*. Para distinguir un tipo del otro, no conviene echar mano del lugar donde la reunión se realiza; no siempre una reunión pública se lleva a cabo en lugar público, ni una privada en lugar privado. Mejor es considerar que una reunión reviste *carácter público* —con independencia del sitio donde se efectúa— cuando está *abierta indiscriminadamente al público*, o sea, cuando a ella puede asistir cualquiera, bien que algunos lo hagan tal vez mediante invitación especial. Al contrario, una reunión es *privada* cuando el acceso a ella *carece de tal apertura incondicionada*.

Adoptado este criterio distintivo, decimos que:

a) las reuniones *públicas* pueden realizarse en *lugares públicos abiertos* (por ej.: plazas o calles); en *lugares públicos cerrados* (por ej.: un templo, un estadio, una sala de espectáculos, etc.); o en *lugares privados* (por ej.: un domicilio particular, la sede de una asociación, etc.); en tanto:

b) las reuniones *privadas* tienen normalmente como ámbito un *lugar privado*, aunque ocasionalmente pueden efectuarse en un lugar público (por ej.: una confitería).

Las reuniones públicas son las que más afectan el interés general, pudiendo incidir en el orden, la moral o la seguridad públicos. Potencialmente, caen bajo jurisdicción del estado con intensidad variable, según sea el fin que se proponen y la índole del lugar de realización. Cuando ese lugar no es privado, parece razonable un cierto control de la autoridad por motivos de policía, y hasta el permiso previo. Sin embargo, las reuniones en los templos escapan, en principio, a la intervención del estado, tanto como las reuniones privadas.

29. — El derecho de reunión presenta diversos matices.

En cuando al *sujeto activo*: a) La persona o la *asociación* patrocinantes de la reunión tienen un *derecho individual* a organizarla y realizarla; b) las *personas* tienen un derecho "propio", colectivamente ejercido, de *participar* en ella; c) el aspecto *negativo* consiste en el derecho de no ser obligado a asistir.

El *sujeto pasivo* del derecho de reunión es fundamentalmente el *estado*, pero también los *particulares*, en cuanto han de abstenerse de impedir o alterar la reunión, o de interferir en ella obstaculizándola. No existe, en cambio, derecho alguno a pretender que persona o entidad determinadas tengan la obligación de proporcionar el lugar para la realización de la reunión, salvo el estado que, excepto causa

razonable, no puede negarse a habilitar algún lugar o espacio de uso público adecuado para el acto cuya realización se gestiona.

El derecho judicial en materia de derecho de reunión.

30. — El *derecho judicial* es rico en principios acerca del derecho de reunión. En el caso "Comité Radical Acción c/Jefe de Policía de la capital", del año 1929, la Corte Suprema sostuvo que el derecho a reunirse pacíficamente tiene suficiente arraigo constitucional en: a) el principio de los derechos implícitos del art. 33; b) el derecho de petición colectiva; c) el principio de que en tanto las personas no se atribuyen los derechos del pueblo ni peticionan en su nombre, pueden reunirse en mérito a que nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe.

En el caso "Arjones Armando y otros", fallado en 1941, la Corte estimó que: a) las reuniones no pueden prohibirse en razón de las ideas, opiniones o doctrinas de sus promotores, sino en razón de los fines para los que han sido convocadas; b) si el fin no es contrario a la constitución, las leyes, la moral o las buenas costumbres, ni la reunión es peligrosa para el orden y la tranquilidad públicos a causa de circunstancias de oportunidad o de hecho, la reunión no puede ser prohibida; c) tampoco puede prohibirse, ni sujetarse a aviso previo, la reunión en lugar cerrado, de escaso número de personas, sin propósitos subversivos ni contrarios al orden público.

En el caso "Campaña Popular de defensa de la ley 1420", fallado en 1947, la misma Corte reiteró que: a) el derecho de reunión no admite más restricción que el permiso previo en caso de utilizarse calles, plazas y lugares públicos; y b) el aviso para la que, siendo cuantiosa, se va a desarrollar en lugar cerrado.

La reglamentación del derecho de reunión.

31. — Una interpretación muy difundida sostiene que la reglamentación del derecho de reunión no puede ser dispuesta para todo el país por ley del congreso, en virtud de que esa reglamentación atañe al llamado "poder de policía", que es propio de las provincias cuando se dirige a tutelar la seguridad y el orden.

Dudamos que esta interpretación sea correcta, pues el derecho de reunión es uno de los que, conforme al art. 14, están sujetos a la ley que reglamenta su ejercicio. Y esa ley, como principio, es de competencia del congreso, con alcance territorial para todo el país.

Las restricciones durante el estado de sitio.

32. — Durante el *estado de sitio*, el derecho de reunión es uno de los que suelen restringirse con mayor rigor. No obstante el desarrollo del tema en su oportunidad, anticipamos como criterio general que durante el estado de sitio sólo pueden prohibirse razonablemente las reuniones cuya realización com-

promete la situación de emergencia existente, pero no las que carecen de toda relación con ella.

Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

33. — El art. 15 del *Pacto de San José de Costa Rica* 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 el orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás". El marco de las restricciones aquí aludidas coincide con la regla de razonabilidad de nuestra constitución para la reglamentación y la limitación de los derechos.

Una norma casi textual contiene el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 21).

Por su parte, el art. 15 de la *Convención sobre Derechos del Niño* reconoce a los niños el derecho de realizar reuniones pacíficas.

La *Convención sobre Discriminación de la Mujer* trae alusiones al derecho de reunión en diversos artículos.

V. LA LIBERTAD DE COMERCIO E INDUSTRIA

Su concepto.

34. — La correlación de los arts. 14 y 20 nos permite agrupar en un mismo rubro los derechos de *comerciar, navegar, ejercer industria lícita, trabajar y ejercer profesión*.

Dejando aparte el derecho de trabajar, que analizaremos dentro del tema del constitucionalismo social, los restantes derechos que ahora enumeramos y que genéricamente componen la *libertad de comercio e industria*, giran en torno de una actividad humana que, también genéricamente, presupone normalmente un *trabajo* o una profesión de quien realiza tal actividad. Ello no quiere decir que estos derechos sólo se protejan cuando importan una actividad habitual como medio de vida. Reciben similar tutela cuando su ejercicio es únicamente ocasional, y cuando carece de todo propósito de lucro. El derecho de navegar puede —por ej.— imaginarse sin conexión alguna con actividades productivas, nada más que en función de deporte o placer.

La regulación constitucional.

35. — Conviene reseñar algunas de las más importantes regu-

laciones constitucionales en orden a estos derechos; en el texto anterior a la reforma de 1994 encontramos las siguientes pautas, que se mantienen en la renumeración del articulado actual de la constitución:

a) El congreso tiene competencia para reglar el *comercio* marítimo y terrestre (hoy también aéreo) con otros estados, y el de las provincias entre sí; o sea, el *comercio internacional* e *interprovincial.* Se trata de la llamada "cláusula comercial" de la constitución: art. 75 inc. 13;

b) El congreso tiene competencia para dictar el *código de comercio* para todo el país (art. 75 inc. 12);

c) El congreso tiene competencia para reglamentar la *libre navegación* de los ríos interiores y habilitar los puertos que considera convenientes (art. 75 inc. 10) conforme al principio constitucional de la libre navegación de esos mismos ríos (art. 26);

d) El congreso tiene competencia para proveer a la *promoción de la industria*, y a la introducción y el establecimiento de otras nuevas (art. 75 inc. 18), en concurrencia con las provincias (art. 125);

e) Ni el congreso ni las provincias pueden afectar la *libre circulación territorial* de bienes, productos, vehículos, buques, etc. (arts. 9 a 12);

f) El congreso y las provincias pueden, en ejercicio de su *poder impositivo* y conforme al reparto de competencias propio de nuestra federación, incidir en la actividad comercial e industrial;

g) Similar incidencia sobre tal actividad deriva de la competencia del congreso para regular el *trabajo* (art. 14, 14 bis y 75 inc. 12);

h) Similar incidencia deriva, asimismo, de la competencia que emana del llamado *poder de policía* en razón de higiene, seguridad y moralidad públicas, repartido entre el estado federal y las provincias;

i) Cuando una provincia adopta medidas locales sobre la actividad comercial e industrial "intraprovincial", no puede violar las normas que sobre comercio e industria emanen del congreso con carácter de leyes federales o de derecho común (por ej., el código de comercio).

36. — Después de la *reforma de 1994*, el derecho —y la consiguiente— libertad de ejercer comercio e industria se inocula en el derecho que el actual

art. 42 reconoce ahora a los *consumidores y usuarios* de bienes y servicios; no hay duda de que el *mercado* y la *competencia* que vienen aludidos en la norma, más la *protección* que especifica en favor de los *intereses económicos*, presuponen que la oferta y la demanda, así como la prestación de servicios, tienen mucho que ver con la libertad de comerciar y de ejercer industria, con el perfil propio que cobran en el oferente y el demandante, y en el prestador y el usuario. (Ver cap. XVI, acápite II).

37. — Como principio, el derecho de ejercer el comercio y la industria suponen la respectiva *libertad individual*. Comercio e industria son, fundamentalmente, actividades humanas, y en cuanto humanas, *privadas*, es decir, libradas a la iniciativa de los particulares. Ello no descarta la reglamentación razonable, conjugada con las competencias estatales que acabamos de reseñar. Por otra parte, tales actividades se vinculan con el *derecho de contratar* libremente y con el *derecho de propiedad*.

38. — Con la *reforma de 1994* se han añadido otras normas que consignan principios y valores de indudable carácter imperativo, y que deben merecer desarrollo no sólo a través de leyes, sino inspirar las políticas y servir de pautas obligatorias para interpretar la constitución. Aunque no limitan su aplicación al área de los derechos que aquí examinamos, ni a la de la libertad económica, tienen dirección indudable hacia ellas.

Así, proveer:

a) al *desarrollo humano*;

b) al *progreso económico con justicia social*;

c) a la *productividad* de la economía nacional;

d) a la *generación de empleo*;

e) al *crecimiento armónico* de todo el territorio;

f) promover *políticas diferenciadas* que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones;

g) 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*.

Todo este plexo surge del art. 75 incisos 19 y 23.

Es importante tomar en consideración, asimismo, que al regular la *coparticipación federal* en el reparto impositivo, el art. 75 inc. 2º párrafo tercero suministra parámetros imperativos para llevar a cabo esa distribución; dice que:

a) será *equitativa, solidaria*, y

b) dará *prioridad* al logro de un grado equivalente de *desarrollo, calidad de vida* e *igualdad de oportunidades* en todo el territorio.

La libertad económica.

39. — El tema que estamos tratando pertenece al ámbito de la llamada "libertad económica", o sea, la *libertad de los particulares en el campo de la economía*.

La constitución no trae ninguna norma expresa que defina un determinado sistema económico. Sin embargo, creemos que de ella surge un principio mínimo que, con carácter general, parece evidente. La ideología de libertad que inspira y da contenido a la constitución desde el preámbulo ("asegurar los beneficios de la libertad") obliga a sostener que en materia económica debe existir un *espacio suficiente de libertad* para la actividad privada, que quede exento de intervencionismo y dirigismo estatales. Las medidas ordenadoras de la actividad económica han de ser suficientemente razonables y moderadas, fundadas en claros fines de *bienestar general*, y orientadas por el llamado "principio de subsidiaridad" (según el cual el estado no debe hacer lo que pueden hacer los particulares con eficacia, porque el estado debe ayudarlos, pero no destruirlos o absorberlos), así como por el principio de *justicia* y de *progreso económico con justicia social*, más los que citamos en el nº 38.

Por lo menos desde la década de 1930, la libertad económica ha sido estrangulada y afectada con marcada regularidad, lo que nos lleva a decir que en la *constitución material* ha habido una *mutación* conforme a la cual el estado ha ejercido vastas competencias, mediante ley o por normas infralegales, en el ámbito económico, con menoscabo de la libertad personal y social.

40. — Si no se nos escapa que el estrangulamiento de la libertad económica y de la iniciativa privada en materia económica se vuelve inconstitucional —por lo que también lo sería el estatismo dirigista— hay que recalcar con énfasis que una *presencia estatal razonable para la gestoría de la política y de la actividad económicas* se compadece perfectamente con la constitución, y hasta es requerida por su plexo de valores, cuando a éste se lo interpreta a tono con la *democracia social* y con el *estado social de derecho*. Así captamos nosotros la interpretación constitucional, actualizada a nuestra época contemporánea y compatibilizada con el *constitucionalismo social, remarcado en la reforma de 1994*.

La *igualdad de oportunidades* —que es parte de la igualdad constitucional— y que aparece explícita en varias normas (por ej., art. 75 inc. 23), más la *distribución razonablemente igualitaria de la*

libertad permiten inferir que el mercado irrestricto y la libre competencia absolutizada desvirtúan, en su aplicación y funcionamiento, el sentido humanista de los parámetros constitucionales que propugnan valores como la justicia, el desarrollo humano, el progreso económico con justicia social, la igualdad, el bienestar general, y la misma libertad —que no queda en disponibilidad real de acceso para todos cuando una libertad económica sin limitaciones engendra marginalidad, desempleo, y condiciones indecorosas de vida para muchos sectores de la sociedad—. (Ver nos. 38/39).

41. — A partir de 1989 ha cobrado curso acelerado una política económica llamada de "desregulación" que en el derecho constitucional material —apelando a la emergencia económica— va dejando sin vigencia la mutación constitucional operada desde 1930 a raíz del intervencionismo estatal en la economía, pero acentuando la desocupación, la pobreza, la desigualdad social injusta, el déficit fiscal, etc.

Paralelamente, se han *privatizado* empresas públicas y se han transferido a la actividad privada numerosos ámbitos y servicios que estaban a cargo del estado.

No obstante la desregulación socioeconómica, se han dictado disposiciones intervencionistas —algunas y muchas en beneficio del estado— con severas restricciones a los derechos personales (así, el plan Bonex que convirtió los depósitos bancarios a plazo fijo en títulos públicos; la ley de consolidación de deudas del estado; la suspensión de juicios contra el estado; la emergencia previsional; la llamada ley de "solidaridad previsional", etc.). Muchas de estas políticas riñen con la reforma constitucional de 1994.

El derecho judicial en materia de libertad de comercio e industria.

42. — Por la variedad de aspectos, es imposible pasar revista a toda la *jurisprudencia* relacionada con los derechos de marras. Hemos de limitar nuestra cita a algunos casos que consideramos "pilotos" y que han sentado criterios de generalidad.

Como principio, cabe señalar dos definiciones de suma importancia en la jurisprudencia de la Corte: a) el criterio constitucional para resolver si una actividad es lícita, no puede ser el de la utilidad o conveniencia de la misma, sino el de que ella no sea contraria al orden y a la moral pública, ni perjudique a terceros; b) la autoridad no debe intervenir en la libre aplicación de capitales; ni en las empresas o iniciativas de los particulares, prohibiendo determinados negocios por considerarlos ruinosos, o imponiendo otros que repute de conveniencia pública.

Si bien estas pautas datan del año 1903, entendemos que conservan incólume su valor dikelógico.

a) Uno de los casos más antiguos es el conocido con el nombre de *Saladeros de Barracas* ("Podestá Santiago, José y Jerónimo y otros c/Provincia de Buenos Aires"), fallado en 1887. Dispuesta la clausura, y llegado el caso a la Corte, el tribunal entendió que los afectados no podían invocar derechos adquiridos cuando quedaba comprometida la salud pública, señalando que la autorización de un establecimiento industrial se funda siempre en la presunción de su inocuidad, presunción que se destruye cuando los hechos demuestran la nocividad del establecimiento insalubre.

b) Para los casos "Cine Callao", "Inchauspe", y "CAVIC", ver nos. 21 a) y 7 b) respectivamente.

43. — Como principio general, la jurisprudencia de la Corte acepta la facultad estatal "para intervenir por vía de reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias y actividades, a efecto de restringirlo o encauzarlo en la medida que lo exijan la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral, el orden público y aun los intereses económicos de la colectividad", agregando que la reglamentación "no debe ser, desde luego, infundada ni arbitraria sino razonable, es decir, 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 con ella". El juicio sobre la razonabilidad no alcanza para revisar el criterio del legislador en orden a la eficacia o conveniencia de los medios elegidos, según la citada jurisprudencia.

44. — Ahora hemos de hacer mención de casos opuestos a los reseñados, o sea, casos en que ciertas reglamentaciones se han considerado *inconstitucionales*. Por una parte, como criterio general, la jurisprudencia de la Corte descalifica las reglamentaciones provinciales que de alguna manera importan ejercer facultades privativas del congreso en materia de legislación común o de fondo. Por otra, hay un caso importante que sirve de precedente —"Empresa Mate Larangeira Méndez S.A. y otros", resuelto por vía de amparo en 1967— en que se sostuvo que la prohibición de cosecha de yerba mate para el año 1966, dispuesta por decreto de ese año, lesionaba palmariamente los derechos de trabajo, y de gozar de la propiedad así adquirida cuando la cosecha ya estaba realizada, y había originado gastos y obligaciones, cuyo incumplimiento daba lugar a enormes perjuicios económicos y sociales.

Se ha sostenido también que ni siquiera en épocas de emergencia es posible admitir medidas que obligan a vender por debajo del precio de costo y sin un margen razonable de ganancia.

VI. EL DERECHO DE ENTRAR, PERMANECER, TRANSITAR Y SALIR DEL TERRITORIO

Su concepto.

445. — El derecho que el art. 14 formula como *de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio*, puede considerarse equivalente de la llamada libertad de *locomoción* o *circulación* o *movimiento*, y como proyección de la *libertad corporal* o física.En efecto, la libertad corporal apareja el desplazamiento y traslado del individuo, tanto como su residencia, radicación o domicilio en el lugar que elige.

El derecho a obtener un *pasaporte* (de acuerdo a regulaciones razonables que se establezcan) es parte esencial del derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio. Así lo ha declarado la Corte Suprema en el importante caso "O.A. c/Estado Nacional (Ministerio del Interior - Policía Federal)", del 20 de agosto de 1985.

La entrada al país.

46. — Fijémonos que el derecho de "*entrar*" está asignado, como todos los del art. 14 y de toda la constitución en general, a los "habitantes". ¿Cómo puede ser habitante quien todavía no ha entrado al país? Distingamos: a) quien nunca entró al país, no ha sido ni es habitante; pero si pretende entrar, ya la constitución lo considera "potencialmente" como posible habitante futuro y titulariza en él el derecho de entrar; b) quien alguna vez o muchas entró al país, y volvió a salir, no pierde su calidad ya adquirida mientras la ausencia sea sólo transitoria; de allí que su reingreso sea una entrada que le corresponde directamente como habitante.

El derecho de entrar es, como todos, *relativo* y, por ende, sujeto a reglamentación.

El titular de ese derecho puede ser: a) un *nacional* o ciudadano; b) un *extranjero*; c) quien ya es *habitante* y después de haber salido pretende entrar nuevamente; d) quien nunca ha sido habitante y pretende entrar; e) quien pretende entrar sin intención de residir.

Cualquiera sea el titular o sujeto activo del derecho de entrar, debe cumplir la reglamentación razonable establecida para controlar el *acceso y la admisión de personas*.

La permanencia.

47. — El derecho de *permanecer* apunta a una residencia más o menos estable que puede configurarse a mero título de turista, o residente transitorio, cuanto a título de residente permanente. Reiteramos que la reglamentación de las condiciones de admisión y permanencia debe ser razonable.

La permanencia, de cualquier tipo que sea, conviene a la persona, mientras aquélla dura, en miembro de la *población* del estado, sometiéndola a la jurisdicción de nuestro estado. Si la permanencia es sólo accidental o transitoria, la persona integra durante esa permanencia solamente la población del estado que llamamos "flotante" u ocasional.

El tránsito.

48. — La permanencia confiere el derecho de *tránsito*, que presupone el de cambiar de residencia o domicilio dentro del país, y el de *circular*.

La salida del país.

49. — El derecho de *salir* del territorio abarca el de hacerlo con intención definitiva, o solamente transitoria.

Corresponde advertir que: a) es válida la reglamentación razonable que impone requisitos para controlar o autorizar la salida (medidas sanitarias, documentación, etc.); b) el derecho de salir no puede gravarse con sumas que por su monto alteran o desnaturalizan tal derecho; las tasas que —por ej.— se imponen a la obtención de pasaportes deben ser moderadas y proporcionales a la prestación que cumple el estado al proveer el documento; c) la salida compulsiva o expulsión no puede fundarse en la extranjería. (Debe tenerse aquí presente lo que explicamos al tratar la *expulsión de extranjeros* en el tema referido a la población).

La expulsión de extranjeros.

50. — Para el tema, remitimos al Tomo I, cap. VII en su acápite III sobre el derecho constitucional de los extranjeros.

Aspectos generales.

51. — Las normas sobre *asilo* diplomático y político y sobre *extradición*, sean puramente internas, o internacionales incorporadas al derecho interno, no violan el art. 14 en cuanto restringen el derecho de transitar o de permanecer,

o en cuanto dan lugar a la entrada y a la salida compulsiva. La extradición activa —o sea, la requerida por nuestro estado frente a otro —significa una restricción al derecho de entrar libremente, en cuanto persigue la entrada coactiva de quien está fuera de nuestro territorio. La extradición pasiva —o sea la requerida por otro estado frente al nuestro— significa una restricción al derecho de permanecer libremente en cuanto persigue la salida coactiva de quien está en territorio argentino.

La extradición interprovincial de criminales que prevé el art. 8º de la constitución coarta también el derecho de transitar y escoger residencia en un lugar.

Tanto la extradición activa y pasiva como la interprovincial no violan el art. 14.

Para la relación con el derecho de los *refugiados* que se hallan en territorio argentino, remitimos al Tomo I cap. VII nº 39, y cap. IX, nº 56.

52. — El derecho de permanecer y de salir se ve a veces afectado por algunas medidas de incidencia *patrimonial*; por ej.: los recargos impositivos por ausentismo, la suspensión o retención parcial en el pago de jubilaciones y pensiones cuando los beneficiarios se ausentan del país, etc.

Para "entrar", debe tenerse en cuenta la prohibición absoluta de gravar el ingreso de extranjeros que formula el art. 25.

En cada caso hay que examinar si el ausentismo configura un criterio razonable para adoptar la medida de que se trate. Hay que pensar que si "salir" del país es un derecho, "quedarse" no puede ser convertido por ley en un "deber". Como principio, es arbitrario que el estado haga padecer a quien ejerce su derecho de salir del país una restricción sobre otros derechos, porque con ello parece que se impone el deber de permanecer, que según el art. 14 no es tal, porque es —a la inversa— un derecho.

Por excepción parece que en materia impositiva puede ser razonable recargar ciertas contribuciones con un "plus por *ausentismo*" a quien no reside habitualmente en territorio argentino.

53. — El derecho de locomoción ínsito en la fórmula del art. 14 sufre una fuerte constricción durante el *estado de sitio*, a raíz de la facultad presidencial de arrestar y trasladar personas dentro del territorio, si ellas no optan por salir de él.

Análogas restricciones derivan potencialmente del proceso *penal* y de la sentencia condenatoria. Durante la secuela del proceso, y mientras no hay sentencia firme, las medidas privativas de libertad han de regularse con suma cautela, y en proporción necesaria a los fines del proceso. La *excarcelación* tiene, por eso, base constitucional. Dictada la sentencia condenatoria, la libertad decae válidamente frente a la pena constitucionalmente impuesta.

54. — Bien que el derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del

territorio es, como queda dicho, un aspecto de la *libertad corporal* que sólo pertenece a las personas físicas, se puede conectar de alguna manera con el derecho de las *personas jurídicas o asociaciones extranjeras* a establecerse en el país y a actuar en él como sujetos de derecho. Por analogía, pues, les cabría un derecho de entrar y permanecer.

La reglamentación legal del tránsito.

55. — Se discute si el congreso puede dictar una *ley de "tránsito"* con vigencia para todo el territorio, incluido entonces el interjurisdiccional.

Una primera respuesta hace pensar que: a) el tránsito (sea de personas, de vehículos, de bienes y mercaderías, etc.) encuadra en el concepto de "comercio" con que se interpreta constitucionalmente la cláusula llamada "comercial" del art. 75 inc. 13; si reglar el "comercio" interprovincial es competencia exclusiva del congreso, no parece errado contestar que dicho órgano puede dictar una ley de tránsito con el alcance expuesto; b) el tránsito es también (para las personas) uno de los derechos reconocidos en el art. 14 ("transitar" por el territorio) y como todos los derechos queda sujeto a reglamentación legal razonable según el propio artículo, de forma que por este lado también se confirma la contestación afirmativa.

No obstante, la ley del congreso no podría ir más allá de lo necesario y conveniente para proteger y asegurar el tránsito interjurisdiccional, dejando a las provincias la competencia no abarcada por ese objetivo.

Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

56. — El *Pacto de San José de Costa Rica* sobre derechos humanos contiene bajo el rubro de "derecho de circulación y de residencia" las siguientes disposiciones en su art. 22: "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 deter-

minadas 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."

En normas más parcas también el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* enfoca el mismo derecho en su art. 12.

La *Convención sobre Derechos del Niño* trae diversas normas sobre el derecho de entrar y salir, previendo incluso las situaciones en que es menester mantener o facilitar la relación y el contacto de los menores con sus padres cuando unos y otros no se encuentran en el territorio del mismo estado, o dentro de él necesitan circular porque residen en lugares diferentes. (Puede verse, por ej., el art. 10).

Hay normas sobre la libertad de elegir residencia y domicilio, y de circular, en las *Convenciones sobre Discriminación de la Mujer* y *Discriminación Racial*.

VII. EL DERECHO DE CASARSE

Su concepto y alcance: el matrimonio.

57. — El art. 20 menciona expresamente entre los derechos civiles reconocidos a los extranjeros, el de *casarse* conforme a las leyes. Dada la igualdad de status civil entre extranjeros y ciudadanos, el derecho de contraer matrimonio pertenece a todos los habitantes.

Su titular o sujeto activo es siempre y necesariamente la persona física. El sujeto pasivo fundamental es el estado —ya veremos de qué modo— y también los demás hombres en cuanto no pueden impedir que una persona se case, ni obligarla a hacerlo.

El derecho de "*no* casarse" impide considerar que son ilícitas o ilegales las uniones de hecho entre personas que, siendo hábiles para contraer matrimonio, conviven sin casarse entre sí.

58. — El matrimonio es, para nosotros, un contrato con características muy especiales; lo ubicamos entre los *actos jurídicos familiares* que emplazan *estado civil de familia* mediante la libre prestación recíproca del consentimiento. El matrimonio no es una institución; en todo caso, institución es la familia que con él se crea.

La regulación estatal del matrimonio.

59.— Desde la perspectiva del *estado como sujeto pasivo*, sintetizamos los siguientes conceptos personales:

a) La *libertad jurídica* de las personas para casarse y, de ese modo, emplazar un estado civil de familia con efectos legales, no se satisface con la simple libertad "de hecho" para casarse conforme a cualquier rito que eligen los contrayentes, porque requiere que: a') la unión que contraen quede *reconocida por el estado en sus efectos civiles*, tanto personales como familiares y patrimoniales; por ende,

b) El estado debe habilitar y deparar a quienes pretenden casarse, *alguna forma legal* a través de la cual alcanzar aquellos efectos;

c) La *pauta de razonabilidad*, en conexión con la *libertad religiosa* —incluida la eventual objeción de conciencia— impide que el estado *imponga una "única" forma legal* para celebrar matrimonio, tanto si esa única forma es "civil" como si es religiosa; por ello,

d) El estado ha de establecer un *régimen pluralista* de múltiples formas matrimoniales, para que los contrayentes elijan la de su preferencia, escogida la cual ese connubio así celebrado debe surtir efectos civiles para los esposos ante el estado y ante terceros;

e) No basta que el estado reconozca la libertad de contraer matrimonio religioso (antes o después del "civil" impuesto como única forma habilitante), porque si el único matrimonio con efectos civiles es el matrimonio civil obligatorio, queda innecesariamente lesionada la libertad jurídica de casarse conforme a la opción legítima de las partes; no obstante,

f) El estado debe limitar el reconocimiento de los matrimonios contraídos conforme al aludido régimen pluralista, a la condición de que el matrimonio celebrado religiosamente *sea registrado ante el mismo estado* para producir efectos legales en las relaciones de familia.

60. — El argumento de que el matrimonio civil como única forma impuesta coactivamente por el estado para casarse viola el pluralismo religioso y la libertad de conciencia fue rechazado por la Corte en su fallo del 12 de agosto de 1982 en el caso "Carbonell" (con disidencia de los jueces Gabrielli y Rossi que, sin pronunciarse sobre ese punto, decidieron su voto a favor del otorgamiento de pensión a la persona que contrajo solamente matrimonio canónico "in articulo mortis" con el causante de estado viudo).

Mucho antes, en 1957, otro fallo de la Corte (en el caso "Pérez de Sánchez Laura") había reconocido el derecho a pensión de la mujer unida al causante solamente mediante nupcias religiosas, siendo ambos solteros.

61. — El matrimonio, pese a su naturaleza contractual, recibe fuertes *limitaciones* a la voluntad libre de las partes, en razón del carácter de orden público de las normas que lo regulan. Por ello, el sistema pluralista que hemos explicado en el nº 59 no impide que el estado imponga a todo matrimonio una *única pauta legal* en lo que se refiere a la *monogamia* y al *régimen de disolución vincular*.

¿Indisolubilidad matrimonial o divorcio vincular?

62. — En el resonado caso "Sejean" del 27 de noviembre de 1986 la Corte Suprema declaró, por mayoría, la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393, entonces vigente, que establecía la indisolubilidad matrimonial. Del fallo se desprende que el congreso, para satisfacer a la constitución, está obligado a implantar el divorcio vincular, lo que se hizo después por ley 23.515.

Si bien rescatamos la idea de que en el caso la Corte ejerció el control de constitucionalidad sobre el sistema legal de indisolubilidad, entendemos que la constitución no define el tema, y deja *librado al congreso elegir entre indisolubilidad o disolubilidad nupcial*, siendo cualquiera de ambas alternativas igualmente constitucional.

El divorcio por "mutuo acuerdo".

63. — En el llamado divorcio "por mutuo acuerdo" que había incorporado el art. 67 bis de la ley 2393 y que, en lo sustancial, subsiste en la nueva ley 23.515 (art. 215 y 236 del código civil), hay un aspecto constitucional que no queremos omitir al referirnos al matrimonio, aun cuando se refiere más bien a la sentencia judicial que dispone dicho divorcio. En su momento explicaremos que toda sentencia debe estar debidamente *motivada y fundada* para ser constitucionalmente válida. Pues bien, en el divorcio comentado se sustancia un proceso judicial en cuyas actuaciones no puede quedar constancia escrita de las causas que los cónyuges han alegado verbalmente al juez para peticionar su separación, y el fallo se limita a expresar que los motivos aducidos por los cónyuges hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que fundan esa situación. Parecería que la ley estuviera habilitando (en contra de

la constitución) el dictado de una sentencia que, por carecer de motivación y fundamentación, sería "arbitraria". Sin embargo, pensamos que la ley *no es inconstitucional*, porque milita una razón suficiente para establecer el dispositivo comentado. Tal razón excepcional radica en el propósito respetable de deparar a los esposos una vía y una forma procesales que resguarden el secreto y la intimidad de las causales que desean sustraer a toda controversia escrita y a toda prueba en juicio.

Las normas constitucionales sobre la familia.

64. — Las normas constitucionales sobre la familia no limitan su alcance a la que surge del matrimonio, y se extienden a cualquier núcleo parental.

Consideramos que "la familia" no es un sujeto con personalidad propia; con el vocablo "familia" se designa colectivamente al conjunto de las personas físicas que son parte de ella, por lo que hablar de "derechos de la familia" ha de significar "derechos *de las personas físicas* en sus relaciones de familia", tanto dentro de la familia como frente al estado y a terceros ajenos a ella.

65. — La constitución formal es parca en normas sobre la familia. Hasta 1957, carecía de ellas. En 1957 el art. 14 bis in fine incorporó el siguiente enunciado: "la ley establecerá... *la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar, y el acceso a una vivienda digna*". Estamos ante una fórmula de las llamadas programáticas, que no por eso deja de ser obligatoria, y que debe ser desarrollada.

Ha de repararse en que la letra de esta norma cuida de *no* mencionar al "bien de familia", a la "compensación económica familiar", y a la "vivienda" como *derechos* subjetivos. Baste reflexionar que lo que surge de la cláusula es la "obligación" estatal de "establecer" por *ley* lo que el texto menciona. Si en reciprocidad a esa obligación existe o no un derecho personalizado en cada hombre, requeriría una extensión explicativa ajena a esta obra.

Para su propósito, solamente aclaramos que aquella obligación legal se satisface mediante la adopción de *políticas sociales* de muy variada índole. En algunos casos, surge de ellas un indudable derecho subjetivo, por ej., una vez que la ley establece el salario familiar de acuerdo a determinadas condiciones, el trabajador que las reúne titulariza el derecho personal a percibirlo.

66.— Después de la *reforma de 1994* el *art. 75 inc. 23* guarda también alguna relación en materia de seguridad social con el tema de la familia cuando en su párrafo segundo alude al niño y a la

madre, ya que uno y otra ostentan una relación familiar y un estado civil de familia.

El *Pacto de San José de Costa Rica* obliga a *igualar las filiaciones.*

67. — El *art. 75 inc. 19 párrafo tercero* prevé la participación de la familia en la *educación.*

68. — En virtud de las cláusulas de la constitución y de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional acerca de la igualdad, en conexión con las de protección de la familia, entendemos que se acoge la *igualdad de los cónyuges* en las relaciones matrimoniales y de familia, y la plena *igualdad de los hijos* matrimoniales y extramatrimoniales.

69. — La cláusula sobre protección a la familia no presta fundamento a nuestro juicio para: a) sostener que la constitución impone la indisolubilidad del matrimonio; b) discriminar a los homosexuales en razón de carecer de inclinación o aptitud para formar una familia contrayendo matrimonio; c) afirmar que la abstención sexual voluntariamente asumida —y, por ende, el celibato religioso en cualquier iglesia o culto— está en pugna con la mentada cláusula en razón del compromiso de no contraer matrimonio.

Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

70. — El *Pacto de San José de Costa Rica* estipula que "se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene 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" (art. 17.2). El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes (art. 17. 3).

Normas equivalentes contiene el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 23.2 y 3).

El derecho a contraer matrimonio en condiciones de igualdad con el varón está previsto en la *Convención sobre Discriminación de la Mujer* (art. 16. 1, a), en tanto la *Convención sobre Discriminación Racial* incorpora a su listado enunciativo de derechos el derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge (art. 5. d, iv).

El *Pacto de San José de Costa Rica* consigna que "*la familia* es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado" (art. 17. 1).

El mismo art. 17 dice: "4. Los estados partes deben tomar medidas apro-

piadas 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 a 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 del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo."

El art. 19 declara que "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".

Una norma equivalente incluye el art. 23 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, omitiendo la igualdad de las filiaciones.

En la *Convención sobre Derechos del Niño* se despliegan numerosos aspectos que guardan relación y hacen referencia al núcleo familiar del niño. Precisamente por la condición de minoridad, los derechos del niño están fundamentalmente inmersos en el ámbito de la convivencia doméstica, que el citado tratado contempla minuciosamente en varias partes de su articulado.

En relación con los derechos *sociales*, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* encara relaciones entre algunos de ellos y la familia en los artículos 10, 11 y 7 a. ii).

La *Convención sobre Discriminación de la Mujer* despliega una normativa múltiple en la diversidad de su articulado cada vez que impone la igualdad real de derechos y de trato con el varón en las relaciones de familia, y cuando alude a los derechos de la mujer en situaciones varias, como embarazo, parto, maternidad, educación familiar, nacionalidad, planificación familiar, prestaciones familiares, etc.

CAPÍTULO XV

LOS NUEVOS DERECHOS DE LOS ARTICULOS 41 Y 42

I. EL DERECHO AMBIENTAL. - El artículo 41: derecho al ambiente. - *Ambiente y ecología*. - Las calificaciones del ambiente. - *Los elementos que integran el ambiente*. - El deber de preservación. —El deber de recomponer y reparar. - La operatividad de la norma. - La información y educación ambientales. - La tutela judicial amparista. - El reparto de competencias federales y provinciales: legislación y aplicación. - *Los tratados interjurisdiccionales*. - II. EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. - El artículo 42: consumo, bienes y servicios. - *El sistema económico: mercado, competencia y estado*. - Los derechos, las protecciones y los deberes. - La legislación prevista. - El derecho de asociación. - La educación para el consumo. - La tutela judicial amparista. - III. EL PERFIL DE LOS NUEVOS DERECHOS

I. EL DERECHO AMBIENTAL

El artículo 41: derecho al ambiente.

1. — El art. 41 prescribe:

"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."

(La *bastardilla* es nuestra).

Es una norma nueva que da acogimiento a una materia que antes de la reforma era susceptible de ubicarse por igual en dos ámbitos: en el de los *derechos de la tercera generación*, y en el de los llamados *intereses difusos*, o intereses colectivos, o intereses de pertenencia difusa. El art. 33 sobre *derechos implícitos* les servía de base.

Ahora, bien se lo puede ubicar entre los *derechos humanos fundamentales*.

2. — Cuando el art. 41 alude al derecho al ambiente sano como "derecho de *todos los habitantes*" lo personaliza *subjetivamente* en cada uno, de modo análogo a como lo hacía ya el art. 14 con los derechos allí enumerados.

No cabe duda, entonces, de que la constitución ha perfilado claramente en el nuevo art. 41 una *situación jurídica subjetiva*.

Sin perjuicio de ello, al depararle en el art. 43 la vía tutelar de la acción de amparo y hacer referencia a "derechos de *incidencia colectiva*" ha asumido, simultáneamente, la *dimensión colectiva* o grupal que tiene el derecho al ambiente. (Ver nº 36).

Ambiente y ecología.

3. — El *derecho ambiental*, o *derecho ecológico*, con un contenido muy holgado y elástico, ha alcanzado auge contemporáneo universal, en la doctrina y en el derecho comparado.

Hay un nexo con el llamado *derecho de los recursos naturales* que, paulatina y tardíamente, fue englobando otros sectores de antigua data, como el derecho de aguas, el derecho de tierras, el derecho forestal, el derecho marítimo, el derecho minero, el derecho de la energía, el derecho de la atmósfera y el derecho del espacio aéreo.

Sin que haya coincidencia total entre el derecho ambiental y el de los recursos naturales, algunas bisagras los vinculan —por ej., en lo que atañe a tierras, suelos, bosques, fauna, flora, aguas, etc.—; pero el derecho ambiental presenta, a su vez, áreas ajenas a los recursos naturales, como son las del patrimonio cultural, artístico e histórico (ver nº 5).

Hemos de tener presente que el *art. 124* declara ahora que las *provincias* titularizan el *dominio originario de los recursos naturales* existentes en su territorio.

Las calificaciones del ambiente.

4. — El ambiente al cual todos tienen derecho recibe adjetivaciones: *sano, equilibrado, apto* para el *desarrollo humano* y apto también para las *actividades productivas* que satisfagan las *necesidades humanas* sin comprometer las de las generaciones futuras. Es la fórmula con que la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo ha definido al "desarrollo sustentable".

Ambiente "sano" alude al que facilita la instalación de las personas en un entorno favorable a su bienestar.

Ambiente "equilibrado" apunta, por su parte, a la conjunción entre el entorno y las actividades que despliegan las personas, de forma que propenda al mismo bienestar y al desarrollo humano, sin deterioro para el ambiente.

La trama de estas alusiones pone en relación al *ambiente* con el *desarrollo* y con los *derechos humanos*.

La referencia a las "generaciones futuras" no ha de entenderse como si quienes nacerán y vivirán en el futuro, y todavía no viven, tuvieran desde ya derechos anticipados cuando aún no son personas —ni siquiera "nascituri"—. La locución ostenta, a nuestro criterio, otro alcance y otro sentido, que es el siguiente.

El llamado *desarrollo "sustentable"* —o sostenible— configura un tipo o modelo de desarrollo *duradero* que haga posible la vida de los seres humanos, de la fauna y de la flora en nuestro planeta tierra, todo ello enmarcado en el entorno ambiental que hace las veces de un hábitat. Para que así sea resulta imprescindible que las políticas de desarrollo en y para cada presente tomen muy en cuenta también el futuro, porque la perturbación o el daño ambientales no siempre son inmediatos sino que pueden producirse tardíamente si ya, desde ahora, no se adoptan las precauciones necesarias. A tales repercusiones futuras las previene el art. 41 con un claro sesgo de *solidaridad social*.

Los elementos que integran el ambiente.

5. — El ambiente no se circunscribe al entorno físico y a sus elementos naturales: agua, atmósfera, biosfera, tierra, subsuelo; hay que añadir todos los demás elementos que el hombre crea y que posibilitan la vida, la subsistencia y el desarrollo de los seres vivos. Tales organismos vivos componen un sistema y una unidad, con interacciones en un espacio determinado entre los mismos seres vivos y sobre el ambiente del que forman parte. Es el *ecosistema*, y es la *ecología* entendida como la relación de esos organismos con el entorno y las condiciones de existencia.

Por supuesto, ya dijimos que hay que computar los denominados *recursos naturales*, que son bienes que se hallan en la naturaleza y que son susceptibles de transformación y uso por parte de los hombres (ver nº 3).

Pero como el hombre es un ser *social*, el ambiente también se integra con otros ingredientes que, latamente, cabe calificar como *culturales*; es así como debemos agregar el *patrimonio artístico e histórico* que, no en vano, recibe el apodo de *patrimonio cultural*.

Por fin, el patrimonio *natural* —dentro del cual nos parece que hay que incorporar al paisaje— viene a sumarse a todos los contenidos antes ejemplificados.

Sin demasiado esfuerzo, cabe interpretar que el ambiente abarca todos los ámbitos —naturales y construidos por el hombre— donde se alojan la persona humana y sus actividades.

El deber de preservación.

6. — Después de enunciar como derecho de todos los habitantes el de gozar de un ambiente sano, la norma les adjudica el *deber de preservarlo*. Se trata claramente de un *deber jurídico* —y jurídicamente exigible— de todos y de cada uno que, por la naturaleza de la cuestión involucrada en aquel derecho y en este deber, nos convierte a todos en una especie de agentes públicos en el cuidado ambiental.

Obligaciones pesan también sobre el *estado*. El artículo involucra a las "autoridades", con una cobertura amplísima que abarca desde los titulares de los tres departamentos del *gobierno federal* y de los *gobiernos provinciales y municipales* —y a todos los *jueces*, seguramente también a los que no son ni sean más que órganos de tribunales administrativos, como los de faltas—; y, descendiendo, a todos los organismos y reparticiones estatales, más los órganos extra-poderes, como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público.

7. — Cuando la norma dice que estas "autoridades" proveerán a la *protección* de "este derecho" al ambiente sano, apunta no sólo a una obligación de *omisión* para no dañarlo, sino a *prestaciones positivas* para lograr todo cuanto hace falta en orden a preservarlo, a evitar que otros lo alteren o destruyan, a recomponerlo, etc., y para exigir de los particulares cada deber concreto en cada circunstancia en la que el ambiente quede comprometido o perturbado.

El párrafo alusivo a la cuestión que comentamos podría inducir a equivocación o confusión cuando parece dividir dos aspectos: por un lado, y primero, el deber

de *proteger* este derecho; por el otro, después, *proveer* a la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, la información y educación ambientales.

Pensamos que esa enumeración —ejemplificativa y no taxativa, de diversos aspectos— compone una *unidad* dentro del ambiente en su doble faz: el *derecho* al ambiente sano, y la *obligación* —estatal y de los particulares— de preservarlo. Los recursos naturales, el patrimonio cultural —más sus especies: histórica, artística, con identidad y pluralidad (conforme al art. 75 inc. 19 in fine)—, integran el ambiente.

Luego, instrumentalmente, vienen como medios idóneos para el derecho y el deber, la *información* y la *educación ambientales*.

Todo ello, además, con un engarce indisoluble respecto de las pautas que ha señalado el primer párrafo del art. 41: la aptitud del ambiente sano y equilibrado para el desarrollo humano, para las actividades productivas, y para las generaciones futuras.

El deber de recomponer y reparar.

8. — El art. 41 establece que el *daño ambiental* generará *prioritariamente* la obligación de *recomponer*, según lo establezca la ley.

El uso del verbo "recomponer" puede suscitar dudas sobre su alcance; en primer lugar, como estamos acostumbrados a hablar más bien de *reparación*, hemos de decir que la alusión a la *recomposición* no sustituye ni elimina la reparación; en segundo lugar, es evidente que si recomponer equivale a componer nuevamente lo que antes se "des-compuso", tal recomposición no siempre es posible en todos los casos pero, cuando lo es, hay obligación de volver las cosas a su estado anterior; en tercer lugar, la recomposición —cuando resulta viable— no excluye la reparación del daño que se ha causado; en cuarto lugar, derivar a la ley la obligación de recomponer no implica, necesariamente, que la ausencia de ley impida la aplicación directa e inmediata de la norma constitucional, al menos en lo que se interprete como su contenido esencial, que debe ser *operativo*.

La parte de la norma que se refiere a la obligación de recomponer el daño ambiental queda enfatizada por el adverbio "prioritariamente". Quiere significar que "antes que todo", o "antes que nada", las cosas deben volver a su estado anterior, cuando ello es posible.

La operatividad de la norma

9. — A todo el art. 41 le asignamos como mínimo una *presunción*

de operatividad. Que es necesario conferirle desarrollo legislativo, no lo negamos; lo que negamos es que la falta o escasez de legislación atrofie al derecho que reconoce y garantiza la norma.

Sobre todo los *jueces* deben desplegar un prudente activismo judicial en sus interpretaciones aplicativas y, partiendo de la fuerza normativa de la constitución y de la explícita definición que ella hace del *"derecho" de todos los habitantes al ambiente*, han de hacer cumplir el deber de preservación que se les imputa, tanto como el de proveer a la protección.

Los jueces son "autoridades", y la tutela que han de prestar no puede quedarles impedida por insuficiencia o ausencia de la ley.

La información y educación ambientales

10. — La alusión a la información y educación ambientales queda atrapada por la igual *obligación* de las autoridades para proveer a su protección.

El estado asume, en orden a la *información*, dos deberes: uno, *recolectarla* y procesarla debidamente; es decir, el estado debe informarse él mismo, lo cual presupone —entre otras muchas cosas— una vigilancia y un control para conocer debidamente todas las situaciones real o potencialmente riesgosas o dañinas; el otro deber consiste en *suministrar* y *difundir* públicamente a la sociedad la información acumulada y actualizada, todo ello de modo permanente y eficaz.

En cuanto a la *educación* ambiental, el deber estatal se diversifica en múltiples aspectos, uno de los cuales, muy apegado al de informar a la sociedad, puede ser el de una debida y constante campaña publicitaria que estimule a todos a preservar el ambiente, o sea, a que cumplan el deber que el art. 41 nos impone; asimismo, los planes de enseñanza en todos los niveles educativos han de incorporar la educación ambiental.

Se observa, entonces, que hay una indisoluble relación con el *derecho a la información* y a la *libertad de expresión*, y con el *derecho a la educación y a la cultura*.

Una vía indirecta, que no excluye la obligación estatal directa, ha de ser el auxilio que el estado preste a las *asociaciones* y *entidades* que tengan como finalidad la protección ambiental en todos los contenidos que, elásticamente, hemos dado por incluidos en el ambiente.

La tutela judicial amparista.

11. — "Los derechos que protegen al ambiente" cuentan —según el texto del art. 43— con la vía del *amparo* para esa protección. El supuesto bien merece calificarse como *amparo ecológico* o *amparo ambiental.*

El reparto de competencias federales y provinciales: legislación y aplicación.

12. — Ya antes de 1994, el derecho ambiental planteó novedades en razón de nuestro régimen federal con su división de competencias entre el estado federal y las provincias.

Los dos principios a conjugar, que son difíciles en su coordinación, se enuncian así: a) cuidar el ambiente es responsabilidad del poder que tiene jurisdicción sobre él; pero b) no todos los problemas ambientales son juridisccionalmente divisibles, ya que hay interdependencia en el ambiente y hay movilidad de factores nocivos para él, por lo que si bien un factor degradante puede localizarse, suele irradiar perjuicio difuso y movedizo más allá del lugar de origen.

La distribución de competencias que ahora diseña el art. 41 no obstruye lo que, desde antes de la reforma de 1994, dimos por cierto en el sentido de que el derecho ambiental ofrecía ámbito para aplicar el *federalismo concertado* entre el estado federal y las provincias, sin excluir dentro de las últimas a sus municipios. No pensamos que después de la reforma haya quedado excluida la viabilidad de una *concertación interjurisdiccional* porque, en definitiva, el citado art. 41 nos propone *competencias concurrentes.*

También desde antes de la reforma Guillermo Cano había efectuado un desglose cuatripartito de índole competencial: a) *federal*, b) *provincial*, c) *municipal*, d) *interprovincial.* Habría que añadir el *internacional.*

Veamos el reparto actual.

13. — La cláusula tercera del art. 41 es una norma que corresponde a la parte orgánica de la constitución, porque define el *reparto de competencias* entre el estado federal y las provincias.

Al *estado federal* le incumbe dictar las "normas de *presupuestos mínimos*", y a las provincias las normas "necesarias para *complementarlas*". Se trata de una categoría especial de *competencias concurrentes.*

En efecto:

a) Los *contenidos mínimos* escapan a la competencia provincial, porque son propios del *estado federal*;

b) Las *normas complementarias* de competencia *provincial* son la añadidura para *maximizar* lo mínimo.

No se trata, por ende, de que toda la materia ambiental caiga íntegramente en las dos jurisdicciones. La concurrencia está *repartida* entre lo *mínimo* y lo *máximo complementario*.

No obstante, creemos que esta complementariedad maximizadora de los contenidos mínimos no impide que la *legislación provincial* recaiga en problemas ambientales *jurisdiccionalmente divisibles* que se circunscriben al ámbito territorial de una provincia, a condición de no alterar la protección surgida de la ley de presupuestos mínimos.

14. — La complementariedad maximizadora demuestra el acierto de nuestro punto de vista en materia de derechos humanos cuando hemos afirmado que en tanto se respete la distribución competencial entre estado federal y provincias, éstas quedan habilitadas para ampliar el plexo de derechos a cuya recepción las obliga la constitución federal.

15. — En cuanto a los *daños* ambientales susceptibles de incriminarse como *delitos*, es indudable la *competencia exclusiva del congreso* por tratarse de materia *penal*.

16. — Todo ello demuestra que la reforma ha reconocido, implícitamente, que cuidar el ambiente es responsabilidad prioritaria del poder que tiene jurisdicción sobre él, lo que equivale a asumir la regla de que la jurisdicción es, como principio, *local* —provincial y municipal—. No obstante, el perjuicio al ambiente no suele detenerse localmente, porque es movedizo y transferible más allá del lugar de origen; la interdependencia del ambiente es, entonces, un parámetro que sirve de guía, y que convoca al estado federal a fijar los presupuestos mínimos de protección. Estos rigen tanto para el ámbito local, donde acaso quede circunscripto el perjuicio sin difusión extrajurisdiccional, como más allá de él en el supuesto habitual de que el problema ambiental no sea jurisdiccionalmente divisible.

17. — Cuando el *ex art. 108*, que se mantiene después de la reforma como art. *126*, prohíbe a las provincias legislar en materia de derecho común una vez que el congreso ha dictado los códigos o leyes de esa naturaleza enunciados en el art. 75 inc. 12 (ex art. 67 inc. 11), parece posible entender, analógicamente, que hasta tanto se sancionen las normas de presupuestos mínimos por el estado federal, las provincias disponen de margen elástico para dictar leyes amplias en orden al derecho ambiental.

18. — De lo que ahora no queda duda es de que la *ejecución y*

aplicación de la legislación del congreso se rige por la regla del art. 75 inciso 12, que es la clásica del anterior art. 67 inc. 11: la competencia legislativa del congreso *no altera las jurisdicciones locales*. Así lo consigna expresamente el mismo art. 41.

No obstante la reserva de las jurisdiccionales provinciales para aplicar las normas ambientales, creemos viable que:

a) determinados delitos ecológicos puedan revestir la naturaleza de *delitos federales* (y no de derecho penal común) y, por ende, las respectivas causas judiciales deban tramitar ante *tribunales federales*;

b) fuera del ámbito penal, el estado federal también invista *excepcionalmente jurisdicción judicial federal* para aplicar y ejecutar algunas políticas y medidas protectoras del ambiente, si acaso la unidad ambiental lo reclame sin lugar a duda.

Los tratados interjurisdiccionales.

19. — Queda todavía otro aspecto competencial, cuando se atiende al derecho internacional. Es necesario afrontarlo porque las cuestiones ambientales son susceptibles de afectar a más de un estado.

Los daños de expansión interjurisdiccional dejan margen para que el estado federal concierte *tratados internacionales* que, por revestir jerarquía supralegal, subordinan a la ley de presupuestos mínimos que incumbe dictar al congreso. Por supuesto, también colocan por debajo de sí a las normas provinciales.

Tales tratados no sólo prevalecen siempre sobre la legislación sino también pueden exceder lo que, en y para la ley de presupuestos mínimos, es materia de competencia del estado federal.

De todos modos, si aceptamos que estos tratados tienen, al menos parcialmente, carácter de *tratados de derechos humanos* (porque hay derecho al ambiente sano) podemos recordar que el derecho interno también dispone de margen para ampliar el dispositivo internacional.

20. — En el campo de las competencias provinciales hay que agregar que: a) *los convenios de regionalización* para el desarrollo económico y social del art. 124 pueden prever la protección al ambiente que se vincula con dicho desarrollo; b) los tradicionales *"tratados" interprovinciales* del art. 125 también, incluso con participación del estado federal; c) los *convenios internacionales* que según el art. 124 pueden celebrar *las provincias* admiten recaer en materia ambiental.

II. EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.

El artículo 42: consumo, bienes y servicios.

21.— El art. 42 dice así:

"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."

(La *bastardilla* es nuestra).

El sistema económico: mercado, competencia y estado

22. — La norma del art. 42 traza alguna dirección al *sistema económico*, que no puede desconectarse de todo el techo principista-valorativo, en especial con sus reiteradas apelaciones al *sistema democrático.*

Las alusiones que aparecen en el art. 42 —por ejemplo: a la competencia, al control de los monopolios, al consumo, etc.— presuponen la existencia del *mercado*, lo que no significa —sin más— que la *libertad* y la *competencia* en el mercado retraigan la presencia razonable del estado en este ámbito económico del consumo, de los bienes y de los servicios. Para nada ha de alentarse ni verse aquí una postura abstencionista del estado propiciada por el art. 42, sino todo lo contrario.

En efecto, todas las menciones que bajo la cobertura del "*derecho* de los consumidores y usuarios" se hacen en el párrafo primero, más las puntualizaciones que siguen en los párrafos segundo y tercero, demuestran que el sistema

democrático con su plexo de derechos apuntala la presencia del estado para *evitar desigualdades injustas* y para mantener —o recuperar, si es preciso— el *equilibrio* en las relaciones de consumidores y usuarios.

Vigilar al mercado, frenar abusos en las prácticas comerciales, y tutelar derechos, hacen de eje a la interpretación que asignamos al art. 42. Ha de presidir esta interpretación la convicción de que se ha querido proteger como *interés jurídico relevante* todo lo que tiene relación con las *necesidades primarias y fundamentales* que el consumo, los bienes y los servicios deben satisfacer en favor de las personas.

23. — Hemos adelantado que hay que hacer intersección entre las *desigualdades* y el *equilibrio*. Desigualdades, porque nadie duda de que los consumidores y usuarios —por más libertad de mercado que se pregone— son vulnerables frente a quienes les proveen los bienes y servicios básicos para una vida decorosa y digna, y que tal vulnerabilidad frente a eventuales abusos, engaños, prácticas desleales, etc., reclama el equilibrio que el estado democrático está obligado a dispensar. (Por su relación con el tema, ver cap. XIV, nº 15, 17, 39 y 40).

Cuando echamos mano de la expresión "necesidades primarias, fundamentales, o básicas" estamos pensando en los alimentos; en el suministro de agua; en la corriente eléctrica; en las redes cloacales; en el gas; en el teléfono, y en muchas cosas más. El *acceso* a todo ese conjunto de bienes y servicios es un derecho del consumidor y del usuario, que no se abastece ni se hace efectivo de cualquier manera por virtud mágica del mercado libre ni de la supuesta "mano invisible" que siempre pone orden y rinde beneficio para todos. Aquí subyace la desigualdad, y es indispensable el equilibrio. Y el estado debe lograrlo con la participación de la *sociedad* —es decir, de los *consumidores y de los usuarios*, más las *asociaciones* constituidas para defender sus intereses y sus derechos—.

24. — No hay duda —asimismo— de que en el mercado de consumo y servicios ha cambiado mucho la relación entre el fabricante, vendedor o proveedor, y el público. La propaganda y la publicidad comerciales, la difusión y penetración de los medios de comunicación, y la llamada "mercadotecnia" (dirigida a conocer e inducir a los consumidores) son algunas de las estrategias y técnicas que hoy han modificado el panorama de antaño. La denominada "globalización", por su parte, añade al problema nuevos estilos en el proceso de comercialización —por ej., con las ventas a distancia, y la publicidad internacional—.

La lealtad comercial, la propaganda competitiva, el deber de veracidad, el espíritu de lucro, la tendencia al consumismo en muchos estratos sociales, y por sobre todo la dignidad de la persona humana y los derechos que ella compromete —y se le comprometen— en este orbe del consumo y los servicios, componen

entre sí una bisagra que obliga a tomar en cuenta, como aspecto central, el debido equilibrio entre el mercado, la competencia y la oferta-demanda (por un lado) y la protección de la persona (por el otro).

25. — Cuando se toma en consideración al mercado y al consumo, se habla de un "derecho de consumo", en cuyo centro se ubican los *derechos del consumidor*. Por consumidor se entiende toda persona que adquiere o usa un producto determinado o un servicio como destinatario final. Entre el consumidor y el proveedor de bienes y servicios se traba en el mercado una relación que, como mínimo, exige que la presencia del estado controle y asegure la defensa de la competencia leal (con descarte de la desleal) y la defensa del consumidor, que es la parte más débil y vulnerable en esa relación, sin dejar de computar que la bilateralidad de tal relación se inserta en un marco de globalización y generalidad muy amplia que también hace indispensable asegurar el principio protectorio —no sólo del consumidor, sino de pequeños proveedores y pequeñas empresas—.

En el ámbito del consumo y del "derecho de consumo" hay que ordenar los parámetros que, conforme al art. 42, giran en torno de los derechos allí previstos, tanto cuando revisten perfil de *derechos personales* cono cuando ofrecen el de *derechos de incidencia colectiva* —según vocabulario del art. 43— o de intereses de pertenencia difusa.

26. — La defensa y protección de consumidores y usuarios debe entenderse actualmente como un *principio general* informador del ordenamiento jurídico, al modo como lo concibe el derecho español.

Los derechos, las protecciones y los deberes.

27. — Vamos a recorrer en el primer párrafo del art. 42 el enunciado de los derechos de los consumidores y usuarios "en la relación de consumo" (y de uso):

a) derecho a la protección de su *salud* (que incluye el derecho a la vida y a la integridad);

b) derecho a la protección de su *seguridad* (personal, en cuanto se halla en juego por la naturaleza y calidad de bienes y servicios);

c) derecho a la protección de sus *intereses económicos* (conforme a sus recursos de igual índole);

d) derecho a *información* veraz y adecuada por parte de quienes proveen los bienes en el mercado de consumo y de servicios;

e) derecho a la *libertad de elección* (en la misma relación);

f) derecho a *condiciones de trato* equitativo y digno (en la misma relación).

28. — En el segundo párrafo se atisba la *defensa* del consumidor y del usuario por parte del *estado*. Al igual que en el art. 41 en materia de derecho ambiental, aquí se dice que "las *autoridades* proveerán a la *protección* de *esos derechos*" (los enunciados en el párrafo antecedente), para en seguida extender idéntica obligación de proveer a:

a) la *educación para el consumo*;

b) la defensa de la *competencia* en el mercado;

c) el *control de los monopolios*;

d) el control de la *calidad y eficiencia* de los servicios públicos;

e) la formación y participación de *asociaciones* de consumidores y usuarios.

29. — No cabe duda de que los derechos que menciona expresamente el art. 42 proyectan *implícitamente* otra serie, en la que a título de ejemplo podemos incluir:

a) el derecho a *acceder* al consumo;

b) el derecho a *trato no discriminatorio* sino en igualdad de oportunidades;

c) el derecho a *satisfacer*, mediante el consumo y el uso de servicios, las necesidades básicas o primarias de la persona;

d) el derecho a la *lealtad comercial*.

Si ahora buscamos la bisagra con el *plexo de valores*, reaparecen muchos; así:

a) el valor *solidaridad*;

b) el valor *cooperación*;

c) el valor *seguridad*;

d) el valor *participación*;

e) el valor *igualdad*;

f) el valor *justicia*.

30. — No dudamos en considerar que cada uno de los aspectos a cuya protección *deben proveer las autoridades*, también tiene como recíprocos —del lado del consumidor y del usuario— los correlativos *derechos*.

Son derechos *"frente" al estado*, porque "autoridades" son todos los órganos de poder gravados con la obligación de proveer la protección. Al vocablo "autoridades" le asignamos alcance amplio y, por supuesto, al igual que en el caso del art. 41, involucrando a los

"*jueces*". No en vano el art. 43, al reglar la acción de amparo, lo hace viable en su segundo párrafo en lo relativo a la competencia, al usuario y al consumidor, como también en general a los *derechos de incidencia colectiva*.

En algunos casos, los *derechos son ambivalentes*, porque resultan oponibles además ante quien provee los bienes y los servicios. Así, el derecho a la calidad y eficiencia, y a que el mercado no se distorsione en desmedro de la competencia. Esto en orden a derechos que surgen del párrafo segundo. Pero también entre los del párrafo primero encontramos derechos —allí enunciados como tales— con la misma ambivalencia, o sea, que invisten los consumidores y usuarios frente al estado y frente a los proveedores de bienes y servicios.

31. — Muchos de estos derechos muestran parentesco con los del art. 41 sobre el *ambiente*. Así, a título de ejemplo, los prestadores del servicio de agua deben cuidar que el agua no se polucione; las industrias que procesan productos para la alimentación y la bebida no deben contaminar el ambiente, como tampoco los proveedores de carnes y vegetales para el consumo han de incurrir en depredación, ni los cultivos han de arrasar el suelo volviéndolo improductivo a cierto plazo, etcétera.

La legislación prevista.

32. — El último párrafo del art. 42 remite a la *legislación* para que establezca *procedimientos eficaces* en orden a *prevenir y solucionar conflictos* en la triple relación de "consumidores y usuarios-prestadores de bienes y servicios - estado". La ley ha de discernir también los *marcos regulatorios* de los servicios públicos de competencia "nacional" y, tanto para esto como para la prevención y arreglo de conflictos, la ley debe además prever la necesaria *participación* de las *asociaciones* de consumidores y usuarios, y de las *provincias* interesadas. Añade, en alusión a esta participación: "en los organismos de control".

Entendemos que estos organismos controladores han de tener facultad en el doble ámbito ya señalado: para *prevenir* y *solucionar conflictos*, y para *fiscalizar* —y exigir— que las prestaciones de bienes y servicios se encuadren en el marco regulatorio fijado por la ley.

El derecho de asociación.

33. — El *derecho de asociación*, que con solamente el art. 14 queda bien abastecido en una posible pluralidad de áreas, encuentra

en el art. 42 su especificación. Hay en él dos menciones: a) la primera, cuando el párrafo segundo alude al *deber estatal* de proveer a la protección del *derecho a constituir asociaciones* de consumidores y usuarios; b) la segunda, a la necesaria *participación* de las mismas en los organismos de control.

No cabe duda de que las leyes tienen que dar desarrollo a este derecho de asociación; no resulta facultativo hacerlo o no hacerlo, porque entendemos que existe la *obligación* de legislar. Sin embargo, hasta tanto tal legislación esté completa, el art. 42 —como todos los demás de la constitución— tiene como *mínimo* un *contenido esencial* en virtud de la fuerza normativa de la misma constitución, y en mérito al mismo los jueces han de dar andamiento aplicativo a aquel contenido. Nos refuerza en este punto la circunstancia de que el ya citado art. 43 prevea la acción de amparo en orden a los derechos relativos a la competencia, al usuario y al consumidor.

La educación para el consumo.

34. — Hemos de entresacar también la referencia a la *educación para el consumo*, que no debe ser mal interpretada. Nos negamos a entender que "educación para el consumo" equivalga a publicidad y a propaganda para *estimular* el "consumismo". Educar para consumir, o enseñar a consumir, no es inocular en la sociedad una cultura consumista. Todo lo contrario, es predisponer adecuadamente a las gentes para que sepan ejercer el derecho a la libre elección en el acceso y el tráfico del mercado. Este "saber" implica —en primer lugar— la previa *educación* para discernir lo que puede o debe consumirse, lo que tiene calidad para la opción, lo que está destinado a las necesidades básicas de lo que no es imprescindible o es superfluo. Es una educación *informativa* que tiene que llegar hasta provocar e inducir la capacidad del consumidor para reconocer el engaño y la seducción, y para preservarse de ellos.

Si explayamos más el sentido de la educación para el consumo, podemos sostener que, globalmente, es una educación que coloque a consumidores y usuarios en situación suficiente para conocer, ejercer y exigir todos los derechos que emergen del art. 42.

La educación para el consumo en el correcto sentido que le atribuimos es un *deber del estado*, porque figura en el párrafo donde la norma dice que las autoridades proveerán a esa educación; pero es compartidamente un *deber de las asociaciones* de consumidores y usuarios.

La tutela judicial amparista.

35. — "Los derechos que protegen a la competencia, al usuario y al consumidor" disponen por el art. 43 de la vía del *amparo* para su defensa judicial.

III. EL PERFIL DE LOS NUEVOS DERECHOS

36. — Los derechos del art. 41 y del art. 42 han solido incardinarse doctrinaria y cronológicamente en los que se llaman de la *tercera generación*, porque son los de aparición más reciente, a continuación de los civiles, políticos y sociales. Muestran algunos rasgos importantes y novedosos, entre los que traemos a colación los siguientes:

a) a más de la *titularidad personal* e individual, alojan una *dimensión colectiva* y *transindividual* que los afilia a la categoría de los intereses difusos, o de los *derechos de incidencia colectiva* mencionados por el art. 43;

b) exhiben una intersección —sobre todo en cuanto a su desarrollo reglamentario— entre el *derecho público y el derecho privado*;

c) se relacionan con *muchísimos otros derechos*, como el derecho a la seguridad; a la calidad de vida; a la igualdad de oportunidades y de trato; a la educación; a la información; a la libertad de expresión; a comerciar y ejercer industria; a la propiedad; a la tutela judicial eficaz; a asociarse; a participar; a la salud; a la vida; al desarrollo; a no sufrir daño; a la reparación del daño; a la integridad; a la libertad de contratar; a reunirse; al tráfico negocial leal, etc.

En este enjambre del inc. c) aparece también:

d) el ensamble con *derechos* que están *declarados* en la constitución, con derechos *implícitos*, y con derechos *por analogado*.

No es ocioso reiterar que todo viene atravesado por un eje fuerte de *constitucionalismo social*, y por el contenido del *sistema axiológico* de la constitución.

37. — No obstante que los derechos referidos al ambiente, y al consumo y uso de bienes y servicios *no son* "derechos por analogado", porque los arts. 41 y 42 los perfilan con naturaleza de derechos en su más pleno sentido, la proyección que irradian en cuanto derechos de incidencia colectiva en la mayor parte de los casos nos permite avizorar que el sujeto pasivo "estado" (o autoridad pública) asume frente a tales derechos una *obligación activamente universal* de

naturaleza similar a la que explicamos cuando habíamos abordado los mencionados derechos por analogado. De ser así, tal obligación existe *frente a todo el conjunto social* que comparte esos mismos derechos al ambiente y al consumo y uso de bienes y servicios.

CAPÍTULO XVI

LOS DERECHOS IMPLICITOS

I. LA RADIOGRAFÍA GENERAL. - Su encuadre, su riqueza y su desarrollo progresivo. - La doble implicitud: en los derechos innominados, y en el contenido de los derechos. - II. ALGUNOS DERECHOS IMPLÍCITOS. - La dignidad de la persona humana. - La vida humana y el derecho a la vida. - *El derecho a la salud*. - Las ampliaciones de las implicitudes. - *El derecho a la intimidad*. - *La relación con los principios y valores*. - *El derecho a la reparación*. - *Los derechos de los arts. 41 y 42*. - Un listado abierto de enunciación ejemplificativa. - Los derechos implícitos en los tratados internacionales.

I. LA RADIOGRAFÍA GENERAL

Su encuadre, su riqueza y su desarrollo progresivo.

1. — Aparte de los derechos que la constitución enumera y de los que sin estar enumerados hemos analizado particularmente, cabe tomar en cuenta todo el repertorio de los que se denominan "*derechos implícitos*". Su catálogo no forma parte expresamente del orden normativo de la constitución formal, pero ha de reputarse incluido en ella, a tenor de las siguientes pautas y conforme a las siguientes bases: a) las que proporciona el deber ser ideal del *valor justicia*, o derecho natural (pauta dikelógica); b) las que proporciona la *ideología de la constitución* que, acogiendo la pauta dikelógica, organiza la *forma democrática* de nuestro estado respetando la dignidad de la persona, su libertad y sus derechos fundamentales (pauta ideológica, valores y principios fundamentales que contiene el orden de normas constitucionales); c) las que proporciona el art. 33 (pauta de la justicia "formal" en el orden de normas constitucionales); d) las que proporcionan los *tratados internacionales* sobre derechos humanos; e) las que proporcionan las *valoraciones sociales* progresivas.

2. — Si en algún sector de la constitución cobra mayor relieve la afirmación de que los *silencios* y las *implicitudes* de su complejo

normativo codificado deben tomarse en cuenta a la hora de interpretarlo e integrarlo, ese sector es el de los llamados derechos implícitos.

Tradicionalmente se los considera aludidos en el *art. 33*, en cuyo texto es el propio constituyente quien nos advierte claramente que lo que falta en la "letra" de la constitución cuando enumera los derechos no niega que, además del catálogo expreso, hay *otros derechos*. Son los *implícitos*. La constitución guarda silencio acerca del listado que debe elaborar el intérprete, tanto cuando éste se moviliza en el plano de la doctrina como cuando lo hace en el de la aplicación a cargo de los operadores constitucionales.

Silencio e implicitud no son lo mismo etimológicamente, pero acá vendrían a coincidir porque los derechos sobre los que la "letra" de la constitución hace silencio componen el plexo de los derechos implícitos. ¿Por qué implícitos? Porque tienen su fuente en el *espíritu* de la constitución, en su *filosofía política*, en su *techo ideológico*. El contexto de *principios y valores* constitucionales ayuda a cubrir, desde la implicitud, el silencio que queda fuera de la enumeración de derechos.

3. — El art. 33 remite, como fuente, a la "soberanía del pueblo" y a la "forma republicana de gobierno". No es —a nuestro criterio— una expresión feliz. Otras mucho mejores hallamos en numerosas constituciones provinciales y en tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, cuando se hace referencia a derechos inherentes a la persona humana, a su naturaleza, a su dignidad, a la forma democrática, etc.

Seguramente, cuando la tendencia a la progresividad y a la maximización del plexo de derechos se ha hecho carne en el actual derecho de los derechos humanos —el interno y el internacional— una fuente de acrecimiento para los derechos implícitos se sitúa en las *necesidades humanas*, en las *valoraciones colectivas*, y en cuantas transformaciones van haciendo que, al hilo histórico del tiempo, aparezcan *derechos nuevos* y *contenidos nuevos en derechos viejos*, por la sencilla razón de que deben respetarse, promoverse y adjudicarse todos los bienes que en cada situación concreta les son precisos al ser humano para emplazar su vida personal con dignidad en la convivencia societaria.

La doble implicitud: en los derechos innominados y en el contenido de los derechos

4. — En primer lugar, especialmente desde la reforma constitu-

cional de 1994, la rica y profusa constelación de *principios y valores* que se ha añadido al texto fundacional y que de manera expresiva se acumula en la parte orgánica, da lugar a que nos empeñemos en una búsqueda de derechos implícitos relacionados con aquellos principios y valores; valga —por ahora— dar como testimonio que las alusiones al desarrollo humano (art. 75 incs. 17 y 19 en su párrafo primero; art. 125, y art 41); al desarrollo económico y social (art. 124), y al desarrollo sin calificativo alguno (art. 75 incs 2º en su párrafo tercero, y 19 en su párrafo segundo) dan por cierto que existe como derecho implícito el *derecho al desarrollo*. No es raro, porque doctrinariamente se lo incluye ahora en los derechos de la tercera generación. (Ver nº 22 a).

b) En segundo lugar, sobre todo con la reforma de 1994 que prevé *tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional*, los derechos que constan en tales tratados y que no figuran en la constitución, o que en los tratados cuentan con un contenido más amplio que en la constitución, bien pueden interpretarse como implícitos en el art. 33.

Se nos dirá que si cuenta con una norma explícita en tratados de jerarquía constitucional no son implícitos. Respondemos: no son implícitos en los tratados, pero lo son en la constitución porque las normas de los tratados están fuera de ella (en el bloque de constitucionalidad).

5. — Además:

c) *Después de la reforma de 1994, hay normas en la constitución* que al referirse a un determinado derecho —como es el de consumidores y usuarios de bienes y servicios en el art. 42— consignan en relación con él a otro derecho —en el ejemplo del art. 42 el derecho a la protección de la salud— que no figura entre los derechos enumerados; el aspecto parcial del derecho a la salud en la relación de consumo corrobora que el contenido completo del derecho a la salud carece de norma en el catálogo constitucional de derechos, pero el art. 42 ayuda a darlo por comprendido entre los implícitos. (Ver nº 14).

d) *En tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional* hay cláusulas sobre derechos implícitos —por ej., en el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica—, más las que al prescribir que las disposiciones del tratado no limitan ni niegan otros derechos provenientes de distinta fuente muestran que tales tratados asumen en

el sistema de derechos a los que surgen del derecho interno; o sea, entre ellos, no sólo a los enumerados sino también a los que están implícitos en la constitución.

e) Hay, además, derechos que la constitución enuncia entre los enumerados, pero en cuyos *contenidos* hemos de reconocer muchos de ellos como implícitos, porque la constitución no los desarrolla; a veces —como en el derecho a publicar las ideas por la prensa, del art. 14— algunos contenidos —como el derecho a expresarse por medios distintos de la prensa— emergen de tratados internacionales de jerarquía constitucional.

Estos son algunos ejemplos que estimulan a ahondar el análisis de los derechos implícitos del art. 33 para que sirva de matriz a cuantos plus convenga, sea para admitir nuevos derechos como para ampliar contenidos en derechos enumerados. El puente que se traba entre los derechos enumerados con los implícitos en el art. 33, más otros derechos parcialmente citados en otras normas de la constitución, más los principios y valores que componen su sistema axiológico, más los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, tiene que ser recorrido de ida y de vuelta para abastecer en plenitud al sistema de derechos. Las estrecheces y las interpretaciones egoístas y reduccionistas no se compadecen con la riqueza que proporciona el art. 33 de derechos implícitos.

II. ALGUNOS DERECHOS IMPLÍCITOS

La dignidad de la persona humana

6. — La dignidad de la persona humana es propuesta por alguna doctrina como un *derecho personal*; por otro sector como un *principio*; y no faltan quienes la consideran "la *fuente*" de la cual derivan todos los derechos personales.

Cuando decimos que el derecho a la vida es el que encabeza a todos los otros, pensamos que para ser sujeto titular de derechos hay que estar vivo, porque solamente el ser humano que vive aquí y ahora tiene derechos.

Se nos dice que antes que la vida, está la dignidad, porque la vida del ser humano que es persona debe ser vivida con dignidad.

Seguramente, anteponer el derecho a la vida a los demás derechos tiene un sentido cronológico y ontológico. Pero como es verdad que la vida humana merece dignidad porque la dignidad es intrínseca a la persona, no hay inconveniente en empalmar una afirmación y la otra para desembocar en la afirmación de que la dignidad inherente a todo ser humano en cuanto es persona confiere *base* a todos los demás derechos.

La dignidad no se halla mencionada, ni como derecho ni como principio, en nuestra constitución, pero cuenta con base normativa en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Dentro de la constitución, seguramente nadie duda de que está incluida en el art. 33.

La vida humana y el derecho a la vida

7. — El derecho a la vida, como propio del ser humano, es un derecho de la persona humana. Tan simple aseveración plantea el arduo problema de fijar con la mayor precisión posible *desde qué momento* existe la persona humana. El Pacto de San José de Costa Rica protege el derecho a la vida "en general, a partir del momento de la concepción" (art. 4.1).

Los avances científicos y tecnológicos, la bioética, las prácticas de fecundación extracorpórea, etc., que tantas innovaciones y sorpresas nos vienen deparando, inducen a algunos a diferir el instante en que —ya producida la concepción— se tiene por cierto que hay un "individuo" de la especie humana y, por ende, una "persona humana" que coincide íntegramente con ese "individuo".

Cuando se sabe que (en la filosofía tradicional) para que haya una "persona" humana debe haber, simultáneamente, un "individuo" humano, es posible consentir que *la persona comienza con la "individuación"* del ser humano, lo cual plantea un problema que desde nuestro punto de vista resolvemos así: si la individuación es posterior —acaso— a la llamada "concepción" (o fecundación) y, por ende, el comienzo de la persona humana también lo es (porque coincide con la individuación), no obstante la vida humana en gestación y desarrollo es siempre y objetivamente, un *bien jurídico* aun antes de que exista la persona: entonces, tendríamos dos etapas igualmente importantes en perspectiva constitucional: a) el período de vida humana desde la concepción hasta la individuación del nuevo ser humano como persona; b) el siguiente período de vida humana de ese ser que ya es la "persona" concebida.

A cada período le correspondería: a') la protección constitucional del proceso completo de la *vida en gestación*, pese a que todavía no fuera posible hablar de "derecho" a la vida porque faltaría el sujeto (persona) en quien titularizarlo; b') el "derecho" a la vida cuando *ya hay* persona humana que, en cuanto sujeto, está en condición ontológica de titularizarlo.

8. — No obstante la diferencia durante cada una de las etapas propuestas, tanto la vida humana en gestación como el derecho a la vida, tornan inconstitucionales a las normas *permisivas* del aborto, la eugenesia, el descarte y la destrucción de embriones, etc.

Nuestra opinión acerca de la inconstitucionalidad de normas que *autoricen*

las prácticas antedichas no significa que las respectivas conductas inconstitucionales deban estar incriminadas y sancionadas penalmente, porque hacerlo es privativo de la política criminal del congreso y no viene exigido por la constitución. Una cosa, pues, es considerar inconstitucional una norma "permisiva" que *autoriza* a cumplir una conducta contraria a la constitución, y otra diferente es que esa conducta deba necesariamente ser tipificada y penada como delictuosa. Lo último no lo compartimos.

9. — Si la vida humana desde su inicio merece la atención que acabamos de dispensarle, no menos importante resulta la que debe prestársele en su trance final, o sea, próximo a la *muerte*. Por eso, el llamado derecho "a morir con dignidad" hace parte del derecho a la vida, en cuanto consiste en que toda persona debe quedar exenta de tratamientos que —fuera de los normales para evitar el sufrimiento— prolongan artificialmente su vida o la someten a condiciones de alta complejidad.

10. — A partir del momento en que se da por cierta la existencia de la persona por nacer, el derecho a la vida comprende el derecho "a nacer". En el período en que todavía no se reconozca la "personalización" del ser concebido y aun no individuado, no correspondería hablar del "derecho" a nacer porque no habría sujeto titular a quien imputar tal derecho, pero hay *vida humana* que, en cuanto *bien jurídico* constitucionalmente protegido, debe preservarse contra todo lo que impida o interrumpa su desarrollo evolutivo natural. En correspondencia con ese bien, hay una *obligación constitucional* de respecto y tutela (ver nº 7 y 8).

11. — El *art. 75 inc. 23* dice en su párrafo segundo que es competencia del congreso "dictar un régimen de *seguridad social* especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...". Esta norma se refiere a un *régimen de seguridad social*, por lo que no puede interpretarse ni como imponiendo el deber de incriminar el aborto mediante ley, ni como deparando una tutela genérica al "derecho a la vida" durante el embarazo de la madre. Es cierto que para proteger "al niño" hay que presuponer que se ha comenzado a gestar la vida humana del ser que será un niño, pero insistimos en que esa protección del inc. 23 se emplaza en el ámbito de la seguridad social, y no en el del derecho penal.

La conexión de la seguridad social con la vida humana y con el derecho a la vida no difiere demasiado de la que se traba con cualquier otro derecho que, para gozarse y ejercerse, necesita previamente titularizarse en una persona con vida. Tal es la única interpretación que nos merece el inc. 23 comentado.

12. — La Corte tuvo ocasión de referirse al derecho a la *vida*, y de conferirle operatividad, cuando debió conciliar, en un caso de trasplante de órganos, la situación del donante y del donatario (que eran hermanos entre sí) para

autorizar la ablación de un órgano del primero en favor del segundo (el caso se suscitó porque la hermana donante no había cumplido la edad prevista en la ley para efectuar la donación de un órgano propio).

Otro interesante caso vinculado con el derecho a la vida y a la salud fue resuelto por la Corte en sentencia del 27 de enero de 1987 ("C. M. del C. B. de c/Estado Nacional, Ministerio de Salud y Acción Social"), respecto del suministro de la discutida droga supuestamente anticancerígena denominada crotoxina.

13. — El "derecho a la vida" aparece expresamente consignado en el *Pacto de San José de Costa Rica*, cuyo art. 4.1 dice que "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". Como prolongación, el art. 5.1. prescribe que "toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* también incluye el derecho a la vida en su art. 6º.

El derecho a la salud

14. — Un ejemplo interesante que no queremos omitir —entre otras razones porque se vincula con el derecho a la vida y a la integridad— es el derecho a la salud. Su mención marginal en el art. 42 (para protegerlo en la relación de consumo) apunta a un aspecto parcial que ahora debemos ampliar.

Como derecho implícito dentro de los clásicos derechos civiles, pudo tener como contenido inicial el derecho personal a que nadie infiera daño a la salud, con lo que el sujeto pasivo cumpliría su única obligación *omitiendo* ese daño.

Hoy, con el curso progresivo de los derechos humanos en el constitucionalismo social, aquel enfoque peca de exigüidad. El derecho a la salud exige, *además de la abstención de daño*, muchísimas *prestaciones favorables* que irrogan en determinados sujetos pasivos el *deber de dar y de hacer*.

Piénsese, no más, en las prestaciones estatales y privadas que para la atención de la salud tienen a su cargo los establecimientos del estado, las entidades de medicina prepaga, las obras sociales, etc., más las propias de la seguridad social. Todo ello para dispensar tratamientos de prevención, de asistencia durante la enfermedad, de seguimiento en el período de recuperación y rehabilitación, etc., más —según el caso— la provisión de terapias y medicamentos.

15. — Normalmente, tales aspectos requieren que entre quien demanda

prestaciones de salud y la entidad —estatal o privada— que es reclamada, haya una relación jurídica suficiente que preste base a las obligaciones del sujeto pasivo como correlativas del derecho postulado por una persona determinada como titular del derecho a la salud. En los hospitales públicos, creemos que dicha relación surge y se traba con la simple solicitud de quien concurre a ellos.

16. — En el contenido del derecho a la salud se considera actualmente incluido el derecho del paciente a un *conocimiento informado* que debe dispensarle el profesional, el derecho de negarse a determinadas terapias (cirugías riesgosas, amputación de miembros, transfusiones de sangre por objeción de conciencia, prolongación artificial o mortificante de la vida en estadios próximos a la muerte, etc.). Todo ello marca una relación con el problema de la buena y la mala praxis.

17. — Es ocioso recalcar que el *derecho al ambiente sano* del art. 41 también se anuda con el derecho a la salud cada vez que contaminaciones y depredaciones (del aire, del agua, de la flora, etc.) provocadoras de daño ambiental, inciden malignamente en la salud y hasta en la vida —a veces— de las personas.

18. — El derecho a la *salud* aparece reconocido en el art. 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* como derecho "al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", e impone a los estados-parte la obligación de adoptar para su plena efectividad una serie de medidas que la misma norma especifica.

En el art. 24 de la *Convención sobre Derechos del Niño* se registra asimismo el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, y a renglón seguido estipula una serie de medidas para asegurar la plena aplicación de este derecho.

Las dos convenciones sobre *Discriminación Racial* y sobre *Discriminación de la Mujer* prevén, en relación con el respectivo objeto de cada una, aspectos varios del derecho a la salud.

Las ampliaciones de las implicitudes

19. — Cuando a los derechos enumerados en la constitución antes de su reforma de 1994 se los tiene como *derechos civiles clásicos*, en los que la obligación del sujeto pasivo se limita a *omitir* violación, interferencia o impedimento, es menester que las necesarias irradiaciones que elastizan su contenido imponiendo —además— al sujeto pasivo (todos o alguno determinado) *una prestación positiva de dar o hacer*, reciban acogida y tutela constitucionales. Para ello, si una interpretación dinámica de la constitución a tenor de las circunstancias actuales no bastara, o no fuera bien acogida en la

doctrina o en la jurisprudencia, consideramos indispensable que a aquellos *contenidos nuevos de derechos viejos* (con la recíproca ampliación de las obligaciones tendientes a satisfacerlos) se los repute exigidos por la cláusula de los derechos implícitos.

20.— Valga como ejemplo genérico el derecho a la *intimidad* o *privacidad* cuando se lo tiene como emanado del art. 19 y, por ende, alojado en la nómina de los derechos enumerados, pero no se le incorporan muchos de los contenidos que hemos analizado en el cap. X. Si acaso se negara —por ejemplo— que el secreto profesional, el secreto fiscal, el secreto de las fuentes de información, el derecho al silencio (o a no expresarse), y toda la gama de *conductas autorreferentes* hacen parte del derecho a la intimidad, habría que darles cobertura como derechos implícitos. (Ver, para otra hipótesis, nº 21).

Cuando se toma en cuenta el derecho a la *igualdad* (que el art. 16 define como igualdad "ante la ley") es importante ensanchar sus contenidos acudiendo a la *igualdad real de oportunidades y de trato* que aparece en el art. 75 inc. 23; a la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, que menciona el art. 75 inc. 19 párrafo tercero (en materia de educación); a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres del art. 37 (en materia de derechos políticos); y a la igualdad de oportunidades que, como una pauta entre varias, incluye el art. 75 inc. 2º párrafo tercero (en materia de distribución de la coparticipación impositiva).

El derecho a la intimidad.

21. — La intimidad o la privacidad que tienen base en el art. 19 explayan proyecciones implícitas. El resguardo constitucional de la intimidad no se agota en cuanto se refiere a esa intimidad como propia y exclusiva de *cada persona* (es decir, de *una sola*), porque hay situaciones en las que la intimidad *cubre a dos o más en común*. Así, en el caso de la intimidad del núcleo familiar; del domicilio donde conviven varias personas; del secreto entre el profesional y el cliente; de los esposos para decidir los problemas de la procreación; de las fuentes plurales de la información periodística, etc.

La relación con los principios y valores.

22. — Cuando hemos enfatizado el plexo de principios y valores, especialmente de los que aparecen con la reforma de 1994 en la parte orgánica de la constitución, dijimos que hay que inferir una recíproca ampliación del sistema de derechos, aunque las normas no hagan referencia a uno o más derechos determinados.

Podemos suministrar algunos ejemplos.

a) El *derecho al desarrollo* es un derecho implícito. No viene

definido como tal en la constitución, pero ésta contiene las siguientes menciones:

a') al *desarrollo humano* en los arts. 41; 75 incisos 17 y 19; 125;

a") al *desarrollo* (cuando regula la distribución de los recursos derivados de la coparticipación impositiva) en el art. 75 inc. 2º párrafo tercero; también (cuando alude a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones) en el art. 75 inc. 19 párrafo segundo;

a"') al *desarrollo económico y social* (cuando prevé con ese fin la creación de regiones por las provincias) en el art. 124.

b) El *derecho a la calidad y nivel de vida dignos* es otro derecho implícito que no está enumerado con ese nombre; no obstante, la "calidad de vida" aparece como una de las pautas con que el art. 75 inc. 2º párrafo tercero indica el modo de distribuir los recursos de la coparticipación impositiva.

c) El *derecho a la identidad*, y su correlato que es el *derecho a la diferencia*, ya fue objeto de análisis (cap.X del Tomo I, nºs 22/23). Al reiterar lo entonces explicado, conviene añadir ahora que la denominada libertad informática —en correlación con el poder informático y sus bancos o registros de datos— aloja en el derecho a la identidad un contenido que bien merece llamarse *derecho a la identidad informática*. Con él —a través del *habeas data*— cada persona ha de estar en aptitud de controlar, cancelar, rectificar y preservar los datos que hacen a su identidad.

El derecho a la reparación.

23. — El derecho privado se ocupa del llamado "derecho de daños". Constitucionalmente no es errado hablar de un *derecho al resarcimiento y a la reparación del daño*, e incluirlo entre los derechos implícitos; el art. 17 lo ha previsto en materia de expropiación, y surge asimismo ahora del art. 41 en materia ambiental, a más del caso específico de la reparación por el error judicial, que cuenta con normas en tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional.

Con la doctrina más avanzada, estamos seguros de postular la tutela constitucional al "daño *a la persona*", con sus consecuencias personales (o extrapatrimoniales) y extrapersonales (o patrimoniales).

Los derechos de los arts. 41 y 42

24. — Alguna relación con los derechos implícitos podemos atisbar en derechos que las normas constitucionales definen como de "todos los habitantes" (caso del art. 41 sobre derecho al *ambiente sano*), o pluralmente de "los consumidores y usuarios" (caso del art. 42).

¿Por qué y dónde queda la impresión de la implicitud, si es que hay normas expresas que declaran tales derechos?

La respuesta admite ser ésta: El enunciado normativo los imputa a *cada persona* que es habitante, o que es consumidor o usuario de bienes y servicios; pero cuando se abarca la *pluralidad de todas esas personas*, aparece —sin que las normas lo digan explícitamente— el carácter *colectivo* que genéricamente viene aludido en el art. 43 con el nombre de "derechos de *incidencia colectiva* en general", a semejanza de los intereses difusos.

La propuesta podría ser ésta: hay derechos que aparecen enunciados o enumerados como derechos personales, y proyectan —debido a su naturaleza— una dimensión colectiva o de incidencia colectiva en el conjunto social indeterminado; en esta bifrontalidad, tal dimensión colectiva en cada uno de dichos derechos surge *implícitamente*, aunque englobada en el perfil normativo de *derechos de incidencia colectiva* a los que el art. 43 —sin enumerarlos— depara tutela mediante la acción de amparo.

Un listado abierto de enunciación ejemplificativa.

25. — Es riesgoso intentar el agrupamiento de los derechos y garantías implícitos en un catálogo, porque precisamente la "implicitud" requiere una apertura elástica y flexible, además de progresiva, poco compatible con las enumeraciones, los listados y las series enunciativas. Sin incurrir en hermetismos o cerrazones que, precisamente, la cláusula de los derechos implícitos tiende a evitar y debe erradicar, damos ejemplos, aun a riesgo de repeticiones.

En nuestra personal perspectiva, han de alojarse en el art. 33:

a) el derecho a la *vida*;

b) el derecho a la *salud*;

c) el derecho a la *integridad física, síquica y moral*;

d) el derecho a la *dignidad personal*;

e) el derecho a la *identidad personal*;

f) el derecho a *ser diferente*;

g) el derecho al *honor*;

h) el derecho al *nombre*;

i) el derecho a tener una *nacionalidad*;

j) el derecho a elegir y desarrollar el *propio proyecto personal de vida autorreferente*;

k) el derecho a la *objeción de conciencia inofensiva* para terceros;

l) el derecho a indagar, conocer y emplazar la propia *filiación*;

ll) el derecho a la *información* y a la *comunicación*;

m) el derecho a la *tutela judicial efectiva* (abarcativa del derecho a la jurisdicción, al debido proceso y a la sentencia justa);

n) el derecho de *reunión*;

ñ) el derecho de *contratar*;

o) el derecho a la *imagen propia* y a la *voz personal*;

p) el derecho a la *cultura*;

q) el derecho a la *paz*;

r) el derecho a la *legitimación procesal*;

s) el derecho a la *libertad jurídica* y a la *seguridad jurídica*;

t) el derecho de *huelga* a favor de *sujetos que no son "gremios"*;

u) el derecho de *rectificación y respuesta* (derecho de réplica);

v) el derecho al *desarrollo*;

w) el derecho a la *calidad* y al *nivel de vida dignos*;

x) todos los *contenidos* que, respecto de *derechos enumerados, superan* al que surge de cada una de las normas que los enuncian; más: x') todos los derechos que, enumerados en *tratados internacionales* de derechos humanos (tengan o no jerarquía constitucional), no cuentan con norma propia en el articulado de la constitución;

y) los derechos que denominamos "derechos por *analogado*" (ver Tomo I, cap. IX, nºs 40/41), como: y') el derecho a la alimentación: y") el derecho a la vivienda; y"') el derecho a la indumentaria; y"") el derecho "al" trabajo; etc.)

z) más allá de las denominaciones posibles, damos por cierto que en la cláusula de los derechos implícitos hallan cabida los *intereses difusos*, o *colectivos*, o de *pertenencia difusa*, y los que globalmente sin individualización quedan aludidos en el art. 43 como "derechos de *incidencia colectiva* en general" (ver nº 24).

26. — Para el derecho judicial de la Corte (caso "Sejean", de 1986) también

fue un derecho implícito el de *recuperar la aptitud nupcial* mediante divorcio vincular, y de *contraer nuevo matrimonio* después del divorcio.

Una vez que entró a regir la *ley de divorcio vincular* hay que reconocer que este derecho forma parte de los derechos implícitos de la constitución.

27. — Si de alguna manera y con cualquier alcance arbitrariamente discriminatorio alguien llega a sostener que determinados derechos pueden ser negados a las personas discapacitadas (por ej., ejercer profesión liberal, conducir vehículos, etc.), oponemos a su afirmación la de que entre los derechos implícitos debe considerarse comprendido el de las *personas discapacitadas* para ejercer razonablemente iguales derechos que las que no lo son. El art. 75 inc. 23 párrafo primero proporciona sobrado fundamento.

28. — La circunstancia de que determinados derechos surjan de *tratados internacionales* que *no* poseen jerarquía constitucional y que sólo son *supralegales* no es óbice para que, según su entidad, sean considerados como derechos implícitos del art. 33.

Los derechos implícitos en los tratados internacionales.

29. — Damos los siguientes ejemplos:

a) La Convención de San José de Costa Rica prevé en su declaración los derechos *implícitos*. En efecto, hay que prestar atención a lo que consigna el art. 29 cuando se refiere a las "normas de interpretación" del pacto. Allí se dice: "Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de...: 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 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."

De estas tres fórmulas inducimos que la convención deja intactos los derechos y libertades que surgen del derecho interno o de tratados en que sea parte un estado signatario de la misma convención; reconoce derechos y garantías propios de la persona humana, o derivados de la democracia; mantiene el efecto más amplio que pueda provenir de la Declaración Americana y de otros actos internacionales similares.

Asimismo, el art. 31 prevé que podrán incluirse en el régimen de protección de la convención otros derechos y libertades que sean reconocidos en el futuro de acuerdo a los procedimientos establecidos en sus artículos 76 y 77.

b) El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* también descarta en su art. 5º toda restricción o todo menoscabo a los derechos humanos fundamentales que se hallen reconocidos o vigentes en los estados-parte por leyes,

convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el aludido tratado no los reconoce o los reconoce en menor grado.

c) La *Convención sobre Derechos del Niño* incluye una norma de sentido equivalente en su artículo 41.

d) En alguna medida, si la cláusula de los derechos implícitos de nuestra constitución alberga una tendencia a optimizar el plexo de derechos y, por ende, debe propender a su acrecimiento en la forma que ya tenemos señalada, bien cabe citar además la cláusula sobre *desarrollo progresivo de los derechos sociales* que contiene el art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica, y la equivalente del art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Es así en cuanto esas normas comprometen a los estados-parte a adoptar medidas para alcanzar la efectividad de los *derechos sociales*, lo que, a su modo, interpretamos como una apertura a su inclusión en el rubro de los derechos implícitos, si es que la sobriedad de nuestro 14 bis constitucional les presta una cobertura menor que la de los tratados internacionales, o si el plexo de valores y principios diseminado en la parte orgánica desde la reforma de 1994 (especialmente en el art. 75) no se tiene como suficientemente elocuente.

CAPÍTULO XVII

EL DERECHO DE PROPIEDAD

I. SU ENCUADRE GENERAL. - El concepto de propiedad. - La propiedad en la constitución argentina. - *Qué es propiedad en sentido constitucional*. - II. LOS CONTENIDOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD. - Los contenidos generales. - Los contenidos en el proceso. - Los contenidos en el derechos de la seguridad social. - Los contenidos que surgen del pago. - Los contenidos que surgen de la irretroactividad de las leyes. - Los contenidos que surgen de la transmisión por causa de muerte. - Los contenidos que surgen del art. 42. - Los contenidos en la propiedad intelectual. - El cambio de titularidad de la propiedad en el "derecho objetivo". - La "indexación" y la propiedad. - *La prohibición legal de la indexación*. - La inviolabilidad de la propiedad. - Las limitaciones a la propiedad. - *Las limitaciones "sociales"*. - Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

I. SU ENCUADRE GENERAL

El concepto de propiedad.

1. — Entre los derechos individuales que el constitucionalismo moderno o clásico protegió con más intensidad se halla el de *propiedad*. El derecho de propiedad de cuño individualista recibió el impacto de las transformaciones ideológicas, sociales y económicas, hasta llegar a las doctrinas que le asignan una *función social*, y a las fórmulas del *constitucionalismo social* que —como en la constitución de Weimar de 1919— enuncian el principio de que "la propiedad *obliga*".

Entre el extremo del liberalismo individualista y las concepciones afirmativas de que la propiedad tiene una *función social*, transcurre toda una etapa suficientemente larga para advertir el progreso que significa la última de las teorías señaladas. No obstante, surge por otro lado el vasto movimiento socialista y luego marxista, que se encarga de llevar su ataque a la propiedad privada, especialmente con respecto a los llamados medios de producción, a los que propone colectivizar para alcanzar la emancipación del proletariado. Las constituciones que, con posterioridad a la Revolución Rusa de 1917, se enrolaron en esta línea, tanto en la ex Unión Soviética como en los estados alineados en su órbita de irradiación, organizaron el orden social y económico tomando en cuenta la socialización de la propiedad de los medios de producción.

Como los movimientos pendulares son frecuentes en el devenir histórico, la extinción de la Unión Soviética y sus satélites puso ahora de moda un "neoliberalismo" capitalista, que en sus políticas sacrifica al constitucionalismo social so pretexto de valorizar al mercado y a la libre competencia.

2. — La doctrina social de la Iglesia ha reivindicado para el derecho de propiedad individual el carácter de derecho natural primario. Sin embargo, no deja de advertir que hay un *destino común de los bienes*, conforme al cual "Dios ha destinado la tierra y todo lo que en ella se contiene para uso de todos los hombres y de todos los pueblos, de modo que los bienes creados deben llegar a todos en forma justa, según la regla de la justicia inseparable de la caridad" a tenor de la declaración del Concilio Vaticano II. Afirmar que los bienes están destinados a la utilidad de todos los hombres, sin exclusión de ninguno, significa acoger el principio dikelógico que, sostenido por Legaz y Lacambra, señala que todo hombre *debe tener propiedad*, o lo que es lo mismo, que la posibilidad de acceso a una cierta propiedad necesaria para vivir dignamente es debida por exigencia del deber ser ideal de la justicia.

3. — El derecho "a tener propiedad" solamente se concreta en un derecho de propiedad sobre algún bien determinado, cuando el derecho positivo adjudica a un sujeto el título respectivo conforme a algún acto jurídico reconocido como adquisitivo de propiedad.

La propiedad en la constitución argentina.

4. — Nuestro derecho constitucional enfoca la propiedad en el aspecto de propiedad *adquirida*. Sus normas presuponen, entonces, para poder funcionar, que quien las invoca *ya es propietario* de algún bien. Por eso el art. 14 consigna entre los derechos subjetivos el de *usar y disponer* de "su" propiedad. A esta declaración acompaña la del art. 17, afirmando que "la propiedad es *inviolable*, y ningún habitante de la nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley".

El *sujeto activo* que se erige en titular del derecho de propiedad puede ser: a) la *persona física*; b) la *persona de existencia ideal* o colectiva (personas jurídicas, asociaciones con calidad de sujetos de derecho).

Con respecto a la persona física, entendemos que un *extranjero* "no habitante" puede ser propietario en territorio argentino, alcanzándole la protección que la constitución depara a la propiedad y a su titular; con respecto a las personas jurídicas extranjeras, pueden ser propietarios en territorio argentino los estados extranjeros (por ej.: sobre el inmueble donde funciona su representación diplomática) y las personas jurídicas y asociaciones a quienes se reconoce extraterritorialidad.

El *sujeto pasivo* del derecho de propiedad es ambivalente: a) por un lado, el *estado*, a quien se dirige fundamentalmente la prohibición de violar la propiedad privada; b) los *particulares*, que no deben perturbar el uso y ejercicio del derecho que ostenta el sujeto activo.

El sujeto pasivo, sean quien fuere, también está obligado a no impedir (contra la voluntad de una persona) que ésta adquiera propiedad.

Si tal como ya lo hemos expuesto, el estado tiene el deber de *promover* los derechos humanos, le cabe en relación al derecho de propiedad la obligación de estructurar un *orden socioeconómico justo*, que haga posible a los hombres acceder con su iniciativa privada a la propiedad de los bienes necesarios para poder vivir conforme a su dignidad de persona.

5. — Las normas constitucionales sobre la propiedad y su inviolabilidad en nada obstan, a nuestro juicio, para sostener y propugnar que el derecho de propiedad tiene una *función social*, y que su cumplimiento es exigible razonablemente por el estado, tanto a favor del estado mismo —por ej., en las cargas fiscales— como en numerosas políticas generales de bienestar general y de desarrollo, y en el área de las relaciones entre particulares (por ej., en este último supuesto, para hacer participar a los trabajadores en los beneficios de las empresas al modo como lo estipula el art. 14 bis.).

6. — Con la *reforma de 1994*, el art. 75 inc. 17 consigna que el congreso ha de *garantizar a los pueblos indígenas argentinos la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan*.

Como también debe reconocer la personería jurídica de las comunidades indígenas, entendemos que es a cada comunidad en cuanto persona jurídica (colectiva) a la que atribuye aquella posesión y propiedad, lo que a nuestro juicio no impide ni arrasa la posible propiedad individual de las personas físicas que forman parte de una comunidad aborigen.

Qué es propiedad en sentido constitucional.

7. — *El derecho constitucional formal* —que reconoce y garantiza el derecho de propiedad— y el derecho constitucional material —que se ha encargado, *sobre todo por fuente de derecho judicial, de especificar sus contenidos*— asignan al término "propiedad" un concepto que excede en mucho al propio del derecho civil. *Propiedad en sentido constitucional es más* —y mucho más— que

propiedad o dominio en la codificación civilista, donde se mueve en torno de los derechos reales.

El derecho judicial ha aplicado al derecho de propiedad dos principios importantes: a) el uno remite al general ya conocido de que ningún derecho contenido en la constitución es absoluto, sino *relativo*; con este principio la Corte Suprema ha superado todo atisbo de individualismo en la concepción constitucional del derecho de propiedad, para asimilar el criterio de *la función social* del mismo; b) el otro principio se encarga de admitir que los derechos patrimoniales, equivalentes al de propiedad, pese al amparo constitucional de que disponen, pueden ser *renunciados* válidamente por sus titulares; ello quiere decir que la constitución no se opone a que el titular los decline, y que cuando esto ocurre, no hay violación constitucional, ni tutela constitucional que invocar.

El concepto genérico de propiedad constitucional, que engloba todas sus formas posibles, ha sido acuñado por la jurisprudencia de la Corte al señalar que el término "propiedad" empleado en la constitución comprende *todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad*, con lo que *todos los bienes susceptibles de valor económico* o apreciables en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad.

8. — Si aplicamos la teoría de las "libertades preferidas" al caso del derecho de propiedad podemos decir en líneas generales que, dada su inviolabilidad (art. 17), y pese a fuertes restricciones y aun violaciones consentidas en razón de emergencia por el derecho judicial de la Corte, la propiedad ha sido tenida como un *derecho "preferido"* dentro del plexo constitucional de los derechos personales.

No obstante, ése no es el rango que le asigna el *derecho internacional de los derechos humanos*, muchos de cuyos tratados ni siquiera lo incluyen (ver nº 30).

II. LOS CONTENIDOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Los contenidos generales.

9. — El repertorio de casos a través del cual extraeremos los diversos contenidos del derecho constitucional de propiedad impide la cita de todos esos casos, si es que deseamos mantener la visión panorámica. Yendo, pues, a la enumeración de tales contenidos, encontramos que integran el derecho de propiedad y, por ende, quedan amparados por la garantía de su inviolabilidad consagrada en el art. 17, los siguientes aspectos:

A) El derecho de *dominio* y sus *desmembraciones*, de acuerdo con la legislación común.

B) Las *concesiones de uso sobre bienes del dominio público*, como por ej.: el derecho a una sepultura, cualquiera sea la naturaleza que revista de acuerdo a las diferentes posiciones doctrinarias sobre los sepulcros. (Si el cementerio es privado, la sepultura es un bien del dominio de los particulares.)

C) Las *concesiones* que reconocen como causa una delegación de la autoridad del estado a favor de particulares, como por ej.: empresas de ferrocarriles, de transportes, de electricidad, de teléfonos, explotación de canales y puertos, etc.

D) Los *derechos y las obligaciones emergentes de contratos*. En este rubro nosotros creemos que se incluyen los contratos entre particulares y los contratos en que es parte la administración pública (sean estos últimos contratos administrativos o de derecho común).

En cuanto a los *convenios colectivos de trabajo*, los beneficios que acuerdan a los trabajadores durante el lapso en que están en vigor, se incorporan a cada contrato individual de trabajo, y son, por ende, derechos adquiridos; por ello: a) una ley posterior al convenio colectivo no puede dejar sin efecto ni alterar aquellos beneficios; b) los mismos beneficios pueden ser dejados sin efecto, una vez vencido el plazo de vigencia del convenio colectivo, por otro convenio de igual naturaleza.

Debe tenerse presente, en cuanto a los derechos emergentes de los contratos, lo que decimos al tratar el derecho de contratar y las *épocas de emergencia*, tanto cuando leyes de emergencia recaen en contratos celebrados antes, y que se hallan en curso de cumplimiento, cuanto en el caso de esas mismas leyes en aplicación a contratos a celebrarse después de su vigencia.

E) Los actos jurídicos de *disposición y uso* de la propiedad.

F) Los *derechos "adquiridos"* e ingresados al patrimonio.

Aun cuando la terminología de "derecho adquirido" ha sido abandonada en la reforma del código civil por la ley 17.711, su arraigo en la doctrina y en el derecho judicial —aún después de esa reforma— nos impele a mantenerla por causa de su significación y uso tradicionales.

En rigor, la categoría de los derechos adquiridos perdería su autonomía para subsumirse en otros contenidos de la propiedad, si pensáramos que un derecho puede *adquirirse* automáticamente en virtud de una *ley*, o por un *contrato*, o por un *acto administrativo* inmutable o por una *sentencia firme*, etc. No obstante,

y cualquiera sea el título que da origen a derechos adquiridos, preferimos conservar el rubro como un aspecto del derecho de propiedad que merece mención aparte.

Lo que es imprescindible retener es que la calidad de "adquirido" que tiene un derecho proviene directamente de alguno de los *actos jurídicos* que se la confieren (ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc.), y *no* depende del hecho "material" de que un bien esté *realmente* en "posesión" de quien titulariza el derecho adquirido (así, por ej., cuando se celebra un contrato de locación, el locador "adquiere" el derecho a percibir un alquiler en cada momento estipulado durante el tiempo de vigencia del contrato, pero cada suma de dinero no ha sido cobrada anticipadamente al tiempo de contratar; o sea, el locador no materializa el cobro total sobre cuyo monto, no obstante, tiene "derecho adquirido").

Es menester entender que si un derecho se puede "adquirir" a través de distintas fuentes (ley, contrato, acto administrativo, sentencia, etc.), la "adquisición" por *ley* presenta interés especial, porque hay casos en que una ley engendra por sí misma y automáticamente (sin necesidad de ningún otro acto particular de aplicación a favor de un sujeto), un derecho "adquirido" a favor de éste.

En el caso "De Martín Alfredo c/Banco Hipotecario Nacional" del 28 de diciembre de 1976 la Corte ha dicho que "si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay *derecho adquirido* aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues éstos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva necesaria para que se haga efectivo".

En materia de *honorarios profesionales* la Corte ha hecho aplicación de la teoría del derecho adquirido en el caso "Costa Francisco e Hijos, Agropecuaria c/Provincia de Buenos Aires", del 12 de setiembre de 1996, al sostener que el derecho a percibir honorarios se constituye como tal en el momento en que el trabajo profesional se realiza, con independencia de la época en que se practica la regulación judicial; por ende, ese derecho se vuelve inalterable y no admite modificación ni supresión por leyes posteriores.

Los contenidos en el proceso.

10. — G) La *sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada*. Ello significa que las decisiones judiciales firmes resultan intangibles, no pudiendo ser modificadas por otras ni desconocidas por leyes, o actos estatales o privados. Los derechos y obligaciones emergentes de las

sentencias se incorporan al patrimonio, aunque en sí mismos carezcan de contenido patrimonial.

En *épocas de emergencia* se ha reconocido únicamente la dilación razonable en la ejecución de sentencias, pero sin que pueda alterarse el derecho a ejecutarlas en su momento de acuerdo a la ley vigente al tiempo de adquirir fuerza de cosa juzgada.

El derecho judicial de la Corte ha establecido que la admisión de la *cosa juzgada* puede condicionarse a la inexistencia de dolo en la causa en que la sentencia se ha expedido. Tal posibilidad es valedera para desconocer eficacia final a la sentencia dictada en un juicio en que se ha incurrido en estafa procesal (caso "Tibold" —del año 1962—). En suma, la Corte sostiene que el beneficio de la cosa juzgada inmutable requiere que la sentencia se haya dictado en un proceso regular donde se haya respetado el principio del debido proceso (caso "Campbell Davidson Juan C. c/Provincia de Buenos Aires" —del año 1971—).

Que la cosa juzgada es inmutable y queda cubierta por la garantía constitucional de la propiedad tampoco impide que, si concurre causal razonablemente suficiente, la sentencia pasada "aparentemente" en autoridad de cosa juzgada sea *revisada judicialmente* (en cuyo caso se habla de cosa juzgada nula o írrita). La *revisión de la cosa juzgada* en tales supuestos puede ser regulada en las leyes procesales, pero aun a falta de ley existe asidero constitucional bastante para admitir tal revisión.

H) Los *actos válidamente cumplidos durante el proceso.* Ello importa que la validez y eficacia de dichos actos se rige por la ley vigente al tiempo de cumplirlos, y que no pueden ser desconocidos posteriormente. La aplicación de una nueva ley de procedimientos a las causas pendientes debe reservarse para las etapas procesales futuras, sin afectar los actos anteriores. Este aspecto se vincula con el tema de la preclusión procesal.

En el caso "Hussar Otto", del 10 de octubre de 1996, la Corte declaró inconstitucional el art. 24 de la ley 24.463 que, en materia de seguridad social, retrogradó etapas cumplidas bajo aplicación de la legislación anterior y, como consecuencia, había obligado a reconvertir el procedimiento en juicios pendientes por reclamos jubilatorios y pensionarios.

I) El derecho a *obtener en juicio que la sentencia se dicte conforme a la ley "de fondo" vigente a la fecha de trabarse la litis.*

Este es un punto de ardua discrepancia; consiste en decidir qué ley debe aplicar el juez al sentenciar una causa que, iniciada bajo la vigencia de una norma de fondo, se ve sorprendida durante su pendencia por otra norma que sustituye a la anterior. No se trata de leyes procesales aplicables a la tramitación del juicio, sino de las que rigen las pretensiones de las partes. Una fuerte corriente jurisprudencial mantuvo el criterio de que las partes en juicio adquieren derecho, al trabarse la litis, para que la sentencia se dicte en aplicación de la ley en vigor en aquella ocasión, descartando la ulterior que sobreviene entre la litis trabada y la decisión judicial. La Corte Suprema tiene resuelto —sin que a nuestro criterio ello signifique abdicar totalmente del principio expuesto— que las *leyes de orden público deben aplicarse a las causas pendientes en tanto la propia ley así lo establezca*, y que ello no vulnera derechos adquiridos; o lo que es lo mismo, que las partes en juicio no adquieren derecho a que la causa se falle conforme a la ley vigente al trabarse la litis, si posteriormente y antes de la sentencia firme se dicta *otra ley de orden público* que determina su aplicación a los procesos en curso.

Pero adviértase que esta aplicación de la nueva ley nunca puede afectar a los procesos definitivamente concluidos por sentencia firme, porque en esta hipótesis juega la intangibilidad de la cosa juzgada examinada en el apartado 7.

Los contenidos en el derechos de la seguridad social.

11. — J) El derecho adquirido por otorgamiento de *jubilaciones y pensiones*. Las prestaciones de la seguridad social —o si preferimos, de la previsión social— tienen arraigo en el derecho de propiedad. Veamos sus aspectos, completando el esquema que ofrecemos en la parte referida al art. 14 bis.

a) Mientras el afiliado se encuentra *en actividad*, el derecho a la jubilación futura es sólo una *expectativa*, que puede ceder, modificarse o cesar frente a leyes nuevas y posteriores; no hay agravio alguno en aplicar éstas cuando llegue el momento de acogerse a pasividad.

No obstante este inveterado principio acuñado por la jurisprudencia de la Corte, hoy creemos que ha de hacerse una salvedad, a tenor del criterio sustentado por Marienhoff: cuando el afiliado en actividad cumple las condiciones legales para jubilarse, y prosigue trabajando, *adquiere derecho* a que su jubilación "futura" se otorgue, cuando entre en pasividad, de acuerdo a la ley que estaba en vigor al tiempo de reunir aquellas condiciones, razón por la cual la ley nueva dictada después de este momento y antes de jubilarse no puede perjudicarlo;

b) Si una ley privilegia determinada clase de servicios como "diferenciales", entendemos que el hecho de prestarlos durante la vigencia de dicha ley genera derecho "adquirido" a que se los compute en la forma diferencial que ella prevé, aunque la misma ley ya esté derogada al tiempo de cesar definitivamente el

afiliado en su servicio activo; no obstante, éste no es el criterio acogido por la Corte Suprema;

c) El *acto de otorgamiento* del beneficio, una vez que pasa en autoridad de *cosa juzgada administrativa*, es inmutable y apareja adquisición de un *derecho irrevocable*; el derecho emergente del acto otorgante se desglosa en dos aspectos; c') el *status personal* de jubilado o pensionista, en quien es titular del beneficio, y del cual no puede ser privado; c") el *goce o disfrute* del beneficio, que normalmente consiste en el cobro periódico de una suma de dinero; el monto, cuota o haber del beneficio no es intangible, y conforme a la jurisprudencia de la Corte puede ser disminuido para el futuro mediando causa razonable, siempre que la rebaja no sea confiscatoria; pero este principio que acoge la viabilidad de un cercenamiento no confiscatorio, tiene hoy que ser conjugado con el principio de *movilidad* en el ajuste de las jubilaciones y pensiones —art. 14 bis— por cuya razón su aplicación parece tornarse excepcional;

d) Si bien como principio acabamos de ver que el derecho se adquiere con el acto otorgante del beneficio, no existiendo hasta ese momento sino un derecho en "expectativa", hay una excepción a formular, y es la siguiente: cuando el afiliado *deja de trabajar* —sea por renuncia, cesantía, despido, muerte, etc— su derecho queda fijado por el hecho de la *cesación* en la actividad; ello quiere decir que el beneficio que a él o a sus causahabientes se otorgue en el futuro, deberá concederse aplicando la *ley vigente a la fecha de la cesación*.

Sistematizando lo expuesto encontramos que el derecho a la jubilación se rige: a) por la ley vigente a la fecha del otorgamiento, cuando el afiliado está todavía en actividad; b) por la ley vigente a la fecha de la cesación en la actividad, cuando el afiliado dejó de trabajar antes del otorgamiento.

e) En cuanto a las causales de *extinción* o *caducidad*, y a las *causales de suspensión*, cabe efectuar estas distinciones: a) las causales de *extinción* o caducidad son las que irrogan la *pérdida del status* de jubilado o pensionista; deben regirse por la ley que reguló el otorgamiento del beneficio, o sea, no pueden surgir de una ley posterior; nadie puede ser privado de su status si la causal no estaba prevista en la ley aplicable a la concesión del beneficio; b) las causales de *suspensión* son las que afectan el *goce* del beneficio, o sea, las que impiden cobrarlo mientas la causal subsiste —por ej.: causales de incompatibilidad—, pero mantienen el status, por cuya razón, desaparecida la causal se rehabilita el pago; pueden surgir de una ley posterior y distinta a la que reguló el otorgamiento del beneficio.

Sobre la *proporcionalidad* entre el haber originario del beneficio y la re-

muneración de actividad, así como entre ésta y el haber móvil del beneficio, remitimos al tema en la explicación del art. 14 bis.

Ver cap. XXII, acápite II.

Los contenidos que surgen del pago.

12. — K) El *efecto liberatorio del pago.* Se entiende por efecto liberatorio del pago el derecho que adquiere el deudor cuando satisface su deuda, a no ser obligado a ningún pago suplementario o nuevo. El pago surte efecto liberatorio cuando se efectúa de conformidad a la *ley vigente al tiempo de cumplirse.* Si una ley posterior grava al deudor que ya pagó con obligaciones nuevas o mayores, no puede aplicarse.

El principio del efecto liberatorio del pago ha sido extendido jurisprudencialmente, para sostener que también libera el pago llevado a cabo de conformidad a la *jurisprudencia "uniforme" vigente en el momento,* y en el lugar (o jurisdicción).

Los contenidos que surgen de la irretroactividad de las leyes.

13. — L) *Irretroactividad de la ley.* Tanto el viejo art. 3º del código civil, como el nuevo redactado por la reforma que introdujo la ley 17.711 previeron con fórmulas diferentes el caso de las leyes retroactivas. El principio de que las leyes *no son retroactivas* surge de la propia ley civil, o sea, *carece de rango constitucional.* La constitución formal no contiene norma expresa al respecto, salvo en lo referente a la *ley penal* (art. 18). Sin embargo, y de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, hay una norma implícita según la cual el principio de irretroactividad alcanza nivel constitucional cuando *la aplicación de una nueva ley posterior conduce a privar a alguien de un derecho incorporado a su patrimonio* ("adquirido") y, en tal situación, el principio de no retroactividad se confunde con la garantía de inviolabilidad de la propiedad consagrada en el art. 17.

Conviene apuntar una sugestión: detectar un "derecho adquirido" o una "propiedad" en sentido constitucional siempre tiene conexión con la *irretroactividad* porque una vez que hay "derecho adquirido" o "propiedad", ninguna norma y ningún acto *posterior* pueden privar de ese derecho o esa propiedad; si lo hacen, la retroactividad de la norma o del acto deviene inconstitucional.

La garantía de irretroactividad será estudiada en el capítulo sobre la seguridad jurídica con diferentes aplicaciones.

Ver cap. XXIV, acápite VI.

Los contenidos que surgen de la transmisión por causa de muerte.

14. — M) *Derecho hereditario.* La transmisión de bienes por causa de muerte es un contenido del derecho de propiedad, sea esa transmisión testada o intestada. La transmisión testada encuentra norma constitucional propia en el art. 20, que consigna el derecho de los *extranjeros* de testar conforme a las leyes, y que se proyecta a todos los habitantes.

Los contenidos que surgen del art. 42.

15. — N) Es interesante advertir que con el nuevo art. 42, que atiende al *derecho de los consumidores y usuarios* de bienes y servicios, se traba un nexo con el derecho de propiedad.

La nueva norma alude a la protección de los *intereses económicos* en la relación de consumo, para luego referirse al *mercado* y a la *competencia*, con lo que si bien directamente no hay cita alguna de la propiedad, es evidente que, de manera refleja, también está en juego y bajo protección el derecho de propiedad —en sentido amplio y lato— de los consumidores y usuarios.

Sin duda, el consumo demanda gastos, y los servicios tienen un costo para quien se sirve de ellos, y por esta tangente nos parece que aparece el derecho de propiedad. (Ver cap. XV, acápite II).

Los contenidos en la propiedad intelectual.

16. — O) *Propiedad intelectual, industrial y comercial.* El art. 17 la prevé expresamente al establecer que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerda la ley.

Propiedad intelectual es el derecho del autor sobre una obra científica, literaria, artística, etc.; su fundamento dikelógico es indiscutible; nada más inherente a la personalidad que el producto de su inteligencia, de su arte, de su inspiración creadora.

Propiedad industrial y comercial es el derecho que recae sobre inventos, descubrimientos, patentes, marcas de fábrica, etc., con un matiz económico acentuado.

Para ambos casos, la constitución prevé una regulación legal distinta que la de otras formas de propiedad, anticipando la posibilidad de *extinción del derecho por el transcurso del tiempo,* y ello quizás porque en la propiedad intelectual la creación del autor, sin perder el carácter personal a que hemos aludido, aprovecha necesariamente de la cultura que es patrimonio colectivo de la comunidad toda.

Ha de repararse en que el artículo 17 dice que "todo" autor o inventor es propietario "exclusivo". Sin apegarnos literalmente a las palabras de la norma, entendemos que "toda" clase de obra, invento, descubrimiento, etc. debe quedar amparada por la propiedad intelectual o industrial, y que las exclusiones legales que impiden registrar esa propiedad son *inconstitucionales*, porque dejan desguarnecida esa misma propiedad y la titularidad del propietario.

Hay hitos en el derecho judicial de la Corte de los que se infiere que la protección al derecho de autor abarca todas las producciones intelectuales de cualquier naturaleza o finalidad, porque tiende a tutelar la creación intelectual en sí misma, sin que importe el medio material que le da soporte.

17. — *La reforma de 1994* asigna ahora al congreso la competencia de proveer a la *investigación* y al *desarrollo científico y tecnológico*, su difusión y aprovechamiento (art. 75 inc. 19 párrafo primero) y de dictar leyes que protejan la *libre creación y circulación de las obras de autor* (art. 75 inc. 19 párrafo cuarto), con lo que el panorama anterior del art. 17 se amplía en su dimensión originaria.

El cambio de titularidad de la propiedad en el "derecho objetivo".

18. — Por comodidad de lenguaje vamos ahora a entender por "derecho objetivo" el conjunto de normas escritas y, fundamentalmente, la legislación. Ello nos sirve para afirmar que cuando por una reforma del derecho objetivo (también acaso una reforma de la constitución) se establece que determinados bienes que, conforme a normas anteriores eran del dominio privado, pasan desde ahora a pertenecer al dominio público, quien pierde la propiedad que hasta el momento tenía reconocida como suya *debe ser indemnizado*.

El principio se torna asimismo aplicable si bienes del dominio provincial son legalmente declarados de dominio federal.

En rigor, se trata en estos casos de aplicar el principio de que es *inconstitucionalmente retroactiva* toda norma que priva de propiedad a un sujeto que hasta entonces investía derecho adquirido o titularidad sobre ella.

La imposibilidad de privar de un derecho adquirido a quien es titular de él tiene tal extensión que ni siquiera una *reforma de la constitución* podría hacerlo retroactivamente. La reforma constitucional que suprimiera derechos adquiridos daría lugar a una especial responsabilidad del estado por la indemnización debida en favor de los sujetos perjudicados en su propiedad.

La "indexación" y la propiedad.

19. — La palabra "indexación" cobró curso en el lenguaje jurídico argentino cuando la inflación acentuó la depreciación de la moneda, o sea, la paulatina pérdida de su real valor adquisitivo.

"Indexar" es re-valuar, o reajustar o actualizar una deuda, tanto si ésta es originariamente contraída en dinero (el monto del alquiler o de un seguro) cuanto si es de valor (indemnizar un daño o una expropiación).

Con o sin ley y aun "contra ley", la constitución presta apoyo para decir que cuando hay depreciación monetaria toda deuda debe indexarse para conservar o recomponer el valor intrínseco del crédito, salvo voluntad en contrario del acreedor o de ambas partes.

20. — Como principio general, el derecho judicial de la Corte ha dado acogimiento a la indexación. Expresión de ello es la siguiente formulación, tomada de uno de sus fallos:

"Cabe señalar que en situaciones regidas por los principios de la justicia conmutativa, ha de estarse a la igualdad estricta de las prestaciones recíprocas conforme a las circunstancias del caso, y no siendo el dinero un fin ni un valor en sí mismo sino un medio que, como denominador común, permite conmensurar cosas y acciones muy dispares en el intercambio, aquella igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de sus valores y al fin de cada una de ellas; ...el principio de la reparación justa e integral, admitido pacíficamente por la jurisprudencia, ha de entenderse en un sentido amplio de compensación justa e integral de manera que permita mantener la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una numérica equivalencia teórica que ha perdido su originaria medida representativa; aquel denominador común, a que se hizo referencia 'supra' afectado por progresiva depreciación, ya no resulta apto en su signo nominal para conmensurar con adecuada equidad prestaciones cuyo cumplimiento se ha distanciado en el tiempo por la mora culpable o la conducta ilegítima de quien ha permanecido deudor. En tal situación, de no actualizarse los créditos conforme a pautas que equilibren los valores tenidos en cuenta en el origen de la obligación no se daría el necesario ajuste que exige la justicia, pues mientras el derecho del ahora deudor fue plenamente satisfecho, el del que permaneció acreedor por culpa de aquél se vería correspondido sólo en ínfima parte".

21. — Asimismo, la corrección que con base constitucional se hace para satisfacer el valor monetario real con la indexación, ha de efectuarse a la inversa con similar fin si el valor monetario, en vez de depreciarse, acrece (a esta corrección se le dio el nombre de "desagio").

La prohibición legal de la indexación.

22. — La ley 23.928, del año 1991, llamada de "convertibilidad" del austral (porque dispuso el cambio de la moneda argentina y fijó su valor respecto del dólar estadounidense) *prohibió la indexación* a partir del 1º de abril del citado año, como una política antiinflacionaria. O sea que dio por sentada y establecida la *estabilidad monetaria*.

Pero como los fenómenos económicos y, entre ellos, la inflación, no son totalmente regulables ni suprimibles por la sola virtualidad de las normas, el principio constitucional de que, cuando hay inflación, debe repararse la depreciación monetaria sigue, para nosotros, en pie.

23. — En 1992, la ley 24.283 —que se declaró aplicable a "todas las situaciones jurídicas no consolidadas"— dispuso que "cuando deba actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquier otra prestación, aplicándose índices, estadísticas u otro mecanismo establecidos por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa o bien o prestación, al momento del pago."

La ley 24.283 parece no resultar aplicable a deudas que no están sujetas a procedimiento alguno de actualización, y limitarse a impedir la creación de valores artificiales que pudieran surgir de sistemas indexatorios que excedieran una lógica corrección monetaria, todo ello de conformidad con la lealtad y la buena fe procesales.

24. — En el caso "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Provincia de Corrientes" fallado el 3 de marzo de 1992, la Corte sostuvo que la ley 23.928 llamada de "convertibilidad del austral" fue dictada en 1991 por el congreso en ejercicio de las facultades constitucionales que le acordaba el art. 67 inc. 10 (ahora art. 75 inc. 11) y que esa norma no sólo derogó disposiciones anteriores, sino que obligó a revisar las soluciones de origen pretoriano que admitían el ajuste por depreciación monetaria.

En suma, el tribunal entendió que la prohibición legal de la indexación a partir de la ley 23.928 *no es inconstitucional.*

Sin descender a cuestiones de vocabulario, estamos seguros de algo: cuando hay depreciación monetaria, los tribunales deben —con ley habilitante, sin ley, o contra ley prohibitiva— restablecer la ecuación económica real para mantener incólume el crédito debido, y mediante algún mecanismo superador del valor nominal —llámese indexación, reajuste, actualización, o compensación a través de tasas de interés— tienen que salvar el valor económico de la prestación adeudada.

25. — A poco de dictada la sentencia en "Y.P.F." —ya citada— la Corte hubo de resolver otros muchos casos acerca de la misma ley de convertibilidad en lo referente a la *tasa de interés* a aplicar. El tema es importante constitucionalmente porque según sea la tasa *activa* (que cobran los bancos) o *pasiva* (que pagan los bancos) se puede de algún modo, con su monto, recomponer el crédito que no es actualizable monetariamente.

En el caso "López Antonio c/Explotación Pesquera de la Patagonia SA.", de 1994, la Corte interpretó que la ley de convertibilidad era de naturaleza *federal* en cuanto estableció el valor de la moneda y prohibió la actualización monetaria. Como el carácter federal le permitía al tribunal interpretar la norma, sostuvo que debía aplicarse a la deuda la tasa pasiva. Pero también en 1994, en el caso

"Banco Sudameris c/Belcam SA." abandona la teoría de que la cuestión referente a la tasa de interés es "federal" y, a la inversa, sostiene que es de *derecho común*, ajena por ende a la competencia extraordinaria de la Corte; de este fallo surge que han de ser los tribunales de la causa, y no la Corte, los que decidan qué tasa debe aplicarse para recomponer el crédito y, con ello, amortiguar la depreciación monetaria que la ley veda computar.

La inviolabilidad de la propiedad.

26. — La propiedad que la constitución tutela como derecho, y cuyos contenidos de mayor proyección e importancia hemos explicado, es declarada *inviolable* en el art. 17.

Inviolable no significa que es absoluta, ni exenta de función social; significa solamente que ni el estado ni los particulares pueden dañarla, turbarla, desconocerla o desintegrarla.

La inviolabilidad se garantiza a través de una serie de prohibiciones:

a) nadie puede ser privado de su propiedad sino mediante *sentencia* fundada en la ley (art. 17);

b) la *confiscación* de bienes queda borrada por siempre del código penal;

c) ningún cuerpo armado puede hacer *requisiciones* ni exigir auxilios de ninguna especie.

La *confiscación* es el apoderamiento de los bienes de una persona por parte del fisco. Penalmente, es la sanción que con igual alcance se aplica a una persona condenada por delito. La constitución ha suprimido para siempre la confiscación como pena, pero si tal protección se brinda al condenado, hemos de entender que también alcanza a quienes no son delincuentes. Por eso, la cláusula funciona a nuestro criterio como abolición lisa y llana de la confiscación; vedada como pena, no puede subsistir bajo ningún otro título. De ahí que toda privación arbitraria de la propiedad se equipare a la confiscación y sea inconstitucional. Y de ahí el principio general que impone indemnizar cada vez que se priva a alguien de su propiedad: privar de la propiedad sin indemnizar equivale a confiscar.

La confiscación que como pena y represalia queda abolida es la confiscación *general* de bienes; no puede asimilársele el decomiso de objetos particulares que son producto o instrumento del delito, ni la recuperación de bienes mal habidos cuando la dispone una sentencia dictada en juicio y fundada en ley.

Las *requisiciones* y los auxilios en dinero u otras especies de bienes, o bajo forma de ayuda, socorro y hasta alojamiento, está suprimidos. La norma se refiere a requisiciones y auxilios por parte de cuerpos armados, y no está limitada a prohibirlos solamente en tiempo de paz. Ahora bien: si en tiempo de

guerra o en épocas de emergencia grave se llevan a cabo, es menester asegurar la debida *indemnización*, tanto si la requisición implica adquisición coactiva de bienes como si se limita al uso coactivo temporario de los mismos. Ello quiere decir que la requisición constitucional necesita: a) causa suficiente fundada en guerra o emergencia grave; b) ley que la autorice; c) indemnización. Cuando el bien requisado no se consume, debe volver al patrimonio de su propietario, lo que no descarta el resarcimiento por el lapso de duración de la requisición; si el bien se ha consumido, la indemnización ha de resarcir también la pérdida definitiva del mismo.

27. — La norma constitucional sobre inviolabilidad de la propiedad, coordinada con la que exige indemnización en caso de expropiación, proyecta un *principio general* de nuestro derecho constitucional, según el cual cuando un derecho patrimonial cede por razón de interés público o general frente al estado, o sufre daño por actividad del estado o de los particulares, *el daño debe ser indemnizado*, tanto si la actividad que los produce es ilícita o ilegítima cuanto si es lícita o legítima.

Acá no está en juego solamente el principio antes enunciado, porque también se le coordina el que se infiere del art. 19, conforme al cual el daño que cualquier conducta humana origina en perjuicio de terceros tiene que ser indemnizado (ver el fallo de la Corte en el caso "Gunther Fernando R. c/Estado Nacional", del 5 de agosto de 1986).

En cuanto al daño provocado por actividad lícita del estado, remitimos al Tomo I, cap. IX, nº 29.

Las limitaciones a la propiedad.

28. — Si el derecho de propiedad no es absoluto, tampoco es exclusivo ni perpetuo. No es exclusivo porque hay restricciones y servidumbres que afectan el goce o el uso de la propiedad. No es perpetuo porque puede extinguirse mediante la expropiación.

Las limitaciones en interés *privado* (que podríamos llamar "civiles") se rigen por el derecho privado, especialmente por el código civil. Las limitaciones en interés *público* ("administrativas") se rigen por el derecho administrativo, y como éste es tanto federal cuanto provincial, corresponden según el caso a la administración pública federal o local (como principio, la competencia es provincial).

a) Las *restricciones* administrativas se imponen en beneficio del público o de la colectividad. En principio, *no son indemnizables*, porque se estima que constituyen condiciones de ejercicio del derecho de propiedad.

Algunos ejemplos de restricciones administrativas son: el apoyo en inmuebles de hilos o cables telefónicos, telegráficos o eléctricos; la prohibición de edificar

por debajo de una altura mínima, o sobrepasando una máxima; la obligación de construir respetando un estilo; la prohibición de construir con determinado material; la fijación en los edificios de chapas indicadoras del nombre de las calles; la prohibición de propalar ruidos molestos desde locales comerciales o industriales o de emanar olores nauseabundos o elementos que contaminan el ambiente, etc.

Las restricciones administrativas suelen consistir en obligaciones de "no hacer" o de "dejar hacer", pero cabe ocasionalmente que impongan una obligación de "hacer" (por ej., construir con determinado material, instalar bañaderos de hacienda en campos destinados a la ganadería, habilitar una escalera o una rampa en ciertos locales).

b) Las *servidumbres* administrativas, a diferencia de las restricciones, son también formas de limitaciones, pero en vez de configurar condiciones normales del ejercicio de la propiedad que no merman su contenido, implican sustracción o desmembración que afectan la exclusividad de la propiedad en beneficio público. Por eso, y también a diferencia de las restricciones, las servidumbres públicas *son indemnizables*.

c) La *ocupación temporánea* es otra forma de limitación que recae sobre bienes y cosas, e implica el uso y goce de los mismos por parte de la administración pública en beneficio público, durante cierto tiempo, y con resarcimiento indemnizatorio.

La ocupación temporánea ha sido regulada en la actual ley de expropiación 21.499.

Las limitaciones "sociales".

29. — No hay duda de que, una vez asumido el constitucionalismo social y tomadas en cuenta las normas incorporadas a la constitución por la reforma de 1994, se incrementan las posibles limitaciones razonables a la propiedad, más allá de las clásicas que acabamos de resumir.

Así, a título de ejemplo, vale sugerir que la función social de la propiedad proporciona base para limitaciones que tomen en cuenta:

a) el derecho al *ambiente sano* (art. 41);

b) el derecho de los *consumidores y usuarios* (art. 42) (ver nº 15);

c) los derechos relacionados con el *trabajo* y la *seguridad social* (art. 14 bis).

Subyace la apelación al sistema axiológico integral de la constitución que, sin mención expresamente calificativa, diagrama un *orden social y económico justo*, con igualdad real de oportunidades y de trato, tendientes a asegurar el debido marco social para la

libertad de empresa, de contratar, de trabajar, de consumir, de comerciar y ejercer industria, de iniciativa privada, de mercado y de competencia. Todas las conexiones posibles con el derecho de propiedad en este ámbito anexan limitaciones razonables a la propiedad.

Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

30. — El *Pacto de San José de Costa Rica* enfoca en el art. 21 el derecho de propiedad privada con esta fórmula: "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".

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* carece de normas sobre el derecho de propiedad.

En cambio, aparece en la Convención sobre *Discriminación Racial* (art. 5, d, v), y en la Convención sobre *Discriminación contra la Mujer* (art. 16. 1, h).

CAPÍTULO XVIII

LA EXPROPIACION

I. SU CONCEPTO Y NATURALEZA. - Su encuadre general. - II. LAS ETAPAS DEL PROCESO EXPROPIATORIO. - La calificación de utilidad pública. - *¿Expropiaciones "sin ley"?*. - *La revisión judicial de la calificación.* - La determinación. - La indemnización. - III. LA DESPOSESIÓN, LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD Y LA INDEMNIZACIÓN. - La valuación del bien y la indemnización. - Los rubros que se incluyen y computan en la valuación. - *Los intereses.* - *Las "deducciones".* - La oportunidad del pago. - IV. LOS SUJETOS EXPROPIANTES. - La expropiación "indirecta". - La expropiación por las provincias. - V. LOS BIENES EXPROPIABLES. - VI. EL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO. - VII. LA EXPROPIACIÓN "INVERSA" O "IRREGULAR". - El concepto y sus requisitos. - *El derecho judicial.* - La valuación del bien en la expropiación inversa. - VIII. LA RETROCESIÓN. - Su concepto. - Los requisitos de procedencia. - *La retrocesión en la ley 21.499.* - IX. EL ABANDONO DE LA EXPROPIACIÓN. - El concepto y sus requisitos. - *El abandono en la ley 21.499.* - *El derecho judicial.* - X. LA PROYECCIÓN DE LA NOCIÓN DE EXPROPIACIÓN.

I. SU CONCEPTO Y NATURALEZA

Su encuadre general.

1. — La expropiación es una de las *limitaciones* al derecho de propiedad *en el tiempo,* ya que la perpetuidad de ese derecho es susceptible de extinguirse cuando el estado procede a expropiarlo.

La expropiación es el *acto unilateral* por el cual el *estado* priva de la propiedad de un bien al titular del derecho sobre el mismo, con fines de *utilidad pública,* mediante *calificación por ley* e *indemnización previa* e integral del valor de aquel bien.

Etimológicamente, expropiar proviene del latín "ex", que significa "poner fuera" y "proprietas", que significa propiedad; o sea, sacar un bien del dominio de su titular para cumplir el fin de utilidad pública a que ese bien se destina mediante el acto expropiatorio.

Es incorrecto incluir en la definición de expropiación el efecto necesario de

que el bien que se expropia pase del patrimonio del sujeto expropiado al del estado, pues según veremos después no siempre es indispensable que el fin de utilidad pública apareje la transferencia del bien al dominio estatal (ver nº 5).

El *fundamento* de la expropiación no radica en un supuesto "dominio eminente" del estado como atributo de la soberanía, sino en: a) el *bien común* o la realización del valor justicia como fin del estado; b) el carácter *relativo* de la propiedad privada *con función social*. Positivamente, la expropiación tiene base inmediata y expresa en la constitución (art. 17).

2. — La expropiación es, fundamentalmente, un instituto de *derecho público*, como que en él se muestra con toda su fuerza la "potestas" del estado, que a través de un acto compulsivo desapropia sin necesidad del consentimiento del expropiado.

Durante mucho tiempo, buena parte de nuestra doctrina admitió el carácter mixto de la expropiación, reconociendo su naturaleza "publicística" en la etapa en que el estado califica la utilidad pública, determina los bienes y procede a su transferencia, y su naturaleza de "derecho privado" en lo referente al derecho indemnizatorio del expropiado. Hoy parece predominar la tesis que absorbe íntegramente a la expropiación en el *derecho público*, aun en lo que hace a la indemnización, a la que se niega absolutamente el carácter de "precio", equiparable al de una compraventa.

3. — La norma constitucional del art. 17 es escueta: "*la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada*". A ella se suman, principalmente, las normas de la ley de expropiación 21.499 del año 1977, que sustituyó a la ley 13.264, que asimismo había reemplazado a la vieja ley 189. Deben tomarse en cuenta, asimismo, las normas que derivan del derecho judicial.

En el *ámbito provincial*, las expropiaciones locales se rigen por las constituciones y las leyes provinciales, interpretadas y aplicadas por sus tribunales, sin perjuicio del ajuste indispensable a las pautas de la constitución federal.

No se debe confundir la *"ley" de expropiación* (federal o provincial) que reglamenta el instituto expropiatorio, con "cada una" de las *leyes* que es menester dictar para proceder a realizar "una" expropiación *actual* calificando de utilidad pública al bien sujeto a expropiación.

II. LAS ETAPAS DEL PROCESO EXPROPIATORIO.

La calificación de utilidad pública.

4. — El proceso expropiatorio consta de diversas *etapas*, que procuramos sintetizar del siguiente modo:

A) *La calificación legislativa de la "utilidad pública"*. La constitución exige al efecto la *ley* del congreso (en las provincias, hace falta la *ley* de sus legislaturas); se trata de *ley formal* como requisito indispensable.

Es el congreso quien en forma discrecional —aunque no arbitraria— pondera la oportunidad, el alcance y la conveniencia de la expropiación, estableciendo la utilidad pública de los bienes.

La exigencia de "utilidad pública" para expropiar representa una *garantía* constitucional en resguardo del derecho de propiedad de los particulares.

5. — No es pacífica la doctrina en torno del concepto de utilidad pública. Sólo cabe señalar que, en general, se da en la doctrina y en el derecho comparado una evolución hacia la estimación amplia de la causa expropiatoria sustituyendo el término "utilidad" por otros como "interés", "bienestar general", "progreso", etc., llegándose a admitir la expropiación cuando la propiedad no cumple una función social.

Nuestra constitución formal no endurece demasiado la causa expropiatoria al mentar la utilidad pública, tanto que de un criterio estricto de "necesidad" se ha pasado a otro más elástico de "conveniencia". En tal sentido, *la ley 21.499* expresa que la utilidad pública comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del *bien común*, sea éste de naturaleza material o espiritual.

El adjetivo "pública" calificando a la utilidad ha dado pie para que a veces se interprete que la constitución exige inexorablemente que el bien expropiado se *transfiera al dominio público*. Quizá sea muy drástica y severa la interpretación. "Pública" como calificativo de "utilidad" parece más bien equipararse a "social" o "general", siempre que se mantenga la noción de que la utilidad social o general debe redundar en beneficio del *público*, o sea, de la comunidad, aunque el bien no pase al dominio público. Por ende, si se expropia un bien para darlo a un particular en provecho propio o de un grupo, falta la causa expropiatoria, pero si —por ej.— se expropia un bien para asignarlo a una entidad privada que va a instalar en él un establecimiento hospitalario abierto al público, hay, a nuestro juicio, suficiente utilidad pública, no obstante que el bien no ingrese al dominio público.

6. — La calificación de utilidad pública por ley no requiere

especificar individualizadamente los bienes, pero sí exige que *sean determinables*.

Faltaría también el recaudo constitucional de la utilidad pública —si por ej.— una ley declarara sujetos a expropiación tales o cuales bienes "con fines de interés público" sin precisar concretamente el fin o destino concretos de los mismos, para cuyo logro se los afecta a expropiación.

¿Expropiaciones "sin ley"?.

7. — Es elemental el principio de que para expropiar se necesita una *ley* que declare la utilidad pública del bien sujeto a expropiación. No obstante, queremos plantear el interrogante de si excepcionalmente procede una expropiación (o la indemnización expropiatoria) en situaciones en que no hay ley declarativa de utilidad pública.

Respondemos que *no*. En el derecho judicial registramos casos en los que ha quedado claro que, *no habiendo expropiación*, los resarcimientos por violación o daños a la propiedad se han de demandar por una *vía distinta a la expropiatoria*, porque no es posible encuadrar la pretensión en el instituto expropiatorio si no ha habido ley declarativa de utilidad pública respecto del bien que ha sufrido la violación o los daños.

Ello no empece a que, "por analogía", aunque no haya expropiación quepa acudir al instituto expropiatorio solamente para evaluar el resarcimiento. (Así lo hizo la Corte en su fallo del caso "Cantón", del año 1979, para indemnizar perjuicios a derechos patrimoniales por actividad lícita del estado).

La revisión judicial de la calificación.

8. — La utilidad pública es la *causa* y el *fin* de la expropiación, y quien califica dicha utilidad es el *congreso*. Que el juicio sobre la utilidad pública pertenece al congreso no quiere decir que resulte desprovisto de controles. Sólo el congreso califica, pero como la calificación requiere ineludiblemente la *realidad* de la "utilidad pública", el acto no puede ser arbitrario. Si el congreso encubre en una calificación de utilidad pública una causa o un fin totalmente distintos, la calificación peca de *inconstitucional*. Y ante tamaña desviación, el *control de constitucionalidad* recae en el poder judicial.

Nuestro *derecho judicial* ha acuñado la norma de que la calificación de utilidad pública efectuada por el congreso, por configurar un *acto político, no es judiciable*. Ello significa que en la constitución material la decisión congresional escapa a la revisión judicial y que el objeto normal del juicio de expropiación consiste únicamente en la fijación de la indemnización, al no ser discutible la causa de utilidad pública.

Sin embargo, tal principio de no judiciabilidad admite reservas en la propia jurisprudencia, ya que la Corte, después de sentarlo, ha dejado a salvo la revisión excepcional para el caso en que la calificación de utilidad pública sea manifiestamente *arbitraria*.

Nosotros estamos en desacuerdo con la jurisprudencia de la Corte, y preferimos decir que: *la calificación de utilidad pública por ley siempre es "judicialmente revisable", pero sólo es "descalificable judicialmente" cuando es arbitraria.*

9. — Haciendo un lineamiento somero de la evolución jurisprudencial, descubrimos que:

a) *hasta 1888*, prevalece la tesis de *no judiciabilidad*;

b) *en 1888*, en el caso "Municipalidad de la capital c/Elortondo" —fallado el 14 de abril— puntualiza lo mejor de la elaboración jurisprudencial de la Corte en torno de la *judiciabilidad*, advirtiendo: b') que la atribución congresional para calificar la utilidad pública no puede entenderse como derogatoria de los principios constitucionales, de los que el congreso no puede apartarse; b") que es elemental la atribución y el deber de los jueces de examinar las leyes en los casos que se traen a su decisión para averiguar si guardan o no conformidad con la constitución, y de abstenerse de aplicarlas si se hallan en oposición con ella; b"') que, por ende, aunque no hay una línea precisa que deslinde y distinga lo que es utilidad pública de lo que no lo es, lo cual exige que se acuerde siempre la mayor deferencia al juicio del congreso, cuando éste excede claramente los límites de su atribución constitucional, los jueces están en el deber de proteger el derecho de propiedad, agredido y tomado fuera de las formas autorizadas por la constitución;

c) *a partir de 1888* hasta la actualidad, es uniforme la tesis de la *no judiciabilidad*, excepcionada solamente para los casos en que la calificación resulta *notoriamente arbitraria*;

10. — Pese al principio jurisprudencial de la "no judiciabilidad", creemos que la ausencia de utilidad pública encuentra algunos *otros remedios* para detener o reparar la expropiación inconstitucional que se camufla tras la declaración del congreso;

a) si "inicialmente" la calificación de utilidad pública es manifiestamente arbitraria —por ej.: si se efectúa para transferir el bien a otro particular en provecho privado— la *revisión judicial* procede en el juicio de expropiación;

b) si "inicialmente" la calificación de utilidad pública es razonable, y por ello, judicialmente irrevocable, pero a posteriori esa utilidad pública no se cumple (por ej.: por dársele al bien otro destino, o por no llevarse a cabo la obra que se tuvo en vista) el instituto de la *retrocesión* permite recuperar el bien por parte del expropiado, lo cual significa verificar judicialmente a posteriori que la utilidad pública inicialmente declarada no ha existido;

c) si "inicialmente" la calificación de utilidad pública es razonable, pero el sujeto expropiante no promueve el juicio de expropiación, el instituto del *abandono* de la expropiación permite dar por cierto, al término de los plazos previstos en el art. 33 de la ley 21.499, que hay desistimiento en la calificación de utilidad pública.

11. — Hay que tener en cuenta que al ratificarse el *Pacto de San José de Costa Rica* sobre derechos humanos, Argentina incluyó en el "anexo" del instrumento de ratificación una *reserva* por la cual estableció que *no* "considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de 'utilidad pública' e 'interés social', ni los que éstos entiendan por 'indemnización justa'. (La reserva significa *sustraer* tales puntos a la *jurisdicción internacional* prevista en la convención y aceptada por nuestro país).

La determinación.

12. — B) *La determinación de los bienes.* La ley que califica la utilidad pública puede determinar *directamente* el bien sujeto a expropiación, o hacer una *enumeración genérica*, o establecer la *zona* donde quedan comprendidos los bienes sujetos a expropiación. Cuando el congreso no determina individualmente el bien, le corresponde hacerlo al poder ejecutivo entre los genéricamente enumerados o dentro de la zona señalada; pero siempre es imprescindible que la ley los haga "determinables".

Así lo prevé la ley 21.499.

Aparte de la eventual determinación del bien por el poder ejecutivo, le corresponde a éste también determinar (dentro del marco y plazos legales) el *momento* en el cual va a consumar el acto expropiatorio o cumplir la utilidad pública (sin perjuicio de que no haciéndolo en aquel marco y plazo quede abierta la posibilidad de aplicar los institutos de la retrocesión o del abandono, según el caso).

La indemnización.

13. — C) *La indemnización previa.* La exigencia de que *antes* de consumarse la expropiación (o sea, de *transferirse la propiedad*) debe satisfacerse el pago de la indemnización, se halla impuesta en la constitución.

Por eso, es *inconstitucional* toda ley que posterga el pago de la indemnización (total o parcialmente) para un tiempo posterior a la transferencia de la propiedad.

Lo es la inclusión de las indemnizaciones expropiatorias en el

régimen de la ley 23.982 de consolidación y pago a plazo de las deudas del estado. Así lo declaró la Corte en su sentencia del 5 de abril de 1995 en el caso "Servicio Nacional de Parques Nacionales c/Franzini Carlos s/ expropiación (Finca Las Pavas)".

14. — El tema de la indemnización obliga a especificar diversos aspecto.

a) La indemnización debe ser *justa e integral*. Ello surge del carácter y sentido de la indemnización, que es un "resarcimiento". Indemnizar quiere decir dejar indemne o sin daño, lo que equivale a dar al expropiado "en dinero" *el mismo valor* de la propiedad que se le expropia. La expropiación *no debe empobrecer ni enriquecer al expropiado*: debe dejarlo en *igual situación económica*. De allí que el "valor" de lo que se expropia sea el objeto de la obligación resarcitoria que tiene el expropiante, y que si bien ese valor se expresa o mide en *dinero*, la *deuda no sea dineraria sino de valor*.

El carácter justo de la indemnización surge implícitamente de la constitución. El derecho judicial lo ha consagrado en forma enfática al fallar el caso "Provincia de Santa Fe c/Nicchi", con fecha 26 de junio de 1967, en el que nuestra Corte afirmó que "no es constitucional ni legal una indemnización que no sea justa", "y la indemnización es justa cuanto restituye al propietario el *mismo valor económico* de que se lo priva, y cubre además los daños y perjuicios que son consecuencia directa e inmediata de la expropiación".

Puede ser que expropiante y expropiado se pongan de acuerdo sobre el monto de la indemnización, en cuyo caso la fijación de dicho monto es objeto de un *avenimiento*. De lo contrario, lo establece el juez en la sentencia que dicta en el juicio de la expropiación (ver nos 35 y 36).

Para determinar judicialmente la indemnización, la ley 21.499 ha establecido los diversos procedimientos de valuación.

b) La indemnización que el juez fija en la sentencia debe tomar en cuenta *lo que el bien vale a la fecha de la sentencia*, suponiendo que entonces se transfiere el dominio y que el pago se efectúa de inmediato. Esto equivale a afirmar que la indemnización debe cubrir el valor *actual* del bien y que *debe pagarse "antes" de la transferencia* de la propiedad expropiada (ver nº 26).

c) La indemnización tiene que *pagarse en dinero* (ver nº 26). No obstante, no reputamos inconstitucional que, mediando acuerdo del

expropiado con el expropiante, se indemnice a través de vías sustitutivas o compensaciones no dinerarias.

III. LA DESPOSESIÓN, LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD Y LA INDEMNIZACIÓN

15. — Conviene distinguir dos circunstancias muy distintas, que son: a) la *desposesión* o desapoderamiento material del bien calificado de utilidad pública y determinado ya con una individualización precisa; b) la *transferencia de la propiedad.*

Con la desposesión, el expropiante toma "posesión" del bien; diríamos que, materialmente, el expropiado ya no dispone de él —por ej.: porque se lo demuele para comenzar la apertura de una calle—, pero su título de dominio no se transfiere todavía. Solamente la transferencia de la propiedad consuma definitivamente la expropiación al extinguir la propiedad del expropiado.

16. — A nuestro criterio, la ley de expropiación puede regular la *desposesión* con bastante margen del arbitrio, disponiendo que se la reserve para casos de urgencia, o permitiéndola como principio general. Lo que, en cambio, siempre se vuelve *inconstitucional* es invertir el orden del proceso expropiatorio, estableciendo (como lo hacía la anterior ley 13.264) que mediante una consignación judicial provisoria (a cuenta de la indemnización total) el expropiante pueda desposeer y que, de inmediato, antes de estar paga esa indemnización, se disponga judicialmente la transferencia de la propiedad. La inconstitucionalidad radica aquí, no en la desposesión, sino en la transferencia de la propiedad *antes* de abonarse la indemnización, porque en tal supuesto ésta ya no es "previa" como lo marca el art. 17.

La actual ley 21.499 respeta el requisito de que la indemnización tiene que ser *previa,* ya que la transferencia de la propiedad no se produce mientras el pago indemnizatorio que fija la sentencia firme no se lleva a cabo.

La valuación del bien y la indemnización.

17. — "Valuación" (avalúo) es sinónimo de *tasación.* La valuación del bien sirve para *fijar el valor* del bien expropiado y *la indemnización* (equivalente a ese valor) que hay que pagar.

Hay dos aspectos a considerar:

a) En qué *momento* se hace el avalúo; b) cuál es la *fecha* a la que el avalúo *se remite.*

18. — En épocas de *estabilidad monetaria* —o sea, sin inflación—

no es demasiado importante hacer este deslinde, porque los resultados no varían.

En cambio, en tiempos de *depreciación monetaria*, la cuestión cambia mucho.

En efecto, si el "momento" en que se realiza la *valuación* —por ej.: 1989— toma en cuenta lo que valía el bien en una *"fecha" anterior* —por ej.: 1983— que fuera la fecha de la *desposesión*, es evidente que esos seis años de inflación iban a causar perjuicio al expropiado en la medida en que el "valor" del bien a 1983 no se actualizaba hasta 1989.

Hasta que la Corte falló en *1967* el caso "Nicchi", su jurisprudencia sostuvo invariablemente que el valor del bien debía fijarse a la fecha en que se había producido la *desposesión* (en el ejemplo supuesto, el año 1983), sin computarse la pérdida posterior del valor adquisitivo de la moneda. A partir del citado caso "Provincia de Santa Fe c/ Nicchi" adquirió ejemplaridad la pauta contraria, que obligó a *computar la depreciación monetaria* y a *actualizar la valuación* que se había practicado con remisión a una fecha anterior, hasta llegar al *pago* de la indemnización.

19. — A lo expuesto acerca del "momento" en que se efectúa la valuación y de la "fecha" a la que esa valuación se remite, hemos de añadir ahora que el problema no concluye allí. En efecto, hay que prolongarlo hasta:

a) la *sentencia*, que consigna el "valor" a pagar, y

b) el *pago* de la suma indemnizatoria.

En el nº 14 b) dijimos que el juez en su *sentencia* debe fijar como monto de la indemnización lo que el bien *vale en ese momento*. O sea, el valor *actual*. Por eso, cualquiera sea el "momento" en que se realizó la valuación, y cualquiera sea la "fecha" a la que remitió esa valuación, el juez tiene que *actualizar o reajustar* el valor en la sentencia, si es que ha habido variaciones por la depreciación monetaria (ver nº 20).

20. — La ley 21.499 prescribe que la depreciación monetaria es un rubro computable, pero la ley 23.928 *ha prohibido a partir del 1º de abril de 1991 toda indexación*. No obstante, si hay depreciación el monto indemnizatorio debe reajustarse aunque la ley 23.928 lo prohíba, porque la constitución lo exige. (ver nº 18 y 19).

Los rubros que se incluyen y computan en la valuación.

21. — Parecería que el mismo concepto de "indemnización *integral*" (como compensación de todo el daño sufrido por el expropiado que debe quedar "indemne") nos diera la tónica de los rubros que necesariamente integran el valor del bien. Tal concepto está expresamente formulado en el ya citado caso "Provincia de Santa Fe c/Nicchi" —de 1967— en el que la Corte define que indemnizar es "*eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento*", "y ese cabal resarcimiento no se logra si el daño o perjuicio subsisten en cualquier medida". "El valor objetivo del bien —añade el tribunal— no debe sufrir disminución o desmedro alguno, ni debe el propietario experimentar lesión en su patrimonio que no sea objeto de cumplida y oportuna reparación", por lo que *la compensación debida al expropiado ha de ofrecerle un equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien similar al que pierde en virtud de la expropiación*.

22. — La ley 21.499, al referirse a los valores indemnizables, consigna que la indemnización comprenderá el *valor objetivo* del bien y los *daños* que sean una consecuencia "directa" e "inmediata" de la expropiación.

A la inversa, *se excluye* de acuerdo a la ley 21.499: a) el lucro cesante; b) las ganancias hipotéticas; c) las circunstancias personales y los valores afectivos; d) las mejoras que se han realizado en el bien después de habérselo declarado afectado a expropiación, salvo las necesarias; e) el valor añadido por la ejecución o autorización de la obra pública a cargo del expropiante.

Los intereses.

23. — La *suma de dinero* en que se expresa el valor indemnizable devenga *intereses*, en forma tal que su aplicación se considera parte de la misma indemnización. La Corte Suprema tiene decidido que los intereses integran el justo resarcimiento y cubren el perjuicio derivado de la privación del bien expropiado, correspondiendo liquidarlos desde la desposesión hasta el pago, según el art. 20 de la ley 21.499. (Si no hubo desposesión ni ocupación del bien por el expropiante, no procede pagar intereses.)

Según la misma Corte, los intereses se han de calcular sobre la diferencia entre la suma consignada judicialmente y la acordada en la indemnización por la sentencia definitiva. Proceden aunque la indemnización se actualice con la depreciación monetaria, y la condena al pago de intereses no requiere petición

expresa del interesado (caso "Dirección Nacional de Vialidad c/Echamendi y Cattaneo Juan y otros", fallado en 1974).

24. — Después de la prohibición de indexar establecida por la ley 23.928, de 1991, un mecanismo para reparar la depreciación monetaria puede arbitrarse mediante una *tasa de interés* que otorgue suficiente cobertura al rubro indexatorio.

Las "deducciones".

25. — Nos queda examinar cuáles son las deducciones que pueden o no hacerse sobre el monto de la indemnización. Si ésta equivale al valor integral del bien expropiado, y si la expropiación no debe empobrecer ni enriquecer al expropiado, el monto que se le paga no es nada más que el reemplazo y el resarcimiento de lo que se le quita: no gana ni pierde.

Reiterado tal concepto, parece *descartable a priori toda deducción* que se pretenda efectuar sobre el monto que en dinero cobra el expropiado, porque toda disminución del mismo monto ya significa pagarle *menos* del valor debido. Como principio, pues, *no cabe gravar con impuesto alguno el monto de la indemnización*, ya que hacerlo importaría convertir a la expropiación en un "hecho imponible" en desmedro del expropiado.

El art. 20 de la ley 21.499 dispone que los rubros que componen la indemnización no estarán sujetos al pago de impuestos o gravamen alguno.

La oportunidad del pago.

26. — La indemnización debe pagarse en *dinero efectivo* (art. 12 de la ley 21.499) y *sin deducción alguna antes de que la propiedad se transfiera*. Si, en todo caso, y para situaciones de urgencia queda legitimado el expropiante a tomar posesión del bien sin previo pago y con la sola consignación judicial provisoria de una suma a cuenta de la indemnización definitiva, jamás puede consentirse que la ley invierta el orden fijado en la constitución y transfiera la propiedad sin previo pago de la indemnización (ver nº 13).

IV. LOS SUJETOS EXPROPIANTES

27. — Hay un *sujeto activo directo y originario*, que es el *estado federal* y cada una de las *provincias* en sus respectivas jurisdicciones. Ello significa que la "decisión" de expropiar, que se expresa en la *ley* que declara la utilidad pública de un bien, pertenece únicamente al estado federal y a las provincias.

El Estatuto Organizativo (constitución) de la *ciudad autónoma de Buenos*

Aires reconoce a su legislatura la atribución de calificar la utilidad pública de los bienes sujetos a expropiación (art. 80, inc. 9).

La expropiación "indirecta".

28. — Fuera del estado federal, de cada una de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, no hay otros sujetos directos y originarios de expropiación. Pero existe una expropiación a la que denominamos *indirecta* —que nada tiene que ver con la expropiación inversa— y que se consuma en forma derivada *por delegación*.

Ello quiere decir que hay algunos *sujetos activos* de expropiación, distintos del estado federal, de las provincias, y de la ciudad de Buenos Aires, que expropian *por delegación* de los sujetos directos y originarios. Nos explicamos: para que un sujeto activo expropie por delegación, siempre hace falta que previamente el estado federal, o la provincia, o la ciudad de Buenos Aires dicte una "ley" declarativa de la utilidad pública, en mérito a la cual el sujeto activo derivado o indirecto lleve después a cabo la expropiación.

Son sujetos activos de esta expropiación *indirecta* los *municipios*, y también las entidades autárquicas y empresas del estado, conforme al art. 2º de la ley 21.499.

Los particulares, sean personas de existencia visible o jurídica, podrán actuar como expropiantes cuando estuvieren autorizados por la ley o por acto administrativo fundado en ley, dice el mismo artículo.

Muchas constituciones provinciales incluyen entre las facultades de los municipios la de expropiar con autorización de la respectiva legislatura.

La expropiación por las provincias.

22. — Nadie duda de que las provincias tienen competencia originaria y propia para las expropiaciones locales, con base en utilidad pública también local. Tales expropiaciones a cargo de las provincias se rigen por el *derecho público provincial* (constitución provincial, ley provincial de expropiación), pero han de conformarse a los principios contenidos en la constitución federal en materia expropiatoria; o sea: a) calificación de utilidad pública por la legislatura; b) indemnización justa e integral pagada antes de la transferencia de la propiedad.

La ley provincial de expropiación debe distinguirse nuevamente (igual que la federal) de "cada ley" que dicta la legislatura local para expropiar un bien, declarándolo de utilidad pública.

Las impugnaciones a la ley provincial de expropiación, y a cada ley (también provincial) que afecta un bien a expropiación, dan lugar a recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema cuando se cuestionan dichas leyes (o los actos derivados de su aplicación) por presunta violación a los principios generales que surgen de la constitución federal en materia de expropiación.

V. LOS BIENES EXPROPIABLES

30. — Si "expropiar" es privar de la "propiedad" al sujeto que la titulariza, el principio general nos dice que todo lo que es propiedad puede ser objeto de expropiación; o, en otros términos, que todo bien de índole patrimonial y valor económico es susceptible de expropiación.

No obstante, cuando explicamos los contenidos que el derecho judicial ha incorporado al patrimonio como propiedad, vimos algunos que, pese a integrar la propiedad, ahora no parecen susceptibles de expropiación. Así, ¿cómo podría expropiarse el derecho "adquirido" e incorporado al patrimonio sobre un acto procesal válidamente cumplido que, por eso, no puede afectarse retroactivamente? ¿Y cómo podría expropiarse la cosa juzgada (por ej., en la sentencia que en un juicio de filiación tiene a una persona como hijo de otra, o que en un juicio de nulidad matrimonial declara la invalidez de las nupcias)? ¿Y cómo podría expropiarse el derecho que se adquiere por ley a quedar protegido por una amnistía?

Estos ejemplos hacen pensar que no todo lo que la Corte define como ingresado al patrimonio con carácter de propiedad inviolable, puede ser expropiado, lo que demuestra que en el concepto constitucional de lo que es propiedad, hay casos de improcedencia de la expropiación; o, de otro modo, que hay contenidos de la propiedad que no pueden ser objeto de la expropiación.

31. — Marginadas estas excepciones, pasamos revista a algunos objetos o bienes sobre los que se considera que puede recaer la expropiación. *Son expropiables*:

a) los bienes muebles, inmuebles o semovientes;

b) las universalidades (una empresa, una biblioteca, las maquinarias de una fábrica, etc.);

c) los lugares históricos;

d) el espacio aéreo;

e) el subsuelo, sea sólido o fluido;

f) los bienes inmateriales (la energía hidráulica, los derechos de autor, etc.);

g) las iglesias;

h) los bienes de una embajada extranjera;

i) las unidades de un inmueble dividido en propiedad horizontal.

32. — *No es expropiable* el *dinero*, porque si la indemnización debe pagarse en dinero, al expropiado en su dinero habría que entregarle una cantidad igual a la que se le expropiara.

No obstante, parece posible expropiar *dinero extranjero*, porque la indemnización habría que pagarla en su equivalente en dinero argentino. Excepcionalmente, también podrían expropiarse monedas argentinas o extranjeros con valor numismático, o de valor metálico superior al normal o cambiario, porque entonces habría margen indemnizatorio.

Se discute si los cadáveres de seres humanos pueden expropiarse. Hay doctrina que lo admite. Creemos que si se niega que el cadáver sea un bien o una cosa con valor económico (susceptible de integrar el patrimonio de una persona) es imposible la expropiación.

33. — El estado federal puede expropiar bienes de *dominio privado provincial*. Si los bienes provinciales integran el dominio *público*, hay parte de la doctrina y la jurisprudencia que no pone obstáculo alguno. Sin embargo, favorecemos la tesis que para los bienes del *dominio público provincial* expropiados por el estado federal requiere el *consentimiento* de la provincia.

Las provincias pueden, excepcionalmente, expropiar bienes del dominio *privado* del estado federal; para los de dominio *público*, haría falta el *consentimiento* del estado federal.

34. — El art. 4º de la ley 21.499 dice que pueden ser objeto de expropiación todos los bienes *convenientes* o *necesarios* para la satisfacción de la utilidad pública, cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o al privado, sean cosas o no.

VI. EL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO.

35. — El *procedimiento expropiatorio* ofrece dos vías posibles. Una es la del *acuerdo* entre expropiante y expropiado, que se llama "avenimiento"; otra es la *judicial*. No siempre se llega a la última, ni es indispensable su uso.

El avenimiento entre el estado y el expropiado es un *contrato administrativo innominado* (de derecho público).

El art. 13 de la ley 21.499 lo prevé claramente.

Cuando *no hay avenimiento*, el estado (si quiere consumar la expropiación) debe promover *juicio de expropiación* contra el propietario con quien no alcanza el arreglo.

36. — El rechazo del expropiado puede versar sobre cuatro aspectos: a) el expropiado discute o niega la *causa* de utilidad pública del bien afectado a expropiación; b) el expropiado discute, aun aceptando genéricamente la utilidad pública, que no hay necesidad ni conveniencia en la expropiación total o parcial de determinados bienes; o sea, la *medida* o dimensión de la expropiación; c) el expropiado discute la *determinación* administrativa del bien; d) el expropiado discute el *monto de la indemnización*.

Normalmente, siendo mínima y excepcional la competencia que el derecho judicial vigente reconoce a los tribunales para revisar la calificación de utilidad pública y para revisar el criterio con que se valora la necesidad o conveniencia de expropiar tal o cual bien en tal o cual medida, el objeto habitual y principal del juicio expropiatorio se reduce a la *fijación de la indemnización*.

37. — El juicio de expropiación se suele conocer con el nombre de "contencioso expropiatorio". La sentencia tiene carácter "constitutivo", ya que ella consuma el proceso expropiatorio transfiriendo la propiedad.

VII. LA EXPROPIACIÓN "INVERSA" O "IRREGULAR"

El concepto y sus requisitos.

38. — Existe una forma especial de expropiación, a la que nosotros deparamos el título de *expropiación inversa*, y a la que parte de la doctrina y de la jurisprudencia llaman también, indistintamente, expropiación indirecta o *irregular*.

Con este título de expropiación "*irregular*" la reglamenta la ley 21.499.

La expropiación inversa se llama así porque el procedimiento se opera *al revés*: es el expropiado quien demanda al expropiante. Cómo, porqué y cuándo, es lo que ahora debemos explicar.

39. — En su esquema-tipo, esta expropiación inversa se torna procedente cuando concurren las siguientes condiciones: a) vigencia de la *ley declarativa* de utilidad pública afectando el bien cuestionado; b) *no iniciación de la acción* expropiatoria por parte del expropiante; c) *conductas del expropiante* que implican desposeer al expropiado, ocupar el bien, o meramente impedir el libre ejercicio y la disponibilidad plena del propietario sobre la propiedad afectada.

Es imperioso que a raíz de los dos recaudos de los incisos a) y b), el propietario padezca cierta *indisponibilidad* (inc. c) en el goce de su derecho a través de actos que lo turban o lo restringen.

Cabe resaltar, asimismo, que la expropiación inversa exige siempre la previa *calificación de utilidad pública*. Si faltando ella el estado ocupa o desapodera el bien, o turba la propiedad, el afectado no puede demandarlo por expropiación inversa. Tendrá derecho a reintegro o a resarcimiento en el juicio que promueva con ese objeto, pero eso no podrá hacerse sobre la base de la expropiación, porque no cabe hablar de expropiación cuando no hay calificación legal de la utilidad pública de un bien. (Ver nº 7).

40. — La expropiación inversa tiene por objeto obligar al expropiante a *consumar la expropiación y a pagar la indemnización* al expropiado que, de alguna manera, padece una situación total o parcial de indisponibilidad en el goce de su propiedad afectada a la expropiación que se demora.

Comprendemos, entonces, que el adjetivo "inversa" no alude al sujeto expropiante —que no cambia— sino a la *parte* que promueve el juicio expropiatorio: en vez de iniciar la demanda el expropiante, la deduce el expropiado.

41. — La ley 21.499 prevé diversas hipótesis de expropiación *irregular*.

El derecho judicial.

42. — La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene establecido que si bien la circunstancia de que exista una expropiación declarada por ley no es suficiente para que el propietario pueda, sin más, obligar al estado a efectivizarla mediante una acción de expropiación inversa, tal acción es procedente si, además, el bien objeto de expropiación ha sido ocupado por el expropiante, o ha mediado alguna restricción o perturbación que cercena el derecho de propiedad del titular.

La valuación del bien en la expropiación inversa.

43. — Durante la época en que se sostuvo que la tasación del bien debía tomar en cuenta el valor a la fecha de la "desposesión", se hizo excepción al principio cuando se trataba de una expropiación inversa en la que no se había producido desposesión. Entonces se dijo que el valor había de establecerse a la fecha del informe pericial, por ser la más cercana a la sentencia. Tal era la norma surgida de la jurisprudencia.

En la actualidad, pensamos que el criterio emergente desde el caso "Provincia de Santa Fe c/Nicchi" es aplicable también a la expropiación inversa: el valor del bien expropiado ha de fijarse al día de la *sentencia* definitiva.

En la expropiación inversa cabe aplicar similar criterio que en la común sobre actualización monetaria por depreciación. Los intereses de la suma indemnizatoria sólo se deben si ha existido ocupación o desposesión del bien.

VIII. LA RETROCESIÓN

Su concepto.

44. — Hemos dicho que para la validez constitucional de la expropiación ha de existir una *causa real de utilidad pública*, declarada por *ley* del congreso; si esa causa real no existe cuando se dicta la ley, sabemos que se hace difícil discutirla en el juicio expropiatorio, porque la jurisprudencia retrae el control, salvo caso extremo de arbitraridad manifiesta; si la causa ha existido en el momento de dictarse la ley, pero posteriormente no se cumple —o sea, desaparece—, la expropiación pierde su base constitucional, y se vuelve inconstitucional.

Para remediar esto último, se reconoce el instituto de la *retrocesión*.

Retrocesión significa retroversión o reintegro del bien expropiado al patrimonio de su propietario, en razón de no haberse cumplido la causa de utilidad pública a la que estaba afectado.

Es indispensable tener en cuenta que la retrocesión es un instituto que *solamente funciona "después" que se ha perfeccionado y consumado la expropiación*, o sea, que necesita haberse *transferido la propiedad y pagado la indemnización*.

La retrocesión procede también aunque la expropiación se haya cumplido por avenimiento.

45. — Son dos los supuestos de ausencia de utilidad pública: a) que después de consumada la expropiación, el estado *no destine* el bien a la afectación para la cual se lo declaró de utilidad pública; b) que se lo destine a *otro fin* (y ello aunque éste "aparentemente" sea también de utilidad pública, porque en ese caso no fue calificado por ley previa para ese fin; por ej., si se dicta una ley declarando un bien de utilidad pública para destinarlo a hospital, y después de consumada la expropiación se lo destina a una escuela pública).

En cambio, si el bien expropiado se destinó al fin de utilidad pública invocado, pero posteriormente el expropiante se ha visto obligado a desprenderse de él después de un uso real y efectivo, la retrocesión no procede (caso "Colombo

de Colombo Rosa y otras c/Transportes de Buenos Aires en liquidación", fallado por la Corte Suprema el 25 de noviembre de 1966).

A falta de previsión legal sobre la retrocesión, ésta procede igualmente por aplicación directa de la constitución que le presta fundamento, ya que sin el destino de utilidad pública la expropiación es inconstitucional.

47. — El derecho judicial derivado de la Corte Suprema ha dado vigencia a la retrocesión a partir del caso "Ortega Juan de Dios y otros c/Dirección General de Fabricaciones Militares", del 12 de junio de 1968.

El principio claramente señalado es el siguiente: "el derecho de retrocesión nace cuando el expropiante *no da al bien expropiado la afectación dispuesta por el legislador o le da una distinta*, pues en tales supuestos se ha dejado de cumplir la finalidad que determinó la calificación de utilidad pública que requiere el art. 17 de la constitución nacional. Ese derecho trae aparejado, como consecuencia, la facultad de reclamar la devolución del bien, previo pago del importe recibido por la expropiación, ya que en esencia la retrocesión importa volver las cosas al estado anterior al acto que originó el desapoderamiento".

Los requisitos de procedencia.

48. — a) En primer lugar, se requiere que el fin de utilidad pública *no se cumpla*; ello puede acaecer de las dos maneras explicadas en el nº 45.

b) En segundo lugar, el expropiado que demanda por retrocesión debe *reintegrar el monto de la indemnización percibida*, a tenor del siguiente principio: b') si el bien no ha sufrido modificaciones que aumenten o disminuyan su valor económico, basta devolver la misma suma.

A nuestro criterio, la acción por retrocesión debería ser *imprescriptible*. La *ley 21.499* le fija un plazo de prescripción de tres años.

La retrocesión en la ley 21.499.

49. — La ley 21.499 ha incluido el instituto de la retrocesión. Conforme a su art. 35 la acción procede cuando al bien expropiado se le da un destino diferente al previsto en la ley expropiatoria, o cuando no se le da destino alguno en un lapso de dos años computado desde que la expropiación quedó perfeccionada (o sea, desde que se transfirió la propiedad mediante sentencia firme, desposesión y pago de indemnización).

IX. EL ABANDONO DE LA EXPROPIACIÓN

El concepto y sus requisitos.

50. — El abandono es un instituto que se configura cuando, una vez dictada la ley calificatoria de utilidad pública respecto de uno o más bienes afectados a expropiación, *transcurre cierto tiempo* durante el cual el expropiante permanece *inactivo* (o sea, no lleva a cabo ningún acto tendiente a consumar la expropiación). Vencido ese plazo (que es resolutorio) ya no se puede expropiar, y la potestad autorizativa para hacerlo queda extinguida.

Se diferencia: a) de la *expropiación inversa* o irregular, porque en el abandono no hay actos del expropiante que menoscaben o perturben la propiedad del expropiado (como sí ha de haberlos para la expropiación inversa); b) de la *retrocesión*, porque en el abandono no se ha cumplido ninguna etapa expropiatoria después de la ley declarativa de utilidad pública del bien (como sí han debido cumplirse todas las etapas expropiatorias para que proceda la retrocesión); c) del *desistimiento* en el juicio expropiatorio, porque en el abandono ni siquiera se ha iniciado dicho juicio; d) de la *perención de la instancia* en el juicio expropiatorio (por lo mismo que en el inciso anterior).

51. — El *efecto* del abandono es doble, según se lo contemple desde la posición del expropiante o del expropiado.

a) Para el *expropiante*, significa que transcurridos los plazos de inactividad, ya no puede consumar la expropiación; es como una "caducidad" de su facultad expropiatoria; pero, a la vez, significa que el expropiado tampoco puede intimarlo, ni urgirlo, ni demandarlo para que lleve adelante la expropiación.

b) Para el *expropiado*, significa una certeza jurídica, ya que transcurridos los mismos plazos de inactividad del expropiante, sabe que éste ya no podrá consumar la expropiación y, si lo intentara, se le podría oponer como defensa que se ha producido su abandono.

c) Si el expropiante incurso en abandono quisiera expropiar el mismo bien después de operado ese abandono, necesitaría una nueva ley calificatoria de la utilidad pública.

d) Si, abandonada la expropiación, el expropiante ocupa el bien o turba su propiedad, el expropiado que opone el abandono no puede demandar la expropiación inversa (porque el plazo de caducidad extinguió la potestad expropiatoria), y debe usar las acciones del derecho común.

El abandono opera "de pleno derecho" una vez vencidos los plazos fijados

por la ley para tenerlo por tipificado. Ello no obsta, a nuestro juicio, para que el expropiado que quiere asegurar su certeza obtenga un pronunciamiento judicial declarativo de que el abandono se ha configurado. No hace falta que se derogue la ley que dispuso la expropiación, ni que el poder ejecutivo declare por decreto que se produjo el abandono, pero tampoco es improcedente hacerlo.

El abandono en la ley 21.499.

52. — La ley 21.499 dispone en su art. 33 que la expropiación se tendrá por *abandonada* —salvo disposición expresa de la ley calificatoria de utilidad pública— cuando el expropiante no promueva el juicio de expropiación dentro de los dos años de vigencia de la ley, si se trata de bienes individualmente determinados; de cinco años si se trata de bienes comprendidos en una zona determinada; y de diez años si se trata de bienes comprendidos en una enumeración genérica.

El derecho judicial.

53. — En el caso "Villona de Herrera c/Consejo de Reconstrucción de San Juan" del 14 de octubre de 1966, la Corte dejó bien establecido que el abandono y la expropiación inversa *se excluyen*: a) si el bien afectado a expropiación ha sido ocupado por el expropiante, o se han producido actos que turban el derecho del expropiado, el expropiante no puede eximirse de consumar la expropiación (inversa) demandada por el expropiado, alegando que da por abandonada la expropiación; b) al revés, si procede el abandono (porque no hay actos turbatorios de la propiedad del expropiado) el expropiado no puede pretender que prospere la expropiación inversa. Es decir, un mismo caso no puede encuadrar a la vez en la expropiación inversa y en el abandono, porque cada uno de estos institutos enfoca situaciones distintas.

No obstante la Corte admitió posteriormente la procedencia del abandono en una situación que correspondía regirse por la expropiación inversa. (Caso "Cerda c/Estado Nacional", fallado el 19 de octubre de 1982).

X. LA PROYECCIÓN DE LA NOCIÓN DE EXPROPIACIÓN.

54. — Es acertado decir que de las normas constitucionales sobre la expropiación se infiere un principio general de nuestro derecho constitucional que proyecta su aplicación a varios institutos jurídicos; tal principio se enuncia diciendo que *en todos los casos en que la propiedad* (o el derecho patrimonial) *cede en razón de un interés público, o sufre perjuicio por la misma causa, el propietario debe ser indemnizado por el estado.*

Este principio está lejos de reservarse para los supuestos en que el daño

proviene de una actividad ilegítima o ilícita de quien lo produce, y, al contrario, absorbe la hipótesis de *actividad legítima o lícita* (por ej.: revocación de actos o contratos administrativos por razón de mérito, oportunidad o conveniencia).

Si tal aplicación es evidente cuando la relación del particular se traba con el estado, y cuando es éste el que debe indemnizar, también hay acierto en afirmar que el resarcimiento procede en las *relaciones privadas* cuando la actividad de un *particular* lesiona el derecho patrimonial de *otro particular*.

CAPÍTULO XIX

LA TRIBUTACION Y EL PODER TRIBUTARIO

I. SU ENCUADRE GENERAL. - La actividad financiera del estado y el poder tributario. - La tributación. - Las clases de gravámenes. -Los principios constitucionales que rigen la tributación. - *La razonabilidad.* - *La política fiscal.* - *La generalidad de los tributos.* - La relación y la obligación tributarias. - La libertad fiscal. - La retroactividad de la ley fiscal. - La revisión judicial de los gravámenes. - *El "solve et repete".* - *El pago bajo protesta.* - *La prueba del "empobrecimiento".* - II. LA COPARTICIPACIÓN FEDERAL. - El reparto de competencias. - El tesoro nacional. - Los impuestos directos e indirectos. - El art. 75 inc. 2°. - *Las contribuciones y el reparto de competencias.* - *La ley-convenio.* -*La distribución.* - *El control.* - *La cláusula transitoria.* - El derecho judicial en materia de competencias tributarias federales y provinciales. - La "cláusula comercial" y el poder impositivo. - *Prohibiciones al poder impositivo provincial.* - III. LA COMPETENCIA TRIBUTARIA DE LOS MUNICIPIOS DE PROVINCIA. - IV. LAS ADUANAS. - Los principios constitucionales. - La circulación "territorial". - *El peaje.*

I. SU ENCUADRE GENERAL

La actividad financiera del estado y el poder tributario.

1. — La llamada actividad financiera estatal —o pública— que se exterioriza en la *obtención de recursos* y en la realización de *gastos* apareja, recíprocamente, la recaudación fiscal y la afectación de erogaciones.

La política fiscal, la política económica, y el ordenamiento normativo-financiero no se desligan del ordenamiento jurídico constitucional, razón por la cual es imposible y erróneo romper ese nexo y suponer que la actividad financiera estatal es únicamente de naturaleza económica, o que puede anteponer los principios y pautas de esa índole sin tomar en cuenta prioritariamente a la constitución. Todo lo contrario, hemos de reafirmar que: a) la actividad financiera estatal es *jurídico-constitucional*, y b) reviste carácter *instrumental.*

2. — Para entenderlo, se intercalan ahora los *fines* de la mencionada actividad financiera. Ellos son los que hacen viable el *funcionamiento integral del estado democrático* y, en su núcleo, permiten dar efectividad (en la vigencia sociológica) a los *derechos* que tienen su raíz en la constitución.

Nadie duda, si lo dicho se comparte, de que la actividad financiera pública debe tomar muy en cuenta toda la constelación de *principios, valores y derechos* de la constitución para orientar —y subsumir en su plexo— las políticas que guardan relación con la obtención de los recursos para la hacienda pública y con su afectación para los gastos. Las prioridades que cabe inferir de la constitución tienen que reflejarse en la política fiscal.

3. — No es fácil, pero tampoco imposible, intentar un diseño de los parámetros que se tienden desde la constitución hacia la política fiscal y la actividad financiera, para someterlas a fines relevantes. Por ejemplo:

a) el *desarrollo humano*, el *desarrollo económico-social*, el equilibrio del *desigual desarrollo relativo de provincias y regiones* (todo ello computando el art. 75 incisos 17, 19 párrafos primero y segundo; el mismo art. 75 inc. 2º párrafo tercero; los arts. 41, 124 y 125);

b) la *solidaridad* (mencionada en el art. 75 inc. 2º párrafo tercero);

c) la *igualdad de oportunidades* en todo el territorio, la *igualdad real de oportunidades y de trato*, la *igualdad de oportunidades y posibilidades en materia educativa* (con referencia al art. 75 inc. 2º párrafo tercero, inc. 23 e inc. 19 párrafo tercero).

d) el *progreso económico con justicia social* (aludido en el art. 75 inc. 19 párrafo primero);

e) la *generación de empleo* (ídem);

f) la *productividad de la economía* (ídem);

g) la *defensa del valor de la moneda* (ídem);

h) el *pleno goce y ejercicio de los derechos* reconocidos en la constitución y los tratados internacionales (conforme al art. 75 inc. 23);

i) la consideración especial de los *niños*, las *mujeres*, los *ancianos*, y las *personas con discapacidad* (ídem);

j) globalmente, el *funcionamiento de las instituciones de la constitución*.

4.— Todas estas pautas deben ser tomadas en cuenta cada vez que el congreso dicta una ley de coparticipación federal, cuando aprueba el presupuesto, y cuando trata la cuenta de inversión.

Todos los operadores constitucionales (jefe de gabinete de ministros, ministros, funcionarios, jueces, etc.) deben asimismo acudir a las mismas pautas para el ejercicio de sus respectivas competencias.

Las reflexiones precedentes muestran como exigible que el poder impositivo se ajuste estrictamente a los cánones constitucionales señalados, y que la formación de recursos para el tesoro "nacional" se realice a tenor de ellos. En otras palabras, la hacienda pública está subsumida en la constitución, y carece de toda autonomía que la independice, o la recluya en el ámbito exclusivo de la economía, o desconecte el propósito de regulación económica de los fines constitucionales de la tributación.

La tributación.

5. — La tributación fiscal admite numerosas vinculaciones. Resalta la que tiene con el *derecho de propiedad*, porque todo gravamen recae sobre la propiedad de quien debe pagarlo. Se conecta también con la *política social*, con la *política económica*, con la *igualdad*, con la *razonabilidad*, con los *ingresos públicos*, con el *presupuesto*, etc.

En sentido amplio, la tributación fiscal abarca el sistema de *impuestos, tasas y contribuciones*, y suele vérsela como apoyada en lo que se llama el "poder *impositivo*" (o tributario o fiscal) del estado (federal y provincial).

A veces, los principios constitucionales de la tributación fiscal se trasladan a *cargas* que *no* son ni impuestos, ni tasas, ni contribuciones (por ej., los aportes a un régimen jubilatorio), y que algunos denominan "contribuciones *parafiscales*".

El *poder tributario* del estado admite diversas definiciones, pero todas ellas apuntan a la posibilidad jurídica (competencia) de crear y exigir tributos con relación a personas o bienes que se encuentran en la respectiva jurisdicción.

Hay quienes distinguen entre "poder" tributario y "competencia" tributaria,

definiendo al primero como más amplio, porque implica *dictar la norma* de creación del tributo, mientras la segunda se limita a la facultad de *percibirlo*.

El *tributo* es, lato sensu, la detracción que, en virtud de ese poder tributario, se hace de una porción de riqueza de los contribuyentes a favor del estado. El tributo es una categoría de lo que se llama "ingresos públicos".

Las clases de gravámenes.

6. — La tributación fiscal abarca el sistema de *impuestos, contribuciones y tasas*.

a) *Impuesto* es la prestación patrimonial, generalmente en dinero, debida al estado sin contraprestación especial, con el fin de satisfacer necesidades colectivas; en el impuesto, quien lo paga no recibe beneficio concreto de ninguna índole, pero el estado atiende con su recaudación gastos generales.

b) *Contribución* —especial o de mejoras— es el tributo debido a quien obtiene una plusvalía o aumento de valor en un bien del que es propietario, en razón de una obra pública o una actividad estatal. En la contribución, quien la paga ha recibido un beneficio, que es el mayor valor incorporado a su propiedad privada, por el cual debe oblar la contribución.

Con una modalidad harto diferente de las contribuciones especiales o de mejoras, las contribuciones llamadas "sociales" o de seguridad social no son incluidas por muchos autores entre las contribuciones de naturaleza tributaria —por ej.: los aportes debidos a organismos previsionales dentro de nuestro régimen jubilatorio—, sino entre las contribuciones parafiscales.

c) *Tasa* es la prestación que se paga en virtud de un servicio público aprovechado; hay también, como en la contribución, un beneficio recibido por el contribuyente, a diferencia del impuesto, en el que no se da relación alguna con servicios o enriquecimiento proveniente de una actividad estatal.

Cuando decimos que la tasa tiene como hecho generador el "aprovechamiento" de un servicio público, no negamos que la utilización de tal servicio público para cada contribuyente pueda ser tanto efectiva como "potencial" (así, el propietario de un inmueble baldío seguramente no utiliza el servicio de alumbrado público en forma efectiva, pero potencialmente está a su disposición). Lo de "aprovechado" quiere decir que si el servicio público no se presta a favor de quien paga

la tasa (porque por su parte no hay utilización efectiva ni potencial), dicha tasa carece de fundamento (por ej., si el alumbrado eléctrico no se suministra por causas ajenas al contribuyente).

Sea que se afirme que tanto los *impuestos* como las *tasas* tienen su fundamento en el poder tributario del estado, sea que se diferencie sustancialmente a los impuestos de las tasas, es innegable que la tasa se impone a quien recibe la prestación de un servicio público, para cubrir el gasto y el uso (el servicio es determinante del gravamen), mientras el impuesto se paga en proporción a la capacidad contributiva del contribuyente, y tiene como característica su generalidad, porque se dirige a costear gastos del estado sin referencia directa a los contribuyentes.

La tasa puede distinguirse del *precio*, en tanto la primera es la retribución que paga el contribuyente por servicios públicos de utilización obligatoria, y el segundo es la retribución por servicios de utilización facultativa para el usuario, la *tarifa* no es sinónimo de tasa ni de precio; la tarifa es la "lista" de tasas y precios fijados.

La tasa se distingue asimismo del *canon*: la tasa es retribución de un servicio mientras el canon es el pago debido por uso de un bien del dominio público.

Los principios constitucionales que rigen la tributación.

7. — Impuestos, contribuciones y tasas tienen en común su carácter de tributos forzosos y obligatorios. Su establecimiento debe satisfacer determinados recaudos constitucionales, a saber: a) principio de *legalidad*; b) principio de *igualdad fiscal*; c) principio de *no confiscatoriedad*; d) principio de *finalidad*.

A) 8. — *El principio de legalidad* traslada a la materia tributaria la pauta del art. 19: nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda. Todo tributo debe ser creado por ley —del congreso, si el establecimiento del tributo es competencia del estado federal; de las legislaturas provinciales, si lo es de las provincias—. "Nullum tributum sine lege".

Para el principio de legalidad cuando los que gravan son los *municipios*, ver n$^{os.}$ 62 y 63 de este mismo capítulo.

Las *leyes de contribuciones* deben, además, comenzar su tratamiento congresional en la cámara de *diputados* como cámara de origen (art. 52); la *ley de coparticipación federal*, en el *senado* (art. 75 inc. 2º).

El principio de legalidad tributaria surge explícitamente del art.

17: sólo el congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4º. El término "contribuciones" debe entenderse como comprensivo de impuestos, tasas y contribuciones.

También hace falta ley para establecer *exenciones* fiscales.

Las *leyes de exención* también deben comenzar su trámite congresional en la cámara de diputados, porque son leyes de contribuciones.

La excepcional competencia del poder ejecutivo para dictar *decretos de necesidad y urgencia* está absoluta y expresamente prohibida en materia tributaria (art. 99 inc. 3º). También lo está la *iniciativa popular* para proyectos de ley sobre tributos (art. 39).

El principio de legalidad exige que la ley establezca claramente el *hecho imponible*, los *sujetos obligados* al pago, el sistema o la base para *determinar el hecho imponible*, la *fecha de pago*, las *exenciones*, las *infracciones* y *sanciones*, el *órgano competente* para recibir el pago, etc.

Cuando la Corte ha entendido descubrir naturaleza impositiva en algún gravamen establecido por decreto del poder ejecutivo, ha declarado su invalidez a causa del avance inconstitucional sobre atribuciones que la constitución tiene reservadas al congreso. También cuando ha extendido la aplicación de una ley a un hecho imponible no previsto en ella.

Es elocuente en tal sentido el fallo del 6 de junio de 1995 en el caso "Video Club Dreams c/Instituto Nacional de Cinematografía".

B) 9. — El principio de *igualdad fiscal* es una aplicación específica de la regla de igualdad ante la ley. El art. 16 dice que la igualdad es la base del impuesto; el art. 4º habla de "contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el congreso", y el art. 75 inc. 2º —limitado a las contribuciones directas excepcionales— las califica de "proporcionalmente iguales".

Hay que traer a colación también la *igualdad real de oportunidades y de trato* a que alude genéricamente el art. 75 inc. 23 después de la reforma de 1994.

La proporcionalidad no está referida al número de habitantes o población, sino a la riqueza que se grava. A igual capacidad tributaria con respecto a la misma riqueza, el impuesto debe ser, en las mismas circunstancias, igual para todos los contribuyentes; tal es la regla elaborada por la Corte. No obstante, su derecho judicial aclara que, además de la capacidad contributiva, la ley puede computar la mayor o menor medida del deber de contribuir en el sujeto obligado, deber que tiene distinta razón de aquella capacidad.

Ahora bien: a) la igualdad fiscal no impide discriminar entre los contribuyentes, siempre que el criterio para establecer las distintas categorías sea razonable; b) la igualdad fiscal no impide la progresividad del impuesto; c) la igualdad fiscal exige la uniformidad y generalidad impositiva en todo el país, o sea, prohíbe que el congreso establezca tributos territorialmente diferentes.

Cuando un tributo corresponde a la jurisdicción provincial, la igualdad no queda violada si una provincia lo establece y otra no, pero la que lo establece ha de respetar en su ámbito la uniformidad y generalidad que derivan de la igualdad fiscal.

10. — En la relación entre el principio de igualdad con el *monto* del impuesto y con el principio de *no confiscatoriedad*, hay un párrafo elocuente en el fallo de la Corte del 15 de octubre de 1991, en el caso "López López Luis c/Provincia de Santiago de Estero", en el que dijo "que, por otro lado, cabe señalar que, si bien la inconstitucionalidad de los impuestos por su monto procedería cuando aniquilasen la propiedad o su renta en su substancia, el control de constitucionalidad en el punto, aunque debe preservar el derecho de propiedad en el sentido lato que le ha adjudicado esta Corte, encuentra fundamento en la relación en que tal derecho —cuya función social se ha de tener presente— se halla con la medida de la obligación de contribuir a las necesidades comunes que pueden imponerse a sus titulares por el hecho de serlo. El límite admisible de la carga fiscal no es absoluto sino variable en el tiempo y en las circunstancias y sólo encuentra óbice en los que una tradicional jurisprudencia del Tribunal ha fijado (Fallos, 196-122; 220-322; 236-22)."

C) 11. — El principio de *no confiscatoriedad* apunta directamente al *derecho de propiedad*; como el tributo toma parte del patrimonio o la riqueza del contribuyente, ese quantum debe mantenerse dentro de ciertos límites razonables; cuando la parte absorbida es sustancial, se configura una confiscación inconstitucional.

El derecho judicial ha elaborado una pauta importante en orden a la confiscatoriedad, estableciendo que el gravamen que absorbe más del treinta y tres por ciento de la materia imponible —cuando ésta es capital y no renta— es inconstitucional por lesión al derecho de propiedad.

Sin embargo, el problema de la confiscatoriedad se vuelve confuso cuando se tiene que aplicar a cada tributo concreto para evaluar si el porcentaje absorbido por él viola el derecho de propiedad.

La pauta teórica se enuncia diciendo que esa absorción no puede ser sustancial, pero es preciso determinar en cada caso cuándo lo es y cuándo no.

12. — El principio de no confiscatoriedad adquiere un matiz importante en materia de tasas. Para determinar el *monto* de la tasa, es necesario ante todo

tener en cuenta que la recaudación "total" de la tasa tiene que guardar proporción razonable con el costo también "total" del servicio público prestado efectivamente. Ello significa que con la recaudación de la tasa no se puede retribuir otras actividades estatales diferentes de las del servicio público por el cual se cobra. De ocurrir esto último, el contribuyente de la tasa puede alegar constitucionalmente que hay falta parcial de "causa" y violación a su derecho de propiedad.

13. — Cuando la superposición o acumulación de varias contribuciones fiscales que soporta un mismo contribuyente excede el límite por encima del cual se considera inconstitucional un tributo, hay que admitir la viabilidad de la impugnación global a dicha carga en su conjunto, a causa de la confiscatoriedad que alberga la sumatoria de todos los tributos.

En el derecho judicial de la Corte se registran afirmaciones que dan sustento a lo dicho, incluso para la hipótesis de superposición de gravámenes que en ejercicio de competencias concurrentes producen una doble imposición que supera el límite admitido (ver fallo en el caso "Frederking y otros", de 1942).

14. — El principio de *finalidad* exige que todo tributo tenga un fin de *interés general*. Como standard muy elástico, podríamos decir que la tributación no tiene como objetivo enriquecer al estado, sino lograr un *beneficio colectivo, común o público*. Con fórmula más clásica, habría que afirmar que la legitimidad de la tributación radica en el fin de *bien común* al cual se destina la recaudación.

Rigen las pautas que, como generales para la actividad financiera del estado, hemos resumido en los nº 1 a 3.

a) En el *impuesto*, el contribuyente no recibe beneficio alguno concreto y directo por parte del estado. Parecería, a primera vista, que no hubiera principio de finalidad. Pero no es así: *todo impuesto debe responder a un fin de interés público*.

En sentido lato, la jurisprudencia de la Corte así lo tiene establecido, al afirmar que en cuanto fuente económica del estado, los impuestos participan de la razón de ser de este último, que recurre a ellos para tener con qué cumplir sus fines. Por eso, la materia del impuesto —añade el tribunal— ha de estar de algún modo bajo el imperio de la autoridad que lo establece, o sea en la órbita de los fines que debe cumplir.

Para los impuestos sobre bienes o ganancias en el exterior, ver el nº 24 del presente capítulo.

No está en principio vedado dar por anticipado un destino especial a la recaudación que se supone obtener mediante un impuesto, ni afectarla en beneficio de un sector de la población, siempre que haya razonabilidad suficiente.

b) En la *tasa* hay una prestación estatal que beneficia al contribuyente. La finalidad es, entonces, patente, y tanto que la jurisprudencia de la Corte señala que la tasa presupone una *contraprestación* aproximadamente equivalente al costo del servicio prestado. Por eso, si el estado no cumple con la prestación a su cargo, el contribuyente no debe pagar la tasa, o puede repetir su pago.

c) En la *contribución* especial o de mejoras, el contribuyente retribuye un beneficio especial o plusvalía obtenidos en una propiedad que ha incorporado un mayor valor a causa de una obra pública o actividad estatal. La relación de finalidad es semejante a la observada en la tasa y, por ende, aquel beneficio no debe ser excedido por el monto de la contribución.

La razonabilidad.

15. — No suele incluirse al principio de razonabilidad entre los propios de la tributación, y está bien no hacerlo porque no es un principio específico de ella, sino un principio constitucional que vale denominar *general*. Pero, por esto mismo, es aplicable a la materia tributaria.

En efecto, los cuatro principios enunciados (legalidad, igualdad fiscal, finalidad, y no confiscatoriedad), se hallan relacionados con el de razonabilidad, y como rodeados y alimentados por él: la *ley* tributaria debe ser —como todas las leyes— razonable; las *discriminaciones* para gravar sin lesión de la igualdad, deben ser razonables; la *finalidad* tributaria debe ser razonable; el *monto* de las cargas —para no violar la propiedad— debe ser razonable.

La política fiscal.

16. — No basta decir que toda carga fiscal debe satisfacer un fin social y público de interés general, ni encuadrar a cada tipo de contribuciones en los principios que rigen la tributación. Hay algo más, que apunta a lo que en materia de política fiscal global se concibe como una *proporcionalidad adecuada y razonable entre la recaudación de la carga impositiva total y los beneficios que por ella recibe la comunidad.*

Vuelven a ser aplicables los principios generales que para la actividad financiera pública citamos en los nº 1 a 3.

En tanto las valoraciones sociales no perciban que el producto de la carga impositiva total revierte en provecho concreto de la sociedad, habrá siempre desaliento para cumplir las obligaciones tributarias, y evasión fiscal. Lo peor que puede acontecer como resultado es la sensación —en las imágenes sociales— de que el estado dilapida los recursos fiscales, o los prevé sin subordinación a los fines previstos en la constitución.

17. — En líneas generales, no es errado afirmar que en el *derecho constitucional material* la política fiscal no sólo ha estado alejada del programa constitucional y de muchos de los principios que él contiene, sino que sigue incurriendo en numerosas violaciones a la constitución.

La generalidad de los tributos.

18. — La igualdad y la finalidad tributarias tienen mucho que ver con la *generalidad* del tributo. En un sentido muy amplio pero no del todo exacto, se puede pensar que si en la imposición tributaria debe respetarse la igualdad fiscal y la finalidad de bien público, *todos* deben pagar el tributo para beneficio común, por lo que el tributo ha de ser *general*. La generalidad tributaria es, por cierto, un principio conexo con el de igualdad y el de finalidad, pero hay que interpretarlo correctamente.

La *generalidad* y *uniformidad* del tributo pueden examinarse desde el punto de vista de quienes han de pagarlo (sujetos pasivos de la obligación fiscal), y de aquéllos a quienes beneficia la recaudación (finalidad tributaria).

Se podría suponer que la generalidad siempre exige, inexorablemente, que "todos" sean contribuyentes en beneficio de "toda" la sociedad. No es fácil descifrar el lineamiento del derecho judicial en el tema, dadas las particularidades de cada caso resuelto por la Corte. De él surge, sin embargo, como principio, que en determinadas condiciones es válido *gravar a un sector en beneficio de toda la sociedad* y, a la inversa, *gravar a toda la sociedad en beneficio de un sector*.

Un sector de la sociedad (por ej., los empleadores) puede ser gravado con un impuesto, a condición de que éste tenga un fin público de bienestar general (por ej., sufragar gastos de atención de la salud pública); también es válido gravar a toda la sociedad en beneficio de un sector (por ej., para formar un fondo de ayuda a damnificados de catástrofes); no es válido gravar a un sector en beneficio de otro sector determinado o de personas determinadas.

19. — Un gráfico resume lo expuesto:

Casos	*Contribuyente*	*Beneficiario*	*Resultado*
Caso 1	Toda la sociedad (generalidad)	Un sector o grupo (parcialidad)	Válido
Caso 2	Un sector o grupo (parcialidad)	Toda la sociedad (generalidad)	Válido
Caso 3	Un sector o grupo (parcialidad)	Otro sector o grupo (parcialidad)	Inválido

Explicación: Cuando en el caso 1 se habla de "toda la sociedad" como contribuyente, se entiende que hay generalidad en la fijación legal de los sujetos

pasivos gravados con la obligación fiscal. Cuando se dice que el beneficiario es "un sector o grupo", se entiende que el impuesto tiene un destino específico y determinado por el que se afecta la recaudación a ese fin concreto, que no obstante ha de ser un fin público (por ej., ayuda a ancianos minusválidos, como especie dentro del género de "atención sanitaria pública" o "salud pública").

Cuando en el caso 2 se habla de "un sector o grupo" como contribuyente, se entiende que la ley establece una categoría especial de sujetos pasivos gravados con la obligación fiscal (por ej., todos los empleadores). Cuando se dice que el beneficiario es "toda la sociedad" se entiende que el impuesto tiene un destino general (ingresar a rentas generales o satisfacer necesidades que afectan a toda la sociedad, por ej., constituir un fondo para construir viviendas populares).

20. — El principio de que los tributos han de ser generales y uniformes viene a significar, entonces, que la ley que los establece, o que exime de ellos, no puede hacer discriminaciones arbitrarias o irrazonables cuando determina los sujetos obligados a pagarlos o eximidos de pagarlos, ni cuando fija de antemano el destino específico o los beneficiarios de la recaudación.

La relación y la obligación tributarias.

21. — La *relación* fiscal o tributaria es el *vínculo jurídico* que se configura entre el *estado* (o el ente autorizado a exigir el tributo) y el *sujeto afectado por el tributo*. La *obligación* fiscal o tributaria es, fundamentalmente, la que pesa sobre el sujeto obligado a pagar el tributo; en tal supuesto, es una obligación de *dar* (generalmente, una suma de dinero), pero hay también otros aspectos de la obligación fiscal que no implican pago (presentar declaraciones juradas, no realizar un acto jurídico si previa o simultáneamente no se garantiza o paga el tributo, etc.). La obligación fiscal de *pagar* el tributo se llama "deuda tributaria".

La obligación fiscal nace de la *ley* (principio de legalidad); no es, por ende, contractual, bien que entre el estado-fisco y el contribuyente pueda convenirse a veces las condiciones del pago. Tal obligación pertenece al campo del derecho *público*, y es siempre *personal*.

22. — El *sujeto activo* de la obligación en la relación fiscal es, latamente, el *estado* (estado-fisco), pero también puede serlo un ente u organismo al que el estado concede la facultad de cobrar el tributo.

No se debe equiparar necesariamente al sujeto que inviste el llamado "poder tributario" (indudablemente, el estado —federal y provincial—) con el sujeto activo de la "obligación" (que es el acreedor a quien se debe el pago, y que acabamos de decir que puede ser, a veces, un ente diferente del estado, a quien

éste atribuye la facultad de percibir el tributo). (Hay doctrina que a la facultad de cobrar el tributo la llama "*competencia* tributaria", para distinguirla de la facultad de crear el tributo, que se denomina "*poder* tributario").

El *sujeto pasivo* de la obligación fiscal es, generalmente,el *contribuyente* que debe pagar el tributo, pero en algunos casos es también un tercero distinto del contribuyente, a quien la ley le obliga a pagar el tributo que debe el contribuyente (como los agentes de retención, o los representantes de los incapaces).

No es sujeto pasivo el que soporta el tributo por la traslación que de él hace el contribuyente (por ej., el consumidor que en el precio de un artículo sufre la traslación que hace al precio quien pagó el tributo como contribuyente).

23. — El *hecho imponible* es un hecho o conjunto de hechos, de significación económica, que la ley describe como tal y establece como origen de la obligación fiscal.

Del fallo de la Corte del 19 de diciembre de 1989 en el caso "Navarro Viola de Herrera Vegas María c/Dirección General Impositiva" surge el sano criterio de que la ley que crea un hecho imponible a efectos de someterlo a tributación no puede convertir en tal a una exteriorización de riqueza que quedó agotada con anterioridad a la ley fiscal respectiva.

Hay hechos imponibles "instantáneos", que se materializan o perfeccionan en un solo momento (por ej., el hecho imponible de los impuestos aduaneros de importación es el "despacho a plaza" del artículo importado). Hay hechos imponibles "de ejercicio", que abarcan una serie de hechos o situaciones durante el lapso que la ley determina (por ej., el impuesto a la renta —o sus semejantes— que computan las ganancias obtenidas durante un período).

24. — Tenemos convicción segura de que es *inconstitucional* convertir en hecho imponible —y por ende, gravarlo— a las manifestaciones de riqueza que se *exteriorizan fuera del territorio* de nuestro estado. Es inconstitucional imponer tributos a bienes que se hallan en el extranjero, o a ganancias que se obtienen en el extranjero.

La razón es simplísima: si la jurisdicción del estado se agota en su territorio, el hecho imponible debe radicarse dentro de él, y no fuera de sus límites. La circunstancia de que una persona sea habitante, o se halle en territorio argentino, no presta sustento para que la ley le cree obligaciones fiscales convirtiendo en hecho imponible una manifestación patrimonial que claramente se sitúa fuera del país. La materia del impuesto no está —en ese caso— bajo jurisdicción de la autoridad argentina.

25. — La llamada *"determinación" tributaria* es el acto de la administración en el que ésta manifiesta y formaliza su pretensión fiscal contra un contribuyente o responsable, estableciendo el monto e intimando el pago de la obligación.

No interesa aquí debatir si la determinación es un acto de naturaleza jurisdiccional o administrativa. En cambio, conviene señalar que la determinación es un acto *declarativo* y no constitutivo de la obligación fiscal, porque el efecto "constitutivo" de ésta se halla en el hecho imponible. Existen numerosos gravámenes respecto de los cuales las leyes fiscales se aplican y ejecutan sin necesidad del acto de determinación.

26. — Los *ilícitos fiscales* que encuadran en el derecho penal tributario no toleran que su juzgamiento en sede judicial carezca prejudicialmente de un acto administrativo que, con todos los recaudos constitucionales exigibles, haya predeterminado la obligación fiscal.

La libertad fiscal.

27. — La tributación se vincula con la *libertad fiscal*. No en vano Joaquín V. González advertía que el poder impositivo, teniendo por efecto apropiarse de una porción de fortuna o patrimonio del individuo, ha sido en todo tiempo y siempre el más peligroso para la libertad civil y política, por lo mismo que es discrecional, amplio e indeterminado en sus especies. Para armonizar los dos intereses —el del estado-fisco que impone y recauda el tributo, y el del particular contribuyente que tiene con él una relación tributaria— nosotros nos inclinamos por un criterio interpretativo favorable al último, o sea, a la libertad fiscal, conforme al principio: "in dubio contra fiscum", en la duda a favor del contribuyente.

El tema se vincula con la *interpretación* del derecho tributario, sobre la cual el derecho judicial de la Corte sostiene que las normas tributarias no deben necesariamente entenderse con el alcance más restringido que su texto admita, sino en forma tal que el propósito de la ley se cumpla conforme a los principios de una razonable y discreta interpretación.

La retroactividad de la ley fiscal.

28. — La aplicación del principio de legalidad a la materia tributaria conduce a una primera consecuencia, harto importante; si es que "no hay tributo sin *ley*", esta ley debe ser *previa o anterior al hecho imponible*. De ahí que las leyes que crean o modifican tributos no pueden *retroactivamente* crear o agravar el hecho imponible. Y si un hecho no es imponible conforme a la ley fiscal vigente al tiempo de producirse, hay derecho "adquirido" a quedar libre de obligación fiscal respecto del mismo hecho.

No obstante, la sentencia de la Corte del 24 de noviembre de 1981 en el caso "Moiso Angel y Cía. S.R.L." hizo excepcionalmente una interpretación distinta sobre el punto, afirmando que no cabe reconocer la existencia de un derecho adquirido por el mero acaecimiento del hecho generador de la obligación tributaria durante la vigencia de una ley que exigía un gravamen menor.

29. — El principio de la ley previa al hecho imponible, sea para convertirlo en tal, sea para agravar la obligación emergente de él, se hace claro cuando el hecho imponible es instantáneo. Cuando es "de ejercicio", la ley debe ser anterior al momento en que se perfecciona y cierra el período o ciclo (así, si se toma como cierre del ejercicio el 31 de diciembre para cobrar un impuesto a las ganancias anuales, la ley que lo crea o que lo agrava debe ser anterior al 31 de diciembre del año correspondiente, pero no necesariamente debe ser anterior a la iniciación del año comprendido, por lo que es válido dictarla durante su transcurso).

30. — El principio de legalidad tributaria y de irretroactividad de la ley fiscal no termina en el ámbito estricto de la normatividad legal. En efecto, cuando un sistema determinado tiene establecido que las *consultas* evacuadas por el fisco a los contribuyentes confieren vinculatoriedad a las respuestas, es inconstitucional dejar de aplicar tal régimen a las consultas realizadas durante su vigencia.

En el caso "Eugenio Bellora e hijos", de 1992, la Corte sostuvo en tal sentido que la presentación de declaraciones juradas y el pago del tributo resultante de ellas, efectuados en concordancia con el criterio fiscal vigente a ese momento, deben considerarse correctos en tiempo y forma.

31. — En cuanto al pago del tributo, hay que aplicar como principio la teoría del efecto *liberatorio* del pago, que explicamos dentro del derecho de propiedad; si el efecto liberatorio de un pago otorga a quien lo efectúa el derecho "adquirido" a que no se le reclame de nuevo ni una suma mayor, hay que saber cuándo el pago libera. El criterio general dice que *el pago de un tributo de acuerdo a la ley vigente al tiempo de efectuarlo, libera* al contribuyente o responsable de la obligación fiscal.

Ningún pago libera si el contribuyente ha incurrido en *dolo o culpa* grave.

La revisión judicial de los gravámenes.

32. — La creación y aplicación de tributos está sujeta, como todos los actos estatales, a *control judicial de constitucionalidad.* Este control puede recaer sobre dos aspectos: a) la *imposición* de contribuciones por el congreso; b) la *recaudación* de las mismas por el poder ejecutivo (ahora, a través del jefe de gabinete de ministros).

Ahora bien, la revisión judicial debe entenderse a tenor de dos principios básicos: a) el poder judicial está siempre habilitado —según el derecho judicial de la Corte— para pronunciarse sobre la validez de los gravámenes cuando se los ataca por reputárselos incompatibles con la constitución; b) en cambio, el poder judicial no puede revisar el criterio, la oportunidad, la conveniencia o el acierto con que el legislador se ha manejado al establecer los gravámenes, como tampoco sus efectos económicos, fiscales, sociales, o políticos.

Cuando se declara judicialmente la inconstitucionalidad de un gravamen, no corresponde a los tribunales de justicia —según la Corte— fijar el monto que subsidiariamente podría cobrar el fisco; el pronunciamiento judicial ha de constreñirse a establecer que el gravamen, tal como ha sido organizado o percibido, es o no contrario a la constitución.

Los *gravámenes provinciales* no caen bajo revisión del poder judicial federal, salvo el caso de que, directa o indirectamente, se opongan a la constitución federal.

33. — Del fallo de la Corte del 16 de abril de 1991 en el caso "Massalín Particulares S.A." surge que el juicio de amparo es viable en materia fiscal. Pero en el breve párrafo dedicado al tema, la sentencia que así lo decide tuvo en cuenta que, por la índole de la cuestión debatida, había incidencia en la percepción de la renta pública y que el retardo en resolver el caso originaba perturbación en el desarrollo de la política económica del estado, con menoscabo de los intereses de toda la comunidad.

El "solve et repete".

34. — Ha sido regla en nuestro derecho que la inconstitucionalidad de los tributos no puede alegarse sino después de haberlos satisfecho. Ello significa que el contribuyente que paga un tributo no puede atacar la norma que impone la obligación fiscal sin haber cumplido previamente con ella. Esta regla se conoce con el nombre de "solve et repete".

La Corte admitió excepción cuando —por ej.— el monto muy cuantioso del tributo importaba una erogación que hería sustancialmente el patrimonio del contribuyente, e impedía, por eso, indirectamente el derecho de defensa.

La aplicación rígida y severa de la regla "solve et repete" puede llegar a significar privación de justicia si por imposibilidad económica de oblar el impuesto antes de acudir a la impugnación judicial, impide el acceso al derecho a la jurisdicción.

35. — Hay doctrina que considera actualmente derogado o improcedente el principio "solve et repete" desde la incorporación del Pacto de San José de Costa Rica al derecho argentino (ahora con jerarquía constitucional) en cuanto dicho pacto establece el derecho a un proceso razonablemente rápido para determinar los derechos y obligaciones del justiciable, incluso los de orden fiscal. No estamos seguros de que de dicha norma se pueda inferir necesariamente la inaplicación actual del "solve et repete", sin perjuicio de que por otros argumentos quepa rechazarlo en razón de inconstitucionalidad.

Lo que sí debe quedar en claro es que la aplicación rígida del "solve et repete" jamás puede impedir el acceso a la jurisdicción cuando el justiciable que pretende liberarse del pago de un tributo o impugnar su constitucionalidad carece de capacidad económica cierta y disponible para oblar el monto de la carga antes de demandar su repetición o su exención.

Ver cap. XXIV, nº 8.

El pago bajo protesta.

36. — El requisito inexcusable de pagar el gravamen "*bajo protesta*" para poder luego demandar su reintegro, también ha quedado mitigado en su rigorismo por el derecho judicial de la Corte en los últimos años. Realmente, no hemos encontrado fundamento constitucional sólido para la exigencia de la protesta como condición de la repetición.

La prueba del "empobrecimiento".

37. — Entre 1973 y 1976, a raíz del fallo recaído con fecha 18 de octubre de 1973 en el caso "Mellor Goodwin Combustión S.A.", la Corte Suprema introdujo un requisito ineludible para que pudiera prosperar la acción por reintegro de impuestos. La jurisprudencia de esa etapa sostuvo, a nuestro juicio equivocadamente, que el contribuyente que accionaba por repetición de un impuesto ya pagado debía probar que a raíz del pago había sufrido un *empobrecimiento*, el que no se configuraba cuando el monto del impuesto pagado había sido trasladado a terceros (por ej.: a los precios que abonaba el consumidor). El principio fue extendido tanto a las contribuciones indirectas como a las directas, y sólo se excepcionaba cuando el contribuyente era una persona física.

Desde el caso "Petroquímica Argentina S.A.", fallado el 17 de mayo de 1977, la Corte Suprema, en una nueva composición, dejó sin efecto el criterio anterior afirmando que condicionar el derecho de repetir impuestos indebidamente ingresados al fisco es incurrir en violación a la constitución.

II. LA COPARTICIPACIÓN FEDERAL

El reparto de competencias.

38. — Dada la forma federal de estado que implanta la constitución, el poder tributario se halla *repartido* entre dos fuentes: a) el *estado federal* y b) las *provincias*; después de la reforma de 1994 hemos de entender que, en jurisdicción de las provincias, los *municipios* de cada una de ellas tienen reconocido por el art. 123 un ámbito de autonomía en el que la constitución provincial debe reglar el alcance y contenido de la misma autonomía en el orden económico y financiero, lo que implica admitir el *poder tributario municipal* (ver nos. 62 y 63).

No hay que olvidar que el régimen autónomo de la *ciudad de Buenos Aires* también lo presupone.

Aun cuando los *recursos del estado* no se limitan a los que proveen las cargas fiscales, éstas cobran particular relieve e importancia. La constitución denomina "tesoro nacional" al que se forma mediante la diversidad de fuentes aludidas en el art. 4º, dentro de las cuales se menciona a las *contribuciones*.

Este es el primer aspecto o rubro de la *actividad financiera pública* (obtención de *recursos* o ingresos), consistiendo el segundo en los *gastos* a los que se destinan los ingresos.

El tesoro nacional.

39. — El art. 4º de la constitución está referido a la composición de lo que la norma llama el *tesoro nacional*. Dice así: "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".

Más allá de la enunciación de los recursos, el artículo transcripto revela implícitamente el principio de *finalidad* en la política financiera y en la tributación, ya que habla de proveer a los "gastos del estado", lo cual implica remitir a la noción del *interés público*, con todos los parámetros y rubros que hemos identificado en los nº 1 a 3.

Los impuestos directos e indirectos.

40. — Antes de la reforma de 1994, se interpretó casi sin discrepancias que la coordinación del art. 4º con el que era art. 67 incisos 1º y 2º dejaba en claro que el reparto competencial en materia tributaria giraba en torno de los *impuestos directos e indirectos*. El texto vigente hasta 1994 se refería a "contribuciones directas" en el citado art. 67 inc. 2º, y a las "demás contribuciones" en el art. 4º, previendo en el mismo art. 67 inc. 1º los impuestos aduaneros con el nombre de "derechos de importación y exportación" (repitiendo el vocabulario del art. 4º).

Actualmente, la terminología de impuestos "directos" e "indirectos" —no obstante subsistir en la constitución reformada— resulta poco nítida pero, con la mayor aproximación, sirve para identificar a los impuestos *directos* como aquéllos en los que el contribuyente obligado está señalado como "contribuyente de iure" desde que la ley establece el hecho imponible; y a los *indirectos* como aquéllos en los que el contribuyente "de iure" transfiere la carga fiscal a terceros que, sin ser sujetos pasivos de la obligación, soportan el efecto como contribuyentes "de facto" (por ejemplo, en los impuestos al valor agregado —IVA— y en los impuestos internos).

Los *impuestos indirectos* se dividen en dos rubros: a) indirectos *externos*, y b) indirectos *internos*. Los indirectos *externos son los aduaneros*.

41. — Hay en la constitución dos prohibiciones básicas y tajantes al poder tributario:

a) no se puede gravar con impuesto alguno la *entrada* en territorio argentino de los *extranjeros* que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes (art. 25);

b) los *extranjeros* no están obligados a pagar contribuciones forzosas extraordinarias (art. 20), y por inversión del principio (dada la igualdad de derechos civiles entre extranjeros y ciudadanos), *ningún habitante argentino*. Ambas prohibiciones alcanzan al *estado federal* y a las *provincias*.

Una tercera, impide que en materia tributaria el poder ejecutivo dicte *decretos de necesidad y urgencia* (art. 99 inc. 3º).

Una cuarta, sustrae a la *iniciativa popular* los proyectos de ley referidos a tributos (art. 39).

El art. 75 inc. 2º.

42. — Para comprender esta norma, conviene adelantar en un

cuadro el esquema tradicional de competencias federales y provinciales en materia tributaria.

A) Impuestos *directos*	*Principio:* competencia de las provincias. *Excepción:* competencia del estado federal (sólo por tiempo determinado, y siempre que la defensa, seguridad común y bien general del estado lo exijan).
B) *Impuestos indirectos*	*Externos:* competencia exclusiva del estado federal (derechos aduaneros de importación y exportación). *Internos:* competencia concurrente del estado federal y de las provincias.

Es útil, asimismo, recordar que ya desde antes de la reforma de 1994 —que ha dado al inc. 2º del art. 75 la formulación que en seguida transcribiremos— el régimen de coparticipación había adquirido vigencia sociológica en la constitución material a través del mecanismo de las *leyes-contrato*, que ahora el inc. 2º llama *ley-convenio*.

43. — Dicha norma corresponde a la que agrupa las competencias del congreso, y dice así:

"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 la ley del Congreso cuando correspondiere 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 determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición."

El inciso 3º dice:

"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."

(La *bastardilla* es nuestra).

Del inc. 2º parece desprenderse claramente que la coparticipación en él prevista no es facultativa sino *obligatoria*, o sea, que no depende de la voluntad del congreso establecerla o no.

Las contribuciones y el reparto de competencias.

44. — La primera clarificación que surge de esta norma surge de consignar expresamente que las *contribuciones indirectas* son de *competencia concurrente* del congreso y de las provincias. No hay innovación en el criterio tradicional, bien que ahora éste queda especificado en la letra normativa de la constitución.

En orden a las *contribuciones directas*, se mantiene la competencia *excepcional del congreso*, al modo como ya estaba previsto en el anterior art. 67 inciso 2º. La novedad aparece a partir de ahí, en cuanto el texto reformado añade que las contribuciones aludidas en el actual inciso 2º —o sea, las indirectas , y las directas— son *coparticipables*, a menos que una parte o el total tengan asignación específica.

De este modo ¿queda obviada la inconstitucionalidad que siempre atribuimos a la coparticipación de impuestos directos que se establecían de modo permanente por el congreso y que, en realidad, implicaba una transferencia inconstitucional de competencias pro-

vinciales al gobierno federal?

La cuestión exige un desdoblamiento:

a) cuando la constitución menciona "las contribuciones *previstas en este inciso*" y las hace coparticipables, sólo habilita: a') la coparticipación en las *directas* cuando éstas se sujetan estrictamente a la transitoriedad y a las causas específicas que prevé el inciso; pero a") sigue dando pie para decir que, al igual que antes, es *inconstitucional* establecer contribuciones directas de modo *permanente* —aun cuando sea por renovación sucesiva del tiempo determinado— y, por ende, que también es inconstitucional la *coparticipación*, porque no se puede coparticipar recursos derivados de contribuciones que el congreso no tiene facultad de establecer, ni las provincias facultad para transferirle sus competencias;

b) cuando las contribuciones *directas* respetan estrictamente los requisitos de temporalidad y de causas específicas, la coparticipación a que apunta el inciso es *constitucional* y, de alguna manera, hace compatible el ejercicio de una competencia excepcional del congreso con la competencia general y permanente que invisten las provincias para crear impuestos directos en su jurisdicción.

45. — El inciso 2º deja fuera de la coparticipación: a) a los tributos *aduaneros* —porque no están regulados en él sino en el inciso 1º— y b) a toda contribución que, parcial o totalmente, ha recibido por ley una "*asignación* específica" en la recaudación fiscal.

Mejor que asignación específica, sería decir "*afectación* específica". De todas maneras, lo que nos parece incomprensible es que la norma constitucional deje margen para que tales afectaciones que detraen fondos a la coparticipación puedan provenir unilateralmente de una ley del congreso, sin acuerdo de las provincias ya que, en el sistema, ellas son sujetos de la relación federal para acordar las bases y para tener parte en la distribución.

La ley-convenio.

46. — A continuación la norma estipula el sistema de la *ley-convenio* para la coparticipación.

Cuando el inc. 2º alude a "*una*" *ley-convenio* —en singular— abre la duda de si la coparticipación debe regularse en una *única ley*, o si es viable que además de la "ley-marco general", *otras leyes* atiendan parcialmente a un determinado tributo. No creemos que una interpretación literal rígida infiera del singular utilizado —"una" ley— la imposibilidad de más de una.

Ha de tenerse presente que la referencia a "una ley-convenio sobre la base de *acuerdos entre la nación y las provincias*" provoca dos sugerencias: a) en tales acuerdos *no* se incluye a la *ciudad de Buenos Aires*, no obstante el status de autonomía que delinea el art. 129; b) si la ley-convenio surge de *acuerdos* entre el estado federal y las provincias, y se asienta sobre esa base, parece que tales acuerdos han de ser *previos* a la ley-convenio, con lo que ya no sería aplicable el modelo de una ley unilateralmente dictada por el congreso a la que recién después adhieren las provincias.

47. — La ley-convenio, pese a ser una ley *tributaria*, hace excepción al principio del art. 52 —ex art. 44— según el cual la cámara de origen en materia de contribuciones debe ser la de diputados. Acá se prescribe, en cambio, que la ley-convenio tendrá al *senado* como *cámara de origen*, y además habrá de sancionarse con la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara.

48. — Dicha ley-convenio no admite ser modificada *unilateralmente*, ni tampoco *reglamentada* por el poder ejecutivo.

Ello significa que reviste *jerarquía superior* a las leyes aludidas en el art. 31.

49. — De inmediato se añade que la ley-convenio "será aprobada por las *provincias*"

El vocablo "aprobación" alude al *consenso provincial* y ha de tenerse como equivalente de "adhesión", que ha sido siempre el término propio de las leyes-contrato.

La duda sobreviene, no obstante, cuando la norma dice que la ley-convenio "*será*" *aprobada* por las provincias, porque el verbo "será", en futuro, podría dejar la impresión de que ordenara imperativamente esa aprobación.

Es cierto que los acuerdos que deben ser la base de la ley-convenio exteriorizan un modo anticipado de participación y, acaso, hasta de consenso, pero es poco convincente que resulten suficientes para, luego, imponer la aprobación provincial obligatoria. Es la ley-convenio la que, para responder a su naturaleza de tal, precisa que la aprobación sea *voluntaria* porque, de lo contrario, no tendría sentido hablar de una "ley-*convenio*" si resultara de una adhesión provincial coactiva a la ley emanada unilateralmente del gobierno federal. En rigor, no cabría ya hablar de "ley-convenio".

Nuestra interpretación se refuerza porque si la ley-convenio no puede ser modificada unilateralmente, ni reglamentada, resulta obvio que mucho menos es admisible suponer que cuando la dicta el congreso las provincias deben aprobarla automáticamente. Por analogía agregamos que, prohibida por el art. 82 la aprobación tácita de leyes por el congreso, tampoco es tolerable imaginar una aprobación obligatoria que se identificara con un "convenio" (provincial) tácito, que no sería realmente expresión de la adhesión de las provincias.

La ley-convenio tiene que garantizar la *remisión automática* de los fondos coparticipables.

La distribución.

50.— La *distribución* ha recibido pautas importantes. Aquí sí aparece, juntamente con el *estado federal* y las *provincias*, la *ciudad de Buenos Aires*, omitida en los acuerdos previos a la ley-convenio.

Dice la norma que "la distribución entre la nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires, y "entre éstas", se hará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas, y que se contemplarán *criterios objetivos de reparto*. La distribución 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* del país.

51. — Estas directrices, obviamente *obligatorias*, se asemejan a las que contiene el inciso 19 en su párrafo segundo, cuando asigna al congreso la competencia de "proveer al desarrollo 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".

La similitud lleva a recordar que, por el eje afín que vertebra a ambas competencias, tanto en el inciso 2º párrafo cuarto como en el inciso 19 párrafo segundo, la *cámara de senadores* debe ser *cámara de origen*.

El paralelismo ayuda a comprender también que una forma parcial de cumplir con lo dispuesto en el inciso 19 se canaliza a través del reparto de recursos coparticipables diseñado en el inciso 2º párrafo tercero.

52. — La norma *prohíbe transferencia de competencias, servicios* o *funciones* sin la respectiva *reasignación de recursos*, que necesita ser aprobada por ley del congreso (cuando correspondiere), y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso.

Acá se constitucionaliza el principio de que a cada gasto le ha de corresponder el recurso que lo satisfaga.

La transferencia a que se refiere la norma apunta a la que opera *interniveles*, o sea, entre las entidades que son sujetos de la coparticipación, pero no dentro de una de ellas.

El control.

53. — Por último, se dispone la creación por ley de un *organismo fiscal federal* para control y fiscalización de la ejecución de cuanto establece el inciso 2º. La ley debe asegurar en la composición de dicho ente la representación de todas las provincias y de la ciudad de Buenos Aires.

El inciso 3º del art. 75 da continuidad al anterior, en cuanto prevé que tanto para establecer como para *modificar* asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, hace falta una *ley especial* cuya sanción necesita la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara.

La cláusula transitoria.

54. — La *disposición transitoria sexta* dice:

"Un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inciso 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 inciso 2º)"

(La *bastardilla* es nuestra).

Hay aquí, como en otras disposiciones también transitorias, un *plazo* fijado para establecer tanto un régimen de coparticipación cuanto para reglamentar el organismo fiscal federal.

El plazo venció sin haberse cumplido con la legislación obligatoria.

El derecho judicial en materia de competencias tributarias federales y provinciales.

55. — El *derecho judicial* que antes de la reforma de 1994 ha interpretado el reparto de competencias impositivas, comienza con

la afirmación de que tanto el estado federal como las provincias están constitucionalmente autorizados a crear impuestos dentro de los límites hasta donde alcanza su jurisdicción, para afirmar a continuación que el estado federal no puede impedir o estorbar a las provincias el ejercicio del poder que no han delegado o que se han reservado y que el poder impositivo de las provincias se extiende a todas las cosas que se encuentran dentro de su jurisdicción territorial y que forman parte de su riqueza pública, con tal que al ejercer ese poder impositivo no vulneren los arts. 9, 10, 11 y 108 (ahora 126) de la constitución federal.

56. — En el caso "Madariaga Anchorena Carlos J.", de 1958, la Corte estableció que las *provincias pueden limitar convencionalmente* el ejercicio de su poder impositivo a través de acuerdos con el estado federal.

57. — La *doble imposición* —federal y provincial— con ser una anomalía económica, no comporta —dice la Corte— siempre y por sí sola una violación constitucional. Con fórmula más precisa —que data del año 1927 en el caso "S.A. Simón Mattaldi Ltda. c/Provincia de Buenos Aires"— sostuvo que los impuestos provinciales no pueden ser invalidados sino en aquellos casos en que la constitución concede al congreso en términos expresos un exclusivo poder, o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas, fuera de cuyos casos es incuestionable que las provincias retienen una autoridad concurrente con el congreso.

La "cláusula comercial" y el poder impositivo.

58. — Se llama "cláusula comercial" a la norma del art. 75 inc. 13, que confiere al congreso la facultad de *reglar el comercio interprovincial e internacional*. La regulación de dicho comercio interjurisdiccional es privativa del congreso. En cambio, el poder impositivo, según vimos, encuentra en la constitución sus normas propias, que dan lugar a un reparto entre estado federal y provincias; o sea que en el poder impositivo hay algunas competencias provinciales; por ende, la competencia impositiva, y la que atribuye la cláusula comercial, *son distintas*, y *no deben confundirse*.

59. — Durante mucho tiempo, el derecho judicial de la Corte no hizo el debido deslinde entre una y otra, y en muchos casos absorbió al poder impositivo en la cláusula comercial, interpretando que como ésta adjudica al congreso la facultad exclusiva de reglar el comercio interjurisdiccional (prohibiéndola a las

provincias), las provincias tenían inhibido el poder impositivo sobre toda actividad relacionada con aquel comercio. Para decir eso, es evidente que de *dos* competencias distintas (la de la cláusula comercial y la impositiva), se formaba *una* sola, ya que si el gobierno federal arrastraba a la segunda porque ejercía la primera, las dos quedaban unificadas, equiparadas, o identificadas.

Puede decirse que a partir de 1973 la jurisprudencia de la Corte sufrió una evolución progresiva que, personalmente, nos permite interpretar en la actualidad que las provincias no pueden convertir en "hecho imponible" a la actividad misma que implica "comercio" entre provincias o con el exterior, pero la "ganancia" o el "lucro" que derivan de esa actividad son "hechos imponibles" diferentes de la actividad que los produce, y como diferentes pueden ser captados por leyes provinciales.

Tal evolución demuestra que ahora el derecho judicial distingue la "cláusula comercial" y el poder impositivo, y aun cuando por la primera *queda impedido a las provincias reglar el comercio interjurisdiccional, no queda necesariamente inhibido el poder impositivo provincial* que grava actividades relacionadas con aquel comercio.

Prohibiciones al poder impositivo provincial.

60. — No obstante, hay aclaraciones que formular a este principio. a) Las provincias no pueden gravar la importación y exportación, porque se trata de impuestos aduaneros exclusivamente federales; b) las provincias no pueden gravar como "hecho imponible" a la actividad comercial interjurisdiccional (pero sí al ingreso o la ganancia que ella reporta); c) las provincias no pueden discriminar por razón de su origen, cuando establecen las cargas tributarias, al comercio exterior (por ej., gravando más las ventas locales de productos importados) o al interprovincial (por ej., gravando más las ventas locales de productos entrados de otra provincia); tampoco pueden discriminar por razón del "destino" (por ej., gravando más las ventas locales cuando los productos se trasladarán a otra provincia o al exterior); d) las provincias no pueden gravar como "hecho imponible" la entrada o salida de productos; e) las provincias no pueden establecer un tributo como condición o con motivo del ejercicio de una actividad comercial interjurisdiccional; f) las provincias no pueden crear impuestos que entorpezcan, frustren o impidan la circulación interprovincial comercial, ni el comercio internacional.

61. — Este repertorio tiene que completarse. Otras prohibiciones para el poder impositivo provincial surgen de limitaciones que puede establecer el congreso en uso de competencias que la constitución le otorga. Así por ej., una ley del congreso destinada a promover determinada política comercial, social,

cultural, etc., puede eximir al estado federal, a organismos dependientes de él, y hasta a particulares, del pago de gravámenes provinciales por las actividades que desarrollan en cumplimiento de aquella política, o de gravámenes sobre los instrumentos que utilizan para satisfacerla. Con iguales fines y alcance, una limitación análoga podría provenir de un tratado internacional entre nuestro estado y otro u otros.

El derecho judicial de la Corte sólo considera inválida la tributación provincial en casos como los señalados en el párrafo anterior cuando las provincias impiden, frustran o entorpecen mediante sus gravámenes locales una política federal determinada con la que resultan incompatibles. Pero de no existir esa confrontación incompatible, el poder impositivo provincial queda subsistente y su ejercicio es constitucionalmente válido.

III. LA COMPETENCIA TRIBUTARIA DE LOS MUNICIPIOS DE PROVINCIA

62. — Durante un tiempo, habíamos interpretado como admisible que los municipios de provincia ejercieran *por "delegación" de la provincia* determinadas competencias tributarias. Posteriormente, evolucionamos hasta reconocer que los municipios investían *poder tributario originario o propio.* Todo ello, antes de la reforma constitucional de 1994.

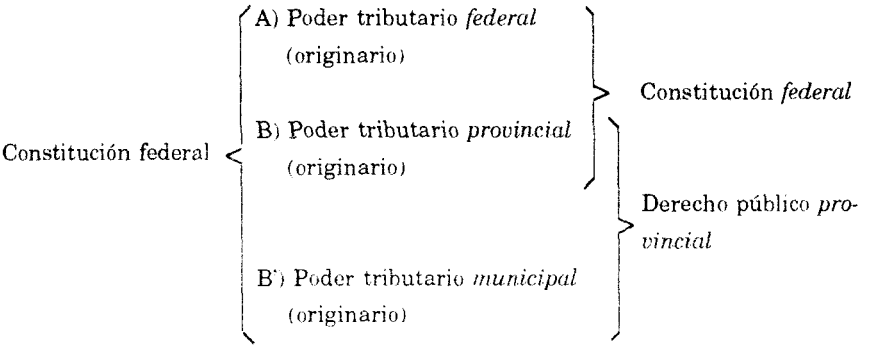
Pensamos que ahora el art. 123 disipa las dudas, porque obliga a las provincias a reglar el alcance y contenido de la *autonomía municipal* en el *orden económico y financiero.*

Esta base constitucional federal lleva a sostener que cada constitución provincial ha de reconocer a cada municipio de su jurisdicción —según sea la categoría de ese municipio— un espacio variable para *crear tributos*, lo que implica que desde la constitución federal se da sustento al poder impositivo originario de los municipios.

Por supuesto que son las constituciones provinciales las que deben deslindar el poder impositivo local entre la propia provincia y sus municipios, utilizando permisiones y prohibiciones respecto de los últimos, pero sin que puedan inhibir o cancelar en forma total el poder tributario municipal.

63. — El siguiente cuadro intenta resumir la inserción del poder tributario originario de los municipios en nuestro sistema constitucional:

REPARTO DE COMPETENCIAS



IV. LAS ADUANAS

Los principios constitucionales.

64. — La constitución formal *ha federalizado las aduanas*. Las normas que rigen la materia son: a) el art. 9º en cuanto dispone que en todo el territorio del estado no habrá más aduanas que las "nacionales"; b) el art. 75 inc. 10, en cuanto dispone que es atribución del congreso "crear o suprimir aduanas"; c) el art. 9º, en cuanto dispone que en las aduanas "nacionales" regirán las tarifas que sancione el congreso; d) el art. 75 inc. 1º, en cuanto dispone que corresponde al congreso "legislar en materia aduanera" y "establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las avaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la nación"; e) el art. 4º, en cuanto incluye a los derechos de importación y exportación entre los recursos del tesoro nacional.

65. — Cuando la constitución habla de aduanas "nacionales" hemos de entender dos cosas: a) que se refiere a aduanas *exteriores*; b) que la competencia *federal* es *exclusiva* en ellas, en orden a los aspectos antes delineados.

De ello deducimos que: a) el estado federal no puede crear aduanas interiores; b) las provincias no pueden crear aduanas interiores ni exteriores, ni ejercer en cuanto a las últimas las competencias exclusivas del estado federal.

Hemos de advertir que las aduanas "nacionales" o exteriores no son tales por su ubicación territorial o geográfica, ni las interiores lo son por estar situadas en el interior del país; aduanas interiores son las que en cualquier lugar donde se encuentren, están referidas al tráfico interno.

La circulación "territorial".

66. — La prohibición de establecer aduanas interiores se vincula con la *circulación territorial*, la que a su vez se enlaza con la libertad de comercio, de navegación, y hasta de trabajar.

La constitución formal ha querido hacer del estado *un solo y único territorio* a los fines del tránsito o paso de personas, bienes, buques, vehículos, etc. Esto es lo que se llama circulación *territorial* como libertad de circulación sin trabas emergentes de aduanas interiores o de gravámenes al tráfico territorial interno.

El art. 10 consigna que en el interior de la república es *libre de derechos la circulación* de los efectos de producción o fabricación nacional, así como los géneros y mercancías de todas clases, despachados en las aduanas exteriores. El art. 11 añade que 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. Por último, el art. 12 dice que 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. Esta última norma debe coordinarse con la que consagra la *libre navegación de los ríos interiores* (art. 26) y con la que dispone que es competencia del congreso reglamentar esa libre navegación (art. 75 inc. 10).

67. — Ha de dejarse en claro que lo abolido y prohibido es el gravamen a la *circulación "territorial"*. El paso de una provincia a otra no puede convertirse en "hecho imponible" porque el hecho de transitar el territorio, cualquiera sea la demarcación o el límite que se atraviese, goza de *libertad*.

Ahora bien, la circulación llamada *económica* es otra cosa: el derecho judicial emergente de la Corte Suprema tiene establecido que la exoneración impositiva de la circulación territorial no impide que las provincias graven mercaderías no producidas en ellas una vez que *han entrado en la circulación económica local o se han incorporado a la riqueza provincial*.

El peaje.

68. — El *peaje* como contribución o pago que debe satisfacer el usuario de una obra pública vial (camino, puente, ruta, etc.) no viola la libre circulación

territorial en tanto se respeten determinadas condiciones como: a) que el pago se destine a solventar gastos de construcción, amortización, uso o conservación de la obra; b) que el uso de la obra esté destinado a todos sin discriminación; c) que ese uso no sea obligatorio; d) que el monto sea proporcional al costo, uso o conservación de la obra; e) que el monto sea uniforme para todos los usuarios que se hallen en las mismas condiciones; f) que no encubra un gravamen al tránsito.

Para buena parte de nuestra doctrina, el peaje tiene naturaleza de *tasa*.

69. — Un interesante fallo sobre el peaje es que el dictó la Corte Suprema el 18 de junio de 1991 en el caso "Estado Nacional c/Arenera El Libertador SRL.", en el que sostuvo que el peaje no es inconstitucional cuando no configura un pago exigible por el mero paso, desvinculado de servicios o prestaciones a favor del usuario, como es el caso de la construcción y el mantenimiento de la vía de tránsito.

Tampoco surge del derecho judicial la necesidad de vías alternativas de utilización gratuita. En cambio, lo que haría inaplicable el peaje o requeriría la existencia de vías alternativas, sería el monto irrazonable de la tasa que, por no haber una vía gratuita de tránsito, tornara ilusorio el derecho de libre circulación; pero tal circunstancia debe ser acreditada por quien alega el perjuicio.

CAPÍTULO XX

LOS DERECHOS SOCIALES Y EL TRABAJO

I. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL. - Su surgimiento y contenido. - El constitucionalismo social en Argentina. - *Remisiones.* - Los derechos "sociales" y "económicos". - II. EL DERECHO DE TRABAJAR. - El trabajo humano. - El contenido y los sujetos del derecho de trabajar. - El derecho "al" trabajo. - La situación del extranjero. - El derecho judicial en materia de trabajo. - III. EL ARTÍCULO 14 BIS. - Su contenido. - IV. LAS CONDICIONES DE TRABAJO. - La prestación del servicio. - La remuneración. - *El salario mínimo.* - *Igual remuneración por igual tarea.* - *La participación en las ganancias.* - La duración del trabajo. - Protección contra el despido: la estabilidad en la relación de empleo. - *Las dos clases de estabilidad.* - *El despido: sus clases.* - *El problema de la estabilidad propia en el empleo privado.* - *El contrato a plazo.* -El control y la colaboración en la empresa. - Los tratados internacionales. - V. EL EMPLEO PÚBLICO. - La aplicación imparcial del art. 14 bis. - La estabilidad del empleado público. - El derecho judicial en materia de estabilidad del empleado público. - La estabilidad del empleado público en la constitución material. - VI. LA ASOCIACIÓN SINDICAL. - VII. EL DESARROLLO INFRACONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 14 BIS. - La competencia del congreso. - Los derechos, la ley, y las fuentes contractuales. - *La interpretación del artículo 126.* - *El derecho común.* - El constitucionalismo provincial. - *La distribución de competencias entre estado federal y provincias.* -VIII. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN MATERIAL. - La "flexibilización" laboral.

I. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL.

Su surgimiento y contenido.

1. — En la primera postguerra del siglo XX adquiere auge una forma de constitucionalismo a la que se ha calificado como *social.*

Remitimos para su desarrollo al Tomo I, cap. IX, n$^{os.}$ 1 a 6.

El *constitucionalismo social* se maneja con una pluralidad de lineamientos que, sin pretender agotar taxativamente, podemos clasificar así:

a) inclusión en las constituciones formales de una declaración de *derechos "sociales" y "económicos"*, que abarcan el ámbito de la

educación, la cultura, la familia, el trabajo, la asociación profesional o sindical, la propiedad, la economía, la minoridad, la ancianidad, la seguridad social, etc.;

b) regulaciones en torno de la llamada *cuestión social*, que se refiere a: b') la situación del hombre en función del *trabajo*; b") las relaciones entre *capital y trabajo*, clases sociales y factores de producción, empleadores y trabajadores, sindicatos y estado.

Por un lado, pues, el constitucionalismo acusa una tendencia a marcar la *función social* de los derechos; por el otro, se preocupa por estructurar un *orden social y económico* a efectos de que la remoción de obstáculos permita a todos los hombres una igualdad de oportunidades y un ejercicio real y efectivo de las libertades y los derechos subjetivos.

El constitucionalismo social en Argentina.

2. — Nuestra constitución histórica de 1853, surgió en una atmósfera de ideas, creencias y valores que estaba muy lejos, en el tiempo, de la que iba luego a respirar el constitucionalismo social del siglo XX. Es imposible, entonces, pretender que los contenidos de éste aparecieran expresamente en las normas de aquélla.

Pero entiéndase bien que la omisión de normas como las que hoy abundan en constituciones contemporáneas no quiere decir que la constitución de 1853 resultara impermeable al constitucionalismo social o incompatible con él.

Remisiones.

3. — Por razones de brevedad, remitimos:

a) Para la relación con el sistema axiológico de la constitución, al Tomo I, cap. IV;

b) Para el sistema de derechos en nuestro derecho constitucional actual, al Tomo I, cap. IX, nos. 13 y 14; y al acápite II;

c) Para el "techo ideológico" después de la reforma de 1994, al Tomo I, cap. II, nos. 27 y 28.

4. — El *estado social y democrático de derecho* —aunque innominado en nuestra constitución— traduce contemporáneamente lo que su filosofía política alberga en su personalismo humanista.

Los derechos "sociales" y "económicos".

5. — Hemos dicho que el constitucionalismo social se caracteriza por su toma de posición frente a los llamados *derechos sociales y económicos*. Conviene hacer una breve referencia a esta terminología.

Ante todo, no se trata de que los derechos clásicamente incorporados al constitucionalismo moderno como derechos "civiles" carezcan del carácter de derechos sociales. Todo derecho subjetivo es "social" porque presupone la convivencia de los hombres. Y todo derecho es también social en el sentido de que no se concibe el ejercicio antisocial de un derecho.

Lo que el constitucionalismo social quiere definir con la locución "derechos *sociales*" no es tanto la naturaleza intrínsecamente social de todo derecho subjetivo, sino más bien la adjudicación *de derechos de solidaridad*, o *de prestación*, o *de crédito* a los hombres considerados como miembros o partes de grupos sociales (familia, sindicato, empresa). En suma, se trata de enfocar a las personas no tanto como miembros de la sociedad general o global, sino más bien como sujetos situados en núcleos societarios más pequeños e inmediatos.

Con todo, tampoco se agota aquí el alcance del adjetivo "sociales". En los derechos así llamados entran, además, todos aquéllos que acusan una *funcionalidad social* más intensa, e interesan en su ejercicio a toda la comunidad por la repercusión general que ese ejercicio adquiere. Es así como el catálogo de derechos sociales incluye todos los relativos a la educación, la cultura, la seguridad social, el consumo y el uso de bienes y servicios, el ambiente, los intereses difusos o colectivos, etc.

6. — Lo social va muy unido a lo *económico* en la concepción que estamos analizando. El constitucionalismo social considera que el estado debe estructurar y promover un *orden económico justo*, que permita el acceso de todos los hombres a las fuentes de trabajo y de producción, y que haga posible una distribución equitativa de la riqueza y de los bienes de producción y de consumo. De allí las pautas constitucionales sobre el derecho de propiedad. Todas las referencias a la promoción y la planificación social y económica, a la integración, al desarrollo, etc., se orientan en esta línea, siempre que encuadren en un espacio suficiente de libertad.

Ver Tomo I, cap. IX, nº 4. Asimismo, ver nº 11 del presente capítulo.

7. — Aparecen así las *prestaciones positivas* a cargo del estado, y la concepción de que el fin de su organización constitucional no se satisface ni agota con garantizar el libre goce de los derechos, sino que requiere, además: a)

remover los obstáculos que impiden o dificultan a algunos hombres o sectores de la sociedad el efectivo ejercicio de sus derechos por carecer de similares oportunidades de hecho; b) *promover la liberación y el desarrollo* de todos los hombres, suprimiendo no sólo las formas de explotación y opresión, sino las trabas que hacen inaccesibles para muchos la calidad y el nivel elemental de la vida personal; c) *promover* la *igualdad real de oportunidades y de trato.*

8. — Del *estado gendarme* o policía (que solamente cuida y vigila) se pasa al *estado de "bienestar social"* que hace y que promueve. Se le llama también "estado de la *procura existencial*". En la superación del individualismo, se produce un intento de armonizar y coordinar el valor de la *libertad y de la autonomía* individuales con la *justicia*, la *solidaridad y la cooperación* sociales, pero no mediante un mero juego de relaciones y competencias privadas, sino a través de una acción estatal de intervención, planificación y fomento. El estado procura atenuar y compensar las desigualdades sociales de los hombres, y nivelar los desequilibrios sociales y económicos que surgen del desajuste entre fuerzas y situaciones de hecho harto diferentes en su gravitación e influencia.

Dikelógicamente, las aspiraciones del constitucionalismo social merecen valorarse como *justas.*

9. — El estado de bienestar no debe pensarse ni instrumentarse como un estado asistencial paternalista y dirigista, que absorba para sí ámbitos propios de la iniciativa privada y de la libertad económica. Debe ser un *estado social y democrático de derecho* (para usar fórmulas caras al constitucionalismo contemporáneo) que mediante plúrimas *políticas de bienestar y de desarrollo* en muchos campos (seguridad social, educación, vivienda, trabajo, alimentación, salud, etc.) haga accesible a todos los hombres, y especialmente a los hiposuficientes y marginados, la disponibilidad y el goce de sus *derechos* y la satisfacción de sus *necesidades* básicas.

Hay que tener muy presente aquí lo que hemos explicado en el Tomo I, cap. IX, nos. 40 y 41, sobre los *derechos "por analogado"*.

10. — El contenido constitucional de la *libertad* no puede agotarse en el perímetro habitual del constitucionalismo clásico. Hay que expandirlo hasta asumir que la persona humana requiere disponer de un ámbito de *libertad real y efectiva* que le permita *desarrollar su personalidad.* Los impedimentos, trabas, estrangulamientos y bloqueos que realmente aminoran, empobrecen o frustran esa dimensión ensanchada de la libertad personal deben ser aliviados y removidos.

Se presupone, a la vez, que la libertad *a disposición de todos* en accesibilidad efectiva debe circular en y por todos los sectores de la sociedad, porque si sólo es disfrutable por quienes (pocos o muchos) logran mediante sus propios recursos usar y gozar de la libertad que por sí mismos consiguen, la libertad se insulariza y sectorializa, con grave desmedro de la justicia y de la igualdad. También de la solidaridad, que es un valor jurídico.

Una *distribución razonablemente igualitaria de la libertad* es función del

estado. Y numerosos *"equilibrios" de la libertad* tienen que ser estimulados y empleados.

11. — El campo de la *economía* y de la *libertad económica* no puede quedar totalmente a merced del mercado irrestricto y de la competencia absoluta e irrefrenable, porque hay facetas de la libertad, de la igualdad y de los derechos que no tienen cabida —ni deben tenerla— en el mercado. Las necesidades básicas y las privaciones injustas de toda persona exigen ser satisfechas y remediadas, y cuando el mercado no las abastece ni subsana, la presencia razonable del estado en la economía viene demandada por el plexo de valores de la constitución.

Ver cap. XV, nos. 22 a 24, en relación con el *art. 42 de la constitución.*

Para la relación con la *libertad de comercio e industria,* remitimos al cap. XIV, nos. 35 a 41; para la *autonomía de la voluntad y la libertad de contratar,* ver cap. XIV, nº 15.

12. — Es claro que, como en toda ambición perfeccionista, el estado de bienestar exageró —a veces con inflaciones desmesuradas e imposibles de hacerse realidad— sus roles, y agotó sus posibilidades, a la vez que agrandó en demasía su tecnoburocracia. El estímulo a las pretensiones colectivas y a la esperanza de remediar las necesidades con el auxilio del estado fomentó los "catálogos de ilusiones" y las "promesas" (en alusión a normas declarativas de derechos sociales) lo que simultáneamente aumentó la carga de demandas sociales. Y cuando la insatisfacción por las respuestas estatales dejó desiertas muchas expectativas, el estado de bienestar entró en crisis de agotamiento.

Pero, con todo, si hay que evitar las exageraciones, hay que ser cuidadoso para no aspirar a la resurrección anacrónica del estado liberal clásico. Un justo medio de equilibrio tiene que recuperarse, si es que no queremos —como en nuestra posición personal— retroceder a modelos que el constitucionalismo social dejó agotados y que el valor justicia no consiente.

II. EL DERECHO DE TRABAJAR

13. — La constitución histórica de 1853 no omitió consignar entre la tabla de derechos básicos enumerados en el art. 14 a todos los habitantes, y en el 20 a los extranjeros, el derecho de trabajar.

El trabajo humano.

14. — El trabajo es una actividad humana en la que el hombre empeña y compromete su *dignidad.* El valor del trabajo proviene del valor del hombre que lo realiza. El trabajo *no es mercancía,* sino *conducta humana.* En el trabajo se vuelca, en mérito a aquella dignidad personal, la vida, la salud, la energía, la subsistencia y la seguridad del hombre.

El derecho constitucional comparado, en los principios que formula en su orden normativo para regular el trabajo, tiende por eso a evitar que la prestación del mismo esclavice, denigre o enajene al hombre, y a conseguir que, al contrario, sea fuente suficiente de recursos y de realización de la persona.

El derecho internacional de los derechos humanos se inspira en igual orientación.

Podemos considerar que ello se hace asequible desde el derecho constitucional a través de tres medios principales:

a) posibilitando la sanción de *normas* que protejan integralmente al hombre que trabaja;

b) posibilitando la organización de *asociaciones sindicales, mutuales, cooperativas*, etc., que cumplan una función plural: b') como defensa de los intereses comunes de los trabajadores; b") como vínculo de conexión y colaboración con los empleadores; b"') como vínculo de conexión y colaboración con el estado; b"") como ayuda directa a los trabajadores, ampliando las prestaciones patronales y estatales;

c) por fin, haciendo efectivos todos los derechos que emergen del trabajo mediante el *desarrollo económico*, a fin de que las posibilidades económicas de la sociedad permitan realmente el goce concreto de tales derechos.

El contenido y los sujetos del derecho de trabajar.

15. — El *derecho de trabajar* implica, primariamente, la disponibilidad individual de *elegir libremente una actividad*.

Una vez elegida dicha actividad, y según sea su naturaleza, debemos secundariamente distinguir: a) si es una actividad que el individuo desarrolla por cuenta propia y en forma independiente (o sea, sin depender de un empleador), aparece el *derecho de cumplirla* y de *disfrutar de su rendimiento económico*; b) si es una actividad que el individuo desarrolla en relación de dependencia con respecto a un empleador, aparece el *vínculo*, la *relación*, o el *contrato de empleo* o de trabajo, con toda la serie de derechos emergentes del empleo.

a) En el *aspecto primario*, todo hombre tiene derecho a escoger libremente la actividad que desea o prefiere. Esa elección está fáctica y necesariamente condicionada por una serie de factores personales y sociales como son: la existencia de un mercado ocupacional suficiente y amplio, la idoneidad para la tarea pretendida, el juego de la competencia, la intervención del estado, etc. Todo ello nos revela que la libre elección de una actividad requiere, por parte de la persona, una capacitación que le proporcione la idoneidad necesaria que esa actividad demanda; y por parte del estado, el condicionamiento suficiente y eficaz de un orden justo en lo social, cultural, económico, etc., como para hacer

accesibles las fuentes de actividad a todo aquél que, con su iniciativa privada, pretende realizar la elección comentada.

El art. 75 inc. 19 párrafo primero incluye, entre las competencias del congreso, la de promover a la *generación de empleo* y a la *formación profesional de los trabajadores*.

b) En el *aspecto secundario* o derivado, hemos de dejar establecido que cuando se elige una actividad a desarrollar en relación de dependencia para un empleador, ha de tenerse en cuenta, como principio, que la *libertad de contratar* impide obligar tanto al empleador como al empleado a celebrar un contrato de empleo, y a celebrarlo con persona determinada. (Para la libertad de contratar, ver cap. XIV, nº 15).

16. — Fundamentalmente, el *sujeto activo* que aparece como titular del derecho de trabajar es el *hombre*. Pero asociaciones, empresas, personas jurídicas, etc. (o sea, entes que no son hombres) pueden también desarrollar una actividad comercial, industrial, etc., equiparable al trabajo, y en este sentido, ser titulares del derecho de trabajar.

De aquí en más, decimos que, en términos generales, el *sujeto pasivo* del mismo derecho en cuestión es doble: el *estado* y los *demás hombres*.

El desglose detallado sería el siguiente:

1) *Derecho de trabajar en su aspecto primario de elección de una actividad*;
   a) *sujeto activo*: el hombre, y las asociaciones, empresas o personas jurídicas;
   b) *sujeto pasivo*: el estado y los demás hombres;
2) *Derecho de trabajar en su aspecto secundario de desarrollar la actividad elegida y de disfrutar de su rendimiento económico*:
   a) *sujeto activo*: el hombre, y las asociaciones, empresas o personas jurídicas;
   b) *sujeto pasivo*:
      b') en la relación de empleo con determinado sujeto: este sujeto en cuanto empleador;
      b") el estado y los demás hombres que deben respetar la relación de empleo y los derechos emergentes de ella;
      b"') cuando la actividad es independiente o por cuenta propia (sin empleador): el estado y los demás hombres,

que deben respetar el desarrollo de esa actividad; cuando la actividad se presta en beneficio de persona determinada (por ej.: el médico a su cliente, el pintor al dueño de la casa que pinta, etc.): aquél que recibe la prestación.

El derecho "al" trabajo.

17. — Una corriente de doctrina ha postulado un supuesto *derecho "al" trabajo* como diferente del derecho *de* trabajar. El derecho "al" trabajo consistiría en el derecho *a conseguir ocupación*, con la consiguiente *obligación del sujeto pasivo* de proveer de empleo al sujeto activo. ¿Quién sería el sujeto obligado a dar trabajo a quien lo pretende? En principio, el *estado*, a quien los individuos harían exigible la concesión de una ocupación. En cambio, no parecería que un hombre pudiera demandar de otro que le acordara empleo, porque en principio el contrato de trabajo requiere siempre la decisión libre de ambas partes, o sea que existe la libertad de contratar, pero no la obligación de contratar.

En el sentido de un derecho a demandar del estado la concesión de empleo, la fórmula del derecho "al" trabajo sólo alcanzaría el valor de un enunciado programático en virtud del cual el estado tendría la obligación de hacer lo posible para la ocupación adecuada de todos los que quisieran y necesitaran trabajo, pero sin llegar a significar que todos estuvieran empleados por el estado. Esto último sería, además, prácticamente imposible.

El derecho "al" trabajo funcionaría, entonces, a través de dos carriles principales: a) mediante la *obligación estatal* de establecer un *orden social y económico* que activara e hiciera accesibles las fuentes de trabajo a todos los hombres en el mercado ocupacional; y a') mediante *políticas activas* y *medidas de acción positiva*; b) mediante *prestaciones de desempleo* —dentro del régimen de la seguridad social— para prevenir y cubrir el riesgo de desocupación, desempleo, o paro forzoso.

18. — El derecho a obtener ocupación remuneratoria (derecho "al" trabajo) tiene cabida en el rubro de los llamados *derechos "por analogado"*, para cuya descripción remitimos al Tomo I, cap. IX, nºs 40 y 41.

La situación del extranjero.

19. — El régimen de los trabajadores extranjeros, en pie de igualdad con los nacionales y sin discriminación por causa de la extranjería, cuenta no obstante con algunas modalidades razonables. Así:

a) en principio, la plena equiparación requiere que el extranjero se encuentre *radicado legalmente*;

b) si sólo se halla *temporariamente admitido*, cabe limitarle su actividad laboral al ámbito ocupacional y durante el tiempo para el cual se lo haya

autorizado a residir transitoriamente; y si lo ha sido con determinación de un lugar o zona, únicamente en ellos;

c) cuando se halla *en tránsito*, o por razones de turismo, negocios, tratamiento médico, etc., el desarrollo de actividades remuneradas o lucrativas necesita autorización especial.

De ello se desprende que en caso de *migración ilegal* o *clandestina*, es razonable la prohibición de cumplir actividades laborales en relación de dependencia o por cuenta propia.

El derecho judicial en materia de trabajo.

20. — Es en el *empleo dependiente* donde el constitucionalismo social encuentra mayor ámbito de regulaciones posibles.

Dos pautas importantes se desprenden del derecho judicial. Creemos interpretarlas así: a) en el contrato de trabajo es requisito esencial de la justicia la *igual libertad de las partes contratantes* (v.: fallo de la Corte Suprema en el caso "Martín y Cía. Ltda. c/Erazo José", del año 1947); b) cada vez que la libertad de contratar del empleador entra en conflicto con *la libertad contra la opresión* del empleado u obrero, debe prevalecer esta última, por requerirlo así los principios de un ordenamiento social justo (v.: fallo de la Corte Suprema en el caso "Prattico Carmelo y otros c/Basso y Cía.", del año 1960).

21. — El derecho judicial de la Corte Suprema tiene establecido también que en las relaciones laborales la ley consagra la obligación del empleador de *respetar la personalidad del trabajador*, y autoriza a aquél a ejercer sus facultades de dirección en forma tal que no le origine perjuicio material ni moral al empleado durante el desarrollo de la relación laboral (ver —por ej.— los casos "Valdez c/SADAIC", del 19 de marzo de 1987, y "Farrel c/Fundación Universidad de Belgrano", del 2 de octubre de 1990).

22. — En cuanto a las *remuneraciones*, conviene recordar que en el caso "Suárez Manuel R. c/Superior Gobierno de la provincia de Córdoba", del 21 de marzo de 1989, la Corte enfocó los *créditos salariales*, cuya naturaleza retributiva de servicios prestados es la misma en la relación de empleo privado y de empleo público, y destacó su naturaleza alimentaria y su nexo con el derecho de propiedad y el de la retribución justa (art. 14 y 14 bis) por todo lo cual consideró que habiendo inflación el pago a valores históricos —aun recibido sin reservas por el empleado al momento del cobro— requiere indexarse, porque no ha sido suficiente.

Esta jurisprudencia debe tenerse por vigente, aun después de la ley 23.928 (que prohibió la indexación a partir del 1º de abril de 1991) porque —si hay

inflación— la depreciación monetaria exige actualización de los créditos por imperio de la constitución. (Ver cap. XVII, nº 19 a 25).

23. — Del derecho judicial cabe inferir asimismo que el derecho a la remuneración justa se extiende también a los profesionales respecto de sus *honorarios* dentro de las modalidades propias que ofrece la relación entre aquéllos y sus clientes y, en su caso, la intervención en una causa judicial.

III. EL ARTÍCULO 14 BIS

Su contenido.

24. — El orden de las normas escritas en nuestra constitución formal, ha completado el enunciado del derecho de trabajar del primitivo art. 14 con los del art. 14 bis, a partir de 1957.

En lo que hace a los derechos del hombre en razón del trabajo, su primera parte establece: *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*, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

25. — Lo primero que observamos es que: a) el trabajo *tiene* y *debe tener tutela*; b) esa tutela surge directa y operativamente de la *constitución*, y debe depararla la *ley*; c) la ley debe necesariamente "asegurar" todo lo que el artículo enumera.

De aquí surge que la competencia le incumbe al *congreso* con *ejercicio obligatorio*, y que estamos ante lo que cabe denominar "*zona de reserva* de la ley", por lo que el poder ejecutivo no puede asumirla ni interferirla, salvo en su potestad reglamentaria.

26. — Por la forma gramatical que reviste el artículo, agregamos que el congreso tiene el *deber inmediato* de legislar. Que el trabajo "gozará" de la protección legal, y que las leyes "asegurarán" tales y cuales cosas, denota una imperatividad insoslayable. No hay opción para que el congreso legisle o no legisle; ni para que legisle cuando le parezca oportuno: debe legislar *ya, ahora.*

Esto significa que la demora o la omisión en legislar, es inconstitucional: *hay inconstitucionalidad por omisión.* Desde 1957 hasta la actualidad, esa inconstitucionalidad se ha consumado en todos los aspectos del art. 14 bis sobre los cuales la falta de ley razonable o la vigencia de ley inconstitucional frustra, bloquea o aminora el goce de los derechos en él enumerados y protegidos.

27. — Aun cuando ese deber primario que contiene claramente el ar. 14 bis va dirigido al congreso, hay que puntualizar que:

a) alcanza también a todos los órganos del gobierno federal (en el caso "Valdez c/Cintioni", de 1979, la Corte sostuvo que su cumplimiento atañe a los poderes distintos del congreso, los cuales, dentro de la órbita de sus competencias, han de hacer prevalecer el espíritu protector de las normas en juego);

b) se extiende a las *provincias*, conforme al art. 5º de la constitución;

c) se refuerza con el mandato constitucional del art. 24 ("el congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos..."), que al incluirse un nuevo artículo (el 14 bis) en la reforma de 1957, obliga a ajustar la legislación vigente a esa fecha a sus pautas y principios;

d) cuando en una relación de trabajo (dependiente o no) un particular es sujeto pasivo de la misma, cargan sobre él muchas de las obligaciones correlativas a los derechos que el art. 14 bis ordena asegurar y proteger.

28. — Podemos agrupar los derechos emergentes del art. 14 bis en la parte que examinamos, en las siguientes categorías:

a) *condiciones de trabajo* en orden a:

a') prestación en sí del servicio;

a") remuneración;

a"') duración;

a"") control de la producción y colaboración en la dirección de la empresa;

b) *asociación sindical.*

IV. LAS CONDICIONES DE TRABAJO

La prestación del servicio.

29. — La prestación en sí del servicio debe llevarse a cabo *en condiciones dignas y equitativas*. La pauta es muy genérica, y se vincula con la propia *dignidad humana* empeñada en el trabajo y con el plexo de valores constitucionales.

En cierto modo, todo lo referente a *remuneración* y *duración* hace a las condiciones de trabajo calificadas constitucionalmente como dignas y equitativas, pero podríamos añadir que ellas se satisfacen también mediante la comodidad, higiene y decoro del lugar donde el trabajo se presta, y mediante la debida atención de las situaciones personales del trabajador (acá se incluyen las derivadas de la edad, maternidad, capacidad disminuida, etc.).

En suma, las condiciones dignas y equitativas apuntan a un aspecto *material* u *objetivo* (lugar o modo de trabajo) y a otro *personal* o *subjetivo* (situación personal del trabajador).

Ver nos. 20 a 22.

La remuneración.

30. — Las condiciones de trabajo que se refieren a la *remuneración* se desglosan en:

a) *retribución justa*;

b) *salario mínimo vital y móvil*;

c) *igual remuneración por igual tarea*;

d) *participación en las ganancias de la empresa*.

La retribución justa significa *suficiencia* en el emolumento retributivo, y se orienta a satisfacer un ingreso decoroso que permita la subsistencia del trabajador y de su núcleo familiar dependiente.

El principio debe ligarse al que el mismo art. 14 bis contiene en su parte final dedicada a la familia: la *compensación económica familiar*, o sea, las asignaciones familiares o salario familiar.

El derecho a la retribución justa juega doblemente; por un lado, *frente al empleador* que debe pagarlo; por el otro, *frente al estado* que debe protegerlo mediante leyes (por ej.: de salario mínimo, de inembargabilidad parcial, de forma de pago, etc.), y que debe hacerlo posible a través de su política social y económica.

31. — En el caso "Bessolo Leopoldo A. c/Osa Pedro" —del año 1967— la Corte Suprema sostuvo que la constitución otorga a quien presta servicios el derecho a una retribución justa que contemple la índole, magnitud y dificultad de la tarea realizada, obligando a mantener una relación razonable entre la retribución que se fija y la tarea efectivamente cumplida.

Conforme al derecho judicial de la Corte Suprema, viola el derecho de propiedad la obligación que se impone al empleador de pagar remuneraciones que no corresponden a una contraprestación de trabajo del empleado.

32. — Ha de tenerse en cuenta que la retribución debida por el empleador *no queda totalmente a merced de la autonomía contractual*. La "libertad contra la opresión" —que la Corte invocó en el caso "Prattico c/Basso", del año 1960— da pie para que ni la oferta y la demanda, ni la voluntad del binomio empleador-trabajador, jueguen en forma absoluta o descontrolada (ver nº 20).

33. — A más de la norma constitucional que venimos analizando, las *leyes laborales de orden público* y los *convenios colectivos* de trabajo pueden y deben limitar razonablemente la autonomía de la voluntad, estableciendo montos que por acuerdo de partes no pueden disminuirse (reforma en perjuicio del trabajador) aunque sí pueden aumentarse.

Para el tema, ver nºs. 63/64, y cap. XXI, nºs. 17 a 19.

El salario mínimo.

34. — Para determinar con precisión la justicia de la remuneración, la misma norma constitucional hace referencia al *salario mínimo* o sea, aquél por debajo del cual una retribución no se compadece con la justicia.

El salario mínimo lleva dos aditamentos: ha de ser *vital*, concepto éste que remite nuevamente a la *suficiencia* para subsistir; y ha de ser *móvil*, es decir, reajustable a medida que aumenta el costo de la vida o el proceso de inflación.

La vitalidad y la movilidad procuran asegurar la capacidad adquisitiva del salario y su equivalencia con las necesidades primarias del trabajador.

Un salario no es mínimo y vital tan sólo porque una *norma* le adjudique esa calificación. La constitución apunta a que lo sea *realmente*, por su naturaleza

y por su monto. Un salario irrisorio, aunque la ley acaso lo denomine "mínimo" y "vital", no satisface la prescripción constitucional.

Como principio, la norma que asigna la cifra de ese salario queda sujeta como toda otra a control judicial de constitucionalidad, y no vemos obstáculo para que un juez declare que el salario mínimo establecido por ley es inconstitucional en cuanto a su haber. No olvidemos que, aparte de esta cláusula, existe la general sobre retribución "justa", que obliga al monto "justo" de toda remuneración, también del salario mínimo vital.

Igual remuneración por igual tarea.

35. — El derecho de percibir *igual remuneración por igual tarea* tiene una "ratio" histórica en su formulación, dentro de las convenciones internacionales que lo han acogido, y del derecho comparado. La equiparación tendió a eliminar los salarios inferiores por *razón de sexo* o sea, a obtener la misma paga para el hombre y la mujer cuando realizaban el mismo trabajo.

Cuando el art. 14 bis incorporó la cláusula de igual remuneración por igual tarea, no cabe duda de que se movió en un ámbito similar, sin más propósito que el de *impedir las discriminaciones arbitrarias*, o sea, aplicando al problema de la retribución laboral la regla constitucional de la igualdad jurídica.

Cabe advertir que la norma de la constitución enfoca el problema de la igualdad en las *relaciones privadas* (pese a que se extiende también al empleo público).

El caso "Ratto Sixto y otros c/Productos Stani S.A.", fallado por la Corte en el año 1966, vino a confirmar que la cláusula en examen sólo inhibe las discriminaciones arbitrarias fundadas en el sexo, la nacionalidad, la religión, la raza, etc., pero no obsta a que el empleador, una vez abonada a todos sus dependientes la remuneración justa, liquide a algunos un "plus" en razón de mayores méritos, eficacia, rendimiento, etc.

El caso "Ratto" fue reiterado en el fallo de la Corte del 26 de junio de 1986 en el caso "Segundo Daniel c/Siemens S.A.".

36. — Parece obvio afirmar que el derecho de igual remuneración por igual tarea tiene un ámbito muy especial de vigencia: pueden invocarlo los trabajadores que con igualdad de tarea se desempeñan para un *mismo empleador*, o dentro del régimen de un *mismo convenio colectivo*. Pero no parece que pueda extenderse más allá para trazar comparaciones entre trabajadores de empleadores distintos o regidos por convenios diferentes.

La participación en las ganancias.

37. — La *participación en los beneficios* se encamina a repartir de un modo más justo la utilidad originada por el aporte que capital y trabajo hacen de la producción, a la economía y a la empresa. La consideramos como un método remuneratorio que supera al estricto del salariado, pudiendo llegar hasta formas de sociedad entre patronos y trabajadores de una empresa, con transformación profunda del contrato de trabajo.

La norma habla de participación en los *beneficios de "las empresas"*. ¿Qué es empresa? Creemos que no debe tomarse la definición estrictamente según la teoría económica, y que allí donde cualquier empleador (unipersonal, colectivo, con personalidad jurídica, etc.) que tiene personal dependiente origina con su actividad utilidades o beneficios lucrativos (aunque en sentido económico no sea ganancia productiva), la cláusula tiene que aplicarse. Basta con que haya lucro u obtención de bienes económicos, incluido en este concepto el dinero que, como beneficio, se adquiere mediante una actividad cualquiera a la que coopera el trabajador.

La ley no ha reglamentado este derecho, pero su formulación a nivel constitucional obliga a pensar si los convenios podrían imponer la participación a falta de ley. Dado que el derecho está reconocido en la constitución, la que prevé también la celebración de dichos convenios por parte de los gremios, creemos que el reparto de beneficios empresarios arbitrados mediante *contratación colectiva* no ofende a la constitución. Está de más decir que ninguna duda existe si la participación es concedida voluntariamente por la empresa, o por convenio con sus dependientes.

La duración del trabajo.

38. — El *tiempo de duración* del trabajo dependiente abarca diferentes tópicos:

a) la *jornada diaria*;

b) el *descanso y las vacaciones pagados*;

c) la *protección contra el despido arbitrario.*

La *jornada limitada* se basa en la necesidad del reposo cotidiano por razones de salud y de respeto a la dignidad del hombre.

El *descanso pago* se refiere al descanso *semanal* obligatorio y remunerado, con similar fundamento.

Las *vacaciones pagas* son otra limitación al trabajo continuo.

Si acaso faltaran normas infraconstitucionales que consagraran las distintas

formas de descanso (diario, periódico, y anual), no por eso la parte pertinente del art. 14 bis dejaría de ser aplicable. El trabajador que tuviera que cumplir tareas sin descanso razonable, podría acusar al empleador por conducta injuriosa, y el juez tendría que hacer funcionar operativamente la norma constitucional para resolver su pretensión.

39. — En las disposiciones que enfocan el tiempo de duración del trabajo corresponde incluir a las que protegen la permanencia y la estabilidad en el empleo, que analizamos por separado.

Protección contra el despido: la estabilidad en la relación de empleo.

40. — La constitución contiene dos cláusulas que enfocan la ruptura de la relación de empleo: por un lado habla de "protección contra el *despido arbitrario*" y, por otro, de "estabilidad del *empleado público*".

La primera fórmula se ha de entender referida al *empleo privado*. Con ese desdoblamiento, si empleo privado y empleo público han merecido cada uno su previsión, ha de interpretarse también que las dos fórmulas no significan lo mismo ni tienen el mismo alcance: al despido arbitrario (en el empleo privado) hay que *protegerlo* en favor del trabajador que lo sufre; al empleo público hay que garantizarle la *estabilidad*.

Las dos clases de estabilidad.

41. — Hay que distinguir *dos* clases de estabilidad: la *propia* o *absoluta* y la *impropia* o *relativa*.

Se suele admitir que la *estabilidad propia o absoluta* implica impedimento para despedir (salvo justa causa), y obligación patronal de *reincorporar* en caso de producirse el despido; en cambio, la *estabilidad impropia o relativa* no prohíbe el despido, pero si se dispone sin justa causa, el empleador debe *indemnizar*.

Con esta distinción, parece lógico estimar que el art. 14 bis, al *proteger contra el despido arbitrario* (en el empleo privado) obliga a consagrar allí la *estabilidad impropia* o *relativa*; y al garantizar la *estabilidad del empleo público* cubre a éste con la estabilidad propia o absoluta.

El despido: sus clases.

42. — Cuando el constituyente de 1957 califica al despido protegido con el

adjetivo "arbitrario", hay que dar por cierto que ha usado el concepto tradicional de *arbitrariedad* que desde siempre acuñó la doctrina y la jurisprudencia.

Por eso, enfrentamos *tres clases de despido*:

a) el despido *con causa justificada*, que *no es indemnizable*;

b) el despido *arbitrario*, que *sí* lo es;

c) el despido que, sin revestir carácter de arbitrario, *carece de causa*, y que también merece *indemnización*.

Parecería, a primera vista, que si el art. 14 bis impone la protección contra el despido arbitrario, deja desguarnecido al que, sin serlo, carece de causa. No es así. Lo que ocurre es que, a nuestro criterio, una cosa es el despido que por su arbitrariedad resulta agraviante o injurioso para el empleado, y otra parcialmente distinta es el despido incausado, porque no ofende.

Nos queda la impresión de que *el despido sin causa también debe indemnizarse*, pero que no sería constitucional igualarlo al arbitrario y dispensarle la misma protección legal.

43. — a) Del fallo de la Corte Suprema en el caso "Neville Jorge A. c/Banco Popular Argentino", del 26 de agosto de 1986, se desprende que si un régimen de estabilidad en el empleo es sustituido legalmente por otro menos favorable para el trabajador mientras subsiste su relación laboral con el empleador, no es viable impugnar de inconstitucional al nuevo sistema, porque no existe derecho adquirido a que se mantengan las leyes o reglamentos, ni a que permanezcan inalterables.

b) En nuestro criterio personal, cuando por causa de una huelga ilegal el empleador despide al personal huelguista que, intimado a volver al trabajo, persiste en su abstención, puede después reincorporar a su voluntad a algunos y no a todos, sin que los cesantes tengan derecho a considerarse agraviados y a demandar indemnización por despido.

44. — En cuanto a la ruptura patronal del contrato laboral a plazo —que es un despido anticipado al vencimiento de ese plazo— entendemos que requiere imponer el deber de indemnizar (ver nº 47 a).

El problema de la estabilidad propia en el empleo privado.

45. — La protección contra el despido arbitrario que impone el art. 14 bis deja duda acerca de si, excediendo ese mínimo, puede la ley consagrar en la relación de empleo privado un sistema de *estabilidad propia o absoluta*.

Parecería que la razón por la cual la norma constitucional diferenció la estabilidad en el empleado privado de la estabilidad en el empleo público, radica en que no ha previsto la estabilidad absoluta o propia en el empleo privado.

Acá —sin embargo— tenemos convicción de que las distintas formas protectorias de la estabilidad en las dos clases de empleo *no significan prohibición* para que la ley establezca razonablemente en determinados tipos de empleo privado la estabilidad absoluta; o sea, la que impide despedir sin causa y obliga a reincorporar.

Es cierto que de implantarse la estabilidad absoluta, la libertad de contratar queda mucho más limitada, pero no juzgamos arbitraria ni inconstitucional la restricción. Por supuesto que hay que ponderar muy bien cuándo y en qué clase de relaciones laborales se impone la estabilidad propia. Como principio, parece que solamente es razonable hacerlo donde un elevado número de empleados de un mismo empleador despersonaliza mucho la relación intersubjetiva entre patrón y trabajador, ya que con muy pocos dependientes sería injusto que el primero hubiera de asumir el deber de soportar la presencia física de alguien a quien no desea como empleado a sus órdenes.

46. — a) El fallo de la Corte Suprema en el caso "De Luca José E. y otro c/Banco Francés del Río de la Plata" —del 25 de febrero de 1969— consideró inconstitucional el régimen de *estabilidad propia* que consagraba la ley 12.637 y su decreto reglamentario 20.268/46 para el personal bancario; el criterio del tribunal tuvo en cuenta que el sistema era intrísecamente injusto al establecer el derecho a ser retribuido sin trabajar; al imponer cargas pecuniarias al empleador que, más allá de lo que constituye un derecho legítimo a la indemnización afectaba las bases de la libertad de contratar; y al conferir derecho de jubilarse en virtud de trabajos no prestados. En suma, para la Corte, la estabilidad propia que declaró inconstitucional aparece como un régimen legal exorbitante.

b) Cuando en otros casos se ha tratado de empleo privado y se ha dispuesto judicialmente reincorporar al agente indebidamente despedido, la Corte ha sostenido al revisar el fallo que es irrazonable la interpretación en que se ha fundado la reintegración al empleo, en tanto suprime el poder discrecional del empleador para integrar su personal (y para prescindir de él), en menoscabo del art. 14 que consagra la libertad de comercio e industria. Pero es importante destacar que en los mismos casos la Corte tomó en cuenta que las normas de los *convenios colectivos aplicables a ellos no preveían sanción* para el caso de no ser observada la estabilidad que consagraban.

c) Puede verse, con posterioridad al caso "De Luca", el fallo en "Figueroa, O.S. y otro c/Loma Negra, CIASA", y con fecha 26 de diciembre de 1991 el recaído en "Unión Obrera Metalúrgica c/Somisa".

d) Las normas que se dictan después de producido un despido obligando al empleador a reincorporar han sido declaradas inconstitucionales por la Corte (caso "Díaz José M. c/Banco de Avellaneda S.A." —de fecha 3 de abril de 1968— con relación a la ley 16.507, posteriormente derogada por ley 18.027, que obligaba a bancos y entidades de seguros, reaseguros y capitalización y ahorro a reincorporar al personal anteriormente despedido que optaba por reingresar a su empleo).

El contrato a plazo.

47. — La cláusula protectoria contra el despido arbitrario obliga a encarar el contrato de trabajo por un *tiempo expresamente determinado*. Es evidente que en esta modalidad de empleo, el vencimiento del plazo *extingue la relación laboral* sin obligación indemnizatoria, porque no hay ruptura decidida por el empleador.

Cuando la ley regula este tipo de empleo, debe tomar algunas precauciones mínimas, porque de convertirse en modelo único o preponderante deja espacio para que se burlen las cláusulas constitucionales tutelares.

Así:

a) durante el lapso fijo de duración del contrato, la ley tiene que hacer *indemnizable* el despido arbitrario o sin causa;

b) el tiempo determinado de duración del contrato *no debe ser excesivamente largo*, porque de ocurrir tal cosa se frustra el sentido tutelar de la estabilidad impropia o relativa;

c) ese mismo tiempo breve ha de tener como presupuesto una real necesidad de *fomentar las tareas transitorias u ocasionales* en ciertos ámbitos de la actividad privada;

d) el contrato a plazo debe ser un tipo *excepcional*, y no común, de relación laboral.

El esquema precedente, de base constitucional, se sustenta en el propósito de que la voluntad o la conveniencia unilaterales del empleador no frustren la igualdad real de la parte patronal y de la dependiente en la concertación del contrato de trabajo, porque desequilibrada esa relación en perjuicio de la parte más débil pierde sentido y justicia la pregonada autonomía de la voluntad.

Los altos índices de desempleo no sirven de excusa para eludir las pautas antedichas con el pretexto de que la difusión y proliferación del contrato a plazo da origen a mayores fuentes de trabajo. El perímetro protectorio del trabajo que traza la constitución es imperativo e inderogable.

El control y la colaboración en la empresa.

48. — Otra condición de trabajo que el art. 14 bis contempla es la relativa al *control de la producción y colaboración en la dirección de la empresa*, bastante ligada a la participación en las ganancias.

El control y la colaboración no suponen, por sí, tener parte en los beneficios, pero se inspiran en una misma tónica participativa, que busca incorporar activamente al trabajador en el seno de la entidad patronal donde se desempeña. La participación en la gestión, o co-gestión, lleva a la intervención de la parte trabajadora en el gobierno o dirección de la empresa, invistiéndola del carácter de colaboradora activa en su administración.

Como la norma no va más allá de un standard formulado como "colaboración en la dirección", el sistema da cabida a variantes múltiples, entre las cuales mencionamos como posibles: a) colaboración consultiva o decisoria; b) colaboración limitada a los asuntos que interesan gremialmente a los trabajadores, o extendida a los asuntos económicos de la empresa (comerciales, financieros, etc.).

El control de la producción parece encaminarse a la futura distribución de los beneficios, aunque en sí puede orientarse exclusiva o simultáneamente a obtener un mejor rendimiento, al progreso de las técnicas de producción, y al desarrollo económico de la empresa o de la comunidad en general.

Los tratados internacionales.

49. — El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* prevé en su art. 6º el derecho a trabajar, comprensivo del derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.

A continuación se formulan las medidas que deben adoptar los estados-parte para hacer efectivo ese derecho.

El art. 7º contiene el derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, cuyo desglose enumerativo se especifica.

El art. 10 encara el trabajo de los menores.

En dicho rubro, hay que computar todo el plexo de derechos que despliega la *Convención sobre Derechos del Niño*, especialmente en el art. 72.

La Convención sobre *Discriminación de la Mujer* apunta a medidas para igualarla con el varón en lo que atañe a la actividad laboral (art. 11), a más de especificar el deber de tomar en cuenta los problemas de la mujer rural (art. 14) y su trabajo en sectores no monetarios de la economía (íd.).

La Convención sobre *Discriminación Racial* alude a los derechos que tienen relación directa con el trabajo (art. 5, inc. e), subinc. 1) cuando obliga a prohibir y eliminar la discriminación en el goce de derechos que enumera, entre los que cita los económicos, sociales y culturales (art. 5, inc. e).

50. — En materia de derecho del trabajo —individual y colectivo— también hay que tener en cuenta los *convenios de la Organización Internacional del Trabajo* (OIT), que para un sector de la doctrina, sobre todo después de la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22), deben considerarse *tratados internacionales* (en sentido lato) a los efectos de nuestro derecho interno.

V. EL EMPLEO PÚBLICO

La aplicación parcial del art. 14 bis.

51. — Hemos dejado aparte lo referente al *empleado público*, no porque éste no sea también un trabajador, sino por las características que su relación de empleo ofrece.

El art. 14 bis estipula que el trabajo en sus diversas formas (o sea, incluyendo el empleo público) gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán la *estabilidad del empleado público*. Es ésta la norma específica que rige la materia.

No obstante, también le alcanzan las que se refieren a condiciones dignas y equitativas, jornada limitada, descanso y vacaciones pagados, retribución justa, salario mínimo, vital y móvil, igual remuneración por igual tarea, etc.

La protección contra el despido arbitrario no es, en cambio, aplicable al empleado público, porque ya dijimos que se refiere al privado. La participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección, parece reservada a la empresa privada. La organización sindical libre y democrática tiene, igualmente, un destino de aplicación al asociacionismo de trabajadores privados; los empleados públicos, si bien gozan del derecho de asociación con fines útiles, incluso para la defensa de sus intereses profesionales, no pueden constituir entidades típicamente sindicales, a menos que la autoridad competente les reconozca ese derecho (si son empleados dependientes del poder ejecutivo, es a éste —y no a la ley— a quien cabe aceptar o rechazar tal reconocimiento; el congreso y la Corte Suprema disfrutan de similar competencia con relación a su respectivo personal).

La estabilidad del empleado público.

52. — El derecho propio que para el empleado público contempla el art. 14 bis es el ya mentado de la *estabilidad*.

¿Es estabilidad "propia", o es estabilidad "impropia"? Reparemos en que el autor de la norma no ha dicho, como en la relación de empleo privado, que la ley asegurará la protección contra la cesantía (equiparable terminológicamente al despido), sino que *asegurará la estabilidad*. Es cierto que ésta no va acompañada en la norma por ningún calificativo, pero el cambio de léxico permite pensar, por lo

menos, que "estabilidad" apunta acá al derecho de *no ser privado del empleo.*

Creemos —por eso— que la norma se inclina a la estabilidad *propia* o *absoluta*, es decir, a la que de ser violada obliga a reincorporar.

53. — La Corte Suprema no ha considerado, hasta ahora, que la cláusula del art. 14 bis sobre estabilidad en el empleo público equivalga a consagrar la estabilidad propia (ver nº 57).

54. — Una serie de principios gira en torno de la estabilidad del empleado público:

a) En primer lugar, bien que la zona de reserva del poder ejecutivo le impide al congreso interferir en la administración pública dependiente del presidente de la república, la estabilidad del empleado público (sin distinguir el "poder" del cual el empleado depende jerárquicamente) debe ser regulada por *ley*, porque así lo prescribe el art. 14 bis: "la *ley* asegurará..."; si para los empleados de la administración dependiente del poder ejecutivo creemos que la ley no puede regular lo propio de la carrera administrativa, puede en cambio reglamentar todo lo concerniente a los derechos contenidos en el art. 14 bis, entre los cuales figura el derecho *a la estabilidad*;

b) De ahí en más, cabe recordar que el presidente de la república tiene competencia constitucional para nombrar y remover por sí a los empleados de la administración (art. 99 inc. 7º), pero esta facultad ha dejado de ser discrecional a partir de la reforma de 1957, que obliga a conjugar la potestad destitutoria con el derecho del empleado a la estabilidad; se trata, pues, de una *facultad "reglada"*;

c) Si bien los derechos no son absolutos —lo cual significa que se los puede limitar o restringir razonablemente mediante la reglamentación—, decir que el derecho a la estabilidad no es "absoluto" quiere decir que *la ley puede regularlo*, pero *no* quiere decir que esté constitucionalmente negada la estabilidad absoluta o propia del empleado público;

d) La estabilidad del empleado público encuadra en el régimen del *derecho administrativo*, porque atañe al contrato o a la relación del empleo público.

55. — La estabilidad del empleado público *queda vulnerada* en diversas situaciones, tales como las siguientes:

a) Si la causal de cesantía no es razonable, sino arbitraria, o sin causa;

b) Si la cesantía se dispone sin sumario previo y sin forma suficiente de debido proceso;

c) Si se declara "en comisión" al personal (que implica algo así como allanar el impedimento a la cesantía).

La misma estabilidad *no queda vulnerada* cuando:

a) Hay causa razonable para la cesantía, acreditada por sumario previo que satisface el debido proceso;

b) Se suprime razonablemente el empleo;

c) Se dispone la cesantía por razones de verdadera racionalización o economía administrativas;

d) El empleado está en condiciones de jubilarse con beneficio ordinario, y es obligado a jubilarse o se lo jubila de oficio.

En la hipótesis en que la estabilidad puede ser allanada, pero no hay causa imputable al empleado, éste carece de derecho a la reincorporación pero conserva el *derecho a la indemnización integral*.

56. — El derecho a la estabilidad del empleado público, en la medida en que está consagrado en el art. 14 bis, que integra la parte dogmática de la constitución, *obliga también a las provincias* a asegurarla a favor de su personal. Esto en virtud del art. 5º de la misma constitución federal. Si el derecho público provincial omite o niega la estabilidad, hay inconstitucionalidad, y esa estabilidad debe operar directamente por aplicación de la constitución federal.

El derecho judicial en materia de estabilidad del empleado público.

57. — Dijimos que *el derecho judicial de la Corte no considera que el art. 14 bis instituya la estabilidad propia cuando alude a la estabilidad en el empleo público.*

No obstante, nuestra interpretación personal de lo que quiere decir esa jurisprudencia nos hace distinguir dos cosas:

a) la estabilidad propia *no surge del art. 14 bis*; pero

b) *puede surgir*, sin infracción a la constitución, de *normas infraconstitucionales* que la implanten (ver la sentencia de la Corte en el caso "Casier Miguel Angel c/Corporación del Mercado Central de Buenos Aires", de 1992).

58. — En su disidencia al fallo de la Corte del 2 de abril de 1985, en el caso "Arias Guillermo R. c/Gobierno de la provincia de Tucumán", el doctor Belluscio se pronunció a favor de la tesis que considera como estabilidad propia a la que, para el empleo público, consagra el art. 14 bis.

59. — Descartada esa estabilidad por la Corte hemos de desarrollar cómo y a qué marco queda reducido el alcance de la cláusula que nos ocupa.

El *derecho judicial* ha elaborado una serie de principios acerca de la estabilidad del empleado público; entre ellos, mencionamos los siguientes: a) el derecho a la estabilidad de los empleados públicos *no es absoluto*, no los coloca por encima del interés general ni obliga a mantenerlos en actividad aunque sus servicios dejen de ser necesarios, sea por supresión del cargo, por motivos de economía o por otras causas igualmente razonables y justificadas; b) la garantía de la estabilidad no puede entenderse con un alcance que implique desconocer la atribución del poder legislativo de suprimir empleos, ni la del ejecutivo de remover por sí solo a los empleados de la administración; c) cuando el poder legislativo decide suprimir un empleo, o el ejecutivo resuelve remover a un empleado, sin culpa de este último, la estabilidad no comporta un derecho absoluto a permanecer en la función pública, sino el derecho a una *indemnización* equitativa; d) la estabilidad rige también para los empleados públicos provinciales en virtud del art. 31 de la constitución, pero la reglamentación provincial no pierde su carácter local con motivo de la reforma de 1957; e) la garantía de estabilidad no impide la subsistencia de las facultades administrativas necesarias para preservar la correcta prestación de los servicios públicos; f) *no es materia justiciable* la política administrativa ni la ponderación de aptitudes personales de los agentes, porque tanto en uno como en otro caso juegan apreciaciones que escapan, por su naturaleza, al poder de los jueces; g) si bien lo atinente a la política administrativa no es materia justiciable, este principio ha sido siempre condicionado a que las medidas adoptadas con respecto a los empleados no importen sanción disciplinaria o descalificación del agente; h) las normas provinciales pueden contemplar válidamente la remoción por las autoridades normales de la provincia, de los empleados designados por el interventor federal una vez concluida la gestión de éste, no asistiéndoles a tales empleados el derecho a la estabilidad; i) *las leyes de prescindibilidad* no son inconstitucionales.

Sin embargo, en el caso "Arias Guillermo R. c/Gobierno de la provincia de Tucumán", fallado por la Corte Suprema el 2 de abril de 1985, el tribunal sostuvo que las normas sobre prescindibilidad no pueden invocarse ni aplicarse para fundar cesantías sin sumario, porque hacerlo importaría lesionar la reputación del empleado por imputación de hechos que no se han acreditado en legal forma.

La estabilidad del empleado público en la constitución material.

60. — Las leyes de *prescindibilidad* por largo plazo o continuamente renovadas son, en realidad, y por eso, violatorias del derecho a la estabilidad tal como nosotros lo entendemos en el empleo público.

Si tal estabilidad debe reputarse propia o absoluta, ha de decirse que en la *constitución material* no tiene vigencia sociológica y que, en ese mismo ámbito, el derecho judicial emanado de la jurisprudencia de la Corte sólo llega a interpretar que la estabilidad del empleado público que menciona el art. 14 bis se satisface —cuando es allanada— con una indemnización razonable, lo que

a juicio nuestro la equipara a la "protección contra el despido arbitrario" discernida al empleo privado.

VI. LA ASOCIACIÓN SINDICAL

61. — La norma que hace a la *organización sindical* ha sido objeto de estudio dentro del rubro del derecho de asociación.

Hemos de añadir que, en nuestra opinión, las asociaciones sindicales son entidades de *derecho público* y "sujetos auxiliares" del estado, más allá del encuadre y la definición que acerca de su personalidad pueda hacer la ley.

Ver cap. XIV, nº 10 a 12.

VII. EL DESARROLLO INFRACONSTITUCIONAL DEL ARTICULO 14 BIS

La competencia del congreso.

62. — Que el desarrollo del art. 14 bis está confiado a la *legislación* resulta indiscutible (ver nos. 25 y 26). Asimismo, una vez incorporado dicho artículo por la reforma de 1957, el entonces art. 67 inc. 11 (ahora art. 75 inc. 12) agregó a la legislación de fondo encomendada al *congreso* la mención del *código de trabajo y seguridad social.*

De esto surge que, conforme a la constitución, la legislación laboral y de la seguridad social reviste el perfil siguiente:

a) está confiada a la competencia del *congreso*;

b) tiene naturaleza de *derecho común* y no de derecho federal (ver nº 66);

c) desde la reforma de 1994, puede dictarse en *forma codificada o no.*

Por supuesto que en aquellas materias que, como el empleo público y el régimen de seguridad social en el empleo público, quedan reservadas a la competencia de las *provincias* cuando se trata de sus empleados públicos, tales ámbitos pertenecen a la *legislación local*, que debe tomar en cuenta las pautas del art. 14 bis (ver nº 56).

Los derechos, la ley, y las fuentes contractuales.

63. — Los *derechos emergentes del art. 14 bis* hacen de eje a los fines de dictar la legislación laboral y de la seguridad social. El

desarrollo pormenorizado de esos derechos exige *razonabilidad en la ley*, para lo cual nos atrevemos a postular que, sin incurrir en rigideces inmovilizantes de cuanto cambio resulte necesario, hay algún piso constitucional por debajo del cual la ley pierde su razonabilidad y se vuelve inconstitucional.

De la *constitución federal*, al menos a partir de sus reformas de 1957 y 1994, inferimos que se desprende el *principio protectorio mínimo del trabajador* en la legislación a que nos referimos. Por eso, entre nuestras postulaciones incluimos las siguientes:

a) la legislación que desarrolla el *contenido esencial de los derechos* reconocidos en el art. 14 bis tiene y debe revestir necesariamente el carácter de *orden público*, de forma que:

a') ni los convenios colectivos ni el contrato individual de trabajo pueden disminuir lo que en orden a ese mínimo ha de establecer o establece la ley;

b) la misma legislación de orden público *no* puede derivar ni ceder el mínimo protectorio de los mencionados derechos a la regulación lisa y llana por fuente de *convenios colectivos* ni del *contrato individual* de trabajo; o sea, no puede omitir la mínima reglamentación de orden público con el efecto señalado en el subinc. a');

c) la legislación *no* es ni debe ser supletoria del convenio colectivo o del contrato individual, porque de asignársele ese carácter pierde el suyo propio de orden público y mínimo protectorio;

d) si acaso la ley prevé que el contrato individual de trabajo puede modificar al convenio colectivo que es de aplicación en cada caso, debe consignar que los convenios colectivos —*subordinados al orden público de la ley*— también son otro *piso protectorio mínimo* entre la ley y el contrato individual, que éste no puede rebajar ni sustituir.

64. — Del paisaje lineal esbozado se desprende que:

a) cualquier revalorización que las circunstancias hagan aconsejable en orden a reforzar la *autonomía de la voluntad* en las convenciones colectivas y/o en los contratos individuales de trabajo, *no puede constitucionalmente*:

a') desequilibrar la igualdad efectiva de las partes en beneficio de la preponderancia unilateral de la voluntad colectiva (en el convenio de esa naturaleza) y de la voluntad patronal (en el convenio colectivo y en el contrato individual);

a") asignarle a ambas fuentes contractuales una potestad dispositiva que cancele, supla o modifique el mínimo protectorio de la legislación de orden público;

a menos que:

b) la autonomía de la voluntad en las fuentes contractuales —colectiva e individual— sea origen de disposiciones que *mejoren y eleven* el mínimo protectorio de la ley de orden público.

La interpretación del artículo 126.

65. — El *ex art. 108* (ahora art. 126), establece que *las provincias no pueden dictar los códigos civil, penal, comercial y de minería* (no menciona el de trabajo y seguridad social) *después de haberlos dictado el congreso*.

Frente a esta norma tenemos que saber *qué pueden* legislar las provincias "antes" que el congreso dicte el código de trabajo y qué *no pueden* legislar "después".

a) Mientras el congreso *no dicta* en forma *"codificada"* (o unificada) las normas sobre trabajo y seguridad social, creemos que: a') las provincias *no* pueden legislar sobre materias *reguladas* en forma dispersa por el congreso, pero a") *sí* pueden legislar sobre las *omitidas* de regulación congresional;

b) Una vez que el congreso *regula en forma "codificada"* la materia apuntada, las provincias *abdican toda competencia legislativa*, tanto sobre las cuestiones incluidas en ese código cuanto sobre las omitidas.

Se puede pensar que la diferencia que hacemos (según la legislación esté *codificada o dispersa*) no es razonable. Sin embargo, sí lo es, porque una codificación aspira a ser una unidad global en la materia, de la que queda afuera o expulsado expresamente todo lo no incorporado; en tanto el autor de una legislación dispersa carece de la voluntad de dar tratamiento unitario y total a la integridad de instituciones que componen la materia, lo que hace válido suponer que lo "no legislado" por el congreso en forma dispersa puede serlo por las provincias hasta tanto el congreso lo regule en una ley, o dicte el código.

El derecho común.

66. — No parece dudoso que la coordinación del art. 14 bis con el art. 75 inc. 12 acredita que la legislación del congreso en materia de derecho del trabajo y de la seguridad social tiene naturaleza de *derecho común*, y *no de derecho federal*.

Ello es importante en cuanto resguarda la aplicación de aquella legislación en las jurisdicciones provinciales —sea en sede judicial, sea en sede administrativa—. Por ende, cuando el congreso califica normativamente a dicha legislación como "federal", ha de tomarse la precaución de saber que: a) la índole federal o de derecho común no depende de cuál sea el rótulo que la ley se asigna a sí misma, porque a') hay que indagar objetiva y realmente cuál es la *materia* que esa ley regula, más allá de la calificación empleada al dictarla; b) si acaso se aplica la tesis de la Corte en el sentido de que materias propias del derecho común pueden ser ocasional y excepcionalmente "federalizadas", también debe reservarse la hipótesis para casos y cuestiones muy especiales y, sobre todo, tenerse en cuenta que tal federalización no ha de tener alcance ni efecto permanente ni habitual, sino transitorio, con base en razones objetivamente suficientes y reales.

El constitucionalismo provincial.

67. — Las *constituciones provinciales* que contienen normas sobre constitucionalismo social, además del deber de ser compatibles con la constitución federal conforme a los arts. 5º y 31 de ésta, deben abstenerse —so pena de ser inconstitucionales— de ubicar en la competencia local cuestiones que son ajenas a ella porque incumben al congreso en función de los arts. 14 bis y 75 inc. 12.

Como el tema guarda nexo con los *derechos sociales*, debemos recordar que:

a) conforme a nuestra interpretación, las provincias pueden *ampliar* el plexo de derechos que, como mínimo impuesto por la constitución federal, no les impide acrecentarlo;

pero

b) ello es así a condición de que al añadir derechos, o al ampliar los contenidos de los derechos que surgen de la constitución federal, no invadan competencias del congreso;

por eso

c) en materia de trabajo y seguridad social el margen provincial para incrementar los derechos relacionados con dicho ámbito no puede interferir en la legislación emanada del congreso.

La distribución de competencias entre estado federal y provincias.

68. — La divisoria entre las competencias federales y las provinciales en cuestiones vinculadas al derecho del trabajo ha mostrado variaciones muy marcadas.

a) Por un lado, conviene tener presente que durante mucho

tiempo las normas incipientes en materia laboral se consideraron una prolongación de las que en el *código civil* resultaban aplicables al trabajo en relación de dependencia.

a') Un buen indicio de esta etapa, que proyectó al contrato de trabajo la normativa civilista sobre *locación de servicios*, lo proporciona el célebre caso "Sociedad Anónima Bodegas y Viñedos Arizu c/Provincia de Mendoza" —del año 1929— que le permitió a la Corte afirmar que la facultad del congreso para dictar el código civil significaba la de regular los contratos entre particulares y que, dentro de la concepción de dicho código, el salario era el precio del servicio o trabajo convenido libremente por las partes, razón por la cual la legislación provincial sobre salarios mínimos era inconstitucional.

b) Por otro lado, cuando el denominado "nuevo derecho del trabajo" se independizó del código civil y fue regulado por leyes dispersas del congreso, la *unidad legislativa* en la materia cobró refuerzo, dejando fuera de duda que las provincias carecían de competencia.

b') Vigente ya la reforma constitucional de 1957, cabe citar el caso "Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. c/Provincia de Santa Fe", fallado en instancia originaria por la Corte el 19 de diciembre de 1986, en el que el tribunal declaró inconstitucional una ley provincial que disminuía la jornada laboral en el empleo privado cuando la remuneración se hallaba establecida en función del tiempo de trabajo; y ello porque la duración de dicha jornada es un elemento integrante del contrato de trabajo cuya regulación incumbe exclusivamente al congreso, en virtud del entonces art. 67 inc. 11 de la constitución (ahora art. 75 inc. 12).

c) En tercer lugar aparece el nada claro campo de la denominada *policía del trabajo.*

c') El derecho judicial de la Corte contiene el principio genérico que reconoce la facultad *provincial* de dictar leyes y reglamentos sobre policía del trabajo, siempre que las limitaciones que establecen sean razonables, no contraríen el espíritu de normas federales, y no afecten el comercio interprovincial o internacional.

c") El área de la policía del trabajo es muy vasto: control de la aplicación de las leyes de trabajo, cuidado de la salud, higiene y seguridad de los trabajadores, prevención de accidentes y enferme-

dades profesionales, etc. Como normalmente el poder de policía circunscripto a cuestiones de *seguridad, salubridad y moralidad públicas* se considera de competencia provincial, parece que la policía del trabajo queda también reservada a las provincias.

c'") No obstante, no todos los deslindes son claros ni seguros cuando se trata de dirimir conflictos entre competencias del estado federal y de las provincias. Podemos colacionar un ejemplo.

En el caso "Belcastro de Peris Amalfi Y. c/Provincia de Corrientes", del 17 de junio de 1986, la Corte Suprema sostuvo que la inexistencia de incompatibilidad en una ley provincial para ejercer dos actividades (farmacéutico y bioquímico) no impide la aplicación de la ley del congreso que, dictada en uso de facultades concurrentes entre el estado federal y las provincias por virtud del entonces art. 67 inc. 16 (ahora 75 inc. 18) prohíbe acumular las dos tareas. Ello es así —dijo la Corte— aunque la persona ya se hallara desempeñando ambas actividades, ya que la nueva ley del congreso sólo altera para el futuro el curso de la relación surgida bajo la vigencia de la anterior ley permisiva.

d) De acuerdo al derecho judicial de la Corte también ha sido competencia del poder de policía de las provincias regular la retribución razonable de las profesiones liberales.

e) El *empleo público provincial* pertenece al ámbito del derecho público de cada provincia, no obstante lo cual el techo federal del art. 14 bis les resulta obligatorio (ver nos 51 y 56).

VIII. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN MATERIAL

69. — Muchos aspectos de las normaciones constitucionales en la materia no han logrado vigencia sociológica, lo que equivale a denunciar una *mutación* en la constitución material (por sustracción).

Por un lado, la *omisión inconstitucional* en que está incurso el congreso al no legislar sobre algunas cláusulas del art. 14 bis, bloquea y paraliza los derechos que ellos reconocen en forma programática.

Por otro lado, los procesos inflacionarios, el intervenciomismo estatal, los malos condicionamientos socioeconómicos, y a partir de

1989, las políticas socioeconómicas y laborales en muchos de sus aspectos, han disminuido u obstruido la vigencia sociológica y el disfrute efectivo de los derechos vinculados al constitucionalismo social.

La "flexibilización" laboral

70. — Cuando universalmente decayó el auge del derecho del trabajo y, con el retraimiento del estado en la economía, se puso de moda el neocapitalismo liberal, las nuevas políticas sociales, económicas y laborales dieron lugar a lo que hoy se denomina la "*flexibilización* laboral"; la "globalización" y "mundialización" de la economía, por su lado, empalmó su influencia e hizo impacto negativo en el constitucionalismo social, sobre todo en las sociedades subdesarrolladas como la nuestra y, en general, en las latinoamericanas.

En las *fuentes* del derecho del trabajo, donde siempre la *ley de orden público* fijaba un piso por sobre el cual los convenios colectivos y el contrato individual de trabajo podían elevar el techo de tutela al trabajador —pero no rebajar el de la ley— se viene operando un cambio profundo en el que cobra realce la unilateralidad patronal y empresarial. Todo ello corre paralelo con transformaciones en las relaciones colectivas, que prefieren el convenio por empresa en vez del convenio por actividad.

71. — No está mal, como principio, que para esta "flexibilización" se tome en cuenta el límite de resistencia que en cada sociedad y momento tiene el sistema económico, pero hay algo que —desde el punto de vista constitucional, al menos argentino— no podemos silenciar: hay que dar convergencia a la apodada "justicia social" (que menciona nuestro art. 75 inc. 19 párrafo primero) con la eficacia productiva (aludida como productividad de la economía nacional en la citada norma) y, además, no cabe descartar el *orden público laboral*, ni se puede introducir reformas que signifiquen suprimir o desnaturalizar el *principio mínimo protectorio del trabajador*, que ha sido propio del derecho del trabajo desde su surgimiento, y que tiene matriz en la constitución.

Estas son fronteras que no toleran ser rebasadas, porque las ha fijado rígidamente como infranqueables el constitucionalismo social.

CAPÍTULO XXI

LOS DERECHOS GREMIALES

I. LOS GREMIOS. - El gremio y la asociación sindical. - II. LA HUELGA. - Los sujetos de la huelga. - La legalidad y la licitud de la huelga. - La reglamentación de la huelga. - La calificación de la huelga. - La huelga y sus efectos en el contrato de trabajo. - Los movimientos atípicos. - III. LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO. - Su naturaleza y efectos. - *La "flexibilización"*. - El "encuadramiento sindical". - IV. LA CONCILIACIÓN Y EL ARBITRAJE. - V. LA REPRESENTACIÓN SINDICAL. - La garantía y sus efectos.

I. LOS GREMIOS

El gremio y la asociación sindical.

1. — La segunda parte del art. 14 bis está dedicada a los "gremios". Se inserta a continuación de la fórmula que enuncia el principio de la *organización sindical libre y democrática*. O sea que, una vez establecida la pauta de la *pluralidad sindical*, el artículo nuevo se ocupa de las entidades que, en aplicación de dicha pauta, gozan de status constitucional.

La mención que de los gremios hace el artículo 14 bis tiene por objeto deparar a continuación el reconocimiento de los *derechos* típicamente considerados *gremiales*, entre los que menciona sólo tres, que son: a) la *huelga*; b) la *concertación de convenios colectivos de trabajo*; c) el recurso a la *conciliación y el arbitraje*.

Los demás derechos que pueden rotularse como "gremiales" merecen ampararse en los derechos implícitos del art. 33, y en el derecho internacional de los derechos humanos que integra nuestro derecho interno.

2. — No es fácil interpretar a qué realidad social alude la norma cuando usa la palabra "gremios", en plural. *Gremio* puede ser nada más que la *"pluralidad* de trabajadores" que se desempeñan en una misma actividad (por ej.: el gremio de los madereros, de los bancarios, de los portuarios. etc.); pero *gremio* puede

ser también no ya el mero conglomerado humano del tipo señalado, sino la *entidad o asociación* "organizada" que agrupa a trabajadores afines.

Cualquiera sea, por ahora, el alcance que asignemos a la norma en este punto, no cabe duda de que la constitución formal hace reconocimiento de un fenómeno ya incorporado antes por *mutación por adición* a la constitución material. Ese fenómeno es el *sindicalismo*, en el sentido de asociacionismo profesional u obrero, anticipado en nuestro derecho a la reforma constitucional de 1957.

3. — Hay tendencia a interpretar que la alusión constitucional a los *gremios* implica mencionar a la *asociación organizada* que agrupa a trabajadores, y dentro de esta categoría, no cualquier asociación —aunque tenga personalidad jurídica— sino únicamente la que disfruta de la llamada "*personalidad gremial*" y que detenta la representación de los intereses gremiales de su categoría. Sobre esta conclusión cabe hacer reserva.

En efecto, frente a la norma constitucional que habla de "gremios" sin aclarar la ambigüedad del vocablo, no tenemos inconveniente en aceptar que "gremio" equivale a "asociación gremial" (o sindical) organizada; pero ello exige una especial condición: que cuando se titularizan los derechos "gremiales" en esa asociación, *no debe postularse el monopolio exclusivo y total de su ejercicio por ella*, porque hay que admitir que puede haber y hay, de acuerdo con la constitución, *otros sujetos activos (colectivos e individuales) distintos de las asociaciones con personalidad gremial* que están habilitados constitucionalmente para ejercer derechos gremiales. (Al ocuparnos sobre el sujeto activo de la huelga volvemos sobre este tema).

4. — Cuando en el cap. XIV nº 10 abordamos la libertad (o el derecho) de asociación sindical, ya habíamos hecho referencia al tema de la "representatividad" que por imperio de la ley adquieren algunas asociaciones, a las que se adjudica la *personería gremial* (ver nº 11 del citado cap. XIV).

En primer lugar, en las *relaciones colectivas* de trabajo que tienen como sujetos a las entidades sindicales, nuestra constitución no les asigna la categoría de agentes o protagonistas *políticos* —menos aún "oficialistas"— como para terciar corporativamente en asuntos públicos que son ajenos a las citadas relaciones colectivas de trabajo.

En segundo lugar, la clara alusión que el art. 14 bis hace a la *organización sindical libre y democrática* reconocida por la simple inscripción en un registro especial, descarta toda afición al unicato sindical, como por otra parte también lo hacen las normas convencionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

5. — En *nuestra constitución material*, la casi totalidad de los sistemas legales que hasta la actualidad se han sucedido en la materia exhibe discrepancias con el art. 14 bis, porque lejos de institucionalizar la *democracia sindical* ha consolidado la posición jurídica excluyente, o dominante —hasta en el ámbito de lo político— de las asociaciones con personería gremial.

II. LA HUELGA

6. — El primero de los derechos gremiales que en importancia consigna la segunda parte del art. 14 bis es el de *huelga*.

Antes de 1957, el orden de la realidad y el orden normativo habían conocido este derecho, elaborado asimismo por el derecho judicial. En un principio, el reconocimiento del derecho de huelga se procuró lograr asignándole el carácter de *faz negativa del derecho de trabajar*; hacer huelga u "holgar" era abstenerse de trabajar. Pero todos sabemos que la huelga apareció en el horizonte del mundo jurídico como una *abstención "colectiva" de trabajo*, que hizo su encuadre en los conflictos o movimientos colectivos de trabajo. El abandono del trabajo tiene que ser plural para revestir la naturaleza de la huelga.

Los sujetos de la huelga.

7. — ¿Cuál es el *sujeto activo* de la huelga? La pregunta merece desdoblarse para descubrir: a) el sujeto activo que *declara y conduce* la huelga; b) el sujeto activo que *participa* en la huelga.

Al primero lo llamamos *sujeto "declarante"*, y al segundo *sujeto "participante"*.

a) El *sujeto activo* que *declara y conduce* la huelga parece ser, para muchos, en nuestra constitución, el *sindicato con personalidad gremial*. Ello es así porque ya dijimos que la palabra "gremio" suele interpretarse con ese alcance, y es al "gremio" al que el art. 14 bis le reconoce el derecho de huelga.

Sin embargo, para esclarecer bien cuál es el sujeto activo que declara y realiza la huelga, hay que pensar varias cosas:

a') que *antes de la reforma de 1957*, la falta de norma constitucional expresa sobre el derecho de huelga impedía limitar su titularidad a un solo sujeto activo excluyente de otros, por manera que en ese lapso era correcto inducir el reconocimiento constitucional del derecho de huelga *sin monopolizarlo en un sujeto único*;

a") cuando *desde la reforma de 1957* se titulariza ese derecho en las asociaciones gremiales, el art. 14 bis debe interpretarse en correlación con toda la constitución, especialmente con el art. 33 sobre *derechos implícitos*, lo que lleva a sostener que la norma que titulariza "expresamente" el derecho de huelga en los "gremios" (asociaciones gremiales) *no obsta a que también se reconozca implícitamente a "otros" titulares* no mencionados explícitamente; ello porque la norma que reconoce un derecho a favor de determinado titular no niega ese derecho a otros titulares no consignados en ella (recuérdese cómo los derechos reconocidos a los "habitantes" no se reducen al hombre como persona física, sino que se extienden a asociaciones, entes colectivos, personas jurídicas, etc.); además, porque la actual norma del art. 14 bis no puede empeorar la situación que existía antes de su inclusión por la reforma de 1957.

De este modo, un *grupo* de trabajadores, o una asociación *sin personalidad gremial*, deben reconocerse como titulares del derecho de huelga (para declararla y conducirla), en concurrencia con el sindicato investido de personalidad gremial.

b) el *otro sujeto activo* —que no declara ni conduce la huelga, pero que *participa* en ella— es, indudablemente, el *hombre*. La huelga, sin perder su naturaleza de movimiento colectivo, es también un hecho "individual"; incluso no llega a ser lo primero si cada uno de los trabajadores que toma parte en ella no resuelve por sí su adhesión, abandonando el trabajo. Y es en este aspecto donde, por tratarse de un derecho individual, debe respetarse la *libertad personal de participar o no* en la huelga declarada por el otro sujeto activo.

c) El *sujeto pasivo* de la huelga es múltiple, y tiene como obligación fundamental respetar la decisión del sujeto activo declarante y del sujeto activo participante. Aquel sujeto pasivo, así obligado, es:

c') el *estado*, que constitucionalmente reconoce el derecho de huelga;

c") el *empleador*;

c"') latamente, *los particulares ajenos al conflicto*;

c"") los *trabajadores* que, sean o no huelguistas, deben abstenerse entre sí de lesionar la libertad personal de los que adhieren a la huelga y de los que no adhieren.

La legalidad y la licitud de la huelga.

8. — La huelga como movimiento colectivo es un recurso de *fuerza*; el hecho de la huelga, bien que juridizado, es un hecho coercitivo o coactivo. De ahí que: a) se debe acudir a la huelga como última "ratio" cuando no hay otra vía; b) se rodea su ejercicio de numerosas condiciones de contenido y de procedimiento.

Suele hablarse de *ilegalidad* de la huelga cuando su ejercicio no se ha

ajustado a las *formas* de procedimiento; y de *ilicitud* cuando es ilegítima en su *contenido*; lo primero —por ej.— si la declara un sujeto activo a quien no se le reconoce facultad para hacerlo, o si previamente no se han usado las vías conciliatorias impuestas por la ley; lo segundo, si la finalidad no es gremial, o si se emplean medios violentos o delictuosos, etc.

Un aspecto que debe asumirse porque tiene connotaciones importantes para el derecho constitucional es el de la *responsabilidad por daños* provenientes de una huelga, y su consiguiente resarcimiento a los terceros perjudicados.

La reglamentación de la huelga.

9. — El derecho de huelga es uno de los que admiten reglamentación más estricta, pero siempre razonable. Cabe aplicarle la pauta acuñada por la jurisprudencia de la Corte: "cuanto más alta sea la jerarquía del interés tutelado, mayor podrá ser la medida de la reglamentación".

Limitaciones severas son, por eso, razonables en algunos ámbitos del empleo público y de los servicios básicos.

Remitiendo el art. 14 bis a la reglamentación por *ley*, la huelga no puede ser regulada por decreto del poder ejecutivo sino a título de reglamentación de la ley (art. 99 inc. 2º).

El derecho de huelga *es operativo*, o sea, puede ser invocado y ejercido aunque carezca de reglamentación legal (ver caso "Font Jaime y otro c/Carnicerías y Estancias Galli", fallado por la Corte el 15 de octubre de 1962).

Que *puede* ser reglamentado no significa, entonces, que *necesite* reglamentación inexorable para funcionar.

El *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* reconoce el *derecho de huelga*, ejercido de conformidad a las leyes de cada país, en su art. 8º.

La calificación de la huelga.

10. — La *autoridad administrativa* puede calificar a la huelga para determinar su legalidad o ilegalidad, no desde el punto de vista de la conducta individual de los trabajadores, sino desde el *sindical o colectivo*.

Esa calificación se lleva a cabo a los fines de encauzar el conflicto durante su pendencia, y contra el acto administrativo que realiza la calificación *no cabe revisión judicial en abstracto*. Ahora bien: como la huelga incide en los contratos individuales de trabajo —sea porque interrumpe o suspende la relación laboral,

sea porque a veces el empleador despide al personal huelguista, sea porque no se abonan los salarios caídos, etc.— cada vez que se suscita una causa judicial en la que la pretensión se vincula con las consecuencias de la huelga en un contrato "individual" de trabajo es menester saber si, para resolver tal pretensión de un trabajador determinado, el juez debe atenerse o no a la calificación administrativa que de esa huelga hizo la respectiva autoridad en su momento.

11. — A este respecto, el derecho judicial tiene elaborada la norma consiguiente, a partir del caso "Beneduce Carmen y otros c/Casa Auguste", fallado por la Corte en 1961, a tenor de una serie de pautas:

a) la calificación de la huelga efectuada por la autoridad administrativa durante su curso para encauzarla, es *revisable en sede judicial al solo efecto de decidir las consecuencias de la huelga en los conflictos individuales de trabajo* (o sea, *no* en los conflictos colectivos);

b) en ejercicio de esa potestad revisora, los jueces *pueden apartarse* de la calificación administrativa cuando consideren que ésta ha estado viciada de: b') *error grave*, o b") *arbitrariedad manifiesta*;

c) los jueces están *obligados* a calificar *necesariamente* la huelga para resolver los conflictos individuales de trabajo en que deben dictar sentencia;

d) la calificación judicial es *imprescindible* aun cuando no haya mediado calificación administrativa previa;

e) la sentencia que omite calificar la huelga es *arbitraria*, porque prescinde de un elemento decisivo para la causa judicial.

La huelga y sus efectos en el contrato de trabajo.

12. — En cuanto a los *efectos de la huelga en cada contrato individual de trabajo*, corresponde advertir que:

a) la huelga no produce automáticamente la ruptura de la relación laboral, sino solamente la *suspende*;

b) la huelga declarada *ilegal* autoriza al empleador a poner en mora a los trabajadores participantes, intimándoles el retorno al servicio y, en caso de persistencia en el abandono, a *despedirlos con justa causa*; la propia Corte ha considerado que si la huelga fue declarada ilícita (o ilegal) y ha mediado intimación patronal no acatada para la reanudación de la tarea, el despido debe estimarse correcto;

c) mientras la relación laboral está *suspendida* por ejercicio de la huelga, el empleador no está obligado a abonar la retribución, porque no hay contraprestación de servicios; como excepción, deberían pagarse los salarios correspondientes al período de huelga en el caso extremo de que ésta se llevara a cabo a causa de conductas patronales gravemente injuriosas al personal; la pérdida del salario juega para los huelguistas, razón por la cual si parte del personal no adhiere a la huelga, pero tampoco puede trabajar porque el movimiento ha

paralizado la actividad del establecimiento patronal, parece que el empleador debe pagar la remuneración a ese personal no plegado a la huelga, sin poder invocar frente a él la causa de fuerza mayor; el derecho judicial emanado de la Corte también nos permite acuñar el principio de que mientras la responsabilidad del empleador no se funde en ley o convención que razonablemente la imponga, ni en conducta culpable en la emergencia, es improcedente obligarlo a pagar los salarios caídos, porque dicha prestación carece de causa y vulnera a los derechos garantizados en los artículos 14 y 17, que no pueden desconocerse con base en lo prescripto en el art. 14 bis;

d) consideramos que si la huelga es *ilegal*, y practicada la intimación patronal para reanudar las tareas el personal no se reintegra, el empleador puede: d') despedir *a algunos* y no a todos; d") *despedir a todos*; o d"') *reincorporar luego sólo a algunos* (ver nº 43 b del cap. XX).

e) si la relación del empleo no goza de estabilidad propia, el ejercicio del derecho de huelga por parte del personal no inhibe al empleador para despedirlo; ello quiere decir que la voluntad patronal para rescindir el contrato de trabajo no queda impedida por el hecho de la huelga, porque la huelga no convierte al contrato de trabajo en indisoluble mientras se está realizando; lo que sí cabe señalar es que, presupuesta la legalidad de la huelga, el despido fundado en ella podrá considerarse *arbitrario* o *sin causa* y por ende indemnizable;

f) el derecho de huelga no significa convertir en lícitas cualesquiera conductas de acción directa, ni obsta a sancionar los hechos que exceden el ejercicio razonable de dicho derecho o que revisten naturaleza delictuosa; el derecho judicial emanado de la jurisprudencia de la Corte en los casos "Ribas, Riego y otros" —del año 1964— y "Productos Stani c/Figueroa Juan L. y otro" —del año 1967— ha dejado establecido que el ejercicio del derecho de huelga no justifica la comisión de delitos comunes en el curso del movimiento de fuerza;

g) la Corte ha sostenido que el argumento de que durante el estado de sitio o de emergencia económica no se puede suspender o restringir por *ley* el derecho de huelga con carácter general, no concuerda con la letra ni con el espíritu de las normas constitucionales que rigen el estado de sitio, ni con la jurisprudencia de la misma Corte sobre la constitucionalidad de las leyes de emergencia.

Los movimientos atípicos.

13. — Conocido el lineamiento constitucional de la huelga, resta analizar cuándo una medida de fuerza por parte de los trabajadores reúne las características que permiten considerarla como "huelga". Ello es importante porque si lograda tal caracterización encontramos *medios de acción directa* que no son huelga, se puede suponer que dichos medios no quedan amparados por el derecho constitucional de huelga.

En tal sentido, la doctrina y la jurisprudencia tienden a definir la huelga como la abstención de trabajar, tipificada solamente por un *abandono colectivo y temporal del lugar de trabajo*. Si esto, y nada más que esto es huelga, no serán huelga ni el trabajo a desgano, ni el paro de brazos caídos, etc.

Sin embargo, esta elaboración doctrinaria y judicial plantea una seria duda: si la constitución protege la huelga que es lo *más*: ¿deja desprotegidas las formas que podríamos llamar irregulares y que son lo *menos*? En cuanto medidas de fuerza, y presupuestas las condiciones de legalidad y licitud que también requiere la huelga, todas las otras manifestaciones que no concuerdan con la tipicidad de la huelga parece que deben quedar también comprendidas en el derecho constitucional de huelga.

III. LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO

Su naturaleza y efectos.

14. — Otro de los derechos gremiales es el de *concertar convenios colectivos de trabajo.*

Ciñéndonos nada más que a los problemas constitucionales de los mismos, observamos que buena parte de la doctrina entiende que el art. 14 bis ha significado, en este punto, reconocer un llamado "poder normativo" a las asociaciones profesionales. El por qué de esta opinión radica en la suposición de que el convenio colectivo se equipara a las leyes en razón de su normatividad general.

Para comprender cabalmente el encuadre constitucional del convenio colectivo, hemos de sintetizar las características globales que a nuestro juicio presenta.

a) El convenio colectivo tiene comúnmente como *sujetos* o partes normales de su celebración a una *asociación sindical* y a un *empleador* o grupo de empleadores (o, en caso de existir, a una asociación de patrones similar a los sindicatos);

b) El convenio colectivo requiere, para ser típicamente tal en su efecto (inc. c), la *homologación* por autoridad administrativa del estado;

c) Su aplicación se extiende no solamente a las partes que intervienen en su celebración, sino a *todos* los trabajadores y empleadores de la actividad, categoría o zona reguladas por el convenio; es lo que se denomina el efecto "erga omnes", o la *generalidad normativa*;

d) La esencia del convenio colectivo es *contractual*; ello significa que la producción jurídica que crea, surge *fuera y al margen del poder del estado* y de las funciones de éste, ubicándose en el marco de las actividades privadas (en el sentido de *no estatales*); y la actividad estatal de homologación —que no llega a destruir la naturaleza extraestatal de aquella producción— se acopla nada más que a los

efectos de extender a terceros el ámbito de aplicación del convenio homologado;

e) Se trata, en suma, de *una fuente no estatal*, a la que el estado reconoce para proyectar su alcance a quienes no fueron parte en su funcionamiento;

f) El convenio colectivo no puede considerarse "ley" en sentido material, aunque más no sea por la razón de que no emana de órganos ni de funciones del poder del estado.

15. — Si alguien piensa que es inconstitucional extender la obligatoriedad del contrato colectivo a sujetos que no participaron en la contratación, hay que reflexionar que la previsión del art. 14 bis acerca del convenio colectivo ya importa reconocerle a éste (y a la ley que reglamenta su régimen) la posibilidad de producir aquel efecto general más allá de las partes, porque ese efecto es normal en el instituto de la convención colectiva, y porque como tal ya era vigente y conocido en el derecho argentino (sin cláusula constitucional) cuando el constituyente de 1957 incorporó la norma pertinente a la constitución.

16. — Cuando el contrato colectivo de estilo clásico tiene una proyección obligatoria que se torna abarcadora de personas indeterminadas individualmente, y comprensiva de quienes no han participado en la contratación, es indudable que se hace necesaria la *unidad de "representación"* de las partes contratantes, para que en el sector rija un solo convenio colectivo; ello origina un problema constitucional, porque dentro del *pluralismo* sindical a que alude el art. 14 bis hay que encontrar un "único" *titular* del derecho a concertar el convenio.

Como pauta genérica, damos la siguiente: a) el mecanismo a través del cual se confiere la titularidad centralizada del derecho a negociar y celebrar el convenio, ha de ser suficientemente *razonable*; b) la titularidad centralizada de ese derecho no debe en modo alguno extender a favor de una entidad única el monopolio de los "otros" *derechos gremiales* diferentes.

17. — a) No consideramos constitucionalmente válidas las cláusulas de los convenios colectivos que gravan a trabajadores no afiliados al respectivo sindicato con obligaciones pecuniarias en favor de éste —aportes o contribuciones sindicales—, porque nos parece lesivo de la libertad de asociarse y de no asociarse, en cuanto las sumas se destinan a un fondo sindical.

b) A nuestro juicio, un convenio colectivo no puede obligar al pago *retroactivo* de aumentos salariales a favor de ex-empleados que, a la fecha de entrar en vigor, han extinguido su vínculo laboral con el empleador. Si lo hace es inconstitucional por violar el derecho de propiedad con desconocimiento del efecto liberatorio del pago.

c) El convenio colectivo no debe menoscabar derechos más favorables al

trabajador que surgen de *leyes laborales de orden público* o de los *contratos individuales* de trabajo.

d) Si un contrato colectivo con plazo de vigencia concede determinados beneficios, el posterior que lo sustituye puede disminuirlos o suprimirlos sin agravio constitucional, porque aquellos beneficios no se incorporaron a los contratos individuales de trabajo sino por el lapso de vigencia del convenio colectivo que los otorgaba.

e) En cambio, mayores beneficios derivados de un contrato colectivo parece que, mientras dura su plazo de vigencia, no pueden cercenarse o suprimirse por una ley posterior a su celebración. (La jurisprudencia de la Corte en este punto registra fallos que han reconocido a la ley la facultad de modificar o derogar normas de un convenio colectivo anterior).

La "flexibilización".

18. — La redefinición o revisión de las formas de *contratación colectiva*, tanto en orden a los sujetos intervinientes como al ámbito y alcance de aplicación, y a las relaciones jerárquicas con la ley y el contrato individual de trabajo, cuenta para nosotros con algunos topes constitucionales. El tema se vincula con el de la flexibilización laboral, que ya analizamos en el cap. XX nos 70 y 71.

Es posible admitir una libertad más amplia para escoger el *nivel de negociación*, y para autorizar niveles más bajos que los destinados a regular todas las relaciones laborales de una determinada actividad. No obstante, la variación en los perfiles negociales no puede ni debe: a) degradar *mejores derechos* emergentes de las *leyes laborales de orden público* o de cada contrato individual de trabajo; b) implicar —sea de iure o de facto— la preponderancia de la voluntad unilateral de la parte patronal; c) abolir, frustrar o deslegitimar el principio protectorio *mínimo* del trabajador, que es la base del derecho del trabajo y de la seguridad social. (Ver cap. XX, nos 63 y 64).

Para respaldar el criterio antecedente alcanza y sobra con advertir que si los derechos reconocidos en el art. 14 bis han de *asegurarse imperativamente mediante ley*, jamás otras fuentes habilitadas constitucionalmente pueden estar en condiciones de cercenar, disminuir o alterar lo estipulado en la ley que, por retener esa primacía, ostenta indudable naturaleza de *orden público*.

19. — No obstante que el piso mínimo reglamentario que establece la ley hace de límite a la autonomía de la voluntad —colectiva e individual—, y con ese único sentido subordina al convenio colectivo y al contrato individual,

tenemos opinión segura de que mientras un convenio colectivo está en vigor *la ley no puede derogarlo ni modificarlo.*

El "encuadramiento sindical".

20. — Se denomina así al mecanismo que se endereza a determinar cuál es la asociación sindical que representa al personal que trabaja en una empresa, en un establecimiento, o en un sector de actividad.

Cuando la cuestión no se soluciona por acuerdo de partes, el encuadramiento sindical está a cargo de la autoridad administrativa.

Si bien, de alguna manera, la disputa intersindical entre asociaciones con personería gremial puede verse como un conflicto colectivo, la tratamos en este rubro dedicado a la contratación colectiva, por la sencilla razón de que el encuadre del personal sirve para señalar el ámbito colectivo dentro del cual está incluido a los fines de la contratación colectiva; o sea, para saber qué asociación sindical y qué convenio colectivo corresponden a dicho personal.

a) En el caso "Unión Obrera Metalúrgica c/Estado Nacional-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social", fallado por la Corte el 3 de abril de 1996, la sentencia sostuvo que el juez de primera instancia que, en un juicio de amparo, había dirimido una cuestión de encuadramiento y representatividad sindicales en orden a definir cuál convenio colectivo regía al personal de una empresa, había actuado con absoluta falta de jurisdicción, porque la materia cuestionada era de competencia exclusiva de la autoridad administrativa (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).

Conviene tener presente que la Corte asumió la decisión final de la causa sin esperar a que recayera sentencia de segunda instancia, lo que hace pensar si realmente se trató de un recurso extraordinario "per saltum" (que directamente dio lugar a la intervención de la Corte después de la resolución de primera instancia) o si, en cambio, el caso configuraba un "conflicto de competencia" entre el poder judicial (que a través del juez había dictado su pronunciamiento) y el poder ejecutivo (que había cuestionado judicialmente la intervención de dicho juez y sostenido que el tema le pertenecía exclusivamente al ámbito administrativo reservado al citado Ministerio).

b) En el caso "Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación c/Ministerio de Trabajo", fallado por la Corte el 13 de agosto de 1996, el tribunal consideró que cuando se impugna judicialmente una resolución administrativa que cambia el encuadramiento sindical del personal de una empresa, ésta ha de ver reconocida su legitimación procesal para intervenir en la causa, en tanto el nuevo encuadre sindical de sus dependientes origina la aplicación de una convención colectiva de trabajo en cuya negociación y suscripción no había participado.

IV. LA CONCILIACIÓN Y EL ARBITRAJE

21. — El art. 14 bis reconoce a los gremios el derecho de *recurrir a la conciliación y al arbitraje.*

En las relaciones de empleadores y trabajadores pueden surgir *conflictos* o controversias de trabajo; una de las clasificaciones que de los mismos suele hacerse es la de: a) *individuales o colectivos*, según estén en juego, respectivamente, intereses concretos de uno o varios trabajadores, o intereses abstractos de la categoría profesional; b) *de derecho o de intereses*, según que se refieran a interpretar o aplicar el derecho vigente, o que tiendan a modificarlo o a establecer otro distinto.

22. — a) En los conflictos *individuales* de trabajo, que anidan derechos subjetivos, se aplica el criterio general de que tales conflictos no se pueden sustraer total y definitivamente de un modo compulsivo a la decisión de los jueces, por manera que la ley no está habilitada para someterlos *obligatoriamente* a una conciliación o a un arbitraje que carezcan de revisión judicial;

b) A la inversa, los conflictos *colectivos* pueden radicarse fuera de la órbita judicial;

c) No encontramos obstáculo para que los conflictos colectivos de derecho sean encomendados por ley a un tribunal judicial, sea en forma originaria, sea en instancia de revisión.

(La autoridad administrativa que por ley tiene facultades para resolver controversias entre asociaciones sindicales no viola, al ejercerlas, la libertad y autonomía gremiales, siempre que exista posibilidad de revisión judicial (caso "Salasevicius c. Dirección Nacional Asociaciones Sindicales", fallado por la Corte el 21 de abril de 1992);

d) Lo que el art. 14 bis da a entender es que queda "permitido" dirimir conflictos colectivos fuera de la órbita judicial, mediante procedimientos conciliatorios y arbitrales.

23. — Pese a que la norma constitucional prevé el recurso a la conciliación y al arbitraje como un "derecho" gremial, es válido que la ley reglamentaria imponga *obligatoriamente las tratativas conciliatorias*, sin cuyo agotamiento previo una medida de fuerza carecerá de legalidad. Puede también la ley prever la *obligatoriedad del arbitraje* en conflictos colectivos que, por su índole, magnitud, extensión, etc., alteran o pueden alterar la paz social.

En el caso "Hilanderías Olmos", fallado el 30 de octubre de 1979, la Corte sostuvo que la creación de una instancia arbitral *obligatoria* para resolver conflictos colectivos laborales es un medio razonable buscado por el legislador para poner fin y para dar resolución a situaciones que, además de afectar a las

partes en pugna, comprometen la tranquilidad social y perjudican los intereses generales.

V. LA REPRESENTACIÓN SINDICAL

La garantía y sus efectos.

24. — En la parte del art. 14 bis dedicada a los gremios, la norma inserta un principio que, si bien se conecta con la libertad sindical y con el derecho de las asociaciones sindicales, tiende a proteger al "trabajador" que es *representante gremial*. Dice el artículo que "los representantes gremiales gozarán de las *garantías necesarias* para el cumplimiento de su *gestión sindical* y las relacionadas con la *estabilidad de su empleo*". Es, pues, una tutela al trabajador en razón de la *función gremial* que cumple.

A esta garantía se le asigna el rótulo de "*fuero* sindical" y la intención de la norma ha sido prohibir los impedimentos, las persecuciones y las represalias por actividades sindicales.

La norma no pormenoriza qué son ni quiénes son los representantes gremiales. La ley, el derecho judicial, la doctrina se ocupan de señalarlo. En ese ámbito se suele sostener que para gozar de la garantía el representante debe haber sido legalmente designado; ejercer la representación de una asociación sindical con personalidad gremial; ser nombrado por tiempo determinado; estar notificada fehacientemente la designación al empleador, etc.

Sobre el tema, hemos de puntualizar que, más allá de tales interpretaciones: a) la operatividad de la norma constitucional otorga a los jueces plena competencia para acoger o no (razonablemente) al amparo de dicha garantía a trabajadores cuya investidura gremial se discute en juicio o resulta dudosa; b) hay que considerar la locución "representante gremial" con sentido amplio y realista, de forma que ningún trabajador que, bajo una u otra denominación, desempeña esa función, quede desprotegido; c) si el art. 14 bis acoge el pluralismo sindical, debe extenderse la protección a los representantes de asociaciones que, en un sistema legal de personalidad gremial, carecen de dicha personalidad.

Los sujetos tutelados son siempre *trabajadores* que invisten alguna *representación gremial*: a) por ocupar cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales o en organismos que requieren representación gremial; b) por desempeñarse como delegados del personal; c) por ser miembros de comisiones internas; d) por ocupar otros cargos representativos similares de carácter gremial.

25. — Cuando la ley reglamenta la *estabilidad* del representante sindical e impide el despido hasta cierto tiempo después de concluida su gestión, el

alcance de la garantía da lugar a dos opiniones: a) una que se conforma con asegurarle, si el despido injustificado se produce durante ese lapso, el cobro de las *indemnizaciones* comunes, más el de los salarios que debió percibir durante el período de estabilidad; b) otra que se inclina por reconocerle una acción de *reincorporación*.

Nosotros entendemos que la palabra "estabilidad" que aquí emplea la norma constitucional tiene el mismo sentido de "estabilidad" *propia* o *absoluta* que le asignamos cuando se refiere al empleado público: o sea, que *obliga a reincorporar*.

26. — La garantía reviste carácter *personal* o subjetivo a favor del trabajador representante, pero además otro *sindical*, por lo cual su violación puede encuadrar en el tipo calificado como *práctica desleal*.

La *práctica desleal* se tipifica por las acciones u omisiones que, sin configurar delito, impiden, dificultan o perturban el libre ejercicio de los derechos sindicales.

La llamada "tutela sindical" y el "amparo sindical" de la ley 23.551 pueden colacionarse en este rubro.

27. — Al regular la estabilidad del representante gremial y al cohibir su despido, la ley no puede válidamente llegar al exceso de exigir que, para proceder al *despido*, el "fuero sindical" del trabajador sea previamente allanado mediante una especie de permiso a cargo de un organismo administrativo, ni tampoco conceder el privilegio de que concurra similar autorización antes de que el representante sea sometido a un *proceso penal*.

En el caso "Giménez Inés c/Heredia Hnos. y Cía. S.A.", del 2 de noviembre de 1978, la Corte sostuvo, con referencia al art. 57 de la ley 20.615, que si el empleador alegaba haber ejercido el poder disciplinario frente a la injuria del empleado, no resultaba razonable exigir la intervención anterior del Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales (que era un organismo administrativo), ni nulificar las medidas adoptadas por falta de su previa intervención; y alegaba la Corte que si el trabajador había optado por acudir en forma directa a los tribunales judiciales (que en el caso eran provinciales) para demandar a su empleador por los aspectos patrimoniales de su estabilidad gremial, resultaba inconstitucional la norma legal por ir en desmedro injustificado del entonces art. 67 inc. 11 de la constitución y de la autonomía provincial (ya que apartaba la causa de los jueces locales para obligar a la intervención previa de un organismo administrativo con competencia nacional, como era el aludido Tribunal de Relaciones Profesionales).

28. — Sujetar —asimismo— la promoción del *proceso penal* contra los

representantes gremiales a una especie de "antejuicio" a tramitarse ante un organismo administrativo, es inconstitucional por varias razones: a) violación de la igualdad ante la ley y ante la jurisdicción, al conceder *privilegios*; b) violación a la *zona de reserva del poder judicial*, al cohibir la plenitud de su jurisdicción en la esfera de la administración de la justicia penal; c) violación de la *división de poderes*, porque la ley no puede condicionar con ese alcance la jurisdicción del poder judicial.

No merece igual objeción un sistema que imponga la previa intervención de un *tribunal judicial* para excluir de la tutela de estabilidad sindical al dirigente que el empleador pretende despedir. El allanamiento judicial de la garantía de estabilidad con carácter previo al despido no nos parece, pues, inconstitucional.

29. — En suma, debe quedar en claro que: a) por un lado, la fórmula del art. 14 bis que estamos analizando es amplia, y depara las garantías necesarias para que el representante sindical cumpla su gestión, por manera que los jueces deben hacer operar la cláusula cada vez que en un juicio sea menester hacerla funcionar, para verificar si tal o cual conducta patronal menoscaba la libertad sindical del representante al que la constitución protege; b) por otro lado, la ley no puede exorbitar la garantía con extremos como los que en párrafos anteriores hemos criticado; pero c) aunque algún aspecto tutelar de la garantía carezca de previsión o reglamentación legal, los jueces disponen de la competencia para darle cobertura con aplicación directa de la constitución, según el espíritu a que aludimos en el inc. a); d) la garantía viene concedida ampliamente por el art. 14 bis, pero en un marco muy preciso y, si se quiere, estrecho; para cumplir una gestión sindical, y no fuera de ella; de lo contrario, estaríamos ante un privilegio a la persona del representante, y no ante un amparo a su cargo y a su actividad gremial.

CAPÍTULO XXII

LA SEGURIDAD SOCIAL

I. SU UBICACIÓN CONSTITUCIONAL. - Su encuadre. - La previsión social. - El seguro social, las jubilaciones y pensiones, y su interpretación. II. LAS JUBILACIONES Y PENSIONES. - Su encuadre. - Los beneficios, la movilidad y el derecho judicial. - *La movilidad y la inflación.* - La relación de las jubilaciones y pensiones con el derecho de propiedad. - Las entidades de la seguridad social. - *La competencia provincial.* - *La reforma de 1994.* - III. EL DEBER DEL ESTADO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. - IV. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. - V. LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN MATERIAL

I. SU UBICACIÓN CONSTITUCIONAL

Su encuadre.

1. — La tercera parte del art. 14 bis está dedicada a la *seguridad social.* La locución "seguridad social" ha adquirido ya curso idiomático en el mundo del derecho, y se ha reflejado en el constitucionalismo social contemporáneo. La reforma de 1957 la incorporó al texto nuevo, conforme a las elaboraciones que la doctrina tenía ya efectuadas en el país.

Las acepciones de la seguridad social son múltiples. Una primera, demasiado lata, la hace coincidir con el *bienestar general de la comunidad,* pero para mentarlo no hace falta entonces acuñar una terminología nueva y diferente.

Descartado este concepto, los otros dos más ceñidos entienden por seguridad social: a) la protección y cobertura de los *riesgos comunes a todos los hombres,* como enfermedad, vejez, desempleo, muerte, accidente, etc.; b) la protección y cobertura de esos mismos riesgos con respecto a los *trabajadores.*

Entre estos dos aspectos, la nota distintiva radica no tanto en las *contingencias* amparadas, sino más bien en los *sujetos* a quienes se ampara, que como queda expuesto, son todos los hombres en el inc. a), y solamente los trabajadores en el inc. b).

Normalmente, la reserva del término "seguridad social" para el sector de los *trabajadores* se refleja en un sistema que, para cubrir los riesgos apuntados,

se financia con cotizaciones o aportes destinados al pago de las prestaciones respectivas. Cuando, en cambio la seguridad social se extiende a todos los hombres, su campo incluye también la llamada *asistencia social* que, generalmente, se caracteriza como gratuita (en el sentido de que en su financiación no interviene el beneficiario).

Es de buena hermenéutica interpretar que la mención que el art. 14 bis hace de la seguridad social no anida exclusiones egoístas, sino que abarca los dos campos antes señalados, y que tiene como núcleo de convergencia a la *solidaridad social.*

2. — El término "seguridad" evoca su contrario, que es "inseguridad". Lo que significa, entonces, es lo siguiente: seguridad de que frente a ciertos *"eventos"* capaces de provocar *necesidades* determinadas, el sistema ofrecerá *"prestaciones"* o *"beneficios"* con los cuales auxiliar o mitigar tales necesidades.

En un primer momento, esos "eventos" fueron solamente *riesgos* o *infortunios*, como la vejez, la enfermedad, el accidente de trabajo, la muerte, etc., que causan daño o que reducen o eliminan la posibilidad de trabajar y de recibir el salario. De inmediato, se pasa a hablar más bien de "contingencias", y a involucrar en esta palabra muchos *eventos* que no son infortunios, pero que también limitan o impiden la actividad y el salario, y que demandan gastos suplementarios; por ejemplo, la maternidad, las cargas de familia.

Un tercer enfoque amplía más las cosas, e incorpora situaciones que ya no son infortunios, y quizás tampoco eventos, pero que originan necesidades a las que la seguridad social debe atender; así, los gastos de vacaciones o de estudio.

La seguridad social, enlazada a una idea de *bienestar*, se viene a convertir entonces en una forma de *liberación de la necesidad.* Sus beneficios pueden ser en dinero o en especie (atención médica y farmacéutica, provisión de prótesis y elementos de rehabilitación, alojamiento, etc.).

La tendencia actual de la seguridad social es la de no poner a cargo del empleador las prestaciones que dan cobertura a las necesidades del trabajador, sino la de trasladarlas a *organismos de la seguridad social* que cuenten con fondos propios para financiarlas y otorgarlas.

3. — El art. 9º del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al *seguro social.*

Similar deber de reconocer a todos los niños el derecho a be-

neficiarse de la seguridad social, incluso también el seguro social, apareee en la *Convención sobre Derechos del Niño.*

La convención sobre *Discriminación Racial* incorpora el derecho a la seguridad social cuando enumera los derechos económicos, sociales y culturales cuyo ejercicio debe garantizarse igualitariamente (art. 5,e,iv).

La Convención sobre *Discriminación de la Mujer* explicita el "derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar" cuando enumera derechos para cuyo ejercicio ha de eliminarse la desigualdad con el varón (art. 11.1,e).

4. — El derecho de la seguridad social que a través de la ley da desarrollo al art. 14 bis es *"derecho común"* y no derecho federal.

Ver lo que hemos afirmado genéricamente en el cap. XX nº 66.

La previsión social.

5. — La seguridad social elevada a rango constitucional absorbe el llamado derecho de la *previsión social,* clásicamente estructurado en nuestro país sobre la base de las *jubilaciones y pensiones.*

Cualesquiera sean las definiciones y los términos, la seguridad social se maneja con dos columnas vertebrales, a saber: a) el principio de *integralidad,* que tiende a asumir todas las contingencias y necesidades sociales, y a suministrar prestaciones cuyos montos queden debidamente preservados; b) el principio de *solidaridad,* que tiende a hacer participar a todos en la financiación del sistema de prestaciones, y a garantizar contra las exclusiones y las coberturas insuficientes.

El seguro social, las jubilaciones y pensiones, y su interpretación.

6. — La norma constitucional comienza estipulando que *el estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable.*

Durante mucho tiempo se tuvo por cierto, sobre la base de la tradición existente en el sistema argentino de la seguridad social, que la cláusula significaba que la concesión de las prestaciones y su pago habían de estar *a cargo del estado.*

Simultáneamente, y desde los primitivos regímenes parciales que fueron creados por diversas leyes para actividades distintas, la financiación de los beneficios tuvo también variantes, acogiendo sucesivamente fisonomías aproximadas al sistema de capitalización y al de reparto, pero siempre con la tónica adicional de la debida participación del estado para asegurar el principio de la *solidaridad social* en cada régimen.

La cláusula según la cual "el *estado otorgará* los beneficios de la seguridad social" ha planteado la duda acerca de la constitucionalidad de prestaciones de la seguridad social que, en vez de estar a cargo del estado, lo están a cargo del *empleador*. Así, las indemnizaciones por incapacidad que debe abonar la parte patronal. Enfocando ese caso, la Corte ha sostenido que la mencionada cláusula "no significa que la cobertura de las contingencias sociales (invalidez, vejez, muerte, cargas de familia, maternidad, accidentes del trabajo, enfermedades profesionales y comunes, desempleo) debe estar exclusivamente a cargo del estado y financiada por éste, sino que hace referencia a los objetivos que corresponde cumplir al legislador" (caso "Mansilla c/Cía. Azucarera Terán", del 30 de marzo de 1982). Por ende, el derecho judicial admite que la ley grave al empleador con el pago de prestaciones de seguridad social que cubren contingencias dentro de la relación de trabajo o relacionadas con ella.

También la llamada "privatización" del sistema previsional obligó a repensar la tradicional doctrina que ha interpretado el *"otorgamiento de prestaciones"* como *obligación intransferible del estado.*

Con benevolencia, aunque con margen de duda, podría entenderse que "otorgar" también significa "organizar" el sistema mediante ley y controlarlo, dejando a cargo de entidades no estatales la concesión y el pago de los beneficios.

Además, la cláusula que estipula que los *beneficios del "seguro social"* estarán a cargo de "entidades *nacionales* o *provinciales"* deja cierto margen para interpretar que, en su aplicación a prestaciones previsionales de la seguridad social que no son, estrictamente, un "seguro", sino una jubilación o pensión, la alusión a entidades "nacionales" y "provinciales" sólo significa repartir federativamente las competencias que en materia de seguridad social corresponden al estado federal y a las provincias según el ámbito de la actividad laboral protegida, pero que no alcanza necesariamente para obligar a que, en cada uno de esos ámbitos, la entidad o el organismo que se hace cargo de las prestaciones deba ser "estatal".

En cambio, el "seguro social" en sentido propio parece que debe estar necesariamente a cargo de entidades estatales porque así lo exige literalmente la norma respectiva.

7. — De todos modos, juzgamos insoslayable admitir que el art. 14 bis vertebra el sistema de la seguridad social a tenor de un eje

que requiere: a) la *protección y garantía del estado;* b) la *movilidad* de los beneficios; c) el respeto de los *derechos adquiridos* que se resguardan en la inviolabilidad de la propiedad del art. 17.

8. — Las fórmulas normativas que dicen: "el estado *otorgará*" y "la ley *establecerá*" marcan una *operatividad* análoga a las cláusulas de la primera parte del art. 14 bis, y por eso obligan al congreso inmediatamente sin dejarle opciones temporales dilatorias, de modo que la mora legislativa traduce, después de un lapso razonable, *inconstitucionalidad "por omisión".*

Ante la imperatividad que trasluce la norma que, en forma conjunta, dice que la *ley establecerá el "seguro social" y las "jubilaciones" y "pensiones"*, podemos arribar a las siguientes conclusiones: a) no debe considerarse el régimen de jubilaciones y pensiones como un sistema "transitorio" llamado necesariamente a reemplazarse por un sistema clásico de seguros sociales; b) los seguros, y las jubilaciones y pensiones, pueden coexistir y complementarse, de forma que la ley que obligatoriamente debe ser dictada por el congreso puede optar para cada necesidad por una cobertura jubilatoria o una del seguro social, sin superponerlas; c) el seguro social debe establecerse por ley para cubrir necesidades distintas de las enfocadas por el régimen jubilatorio; d) seguros sociales "más" jubilaciones y pensiones han de abarcar *íntegramente* la totalidad de necesidades y de la población.

Creemos interpretar que al elegir el constituyente la locución "seguro social" no ha tenido el propósito de eliminar la forma clásica de las jubilaciones y pensiones en el derecho argentino, tanto que en párrafo inmediato alude expresamente a ellas. En sentido lato, pues, el régimen previsional de jubilaciones y pensiones es una forma posible —y constitucional— del seguro social, aunque sólo parcial en cuanto a los beneficios que acuerda y a los beneficiarios contemplados.

9. — El seguro *social* debe ser *obligatorio,* conforme al texto comentado.

a) *Social* en el doble sentido de: a') afrontar riesgos o contingencias que si bien son individuales en cuanto al sujeto que los padece, se proyectan socialmente en sus efectos; y a") financiarse en alguna medida colectivamente.

b) Debe ser *obligatorio* en cuanto no depende de la voluntad de las partes incorporarse al sistema; obligatorio se opone a optativo.

c) Debe ser *integral,* en un doble sentido: c') vertical, o sea, que cubra en forma amplia y total las necesidades; c") horizontal, o sea, que de acuerdo al principio de universalidad proteja a toda la población.

II. LAS JUBILACIONES Y PENSIONES

Su encuadre.

10. — La tercera parte del art. 14 bis prosigue ordenando que la ley establecerá las *jubilaciones y pensiones "móviles".*

Las *jubilaciones* se otorgan a una persona en razón de una actividad laboral cumplida por ella misma, sea en relación de dependencia, sea independiente o por cuenta propia. Las *pensiones* derivan de la jubilación a favor de los causahabientes de la persona jubilada o con derecho a jubilación.

11. — El derecho a estos beneficios ha solido bifurcarse en dos aspectos:

a) el *derecho "a" la jubilación futura* o derecho "en expectativa", latente mientras el afiliado se encuentra en actividad;

b) el *derecho "adquirido"* mediante el acto otorgante del beneficio.

Si entre la cesación en la actividad y el otorgamiento del beneficio media un lapso, el derecho judicial se ha encargado de sostener que el derecho al beneficio *se rige por las normas vigentes a la fecha de la cesación,* y queda fijado en ese momento.

El *beneficio concedido* presenta, a su vez, dos matices:

a) el *status* que su titular adquiere como jubilado o pensionista, y que queda protegido por la garantía constitucional de la propiedad inviolable;

b) el *goce* del beneficio, que se traduce en el cobro de una suma de dinero, normalmente periódica, y que a pesar de no ser intangible y poderse disminuir para el futuro, no admite rebajas que sean confiscatorias. (Ver cap. XVII, nº 11).

Los beneficios, la movilidad, y el derecho judicial

12. — Cabe señalar que:

a) Cuando se otorga un beneficio, su *monto originario* responde al propósito de asegurar un ingreso generalmente vitalicio que deriva del "status" del beneficiario; ese ingreso es una proyección que *sustituye a la remuneración* que el agente percibía cuando estaba en actividad; por ello, el *monto originario debe guardar una cierta proporción razonable con esa remuneración;*

b) Cuando ya posteriormente el beneficio está en curso de *goce* por su titular, la adecuada relación entre el monto del beneficio y la remuneración que percibía en actividad no sólo debe mantenerse, sino que debe ser objeto de *movilidad,* lo que presupone que ese monto "puede" aumentar con respecto a la antigua remuneración, y no sólo puede sino que "debe". Así lo prescribe el art. 14 bis, aunque sin descender al detalle del mecanismo de ajuste en esa movilidad periódica; esto último es arbitrio del legislador.

Sin duda, hay que consentir el principio sostenido por la Corte en el sentido de que el art. 14 bis, que ordena la movilidad de modo *imperativo,* no indica sistema alguno ni versión única para hacerla efectiva y, al contrario, habilita a la ley para optar por el que en cada momento considere conveniente, a condición de su razonabilidad y no confiscatoriedad.

13. — La constitución no pormenoriza detalles acerca del monto de las jubilaciones y pensiones. Es la Corte quien, en el derecho constitucional material, se ha encargado de puntualizar a través de su jurisprudencia, que uno de los principios básicos que sustentan el sistema previsional argentino es el de la *necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad,* lo que responde obviamente —sigue diciendo el tribunal— a la naturaleza *sustitutiva* que cabe reconocer al primero respecto del segundo, y a los particulares fines que inspiran el ordenamiento jurídico en la materia.

Esta primera norma judicial atiende, fundamentalmente, a la relación entre el monto originario del beneficio y los ingresos de actividad a la *fecha de otorgarse ese beneficio.* En cuanto a la *movilidad futura,* también la Corte ha establecido que las exigencias de una conveniente *adaptación* de la prestación ha de considerarse cumplida cuando a través de su haber actualizado, el beneficiario conserva una situación proporcionada a la que le correspondería de haber continuado en actividad.

14. — Cuando la ley que ha regido el otorgamiento del beneficio estipula un determinado sistema de ajuste móvil, *otra ley posterior puede variarlo,* siempre que la aplicación de ésta no devenga confiscatoria y que, a la inversa, conserve la proporcionalidad razonable con el haber de actividad.

Esto significa que si bien el derecho de quien se jubila queda fijado por la ley que rige el otorgamiento del beneficio, no hay derecho a que, en cuanto al monto y la movilidad futuras, dicha ley se mantenga durante todo el tiempo de percepción.

a) No obstante, si en esa regulación sustitutiva de la movilidad la nueva ley es —acaso— declarada inconstitucional, la Corte ha interpretado razonable aplicar el régimen a cuyo amparo se obtuvo el beneficio.

b) Asimismo, en similar hipótesis de declaración judicial de inconstitucionalidad de un sistema legal de movilidad, estamos ciertos de que el tribunal que tiene que decidir un caso en que se impugna su aplicación, se halla habilitado para arbitrar la pauta conveniente de movilidad en reemplazo de la que queda descartada.

c) Otro supuesto que encaró la Corte se configura cuando una ley que no es inconstitucional en su origen llega a tornarse inconstitucional por causas sobrevinientes, en cuyo caso el tribunal ha entendido que el principio de razonabilidad exige cuidar que las leyes mantengan coherencia con la constitución durante el lapso que dura su vigencia temporal, para que su aplicación concreta no resulte contradictoria con la constitución (fallo del caso "Vega, Humberto Atilio", del 16 de diciembre de 1993).

d) El "congelamiento" por término incierto de los haberes jubilatorios ha sido declarado inconstitucional por la Corte, por configurar un claro apartamiento de la pauta de movilidad que preceptúa el art. 14 bis.

Incluso el fallo de la Corte del 27 de diciembre de 1996 en el caso "Chocobar" declaró la inconstitucionalidad de una norma de la ley 24.463 (llamada de solidaridad previsional) en cuanto, al no arbitrarse por la autoridad de aplicación las medidas previstas para la movilidad, la situación produjo un real congelamiento de haberes.

e) En cuanto a los denominados "topes" que fijan un *haber máximo* para los beneficios, la Corte los ha reputado constitucionales, pero siempre bajo reserva de que el monto que no puede sobrepasar el máximo legal no padezca, a causa del mismo tope, de confiscatoriedad.

En rigor, pensamos personalmente que la reducción que dicho tope puede aparejar no debe frustrar el principio de proporción razonable y sustitutiva del haber de jubilación en comparación con el de actividad que, vale recordarlo, fue objeto de aportación y contribución por el total del sueldo.

f) En otro orden de cosas, la Corte tiene dicho que las leyes sobre beneficios previsionales deben interpretarse atendiendo a la *finalidad* que con ellas se persigue por lo que no debe llegarse al desconocimiento de derechos sino con extrema cautela.

g) Es asimismo jurisprudencia de la Corte que la actualización de los beneficios ha de procurar que se mantenga el nivel de vida alcanzado durante la actividad laboral, sin perjuicio de que, en orden a pautas concretas y probadas, aquella actualización se realice conforme al *estado financiero* del sistema.

La movilidad y la inflación.

15. — Es verdad que al tiempo de incorporase el art. 14 bis por la reforma de 1957 la inflación ya producía la pérdida paulatina del valor adquisitivo de la moneda, lo que nos hizo suponer que la pauta obligatoria de movilidad para las jubilaciones y pensiones fue prevista para subsanar las alteraciones en el signo monetario y, de reflejo, en la capacidad adquisitiva de los beneficiarios.

No obstante, más allá de la circunstancia histórica de la época —acentuada en mucho posteriormente— hemos de entender ahora que *la movilidad no presupone únicamente una necesaria actualización monetaria frente al deterioro que produce un proceso inflacionario, sino un ajuste periódico que, sin congelamiento del haber, y aunque no haya inflación, mantenga al jubilado en una situación de permanente relación proporcionalmente razonable entre pasividad y actividad.*

16. — Por eso, toda *prohibición legal de indexación* —como la que impuso en 1991 la ley 23.928— *no alcanza para impedir* que, de acuerdo con la constitución:

a) el haber de las prestaciones siga sometido a movilidad, porque *aunque no haya inflación,* debe siempre reflejar la necesaria proporción razonable con el haber de actividad;

y, además,

b) *si acaso hay inflación,* ésta se tome en cuenta para actualizar la pérdida del valor monetario, aunque la "indexación" se encuentre legalmente vedada.

No aceptamos la tesis de que la jurisprudencia de la Corte (que en forma constante reiteró siempre la necesaria proporcionalidad sustitutiva del haber jubilatorio en relación con el de actividad) no fue una aplicación directa del principio constitucional de movilidad del art. 14 bis, sino una mera interpretación de leyes que en su momento fueron dando desarrollo a ese principio y que, al extinguirse su vigencia, impiden asignar a aquella jurisprudencia el carácter de un axioma constitucional inconmovible. (La tesis que rechazamos fue sostenida minoritariamente en un voto concurrente de tres jueces de la Corte en la sentencia del 27 de diciembre de 1996 en el caso "Chocobar Sixto Celestino c/Caja Nacional de Previsión para el personal del Estado y Servicios Públicos".)

17. — En suma: a) el *presupuesto constitucional de la movilidad nunca desaparece, así se trate de épocas en que no hay inflación;* b) la movilidad es un concepto que trasciende las simples mediciones de los factores económicos (voto disidente del juez Fayt en el caso "Chocobar", fallado por la Corte el 27 de diciembre de 1996).

La relación de las jubilaciones y pensiones con el derecho de propiedad.

18. — Debemos recordar que el derecho jubilatorio y pensionario tiene, además del art. 14 bis, otra ascendencia constitucional reconocida desde mucho antes de la reforma de 1957, en el *derecho de propiedad.*

Como extracto de esta base, téngase en cuenta que el *derecho judicial* ha reconocido sin discrepancias que: a) son constitucionales los aportes y contribuciones de empleadores y trabajadores para integrar el fondo común con que los organismos previsionales atienden al pago de los beneficios previstos en la ley; b) son constitucionales las obligaciones de afiliación y de aportación forzosas; c) la aportación no confiere, por sí sola, un derecho a la jubilación futura, aunque es condición normal para su otorgamiento: d) el beneficio jubilatorio no está en relación económica estricta con los aportes efectuados; e) la no obtención del beneficio dentro de un régimen legal no presupone, por el solo hecho de la exclusión, que el aporte implique una confiscación, o que haya derecho a conseguir su reintegro cuando la ley no lo admite; f) el beneficio otorgado importa, para su titular, la adquisición de un *status* que queda protegido por el derecho constitucional de propiedad inviolable y que ingresa a su patrimonio con carácter, en principio, irrevocable.

Las entidades de la seguridad social.

19. — Los organismos que otorgan los beneficios de la seguridad social, cuando son del estado federal o de las provincias, han de gozar de *autonomía financiera y económica,* lo que parece caracterizar a las entidades autárquicas; pero la cláusula también deja margen

para su posible organización como entes públicos "no estatales" (o "paraestatales").

Para gozar de la autonomía referida, es menester que cuenten con patrimonio propio, lo que sugiere la idea de que el sistema es *contributivo*, y de que la aportación de los interesados vinculados al sistema no podría suplirse totalmente con fondos exclusivos del estado.

Los organismos de la seguridad social han de ser *administrados por los interesados con participación del estado*, lo que impone integrar sus órganos con afiliados.

No puede existir *superposición de aportes*, lo que elimina la obligación de aportar a más de un organismo en razón de una misma actividad y para una misma prestación.

20. — Del fallo de la Corte en el caso "Spota", del 25 de julio de 1978, se desprende que lo prohibido es la "superposición" y no la "multiplicidad" de aportes, por manera que si se desempeña más de una actividad, no es inconstitucional contribuir por cada una.

Un principio similar utilizó la Corte en el caso "Santoro Guillermo", del 28 de mayo de 1995, cuando interpretando la ley 18.037 estableció la improcedencia de la doble afiliación al sistema nacional y al de la provincia de Buenos Aires de un profesional farmacéutico que se desempeñaba en relación de dependencia en una empresa en jurisdicción provincial.

21. — Del derecho judicial de la Corte se desprende que los obligados a aportar a un régimen u organismo de seguridad social han de tener una *razonable relación* con el mismo, y que por faltar esa relación no puede gravarse a un sector en beneficio exclusivo de otro (hay declaración de inconstitucionalidad de normas que —por ej.— imponían a un sector de comerciantes e industriales la obligación de aportar sobre el producto de las ventas de instrumental empleado por profesionales del arte de curar, a favor de la caja de previsión que afiliaba a esos profesionales).

22. — Las normas constitucionales sobre los organismos de la seguridad social, su administración, aportación, etc., han de entenderse comprensivas tanto del sistema de *seguros sociales* cuanto del de *jubilaciones y pensiones*.

23. — Como el art. 14 bis no ha previsto expresamente la habilitación para que *entidades privadas* financien, otorguen y liquiden los beneficios de la seguridad social, se hace difícil opinar cuál es la consecuencia de esa omisión normativa en la constitución.

Resulta aventurado afirmar que, admitida la posibilidad de que el estado conceda por ley a entidades privadas aquella competencia, su organización haya de ajustarse necesariamente a las pautas que

el art. 14 bis fija para las entidades aludidas como "del estado" (federal o provincial).

La competencia provincial.

24. — Es poco claro el enunciado de que el seguro social *estará a cargo de entidades nacionales* (que nosotros llamamos federales) o *provinciales.*

Sugerimos las siguientes premisas:

a) Radicada en el estado federal la competencia legislativa que proviene doblemente del art. 75 inc. 12 y del propio art. 14 bis hay que interpretar qué quiere decir la norma cuando consigna que el seguro social *estará a cargo de entidades nacionales o provinciales.* ¿Deja una opción amplia y libérrima? ¿O, al contrario, esa opción sólo está destinada a salvar la competencia provincial para el caso exclusivo de ciertas actividades circunscriptas al territorio provincial?

b) La respuesta que vamos a dar es aplicable no sólo a un régimen de seguro social, sino también al de jubilaciones y pensiones. Con ese alcance amplio, tiene probabilidad de acierto constitucional la opinión que sólo reconoce a la competencia provincial la facultad de "legislar" y "administrar" un sistema de seguridad social limitado a las actividades o trabajos sobre los cuales las provincias tienen potestad para regularlos. Así, sin duda alguna, el empleo público en la administración local. Y si se acepta que el poder de policía provincial permite a las provincias reglar el ejercicio de profesiones liberales, también hay que conceder que pueden *dictar leyes, y crear y administrar organismos de seguridad social* para otorgar prestaciones (de *seguro* social o de jubilaciones y pensiones) a quienes en su jurisdicción ejercen tales profesiones (abogados, médicos, ingenieros, etc.).

c) Otra interpretación adicional permite considerar asimismo que la fórmula de "entidades *nacionales o provinciales*" deja opción para que la "administración" y la "gestión" de la seguridad social se descentralicen en ámbitos locales para aplicar en ellos las leyes que en la materia tiene que dictar el congreso para todo el territorio. (Esta interpretación se avala con la reserva que hace el art. 75 inc. 12 para que los códigos de derecho común sean aplicados sin alteración de las jurisdicciones locales por los "tribunales" de provincia, la cual reserva daría pie para preservar también esa misma aplicación por organismos "administrativos" locales.)

25. — El derecho judicial de la Corte no ayuda a esclarecer demasiado las cuestiones recién aludidas.

Una sentencia del 8 de noviembre de 1983, en el caso "Provincia de Buenos Aires c/Dirección Nacional de Recaudación Previsional" invocó "facultades *concurrentes* de la nación y de las provincias, sin que pueda admitirse que la constitución las haya centralizado exclusivamente en el gobierno nacional", lo que deja duda acerca de si la aludida "concurrencia" de competencias es

ejercitable por las provincias más allá de lo que es propio de la relación de empleo público provincial.

Hay —no obstante— jurisprudencia de la misma Corte que al admitir la constitucionalidad de "cajas forenses provinciales ha sostenido que tales organismos pueden ser creados por las provincias en el ámbito propio de su *poder de policía* local sobre el ejercicio profesional, y sobre una materia que hace a la *seguridad social* (ver, por ej., el fallo de agosto 21 de 1973 en el caso "Sánchez Marcelino y otro c/Caja Forense de la provincia del Chaco").

La reforma de 1994.

26. — La cláusula añadida al art. 125 de la constitución por la reforma de 1994 no dilucida el problema sino parcialmente. En efecto, dice que "las provincias y la ciudad de Buenos Aires *pueden conservar* organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales", pero no dice que pueden "tener" o "crear" tales organismos.

El uso del verbo "conservar" dejaría entrever que les está permitido *mantener* los organismos que al tiempo de la reforma existían en sus jurisdicciones, pero atento que muchas provincias los transfirieron al sistema nacional no está claro si podrían recuperarlos para su órbita local.

La absorción centralista de los sistemas y las entidades de seguridad social provinciales por el estado federal no nos merece adhesión, porque creemos que conspira contra nuestra tradicional descentralización federal y contra la autonomía de las provincias.

III. EL DEBER DEL ESTADO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

27. — Más allá de que la ley implemente un sistema de seguridad social a cargo de entidades privadas, y no del estado, seguimos reiterando que *la presencia reglamentaria, reguladora y controladora del estado* viene impuesta por el art. 14 bis, reforzado por el art. 75 inc. 23, que obliga a 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; todo ello, en particular respecto de niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad.

Hay aquí alusiones directas a las prestaciones de la seguridad social, y a los derechos que surgen del art. 14 bis y de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (ver nº 3).

Por eso, el estado no puede desatender, ni transferir, ni declinar su protagonismo activo sobre todo el sistema de la seguridad social,

cualesquiera sean las entidades o los organismos que otorguen las prestaciones.

En el *derecho judicial de la Corte* hay certeras afirmaciones en el sentido de que la norma de base del art. 14 bis vincula a todos los poderes públicos, cada uno en su área de competencias y, sin duda, también a las provincias cuando en sus jurisdicciones existen regímenes locales propios.

28. — Así:

a) El principio de que el mandato constitucional del art. 14 bis en orden a la movilidad de jubilaciones y pensiones se dirige primordialmente al legislador fue encarado por la Corte en el caso "Valles, Eleuterio S.", del 29 de octubre de 1987, en el que sostuvo que cambios circunstanciales pueden hacer que la solución arbitrada originariamente por la ley sobrevenga irrazonable, en cuyo caso aquel mandato constitucional atañe a los *restantes poderes públicos* para que dentro de la órbita de sus respectivas competencias hagan prevalecer el espíritu del constituyente dentro del marco que exigen las diversas formas de justicia.

b) En el caso "Mac Kay Zernik Sergio L.C.", fallado el 3 de noviembre de 1988, la Corte Suprema desplegó pautas importantes en materia de seguridad social. Sostuvo el tribunal que las normas sobre seguridad social contenidas en el art. 14 bis de la constitución, al propio tiempo que consagran derechos para los jubilados, encomiendan expresamente *al estado* el otorgamiento de tales beneficios. Este mandato constitucional, cuyo cumplimiento atañe a los poderes públicos dentro de la órbita de sus respectivas competencias, se vería frustrado si las autoridades que representan al estado desconocieran las leyes y actuaran de manera omisiva en perjuicio de la clase pasiva.

c) En el caso "G.D.J. c/Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles", fallado el 23 de noviembre de 1995, la Corte recordó una vez más que "el cumplimiento del mandato constitucional que impone otorgar y asegurar los beneficios de la seguridad con carácter integral e irrenunciable atañe a los poderes públicos dentro de la órbita de sus respectivas competencias".

IV. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

29. — La tercera parte del art. 14 bis in fine está dedicada a *la protección integral de la familia,* mediante la defensa del "bien de familia", la "compensación económica familiar", y el acceso a una "vivienda digna".

a) El *bien de familia,* en cuanto supone un inmueble donde habita

el núcleo familiar, y al que se rodea de determinadas seguridades en razón de su destino de vivienda doméstica, se relaciona con el acceso a una *vivienda digna*. Pero este último enunciado va más allá de su carácter programático, porque *obliga* al estado a procurar mediante políticas diversas que todos los hombres puedan obtener un ámbito donde vivir decorosamente, sean o no propietarios de él, tengan o no convivencia familiar.

En el caso "Carrizo José A." (incidente en autos "Rodríguez c/Carrizo") del 10 de setiembre de 1985, la Corte interpretó que la afectación de un inmueble al régimen de bien de familia debe tenerse por operada desde el momento en que así fue solicitado por el interesado, y no a partir del asiento de constancia en el folio real correspondiente.

b) La *compensación económica familiar* se traduce en el derecho a recibir determinadas prestaciones que, más allá de una retribución conmutativa del trabajo, se destinan a sufragar la subsistencia de parientes del trabajador que están a su cargo y para los cuales tiene obligación alimentaria. Su forma más común es el *salario familiar* o la *asignación familiar*, que complementa al salario estrictamente retributivo.

Un caso en que la Corte, por vía de superintendencia, interpretó con benevolencia y elasticidad las normas sobre seguridad social, fue resuelto con fecha 13 de abril de 1989 (resolución 230/89, expediente 561/88), extendiendo a un empleado del poder judicial el pago de la asignación prenatal por hijo, pese a no estar casado con la madre de éste.

30. — Para diversos temas relativos a la familia, el matrimonio, la patria potestad y la filiación, ver el cap. XIV, acápite VIII, especialmente nos. 64 a 71.

31. — Para los *tratados con jerarquía constitucional*, ver cap. XIV, nos. 70 y 71.

V. LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN MATERIAL

32. — En el derecho constitucional material, la seguridad social exhibe múltiples insuficiencias; entre otras, no ha llegado a prestar cobertura integral a todos los riesgos y necesidades, ni a toda la población.

El sistema gira fundamentalmente en torno de las clásicas jubilaciones y pensiones, extendidas a favor de todo tipo de actividad. Pero los mismos

condicionamientos que bloquean o aminoran el goce efectivo de los demás derechos sociales, mantienen a la generalidad de las prestaciones previsionales en niveles de monto insuficiente, el que normalmente sólo mejora cuando el beneficiario logra su actualización o reajuste por vía judicial. En este orden, ya explicamos que el derecho judicial ha proyectado normas favorables y justas.

No obstante esto último, cabe afirmar que el sistema previsional no ha superado sucesivas quiebras, y ha soportado un mal flujo de recursos —cuando no su desviación a otros fines— durante largos períodos, lo que le permitió al juez Fayt, de la Corte Suprema, sostener en su voto disidente en el caso "Chocobar", del 27 de diciembre de 1996, que la perspectiva temporal desde la reforma de 1957 hasta el presente revela contradicción social por elusiones o fraudes al sistema, y una reprochable acción de los poderes públicos.

No nos cabe duda —entonces— de que la constitución formal ha padecido en esta materia múltiples violaciones, por acción y por omisión, superadas sólo parcialmente —pero con efecto limitado a los casos favorecidos judicialmente por sentencias recaídas en cada uno de ellos— mediante fuente de derecho judicial.

CAPÍTULO XXIII

LOS DERECHOS POLITICOS

I. EL RÉGIMEN ELECTORAL Y LOS DERECHOS POLÍTICOS. - Su encuadre interrelacionado. - Los derechos políticos. - *La democracia participativa.* - *Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.* - *El poder del estado y la designación de los gobernantes.* - II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 EN MATERIA DE DERECHOS POLÍTICOS. - El artículo 37 y el derecho electoral. - III. EL DERECHO ELECTORAL. - El derecho electoral objetivo. - *El cuerpo electoral.* - *Los extranjeros.* - *Los ciudadanos no habitantes.* - *Las mujeres.* - *El electorado pasivo.* - El derecho electoral subjetivo. - *El sufragio.* - *El electorado pasivo.* - *El derecho judicial en materia de derecho electoral.* - *La prohibición de reelección.* - IV. LOS PARTIDOS POLÍTICOS. - Su encuadre antes de la reforma constitucional de 1994. - La naturaleza constitucional de los partidos. - La dinámica de los partidos. - La reglamentación legal y el control de los partidos. - El poder disciplinario de los partidos. - El derecho judicial en materia de partidos políticos. V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 EN MATERIA DE PARTIDOS POLÍTICOS. - El artículo 38 y las pautas garantistas para los partidos políticos. - La competencia partidaria para postular candidatos. - *El monopolio de las candidaturas por los partidos.* - La expresión libre. - El financiamiento de los partidos. - El sistema de partidos, más allá de los artículos 37 y 38. - VI. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LOS NUEVOS DERECHOS POLÍTICOS. - Las formas semidirectas. - *La "consulta" popular de 1984.* - La iniciativa popular para proyectos de ley. - *La ley 24.747.* - La consulta popular. - *La ley reglamentaria.* - *¿Hay materias sustraídas?* - *La reforma de la constitución por vía de consulta popular.* - VII. LA JUDICIABILIDAD Y LA LEGITIMACIÓN PROCESAL EN MATERIA DE DERECHOS POLÍTICOS Y DE CUESTIONES ELECTORALES Y PARTIDARIAS. - La relación entre judiciabilidad y legitimación. - El derecho judicial. - APÉNDICE: Ley 24.747, sobre iniciativa legislativa popular.

I. EL RÉGIMEN ELECTORAL Y LOS DERECHOS POLÍTICOS

Su encuadre interrelacionado.

1. — La trama del régimen electoral y los derechos políticos proporciona unitariamente un amplio temario que, desde enfoques diferentes, pertenece a la vez a la parte dogmática y a la parte orgánica de la constitución. En cuanto el régimen electoral y los partidos se relacionan con el status de los habitantes, la creación, el

funcionamiento y el reconocimiento de los partidos políticos, y la regulación de los derechos políticos y electorales, componen un aspecto de la parte dogmática. En cuanto se vinculan con el funcionamiento del poder y las relaciones con sus órganos, y lato sensu con la dinámica del propio estado y del gobierno, encuadran en el derecho constitucional del poder o parte orgánica de la constitución.

Cuando valoramos a la *democracia como una forma de estado,* los derechos políticos, los partidos y el régimen electoral encuentran su ámbito. Y aún más: en nuestras valoraciones actuales, son un ingrediente *constitutivo* del sistema democrático, porque definido éste en torno de los *derechos humanos,* no cabe duda de que los *derechos políticos* (y sus contenidos conexos, que son los partidos y el régimen electoral) integran hoy el plexo de aquellos derechos, al lado de los derechos civiles y de los derechos sociales.

Los derechos políticos.

2. — La categoría de los derechos políticos no puede definirse solamente por la finalidad que persiguen, porque muchos derechos clásicamente considerados "civiles" son susceptibles de ejercerse con *fines políticos,* y no por eso se convierten en derechos políticos. (Así, el derecho de reunión y el de petición a las autoridades, como —entre otros— la libertad de expresión e información, se usan con finalidad política en una campaña preelectoral, o para influir sobre el poder, o para aportar consensos y disensos.)

Por eso pensamos que los derechos políticos son tales cuando, *únicamente:* a) se titularizan en sujetos que tienen: a') calidad de *ciudadanos* —o siendo extranjeros, reciben excepcionalmente esa titularidad en virtud de norma expresa—; a") calidad de *entidades políticas* reconocidas como tales —por ej.: los partidos—; b) no tienen ni pueden tener otra *finalidad* que la política. De este modo, el área de los derechos políticos se estrecha, pero adquiere una caracterización bien concisa, que traza la línea divisoria frente a los derechos civiles.

La democracia participativa.

3. — El ya sugerido ensamble de los derechos políticos con los partidos políticos y el régimen electoral proporciona posible expansión cuando se alude a la *democracia participativa* que, por supuesto, no se agota en el derecho de sufragio.

Como tampoco allí se recluye el régimen electoral, ni éste se circunscribe a la fecha en que se realizan comicios, insertamos en seguida al *proceso electoral* en toda su secuela para requerirle la *legitimidad* propia de un sistema democrático participativo, abarcando un lapso sin cronologías fijas y con un clima ambiental propicio de muy amplia libertad para la intervención, la participa-

ción, y la competencia de las fuerzas políticas y de las personas; la igualdad de oportunidades para todas ellas; la transparencia de las campañas preelectorales; la correcta confección de los padrones electorales, su publicidad, y la legitimación de los ciudadanos y los partidos para tener acceso a ellos, rectificarlos, impugnarlos, etc.; la libertad de información, de comunicación, y de expresión; la libertad de propaganda y publicidad en orden a las ofertas y programas electorales; el escrutinio también público y controlado, etc.

La democracia que se ha dado en calificar de "participativa" tiene proyecciones dilatadas. En ellas debe insertarse con fluidez y sin reduccionismos el protagonismo político de las personas y de las agrupaciones, para dinamizar desde su base popular al sistema constitucional democrático. Y es el derecho constitucional el que queda convocado a brindar cabida a esos roles políticos activos. Lo que no surja de las normas de la constitución en forma expresa (la "letra constitucional") tiene que alcanzar albergue en tres ámbitos, como mínimo: a) el *espíritu* o la filosofía política de la constitución; b) la cláusula de los *derechos implícitos* del art. 33; c) el plexo de *valores*. Como sumatoria de refuerzo, se añaden los *tratados sobre derechos humanos* que integran, dentro del orbe de los derechos humanos, a los derechos políticos.

No obstante que los derechos estrictamente políticos —como el sufragio— pueden quedar reservados solamente a los ciudadanos, creemos que la *participación política* (que merece tal adjetivación porque atañe al régimen político) no se recluye en el cuerpo electoral ni en las personas que invisten ciudadanía argentina. En el área que excede a lo puramente electoral ha de quedar abierta a cuantos integran la población del estado. Piénsese en que también quienes no titularizan derechos electorales pueden pretender participar mediante vías informales para dar presencia a sus intereses ante los órganos de poder, y ejercer muchos de sus derechos civiles con fines políticos (petición, reunión, expresión, asociación, etc.).

5. — Si de *justiciabilidad* y *legitimación procesal* hablamos, vale insistir en que todo el proceso electoral en su vasta gama de aspectos y momentos tiene que ser susceptible de control. Control político por parte de los *partidos* y, a su turno, control en una vía idónea de *acceso a la justicia,* en la cual se reconozca ampliamente la legitimación de cuantos, titularizando derechos políticos, postulan esa personería para intervenir en el proceso judicial. (Para esto, ver el apartado VII.)

Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

6. — *El art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica* consigna que "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 elegi-

dos; 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"; y en el apartado 2 del mismo artículo se agrega: "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".

El art. 25 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* guarda marcada analogía con la norma transcripta del Pacto de San José.

El poder del estado y la designación de los gobernantes.

7. — Cuando se asume como cierto que el *poder del estado es un poder "total"* —porque es "de" toda la sociedad y "para" toda la sociedad, se comprende que ese poder ha de surgir de la *participación de toda la sociedad,* y no de la decisión o la imposición de una sola persona, de un grupo, o de un sector sobre el resto del conjunto total. De ahí que el proceso electoral, anudado a los derechos políticos y a los partidos políticos, sea el que brinda ocasión a ese efecto para la participación política.

Es indudable que un régimen electoral de sufragio universal, con proceso electoral legítimo, abre el *acceso al poder de acuerdo a la ley y no por la fuerza.* Nuestra constitución ha previsto el procedimiento electoral para designar a los gobernantes, estableciendo las condiciones de capacidad política en el electorado pasivo, es decir, en aquéllos que pueden ser elegidos por el electorado activo mediante el voto. Presidente y vicepresidente de la república, diputados y senadores tienen estipuladas en la constitución las condiciones de elegibilidad. También los jueces de la Corte Suprema, bien que no son elegidos por el cuerpo electoral.

8. — La *legitimidad de origen,* por eso, depende en nuestra constitución del *acceso al poder mediante el mecanismo electoral* que ella prevé. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuye los derechos "del pueblo" (según la fórmula del art. 22) y saltea la vía electoral para ocupar el poder, margina al cuerpo electoral (o pueblo) del derecho de sufragio, y priva de legitimidad de origen al gobernante a quien instala en el poder.

El nuevo art. 36 sanciona severamente la interrupción del orden institucional y sus secuelas. Ver T. I, cap. VII, nos. 51 a) y 61.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 EN MATERIA DE DERECHOS POLÍTICOS

El artículo 37 y el derecho electoral.

9. — El art. 37 nuevo 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."

Se trata de una norma nueva, porque el texto de 1853-1860 no contenía dispositivos explícitos sobre los derechos políticos, más allá de los mínimos referentes al sistema electoral en las partes destinadas a la designación de funcionarios.

Conviene también tomar en cuenta el segundo párrafo del art. 77 que dice así:

"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."

Por su parte, el art. 99 inciso 3º *prohíbe que en materia electoral el poder ejecutivo dicte decretos de necesidad y urgencia.*

Con fórmula *operativa,* el art. 37 garantiza directamente el *ejercicio pleno de los derechos políticos,* que ya no se circunscriben al sufragio para elegir gobernantes, sino que se explayan hacia otros aspectos en el derecho de *iniciativa legislativa* y en la *consulta popular* (artículos 39 y 40). (Ver acápite VI).

La alusión al principio de la "soberanía popular" traduce la recepción de la *participación política* en la sociedad democrática.

10. — Luego viene la calificación del *sufragio* como *universal, igual, secreto y obligatorio.*

La obligatoriedad, vigente desde antes por ley, merece abrir la duda acerca de si convenía que la constitución la impusiera. Como dentro de lo opinable tenemos preferencia personal por el sufragio *voluntario,* pensamos que la norma

constitucional no debería haber definido el punto, porque en un sentido o en otro era mejor que se relegara a la ley. No obstante, no sentimos herido ningún principio que se nos haga fundamental en nuestras valoraciones sobre el tema.

11. — Interesa ponderar que la norma comentada prescribe la *igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres* en el área de los derechos políticos y de los partidos.

Aun cuando tal igualdad se define "para el acceso a cargos electivos y partidarios", damos por cierto que, como principio subyacente, la constitución ha levantado hasta su propio nivel el *derecho electoral activo y pasivo de las mujeres* que, hasta hoy, dimanaba de la ley.

La norma obliga a garantizar mediante *acciones positivas* en la regulación del régimen electoral la ya mencionada *igualdad real de oportunidades* para hombres y mujeres; y en la disposición transitoria segunda se establece que tales acciones positivas no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse la constitución reformada y durarán lo que la ley determine.

De esta manera, se mantiene como mínimo todo cuanto, en pro de la igualdad de oportunidades, estaba previsto en la legislación hasta el 24 de agosto de 1994. Si en esa legislación (ley 24.012) algún sector de la doctrina interpretó que la "discriminación inversa" a favor de la mujer era inconstitucional, hay que decir ahora que tal inconstitucionalidad habrá de darse por desaparecida en virtud de que la constitución la ha asumido directamente como pauta para esclarecer el art. 37.

Que la legislación en vigor no sea susceptible de modificaciones que disminuyan los cupos femeninos, pero que la ley pueda acordar la temporalidad de la medida, nos hace comprender que tales cupos quedan congelados como mínimo en tanto configuran una "acción positiva" transitoria, que en el futuro podrá suprimirse o reemplazarse por otra, cuando el congreso estime que la discriminación inversa en favor de la mujer tiene que desaparecer o adquirir perfiles diferentes.

12. — Asimismo, la norma recae en materia propia de la *parte dogmática en su sistema de derechos* y, por ende, *obliga a las provincias*. Quiere decir que el derecho provincial también debe garantizar cuanto el art. 37 indica, y hacerlo aplicable para el acceso a cargos electivos y partidarios de índole local.

III. EL DERECHO ELECTORAL

13. — "Derecho electoral" es una locución que tiene dos sentidos: a) *objetivamente* (y de modo análogo a como se habla de derecho civil, penal, comercial, etc.) es el que regula la actividad electoral en

cuanto a sus sujetos, a su objeto, a los sistemas, etc.; b) *subjetivamente,* designa la potencia de determinados sujetos para votar o para ser elegidos.

a) En cuanto al primer sentido, el derecho electoral constitucionalmente abordado nos conduce a estudiar: a) el *electorado* —cuerpo electoral, electorado activo, electorado pasivo—; b) el *objeto* —designación de gobernantes, decisiones políticas sobre las cuales se recaba opinión, etc.—; c) los *sistemas* —territoriales y personales de distribución del electorado, forma de votar, cómputo y control de votos, asignación de cargos, resultados, etc.—.

Asimismo, al derecho electoral le interesa el estudio de los *partidos políticos* conectados con el electorado y con los órganos del poder.

b) En cuanto al segundo sentido, el derecho electoral nos lleva a examinar cuáles son los *sujetos* que tienen derecho político de sufragio y derecho político de ser elegidos, así como las *garantías* que para ejercer tales derechos les están deparadas en un caso y en otro.

El "derecho de elegir" como capacidad electoral configura subjetivamente el derecho electoral *activo;* y el de "ser elegido", el derecho electoral *pasivo.*

Dentro del cuerpo electoral y del electorado activo, no se incluye a los órganos del poder que, por diferentes normas constitucionales, tienen competencia para designar a los individuos portadores de otros órganos.

El derecho electoral objetivo.

El cuerpo electoral.

14. — El *cuerpo electoral* es un nombre plural o colectivo con el que se designa al conjunto de personas que componen el *electorado activo,* y que por esto disfrutan del *derecho de sufragio.*

El cuerpo electoral es, entonces, nada más que una *pluralidad* de individuos, pluralidad en la que —acaso— podría haber asociaciones —si éstas, como tales, sufragaran (por ej.: si los sindicatos eligieran diputados en un sistema de tipo funcional o corporativo). El cuerpo electoral no es un ente distinto de la suma de los electores, ni por ende, un órgano del estado. A lo sumo, le cabe el rótulo de *sujeto auxiliar del estado o del poder,* en cuanto conjunto de personas o entidades con capacidad electoral activa.

Es correcto atribuir al cuerpo electoral el ejercicio del llamado *"poder" electoral* siempre que tal "poder" no sea reputado un poder estatal ni incluido dentro de él.

Los extranjeros.

15. — Para que un individuo entre a componer el electorado activo debe tener la aptitud básica que es condición jurídica para el ejercicio de los derechos políticos. Esa aptitud se llama *ciudadanía,* y puede ser natural, o ser adquirida por naturalización. La constitución formal, al prescribir que los *extranjeros* gozan de los mismos derechos "civiles" de los ciudadanos, quiere aclarar, a contrario sensu, que no gozan necesariamente de los mismos derechos políticos. Nuestra constitución no confiere directamente los derechos políticos a los extranjeros, pero tampoco prohíbe que la ley se los reconozca.

La progresividad y maximización del plexo total de derechos da margen para que nuestro sistema democrático pueda ampliar el orbe de los derechos políticos a favor de los extranjeros que, afincados como habitantes, acrediten un lapso suficiente de permanencia en nuestro país. Es una propuesta que formulamos para promover las valoraciones colectivas favorables.

Los ciudadanos no habitantes.

16. — La ley 24.007, de 1991, ha previsto que los ciudadanos residentes en forma efectiva y permanente fuera del territorio sean electores que puedan votar en las elecciones federales.

El sistema es atractivo y simpático pero, con la constitución actual, nos resulta inconstitucional. Precisamente, el ciudadano que en forma permanente reside en el exterior no es habitante, no forma parte de la población de nuestro estado ni, por ende, integra el "pueblo" mentado en el art. 45 de la constitución.

En cambio, y a la inversa de lo establecido en la citada ley, bien cabría que quienes se hallaren *transitoriamente* en el exterior pudieran sufragar en el lugar en que ocasionalmente se encontraren, porque en tal hipótesis no habrían dejado de componer el cuerpo electoral.

Las mujeres.

17. — Ver nº 11.

El electorado pasivo.

18. — El derecho electoral se ocupa asimismo del *electorado pasivo,* o sea, de los individuos que tienen capacidad política para *ser designados* (o derecho electoral pasivo). En este punto, nuestra constitución no contiene una norma uniforme, porque para los distintos órganos de poder formula normas propias.

Como principio general ha de tenerse presente que cuando la constitución establece las condiciones de elegibilidad para un cargo o función, ellas no pueden

ser ampliadas ni disminuidas por la ley ni por ninguna otra norma; en cambio, cuando guarda silencio, aquellas condiciones pueden ser fijadas por los órganos competentes del poder constituido, tanto como cuando expresamente se remite a la ley.

El derecho electoral subjetivo.

El sufragio.

19. — Visto desde el enfoque *subjetivo,* el derecho electoral implica la *función del sufragio.* En lo que interesa al derecho constitucional, nos cabe decir que, en nuestro concepto, el sufragio es una *"función" política de naturaleza electoral, y de carácter individual.*

Afirmar que el sufragio es una "función" individual significa que es una *función personal* que cumple cada uno de los sujetos con derecho electoral activo; ello implica negaciones y afirmaciones:

a) *Negaciones:* a') el sufragio *no* es una función *estatal* o función del poder estatal; a") el sufragio *no* es una función que corresponda al cuerpo electoral como *órgano* del estado; a"') el sufragio no implica ejercicio del poder político, ni del gobierno, ni de la soberanía popular, ni tiene nada que ver con la supuesta representación del pueblo;

b) Afirmaciones: b') el sufragio es una función de cada ciudadano con derecho electoral activo, que se ejerce a título personal; b") esa función individual es una función *pública no estatal,* y tiene naturaleza política y electoral; b"') la función del sufragio apareja derechos y obligaciones; b"") la técnica del sufragio se utiliza como procedimiento para que los individuos expresen su voluntad política y para que computándola, se designe a los titulares del poder o se adopten decisiones.

20. — En el fallo de la Corte del 22 de abril de 1987 en el caso "Ríos Antonio J." encontramos la siguiente definición conceptual del derecho de sufragio: "el sufragio es un derecho público de naturaleza política, reservado a los miembros activos del pueblo del estado, que en cuanto actividad exterioriza un acto político".

21. — La función y el derecho individual de sufragio, así como la actividad de los partidos en relación con el proceso electoral, deben contar con *garantías* deparadas por la ley, y con rápido acceso al poder judicial para hacerlas efectivas en caso necesario. (Ver acápite VII).

El electorado pasivo.

22. — El *electorado pasivo,* visto desde el punto de vista subjetivo, requiere

que se deslinde con precisión cuáles son las personas con capacidad para ser elegidas.

Lo que nos cabe decir en este rubro es que: a) quienes constitucionalmente tienen capacidad electoral pasiva, pueden considerarse investidos de un *derecho "en expectativa"* a ser elegidos o designados; pero ello es así sólo potencialmente, o sea, en cuanto *candidatos* con aptitud suficiente; b) la situación jurídica subjetiva *se adquiere* y consolida una vez que la elección y la admisión a la función respectiva se han operado; c) esa situación jurídica subjetiva confiere al titular un *status* que, a su vez, lo inviste de un interés legítimo.

Aun cuando un candidato a cargo electivo sólo inviste una expectativa, hay que aclarar que tiene *"derecho" a no ser proscripto,* o a no ver bloqueada su postulación por medidas arbitrarias.

El art. 23,2 del Pacto de San José de Costa Rica respalda nuestra afirmación precedente.

23. — Nos interesa recalcar que el requisito de *idoneidad* que impone el art. 16 de la constitución como única condición para el acceso a los empleos, alcanza también a los cargos públicos electivos.

El tema ofrece campo para amplios comentarios que, en esta oportunidad y por el alcance de esta obra, limitamos con sentido realista a uno solo; dado el patrocinio partidista de las candidaturas, incumbe a los *partidos* el deber y la responsabilidad de seleccionar a los candidatos que postulan para aquellos cargos con arreglo a este requisito de idoneidad, en un doble sentido: *técnico* (para la función específica) y *ético* o moral.

El derecho judicial en materia de derecho electoral.

24. — Un somero repaso a la *jurisprudencia de la Corte* nos pone ante afirmaciones como las siguientes:

"En la forma representativa de gobierno consagrada por los arts. 1º y 22 de la ley fundamental el pueblo como entidad política, es la fuente originaria de la soberanía. El modo de ponerla en ejercicio es la elección de los representantes por el cuerpo electoral sobre la base de la representación libre. De este modo el sufragio es la base de la organización del poder; y el derecho que tienen los ciudadanos de formar parte del cuerpo electoral y, a través de éste, constituir directa o indirectamente a las autoridades de la nación";

"El carácter representativo de las autoridades depende de que su designación haya tenido o no origen en las elecciones. La función electoral del sufragio se realiza mediante las elecciones, que son técnicas o procedimientos mediante los cuales el pueblo elige a sus autoridades. Se realiza así la relación entre quienes aspiran a ser designados y quienes con su voto realizan la designación.

El primero es, individualmente considerado, el candidato; el segundo, se denomina elector y en su conjunto forman el cuerpo electoral";

"En el régimen representativo el cuerpo electoral es el órgano primario del estado que expresa la voluntad soberana de la nación derivando de él todos los órganos del estado. De ahí que el sufragio, además de un derecho de naturaleza política, sea una función constitucional, y su ejercicio un poder de la comunidad nacional, es decir, una competencia constitucional dentro de los límites y bajo las condiciones que la misma constitución ha determinado".

La prohibición de reelección.

25. — Las cláusulas constitucionales que prohíben la *reelección* de gobernantes no implican una proscripción lesiva del derecho a ser elegido, ni violan el art. 23.2 del Pacto de San José de Costa Rica.

Tal criterio es aplicable a las constituciones de nuestras provincias que impiden la reelección del gobernador. Así lo resolvió la Corte Suprema en su fallo del 6 de octubre de 1994 en el caso "Partido Justicialista de Santa Fe c/Provincia de Santa Fe".

De él se desprende que la reforma de la constitución federal en 1994, que habilitó una inmediata reelección del presidente y vicepresidente de la república, no puede entenderse como obligación provincial de autorizar también la reelección de los gobernadores locales.

IV. LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Su encuadre antes de la reforma constitucional de 1994.

26. — La constitucionalización formal de los partidos políticos data de la reforma de 1994. Con anterioridad, y sin norma alguna en la constitución formal, *existieron en la constitución material*. La constitución histórica les daba albergue en su matriz de principios y valores e, incluso, en la norma del art. 14 sobre el derecho de asociarse y en el art. 33 sobre derechos implícitos. Por algo, el derecho judicial de la Corte y la legislación infraconstitucional les confirieron desarrollo.

Desde 1962 —además— existe en el poder judicial federal la llamada "Justicia Electoral", creada por el decreto-ley 7163/62, cuya Cámara Nacional Electoral tiene competencia territorial en todo el país como tribunal de alzada.

27. — En el fallo de la Corte del 22 de abril de 1987 en el caso "Ríos Antonio

J." se alude al art. 1º de la constitución (ya antes de la reforma de 1994) como base de la existencia y pluralidad de los partidos, en tanto el voto del doctor Petracchi remite al derecho de asociarse con fines políticos en cuanto derecho no enumerado, que forma parte del más amplio de asociarse con fines útiles del art. 14, por lo que, como derecho no enumerado, nace del art 33.

En la citada sentencia encontramos la afirmación de que el reconocimiento jurídico de los partidos deriva de la estructura de poder del estado moderno, en conexión de sentido con el principio de la igualdad política, la conquista del sufragio universal, los cambios internos y externos de la representación política y su función de instrumentos de gobierno. Al reglamentarlos —añade— el estado democrático cuida una de las piezas principales y más sensibles de su complejo mecanismo vital.

28. — Con fecha 17 de junio de 1986, en el caso "Recurso de hecho deducido por José E. Ormache en la causa Fiscal del Superior Tribunal de Justicia doctor Mestres. Informa sobre Ormache José E.", la Corte Suprema declaró inconstitucional la norma de la constitución de la provincia de Entre Ríos que prohibía a los empleados administrativos del poder judicial local afiliarse a partidos políticos y desarrollar actividad política, por violatoria de los arts. 14, 16 y 33 de la constitución federal.

La naturaleza constitucional de los partidos.

29. — El partido político, en su encuadre constitucional, tiene para nosotros la siguiente fisonomía:

a) políticamente, es un *sujeto auxiliar del estado* (o del poder); b) jurídicamente, es siempre una *persona jurídica de derecho público "no estatal"* (aunque la ley pueda definirlo de otro modo).

La asociación política reconocida y personalizada como partido se compone: a) *de hombres* que tienen calidad de afiliados o miembros; b) de una *ideología política,* que ha de tener amplitud y generalidad suficientes para abarcar un panorama político de conjunto, y no ceñirse a un mero aspecto parcial de la política general; esa ideología cuaja en el programa y en la plataforma partidarias; c) de un *fin político,* que genéricamente consiste en influir o gravitar políticamente conforme al proyecto señalado en el inc. b); el *fin inmediato* puede, en determinados casos y para algunos partidos, enderezarse a la conquista o a la retención del poder, pero ello es únicamente un aspecto no esencial del fin, y por eso más bien se nos aparece como un "medio" para el fin genérico.

La dinámica de los partidos.

30. — La presencia dinámica de los partidos se hace patente a través de: a) la formulación de ideologías políticas, de opiniones públicas y de políticas activas; b) la participación en el proceso electoral; c) la gravitación, las influencias y las presiones sobre el poder; d) la ocasional ubicación de un partido determinado (que hoy es uno y mañana puede ser otro) en el uso del poder estatal —que en un sentido figurativo suele asignarle el rótulo de partido "gobernante"—; esto último se vincula con la permanencia y la alternancia partidarias en el poder; e) la recíproca situación de los partidos en posiciones de consenso, disenso u oposición.

En la dinámica del poder, las relaciones de los partidos en cuanto sujetos auxiliares del estado con órganos del poder o con órganos extrapoderes componen una categoría de las *relaciones "extraórganos"*. Nuestro derecho constitucional material conoce las siguientes:

a) relaciones en *la formación de los órganos de poder* del estado, como se advierte en la postulación partidaria de candidaturas para los cargos de origen electivo;

b) relaciones en el *ejercicio del poder por los órganos estatales*, que se evidencian en la composición partidaria de dichos órganos; en las presiones que los partidos ejercen sobre el poder, y viceversa; en la influencia que juegan para la designación de funcionarios públicos, etc.

Se advierte, por ejemplo, la estructura partidaria del congreso; la distinta relación que se traba entre el poder ejecutivo y el congreso según que el presidente de la república cuente o no con mayoría de su propio partido en una cámara o en ambas; la política del ejecutivo que responde a un programa partidario, acentuándose la vinculación cuando el presidente es jefe o líder del partido, etc.

La reglamentación legal y el control de los partidos.

31. — Esta cuestión suscita una encontrada multiplicidad de enfoques, que giran alrededor del *control estatal* sobre los partidos. Procurando circunscribir nuestra opinión a la esfera propia del derecho constitucional argentino, abordamos una doble perspectiva:

a) creemos que constitucionalmente es válido (lo que significa que no es inconstitucional) que la *ley reglamente razonablemente* los requisitos a que deben ajustarse los partidos para obtener su *reconocimiento*, y que al reglamentarlos *excluya* de ese reconocimiento

a los que por su doctrina y su actividad se opongan abiertamente al proyecto político democrático de la constitución; esto presupone el llamado control "cualitativo" (o doctrinario) de los partidos;

b) sobre la base de la afirmación anterior, los órganos competentes (justicia electoral) para otorgar o negar el reconocimiento a los partidos, quedan habilitados para *denegar* (o en su caso cancelar) el reconocimiento al partido que discrepa con la constitución;

c) desde el prisma de la *prudencia* y la *conveniencia políticas*, es posible estimar que, pese a la constitucionalidad que habilita la solución antes expuesta, resulta preferible no usar ese método, sino más bien otro más pragmático, conforme al cual el reconocimiento a un partido sería denegado sólo cuando éste ofreciera "*peligro* real y actual" para el sistema constitucional.

Optamos por el criterio último.

32. — El problema constitucional más grave a resolver es el del partido llamado "antisistema" que, mimetizándose con el sistema democrático, tiende a su destrucción, al modo como Duverger rotula la "lucha *contra* el régimen", o "*sobre* el régimen". De todos modos, no parece que en este supuesto deba abandonarse la pauta tan pragmática de denegar el reconocimiento a un partido solamente cuando su actividad concreta representa un *peligro real, actual y presente*. De no ser así, es mejor dejarlo actuar a rostro descubierto que prohibirlo.

33. — No es constitucional la afiliación coactiva o forzosa; las desigualdades arbitrarias entre afiliados y no afiliados; las trabas a la desafiliación, etc. Se puede incurrir en tales extremos no sólo cuando el estado impone la afiliación o dificulta la desafiliación, o cuando desiguala a los individuos según estén o no afiliados a un partido determinado o a cualquiera, sino también cuando en similares prácticas incurren los propios partidos. De ahí que para reconocerlos, el estado deba exigirles una *organización interna democrática*.

En suma, el pluralismo constitucional de la sociedad libre se satisface con: una "democracia" *entre* partidos, y una "democracia" *de* partidos; este desdoblamiento atiende a la relación democrática "interpartidaria" y a la estructura y vida "internas" democráticas de cada partido.

El poder disciplinario de los partidos.

34. — El poder disciplinario de los partidos es un aspecto que, aun con peculiaridades derivadas de la naturaleza de los partidos, corresponde al tema del poder disciplinario de las asociaciones.

En forma muy breve sostenemos que: a) los partidos, como cualquier asociación, disponen de poder disciplinario sobre sus afiliados; b) en ejercicio del mismo pueden aplicar sanciones conforme a sus estatutos o a su carta orgánica, respetados el debido proceso y la razonabilidad; c) no gustamos decir que ese poder disciplinario, y las sanciones que en uso de él recaen en los afiliados, pertenezcan a la "zona de reserva" del partido como exclusivamente propia de él y como exenta de control judicial; d) lo que sí afirmamos es que: d') las sanciones partidarias deben quedar sometidas a revisión judicial, y que siendo éste el principio constitucional que adoptamos hay que añadir, a partir de allí, que: d") el tribunal judicial al que se lleva en revisión una sanción partidaria sólo la debe descalificar cuando resulta arbitraria, o cuando ha sido dispuesta sin sujetarse a las formas básicas del debido proceso; e) una vez conciliados de esta manera el control judicial y la libertad que, como propia de toda asociación, debe reconocérsele a los partidos en su vida y en su organización internas, no consentimos que la revisión judicial se estreche porque se alegue que el afiliado sancionado o expulsado no sufre perjuicio; sobre todo en el caso de separación del partido, el agravio, y su repercusión dañina, radican en el hecho de que quien voluntariamente quiere pertenecer a un partido, ve violado su derecho de asociación si se lo expulsa sin causa razonable o sin previo derecho de defensa.

El derecho judicial en materia de partidos políticos.

35. — Una breve incursión en el derecho judicial emergente de la Corte Suprema nos coloca ante principios como éste:

a) "el régimen representativo dio origen a la existencia de los partidos políticos organizados, los que virtualmente se convirtieron en órganos indispensables para el funcionamiento del sistema"; b) "el hecho de que los sistemas electorales estén relacionados con el régimen de partidos políticos y que éstos sean órganos intermedios entre gobernantes y gobernados y pieza clave para la existencia del régimen representativo significa reconocer que los partidos existen por y para el régimen representativo y no éste por y para aquéllos"; c) "esta Corte ha reconocido a los partidos políticos la condición de auxiliares del estado, organizaciones de derecho público no estatal, necesarios para el desenvolvimiento de la democracia y, por tanto, instrumentos de gobierno cuya institucionalización genera vínculos y efectos jurídicos entre los miembros del partido, entre éstos y el partido en su relación con el cuerpo electoral, y la estructura del estado"; "son grupos organizados para la selección de candidatos a representantes en los órganos del estado. Esa función explica su encuadramiento estatutario y, en los hechos, que sistema de partidos y sistema representativo hayan llegado a ser sinónimos"; d) "los partidos políticos condicionan los aspectos más íntimos de la vida política nacional e, incluso, la acción de los poderes gubernamentales y, al reglamentarlos, el estado cuida una de las piezas principales y más sensibles de su complejo mecanismo vital; en consecuencia, resulta constitucionalmente válido el ejercicio del poder reglamentario al establecer controles gubernamentales, con el objeto de garantizar la pluralidad, la acción y el sometimiento de los partidos a las exigencias básicas del ordenamiento

jurídico y su normalidad funcional"; e) "la ley orgánica de los partidos políticos después de definirlos como 'instrumentos necesarios para la formulación y realización de la política nacional', les asigna, 'en forma exclusiva, la nominación de candidatos para cargos públicos electivos' (art. 2º, ley 23.298); todo el resto de la ley está dirigido a garantizar a las agrupaciones el derecho a su constitución, organización, gobierno propio y libre funcionamiento, así como el derecho a obtener la personalidad jurídico política para actuar en los distritos electorales (art. 1º, ley 23.298)"; f) "la defensa jurisdiccional del régimen representativo exige que los partidos no excedan su normalidad funcional; es decir, se limiten a proveer la dirección política y la alta jerarquía del estado; formular los planes para la realización de la política nacional; seleccionar lo mejor de su dirigencia para su nominación como candidatos para cargos públicos electivos (art. 2º, ley 23.298); canalizar la voluntad popular y la opinión mediante una costante labor de información política al pueblo; a estas tareas se le suman como implícitas las de preparar al ciudadano para el buen uso de la herramienta de trabajo cívico que es el voto, respetar los marcos del sistema político y cumplir su función de órganos intermedios entre el cuerpo electoral y el elegido, entre el gobierno y los gobernados"; g) puede negarse el reconocimiento a una agrupación política cuando su actuación traduce un peligro cierto y real para la subsistencia del estado democrático; h) a efectos de apreciar, en las causas judiciales, el carácter subversivo de una agrupación, los jueces han de ponderar el programa real y verdadero, aunque oculto, y no el programa ficticio que les es presentado por los partidos con miras a la obtención de su reconocimiento.

V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 EN MATERIA DE PARTIDOS POLÍTICOS

El artículo 38 y las pautas garantistas para los partidos políticos.

36. — En el art. 38 nuevo leemos:

"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."

La nueva norma es sobria. Los define como instituciones fundamentales del *sistema democrático,* con lo que esclarece dos cosas: la *fundamentalidad* del sistema partidario, y su integración en y para la *democracia.*

Acabamos de aludir a la "democracia", porque de la tónica del art. 38 se desprende que el estado no queda inerme frente a partidos *antisistema* que en una circunstancia concreta realmente renegaran de la democracia. (Ver nº 31).

37. — Se enmarca a los partidos con directrices como éstas: *libertad para su creación y sus actividades; representación de las minorías* (dentro de su estructura interna, según entendemos); *competencia para postular candidaturas* a cargos públicos electivos; *acceso a la información pública; difusión de sus ideas; contribución estatal* al sostén económico de las actividades y de la capacitación de sus dirigencias; *obligación partidaria de dar a publicidad el origen y destino de sus fondos y su patrimonio.*

Hay una columna vertebral dentro de ese diagrama: los partidos gozan de *libertad* dentro del respeto a la constitución, y ésta les *garantiza* su organización y funcionamiento democráticos, con el lineamiento antes pautado.

El esquema severo, pero simultáneamente elástico, deja espacio suficiente para la regulación legal y para la normativa interna en cartas y estatutos de cada agrupación política.

38. — La norma del art. 37 que explicamos en el nº 11 obliga a garantizar mediante *acciones positivas* en la regulación de los partidos políticos *la igualdad real de oportunidades* para hombres y mujeres.

39. — La tónica de libertad y de garantismo que inspira al art. 38 se completa con el estímulo a la *participación interna* de afiliados, de corrientes y de minorías en la vida partidaria, más un aspecto básico de la *libertad de expresión e información.* Tal es el sentido que asignamos a la alusión que se hace a la *representación minoritaria,* y al *acceso a la información pública y a la difusión de las ideas.*

Consensos y disensos según la línea doctrinaria y programática de los partidos quedan, de esta manera, asegurados, no sólo entro de ellos, sino en su proyección externa al ámbito de la sociedad.

40. — Con relación a los dos aspectos de *organización y funcionamiento* consideramos que cuando el art. 38 dice que la constitución "garantiza..." está

imputando al *estado* el *deber* de proveer las garantías consiguientes; pero, además, las garantías deparadas por la constitución proyectan hacia el *interior* de los partidos el mismo conjunto de pautas, que ellos tienen que acoger y a las que deben atenerse en su organización y en su actuación. Quiere decir que lo garantizado también implica, *para los partidos,* el *deber* de dar recepción a todas las pautas cubiertas por las garantías. En resumen, estamos frente a garantías "para" la democracia, tanto *dentro* de los partidos como en su actividad *hacia afuera,* es decir, intra y extrapartidariamente.

41. — En cuanto a la *representación de las minorías,* podemos dar al texto la amplitud que merece cuando se presupone la organización y el funcionamiento democráticos de los partidos. En consecuencia, hay aquí —además de un parámetro para la estructura interna de los mismos— una directiva obligatoria para el *régimen electoral,* que debe establecer un sistema que asegure el acceso pluralista de los partidos a los cargos que se provean por elección popular para los órganos de poder colegiados. No se trata de una receta única para implantar un sistema determinado, pero sí de la exclusión de cualquiera que, como el de lista completa, adjudica todos los cargos a un solo partido, porque en ese supuesto no se deja sitio a las representaciones minoritarias.

La competencia partidaria para postular candidatos.

42. — Cuando el art. 38 hace referencia a garantizar la *competencia para la postulación de candidatos* a los cargos públicos de elección popular, entreabre espacios sugestivos, que pueden ser razonablemente cubiertos por la ley de partidos políticos y por la de régimen electoral, así como por decisiones internas de los mismos partidos.

Si se asume como cierto que la postulación de candidaturas surge desde la estructura interna partidaria, y se ofrece luego públicamente al electorado, es viable imaginar al menos dos aspectos posibles: a) uno, que *el estado debe garantizar a los partidos una competencia interna* entre los afiliados que aspiran a investir el papel de candidatos; b) otro, que *no puede prohibirse la postulación partidaria de candidaturas para ofrecer al electorado.* Cada aspecto tiene su perfil propio, y vale detenerse brevemente en él.

"Competencia" tiene dos acepciones que son útiles para dilucidar el tema. Una alude a la acción de "competir", y el verbo competir significa contender entre dos o más sujetos. Otra alude a la incumbencia, atribución o función que son propias de un órgano, y el verbo que acá se inserta no es "competir" sino "competer", que quiere decir pertenecer, corresponder o incumbir al órgano competente; de allí deriva la locución "tener, investir o asumir competencia", o "ser competente" (para algo).

Reduciendo lo anterior a dos alternativas, es viable suponer que garantizar la competencia para postular candidatos apunta doblemente: a) a "hacer" competencia (competir) y b) a "tener" competencia (competer).

A) 43. — En la acepción de *"hacer" competencia* (o competir para la postulación de candidatos, se haría viable un desdoblamiento: a) *internamente,* los partidos deberían acoger y practicar algún sistema de selección de candidaturas que eliminara el señalamiento o la imposición por las jefaturas partidarias, abriéndose a la competitividad; b) *externamente,* los partidos deberían entablar entre sí otra metodología también competitiva en la oferta de candidatos para que la sociedad dispusiera de suficiente capacidad de opción.

En cuanto al inc. a) nos aventuramos a sugerir que la *ley* podría razonablemente obligar a los partidos a seleccionar los candidatos que han de ofrecer al electorado mediante un procedimiento intrapartidario que diera participación a los afiliados y, acaso, también a quienes no lo son.

En cuanto al inc. b), no hay duda de que los *procesos electorales legítimos* exigen que exista efectiva competitividad leal entre los candidatos de los diferentes partidos que concurren a cada acto electoral.

B) 44. — Cuando acudimos a la segunda acepción —*"tener" competencia,* o "ser" competente— ya dejamos de lado el verbo "competir" y nos ceñimos al verbo "competer". La garantía de competencia para postular candidaturas equivale, entonces, a asegurar que *los partidos tienen facultad, o derecho, o habilitación para proponer al electorado, y para someter a su votación en un comicio, los candidatos que cada partido postula oficialmente para un cargo electivo.*

No hay duda de que éste es un sentido que el art 38 ha asumido claramente en su letra y en su espíritu: la constitución ha querido que *los partidos postulen candidatos.*

El monopolio de las candidaturas por los partidos.

45. — *Antes de la reforma de 1994,* el monopolio de las candidaturas por los partidos ya había suscitado debate acerca de su constitucionalidad. El impedimento legal para presentar candidatos sin patrocinio de un partido fue considerado por algún sector como una "condición" de elegibilidad que se añadía inconstitucionalmente a las previstas en la constitución.

Siempre habíamos pensado que la constitución no imponía ni prohibía el monopolio partidario de las candidaturas, y que le quedaba discernido a la ley escoger razonablemente una de las alternativas.

Ahora, con el art. 38, la situación no ha variado demasiado. Creemos que:

a) la norma constitucional nueva *garantiza* (o asegura) a los partidos la *facultad* de postular candidatos; que

b) *no prohíbe* que la *ley* arbitre razonablemente un sistema ampliatorio que adicione la posibilidad de *candidaturas no auspiciadas por un partido.*

De todos modos, cuando en el nº 50 hagamos referencia a la composición prevista para el *senado* por el art. 54, diremos que para este supuesto la constitución implanta el *monopolio de los partidos* en la postulación de senadores.

46. — Antes de la reforma de 1994, en el caso "Ríos, Antonio J.", del 22 de abril de 1987, la Corte declaró que no era inconstitucional el sistema legal que adjudicaba a los partidos políticos en forma exclusiva la nominación de candidaturas para los cargos públicos electivos.

La expresión libre.

47. — La garantía al *acceso a la información pública y a la difusión de las ideas* nos resulta vital. Son aplicaciones que de la libertad de *expresión* y de *información* (tanto en la búsqueda, recepción y transmisión de la última) hace el artículo a favor de los partidos.

Sin duda, ellos revisten un protagonismo importante en la formación y divulgación de opiniones públicas, y cercenarles la libertad en ese campo sería interferir y trabar una función fundamental dentro de la sociedad y del sistema político en su conjunto.

El financiamiento de los partidos.

48. — Por fin, aparece el *sostenimiento económico* por parte del estado. Es común en el derecho comprado, y tiene tradición legal en nuestro medio.

El tema presenta margen amplio para diversidad de opiniones doctrinarias. Desde un ángulo, podría sostenerse que en la sociedad organizacional contemporánea hay muchísimas entidades que, al igual que los partidos —y para algunos, más aún que éstos—, resultan trascendentales por sus fines en orden al bien común público, no obstante lo cual carecen de ayuda económica del estado. Desde otro ángulo, cuando se atiende al intenso *fin institucional* que incumbe a los partidos como *sujetos auxiliares del estado,* la idea opositora al

subsidio oficial se aplaca o se desvanece, en virtud de que esa cooperación —sobre todo si toma en cuenta la presencia de los partidos que han alcanzado representación en los órganos de poder— coadyuva a que aquel fin institucional les resulte más fácilmente accesible.

Un estado que acoge un sistema de partidos, que prohija la participación, que se vale de ellos para cubrir —en todo o en parte principal— sus elencos de poder, está en condiciones de afrontar parcialmente su sostenimiento económico. Reparemos en que el nuevo artículo lo dirige a y para que *desarrollen sus actividades* y para que *capaciten a sus dirigentes,* lo cual importa un señalamiento y una cobertura amplia del destino de los recursos estatales para las organizaciones partidarias.

A la par, se los obliga a *hacer público el origen y el uso de sus fondos y de su patrimonio,* lo que no siempre es fácil de efectivizar, pero proporciona un ámbito para el *control* de los ingresos no estatales y del objetivo al cual se aplican.

Acabamos de aludir al *control* de los ingresos "no estatales", pero también en orden a los de *origen estatal* ese control es imprescindible; la constitución no ha incluido pauta alguna sobre el *control* en ninguno de ambos sentidos, y consideramos que la ley debe implantarlo rigurosamente, porque el silencio del art. 38 no se ha de interpretar como excluyente de la fiscalización, máxime si tomamos en cuenta que en su último párrafo consigna el ya citado deber partidario de dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio.

El hacerlo público a simple título informativo, y sin que opere un control eficaz por parte del estado, no satisface a las exigencias democráticas ni a la ética política.

El sistema de partidos, más allá de los artículos 37 y 38.

49. — El sistema de partidos no queda agotado en los artículos 37 —sobre derechos políticos— y 38 —específico sobre los partidos—. Hay que indagar en otros.

Fundamentalmente, es al *senado* al que hay que dirigir la primera mirada. El art. 54, al elevar a tres senadores el número de los que se elegirán en cada provincia y en la ciudad de Buenos Aires, estipula que corresponden dos bancas al *partido* que obtiene el mayor número de votos, y la restante *al que le sigue* en número de votos.

Similar fisonomía puede descubrirse en la *disposición transitoria cuarta,* cuando regula la transición electoral para integrar el senado. En efecto, el segundo párrafo de esta cláusula prevé que la designación por la legislatura

también se hará de modo que en la integración del cuerpo, y en lo posible, el reparto de dos bancas y una banca se efectúe a favor del partido o la alianza que tenga mayor número de miembros en la legislatura, y del que le siga en número de miembros de ella.

También debe prestarse atención al párrafo tercero, para finalmente comprender que mientras las legislaturas locales tengan a su cargo la designación de los senadores, su papel se limitará a *convalidar* a quienes resulten nominados por los partidos políticos.

50. — No queda duda de que ahora, conforme al art. 54, la competencia para postular candidatos a senadores es *propia y exclusiva* de los partidos políticos.

Además, es posible que —más allá de las críticas que parte del universo doctrinario y político formulan al tercer senador y al sistema electoral establecido por el art. 54— haya que reconocer que se ha procurado conferir al senado una fisonomía *pluralista*, conciliando la mixtura de "partido mayoritario-oposición".

El senado como órgano tradicionalmente representativo de las provincias acopla, claramente, una definida *representación partidaria*, dado el modo de reparto de los tres escaños por jurisdicción, y coloca bajo duda un aspecto polémico: ¿las bancas son de los partidos, o solamente se trata de una expresión normativa que no va más allá de la distribución de las tres bancas?

51. — Hay otros artículos de la constitución que, luego de la reforma, obligan a que haya determinada presencia partidaria en las estructuras gubernamentales. Así:

a) el *art. 85*, al diseñar la *Auditoría General de la Nación*, prescribe que el presidente de este organismo de control será designado "a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el congreso";

b) el *art. 99 inc. 3º*, al referirse a la *Comisión Bicameral Permanente*, establece que en su composición se debe respetar la proporción de las representaciones políticas de cada cámara;

c) en el régimen de *ballotage* para la elección directa del presidente y vicepresidente de la república se hace alusión a las "fórmulas" de candidatos, dejando entrever que su postulación cuenta con respaldo partidario, al menos mientras subsista el monopolio de las candidaturas por los partidos políticos.

52. — Por lo expuesto, y sin desconocer que el sistema de partidos reclama reformas importantes, consideramos que —guste o no— hay ahora cláusulas constitucionales que los reconocen e institucionalizan como organizaciones fundamentales del sistema democrático. Lo traducimos en la afirmación —con carácter de principio constitucional— de que *debe haber partidos,* y de que *es la sociedad* —también en ella y desde ella— el *ámbito de su creación y su funcionamiento libre y democrático.*

VI. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LOS NUEVOS DERECHOS POLÍTICOS

Las formas semidirectas.

53. — Los arts. 39 y 40 han incorporado dos formas semidirectas de participación política en materia de derechos políticos: la *iniciativa legislativa popular,* y la *consulta popular.*

Con esta reforma de 1994 se ha desbaratado el argumento de que, antes de ella, las formas semidirectas eran inconstitucionales por colisionar con el principio "representativo" enunciado normativamente en el art. 22, que después de la reforma subsiste incólume. (Ver T. I, cap. VII, nº 62/64).

La "consulta" popular de 1984.

54. — El único antecedente que registra nuestra historia en el orden federal es la consulta popular, no obligatoria ni vinculante, realizada en 1984 para el conflicto austral con Chile, que para nosotros fue perfectamente constitucional.

Cuando por vía de amparo un ciudadano impugnó dicha convocatoria a consulta popular efectuada en 1984 por el poder ejecutivo para que el cuerpo electoral votara voluntariamente por "sí" o por "no" acerca del arreglo del diferendo austral con Chile, la Corte entendió que la pretensión no configuraba "causa" o "caso" judiciable en los términos del entonces art. 100 de la constitución y de la ley 27 (art. 2º). (La disidencia de los doctores Fayt y Belluscio entró al fondo del asunto, y ambos jueces consideraron que no existía violación alguna a la constitución).

La iniciativa popular para proyectos de ley.

55. — El *art. 39* prescribe:

"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."

(La *bastardilla* es nuestra).

El art. 39 diseña escuetamente el derecho de *iniciativa legislativa*. La norma queda abierta para que la ley reglamentaria la desarrolle y la cierre.

56. — a) Se reconoce este derecho a los *ciudadanos* con el objeto de que presenten "proyectos de ley" en la *cámara de diputados*, la que viene así a ser *cámara de origen* para su tratamiento.

Si se trata de una materia para la cual la constitución exige que lo sea el senado —como es el caso de la legislación prevista en el art. 75 inciso 19, párrafo segundo— nos parece que el proyecto igualmente ha de ser presentado en la cámara de diputados, y que ésta debe girarlo al senado para comenzar allí el trámite.

b) La norma procura evitar que el derecho de iniciativa se esterilice en una mera propuesta de quienes lo ejerzan, y *obliga al congreso* a conferirle *tratamiento* dentro del término de *doce meses*, que interpretamos corridos, sin deducir el tiempo de receso congresional.

c) Quedan excluidas de la posibilidad de presentación de proyectos algunas materias taxativamente enumeradas; así, los referidos a la *reforma de la constitución*, a *tratados internacionales*, a *tributos*, al *presupuesto*, y a la *legislación penal*.

57. — El congreso tiene la *obligación de dictar la ley reglamentaria* para el ejercicio de este derecho.

La constitución prescribe pautas: esa ley requiere el voto de la mayoría absoluta sobre el total de los miembros de cada cámara, y no puede exigir para ejercer la iniciativa más del 3% del padrón electoral federal, debiendo contemplar dentro de esa cifra una adecuada distribución territorial para la suscripción de la iniciativa.

Este último recaudo procura que en el 3% de los ciudadanos promotores del proyecto que se presente no quede arbitrariamente excluida o discriminada —en relación con la totalidad del territorio— la participación de zonas, regiones o provincias.

Conforme a la disposición transitoria tercera, la ley reglamentaria del art. 39 debía ser dictada dentro de los dieciocho meses de sancionada la reforma de la constitución.

La ley 24.747.

58. — El plazo se venció, y recién el 27 de noviembre de 1996 el congreso dictó la *ley reglamentaria* del art. 39 bajo el *nº 24.747.*

Como comentario a su texto podemos resumidamente decir, en orden a los puntos fundamentales, que:

a) Ni la constitución ni la ley prevén qué ocurre si el congreso *no se expide* en el plazo de doce meses señalado en el art 39 constitucional; no nos cabe duda que de ocurrir tal situación estaríamos ante una *inconstitucionalidad por omisión*, pero no se ha articulado expresamente remedio alguno para instar al órgano, ni para subsanar la omisión.

Una vía pudo ser la de someter a consulta popular el proyecto, al modo como lo estipula la constitución de la provincia de La Rioja.

b) El plazo constitucional de *doce meses* para que el congreso trate el proyecto, que de acuerdo a la letra del art. 39 parece correr *desde su presentación* en la cámara de diputados, es objeto de dilación en la ley; en efecto, su art. 11 le da inicio desde que la cámara lo admite, para lo cual los arts. 8º y 10 exigen previamente una tramitación ante comisiones parlamentarias.

c) En esa previa tramitación, si la Comisión de Asuntos Constitucionales —que es la primera llamada a intervenir después de la presentación del proyecto— lo rechaza, el art. 9º dice que *no se admitirá recurso alguno;* queda la impresión de que acá se altera el *deber* de la cámara de tratarlo dentro del lapso de doce meses, ya que el rechazo por la citada comisión bloquea definitivamente —sin recurso alguno— la iniciativa.

d) El porcentaje de *firmantes* del proyecto que fija el art. 39 (3% del padrón federal) es un tope y no un piso; el art. 4º de la ley

reglamentaria lo ha reducido al *1,50%*, que debe representar como mínimo a *seis distritos electorales*, salvo que la iniciativa tenga alcance *regional*, en cuyo caso el porcentual ha de obtenerse solamente sobre el total empadronado en la totalidad de provincias que integran la región, sin considerar el número de distritos.

e) El art. 39 de la constitución ha acogido la iniciativa "formulada", ya que el proyecto tiene que presentarse *articulado;* el art. 5º de la ley 24.747 así lo reglamenta, estipulando requisitos.

La consulta popular.

59. — El art. 40 nuevo dice así:

"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."

60. — La norma arbitra dos clases de consulta: una *vinculante,* y otra *no vinculante.*

Para la primera, la *iniciativa* pertenece a la *cámara de diputados*, y tiene como objeto *someter un proyecto de ley al veredicto del pueblo.* No dice de los "ciudadanos", ni del "cuerpo electoral", y se nos suscita una duda: ¿cabría convocar a quienes no son ciudadanos y no integran el electorado activo empadronado? Pensamos que no, porque en el léxico tradicional de la constitución, el término "pueblo" siempre ha tenido en el sistema electoral el sentido alusivo que restringe su aplicación semántica a quienes titularizan el derecho político de sufragio. (No obstante, ver lo que decimos en el nº 15).

Es interesante destacar el papel preponderante que la constitución le otorga a la decisión de la *cámara de diputados;* por un lado, es ella sola la que puede impulsar la ley de convocatoria para disponer la consulta; por el otro, esa ley de convocatoria produce *efectos automáticamente* por sí misma, porque está *prohibido el veto* del poder ejecutivo; por fin, el voto afirmativo del pueblo

convierte en ley al proyecto que se ha sometido a su consulta, y la *promulgación* de tal proyecto también es *automática.*

Vemos, entonces, que tanto la ley que convoca a consulta, como el proyecto de ley sometido a ella cuando consigue voto popular favorable, se liberan de toda intervención objetora del poder ejecutivo, haciendo excepción a la regla de que su participación es necesaria para componer el acto complejo de la ley, y de que su voluntad opositora obsta a su configuración. Ello comprueba el reforzamiento que se concede al congreso cuando convoca a consulta, y al electorado cuando en ella da su veredicto afirmativo al proyecto de ley que se puso a decisión última y definitva de él.

61. — La otra modalidad es la de consulta popular *no vinculante,* y de *voto voluntario.* Reproduce la utilizada en la ya recordada oportunidad del año 1984 (ver nº 54).

Para este supuesto, el art. 40 depara la competencia de decisión convocatoria tanto al *congreso* como al *presidente de la república,* pero dentro de la *competencia* que a cada uno le pertenece. Quiere decir que acá se ha acogido el principio de *paralelismo de las competencias:* el congreso puede convocar a consulta cuando quiere auscultar la opinión del electorado sobre una materia en la que le incumbe decidir al mismo congreso en ejercicio de una competencia suya; y al presidente le cabe similar convocatoria cuando, con análogo propósito, tiene que adoptar una decisión en su esfera funcional. Cuando en la decisión que se desea derivar a consulta popular la constitución prevé la participación del congreso y del presidente —como fue el caso de 1984: un tratado internacional que firma y ratifica el presidente, pero que antes de la ratificación necesita aprobación congresional— creemos que el art. 40 habilita a cualquiera de los dos órganos para la convocatoria.

La ley reglamentaria.

62. — Por último, la norma del art. 40 queda sujeta a una ley del congreso que debe reglamentar tres aspectos: a) las *materias* susceptibles de deferirse a consulta; b) los *procedimientos* a seguir, y c) la *oportunidad* de realizarla.

Esta ley reglamentaria requiere, para su sanción, el voto de la mayoría absoluta sobre la totalidad de legisladores de cada cámara.

63. — La ley reglamentaria no ha recibido plazo dentro del cual deba ser dictada, a diferencia de lo que ocurre con la prevista en el art. 39.

Mientras dicha ley no exista ¿es viable que la consulta popular opere con la sola base del art. 40?

Muchas veces, en ocasión de cuestiones distintas, hemos dicho que cuando se dicta una norma nueva —constitucional o legal— nunca es posible interpretarla de modo tal que la consecuencia aplicativa conduzca a un resultado menos favorable o peor que el que se había logrado cuando dicha norma no existía. Tal vez, sin darnos cuenta, estábamos usando el criterio de la irreversibilidad de los derechos, que lisa y llanamente impide retroceder cuando se ha alcanzado algún plus de añadidura.

A la luz de este criterio, y tomando en cuenta que sin norma expresa de ninguna índole —ni en la constitución, ni en la legislación— tuvimos por constitucionalmente ortodoxa la consulta popular no vinculante del año 1984, habría que admitir que el art. 40 es *operativo,* y que por ende la ausencia de ley reglamentaria no sería óbice para que, ajustándose estrictamente al diseño de dicha cláusula, pudiera someterse al electorado un proyecto de ley.

¿Hay materias sustraídas?

64. — Queda por examinar si en la consulta popular rigen o no las *prohibiciones* que el *art. 39* consigna para la iniciativa legislativa popular.

El *art. 40* guarda silencio sobre el punto, pero entendemos que, no obstante la ausencia de definición constitucional en tal sentido, tiene suficiente lógica suponer que las cinco materias que no pueden ser objeto de iniciativa popular, *tampoco pueden serlo de consulta popular* (reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto, y materia penal).

Es muy dudoso que la ley reglamentaria del art. 40 cuente con margen para añadir otras cuestiones sustraídas a la consulta popular.

La reforma de la constitución por vía de consulta popular.

65. — Sea que la interpretación extienda —desde el art. 39— la prohibición de someter a consulta popular una reforma constitucional, sea que admita la competencia del congreso para señalar las materias que se le sustraen, estamos seguros de que *una reforma de la constitución no puede ser objeto de consulta.* Y esto con un doble aspecto:

a) no es viable reemplazar al congreso en la declaración de necesidad de reforma y derivarla a consulta, para después habilitar la instancia de la convención reformadora;

b) mucho menos lo es reemplazar las dos etapas de reforma (declaración de su necesidad por el congreso, y enmiendas a cargo de la convención) por una consulta que abarque ambas cuestiones.

La rotunda negativa que formulamos se funda en lo siguiente:

a) cuando el congreso declaró la necesidad de reforma que luego se llevó a cabo en 1994, prohibió toda modificación en los 35 primeros artículos de la constitución, lo que significa que la enmienda que incorporó al nuevo art. 40 nunca puede usarse ni aplicarse para eludir el doble mecanismo del art. 30, que es la única norma que sigue rigiendo el procedimiento de reforma;

b) aunque lo precedentemente dicho no fuera aceptado, siempre quedaría el argumento de que el art. 30 es la norma específica que rige la reforma de la constitución, y que no puede proyectársele otra norma que no se halla expresamente destinada a ese fin, porque de esa manera se estaría marginando a la norma especial.

VII. LA JUDICIABILIDAD Y LA LEGITIMACIÓN PROCESAL EN MATERIA DE DERECHOS POLÍTICOS Y DE CUESTIONES ELECTORALES Y PARTIDARIAS

La relación entre judiciabilidad y legitimación.

66. — Si partimos del principio de que los derechos políticos son hoy un sector importante de los *derechos humanos,* es imprescindible encarar la *legitimación procesal* para la tutela de los derechos políticos. Lo que de inmediato se plantea —una vez aceptado que debe haber sujetos legitimados— es a quiénes se reconoce esa legitimación. Por ahora contestamos que: a) a los *ciudadanos* que titularizan derechos políticos; b) a los *partidos políticos.*

67. — Como tema previo, decimos que para que se invista de legitimación a determinados sujetos hace falta que las cuestiones referentes a derechos políticos, al derecho electoral, y a los partidos políticos, se reputen susceptibles de configurar *causas justiciables.* En efecto, si conforme a la anacrónica teoría de las "cuestiones políticas" se sostiene que no provocan causa judiciable, de nada vale ocuparse de la legitimación procesal, ya que lo que no se puede juzgar escapa a la jurisdicción, competencia y decisión del poder judicial y, por ende, nadie puede pretender legitimación par articular judicialmente una pretensión que, por su no justiciabilidad, queda retraída al poder judicial.

Tenemos personalmente conjugadas dos nociones básicas: a) las

cuestiones que versan sobre derechos políticos, sobre derecho electoral y sobre partidos políticos, son *justiciables* o, dicho al revés, *no son cuestiones políticas no justiciables;* b) si son justiciables, requieren que se reconozca *legitimación procesal* a determinados sujetos interesados en ellas que, ya adelantamos, son: b') los *ciudadanos;* b") *los partidos.*

68. — Concurre una diversidad de argumentos para asentar la tesis antes resumida. Como mínimo, entendemos que al día de hoy se puede citar:

a) En orden al *derecho interno argentino:* a') la existencia en la jurisdicción federal de tribunales del poder judicial "de la nación" con competencia electoral (juzgados federales de 1ª instancia, y la Cámara Nacional Electoral); a") la dosis de "cuestión constitucional" que en la mayoría de los casos se alberga en las cuestiones sobre derechos políticos, derecho electoral, y partidos;

b) En orden al *derecho internacional,* hay que tener muy presente que una vez que tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados al derecho argentino e investidos de jerarquía constitucional (Pacto de San José de Costa Rica y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) integran a los derechos políticos dentro del plexo de los derechos humanos, esos mismos tratados obligan a arbitrar *vías de acceso a la justicia* para la determinación y el amparo de los derechos políticos.

En tal sentido es elocuente la resolución nº 01/90 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los casos 9768, 9780 y 9828 referidos a México, de la que se desprende que los estados parte en el Pacto de San José deben habilitar un *recurso efectivo ante un tribunal judicial* para garantizar el ejercicio de los derechos políticos.

El derecho judicial.

69. — Sería extenso rastrear la jurisprudencia de la Corte en la materia, no obstante lo cual —en un extracto— creemos que conviene puntualizar algunos casos en los que se debatían cuestiones referidas al derecho electoral.

a) El 22 de abril de 1987, el tribunal decidió que no era inconstitucional el *monopolio partidario de las candidaturas,* y lo hizo después que se había realizado el acto electoral para el cual el actor pretendía postularse extrapartidariamente, porque sostuvo que subsistía para él la legitimación y el agravio, ya que la periodicidad de las elecciones y la vigencia de las normas que se impug-

naban mantenían con actualidad el interés de obtener un pronunciamiento judicial. (Caso "Ríos Antonio J.").

b) En tanto acá se dictó un pronunciamiento a nuestro juicio acertado y correcto en materia de legitimación, el fallo del 6 de julio de 1990 en el caso "Gascón Cotti Alfredo y otros" nos merece un juicio disvalioso. En lo que a nuestro tema atañe, hay que recordar que en la causa se impugnaban aspectos vinculados a la *reforma de la constitución de la provincia de Buenos Aires*, y que los actores eran ciudadanos convocados a votar en un acto electoral de consulta popular vinculante sobre esa enmienda.

La Corte denegó la legitimación para accionar con el equivocado argumento de que los actores no investían un derecho o interés que fuera distinto al de los demás ciudadanos electores, y en el cual derecho o interés directo y concreto acreditaran sufrir una afectación particular.

Baste como brevísimo muestrario esta dualidad de criterio en el tema de la legitimación, sobre el cual el derecho judicial no nos suministra un parámetro seguro y estable.

Apéndice al capítulo XXIII

LEY 24.747 SOBRE INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR

Sanción: 27/11/1996 Prom.: 19/12/1996 B.O.: 24/12/1996

Art. 1º. —Reglaméntase el artículo 39 de la Constitución Nacional.

Art. 2º. — Los ciudadanos podrán ejercer el derecho de iniciativa popular para presentar proyectos de ley ante la Cámara de Diputados de la Nación.

Art. 3º. — No podrán ser objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

Art. 4º. — La iniciativa popular requerirá la firma de un número de ciudadanos no inferior al uno y medio por ciento (1,5%) del padrón electoral utilizado para la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a seis (6) distritos electorales.

Cuando la materia de la iniciativa sea de alcance regional el requisito del porcentual se cumplirá considerando únicamente el padrón electoral del total de las provincias que componen dicha región, sin tener en cuenta la cantidad de distritos que prevé el primer párrafo.

Art. 5º. — Requisitos de la iniciativa popular.

La iniciativa popular deberá deducirse por escrito y contendrá:

a) La petición redactada en forma de ley en términos claros;

b) Una exposición de motivos fundada;

c) Nombre y domicilio del o los promotores de la iniciativa, los que podrán participar de las reuniones de Comisión con voz de acuerdo a la reglamentación que fijen las mismas;

d) Descripción de los gastos y origen de los recursos que se ocasionaren durante el período previo a presentar el proyecto de iniciativa popular ante la Cámara de Diputados;

e) Los pliegos con las firmas de los peticionantes, con la aclaración del nombre, apellido, número y tipo de documento y domicilio que figure en el padrón electoral.

Art. 6º. — Toda planilla de recolección de firmas para promover una iniciativa debe contener un resumen impreso del proyecto de ley a ser presentado, y la mención del o los promotores responsables de la iniciativa.

El resumen contendrá la información esencial del proyecto, cuyo contenido verificará el Defensor del Pueblo en un plazo no superior a diez (10) días previo a la circulación y recolección de firmas.

Art. 7º. — Previo a la iniciación en la Cámara de Diputados, la justicia nacional electoral verificará por muestreo la autenticidad de las firmas en un plazo no mayor de veinte (20) días, prorrogable por resolución fundada del Tribunal. El tamaño de la muestra no podrá ser inferior al medio por ciento (0,5%) de las firmas presentadas. En caso de impugnación de firma, acreditada la falsedad se desestimará la misma del cómputo de firmas para el proyecto de iniciativa popular, sin perjuicio de las demás acciones penales a que hubiere lugar, la planilla de adhesiones es documento público. En caso de verificarse que el cinco por ciento (5%) o más de las firmas presentadas sean falsas se desestimará el proyecto de iniciativa popular.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, podrán certificar la autenticidad de las firmas todos los autorizados por la ley electoral.

Art. 8º. — La iniciativa popular deberá ser presentada ante la Mesa de Entradas de la H. Cámara de Diputados, la Presidencia la remitirá a la Comisión de Asuntos Constitucionales, la que en el plazo de veinte (20) días hábiles deberá dictaminar sobre la admisibilidad formal de la iniciativa, debiendo intimar a los promotores a corregir o subsanar defectos formales.

Art. 9º. — El rechazo del proyecto de iniciativa popular no admitirá recurso alguno.

La justicia nacional electoral tendrá a su cargo el contralor de la presente ley. Los promotores tendrán responsabilidad personal. Se aplicarán las sanciones previstas por el artículo 42 de la ley 23.298.

Art. 10. — Admitido el proyecto de ley, la Presidencia de la Cámara de Diputados de la Nación ordenará la inclusión en el orden del día como asunto entrado, siguiendo en adelante el trámite previsto para la formación y sanción de las leyes.

Recibida la iniciativa y cumplidos los requisitos del artículo 3º, el presidente de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas lo girará para su tratamiento a la Comisión de Labor Parlamentaria, o la que cumpla sus funciones, la que deberá producir dictamen a más tardar para la segunda reunión de dicho cuerpo.

En el orden del día correspondiente de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, deberá ser incluida la iniciativa, con tratamiento preferente.

La Cámara podrá girar la iniciativa a sus comisiones respectivas, las que tendrán cada una quince (15) días corridos para dictaminar, si lo hicieran en común se sumarán los plazos.

Vencido el término anterior, con o sin despacho, el cuerpo procederá al tratamiento de la iniciativa, pudiendo a tal efecto declararse en comisión manteniendo la preferencia.

Art. 11. —Admitido el proyecto de ley por iniciativa popular ante la Cámara de Diputados de la Nación, el Congreso deberá darle expreso tratamiento dentro del término de doce (12) meses.

Art. 12. —Queda prohibido aceptar o recibir para el financiamiento de todo proyecto de ley por iniciativa popular, en forma directa o indirecta:

a) Contribuciones privadas anónimas, con excepción de lo producido por colectas populares con una contribución máxima autorizada de cincuenta pesos ($ 50) por persona.

b) Aportes provenientes de entidades autárquicas o descentralizadas, nacionales o provinciales, sociedades anónimas con participación estatal o de empresas concesionarias de servicios u obras públicas de la Nación, provincias, municipios, o entidades autárquicas o descentralizadas o de empresas que exploten juegos de azar.

c) Aportes de gobiernos extranjeros.

d) Aportes de entidades extranjeras con fines de lucro.

e) Contribuciones superiores a treinta mil pesos ($ 30.000).

f) Contribuciones o donaciones de asociaciones sindicales, patronales o profesionales.

Art. 13. —Comuníquese al Poder Ejecutivo.

CAPÍTULO XXIV

LA SEGURIDAD JURIDICA Y EL SISTEMA DE GARANTIAS

I. LA SEGURIDAD. - Su concepto. - Las garantías constitucionales. - *Las garantías y los derechos humanos.* - El derecho a la jurisdicción, hoy "derecho a la tutela judicial efectiva". - *La legimitación procesal. - Los tratados internacionales con jerarquía constitucional.* - II. LA "LEY" Y EL "JUICIO" PREVIOS EN MATERIA PENAL. - La norma del artículo 18. - Aspectos constitucionales que irradia el principio de la ley previa. - *A) La ley penal "en blanco". - B) El tipo penal ampliado por norma infralegales. - C) ¿Cuál es la ley "previa" y más benigna" en el delito permanente?. - D) La ley previa y el cambio de su interpretación judicial por la Corte. - E) La ultraactividad de la ley más benigna. -F) La ley previa en materia de prescripción penal. - G) Los delitos del derecho internacional. - H) Sanciones de multa agravadas después del hecho sancionado.* - El proceso penal. - *La prisión preventiva. - La duración del proceso. - La suspensión del juicio "a prueba". -La pena. - El proceso penal y la víctima del delito. -El error judicial.* - El art. 108. - *El juicio por "jurados". - La competencia "territorial" en el juicio penal. - Delitos contra el "derecho de gentes".* - La segunda instancia en el juicio penal. - *La "reformatio in pejus".* - El derecho judicial en materia de ley y juicio previos. - La retroactividad y ultraactividad de la ley penal más benigna. - Los tratados internacionales de jerarquía constitucional. - La prohibición de reiterar el enjuiciamiento penal por un hecho ya juzgado: el "non bis in idem". - Algunos aspectos constitucionales de la incriminación y la sanción penal. - *La política criminal del legislador. - Posibles inconstitucionalidades en el tipo penal y en la pena. - Los edictos policiales. - La teoría de la insignificancia.* - Las prohibiciones en materia penal. - La pena de muerte. - El cumplimiento de la condena. - III. LA GARANTÍA DE LOS "JUECES NATURALES". - Su concepto y alcance. - La sustracción de la causa al juez natural. - *La prohibición de "sacar". - El derecho judicial en materia de sustracción de causas.* - El "juez natural" en los recursos judiciales ante tribunales de alzada. - Los fueros reales. - IV. LA INMUNIDAD DE DECLARACIÓN Y DE ARRESTO . - V. EL DEBIDO PROCESO. - Su concepto y alcance. - *La "duración" del proceso. - El "exceso ritual". - La defensa en juicio.* - La sentencia. - La segunda instancia, o pluralidad de instancias. - El debido proceso en sede administrativa. - Aplicación de la garantía del debido proceso al estado en juicio. - VI. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. - Su encuadre. - El derecho judicial en materia de irretroactividad. - La sucesión y variación temporal de las leyes, y el derecho adquirido. - La irretroactividad en materia administrativa. - La irretroactividad en materia fiscal. - La irretroactividad en materia procesal. - La irretroactividad en materia laboral. - La irretroactividad en materia de seguridad social. - VI. EL ARTÍCULO 29. - La incriminación constitucional. -

Los poderes "tiránicos". - Los autores del delito. - El art. 29 y el código penal. - Los delitos constitucionales. - VII. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. - Su encuadre y contenido. - *La instancia supraestatal*

I. LA SEGURIDAD

Su concepto.

1. — El constitucionalismo moderno o clásico ha procurado organizar al estado en defensa de las libertades y los derechos del hombre. O sea, ha tendido a *asegurar al hombre frente al estado*.. Toda la armazón de este constitucionalismo se dirige a proporcionar *garantías* y *seguridad;* la propia constitución formal se ha definido como una *ley de garantías*, cuyas dos partes fundamentales se caracterizan en ese sentido: a) la dogmática, por contener una declaración de derechos; b) la orgánica, por establecer la llamada división de poderes.

En su mensaje navideño de 1942, el Papa Pío XII dejó definido como *derecho subjetivo* el derecho inalienable del hombre *a la seguridad jurídica*, consistente en una esfera concreta de derecho protegida contra todo ataque arbitrario.

La seguridad jurídica implica una libertad sin riesgo, de modo tal que el hombre pueda organizar su vida sobre la fe en el orden jurídico existente.

2. — La seguridad jurídica ofrece diversidad de aspectos; en su buen sentido, abarca la "seguridad *del estado*" (en su doble faz interna y exterior); la seguridad de las *instituciones constitucionales*; la seguridad de las *personas* y de sus *derechos*. Bueno es recalcar que la seguridad final que, como baluarte último, prevé el sistema democrático, es la que depara el *poder judicial*, sobre todo en cuanto asume el control de constitucionalidad.

Definir la seguridad es difícil, pero su concepto nos endereza a la idea de que ha de ser posible *prever* razonablemente con suficiente precisión, y sin sorpresivas irrupciones, cuáles han de ser las conductas de los operadores gubernamentales y de los particulares en el marco estable del ordenamiento jurídico, así como contar con adecuada *protección* frente a la arbitrariedad y a las violaciones de ese mismo orden jurídico.

Las garantías constitucionales.

3. — Las *garantías constitucionales* son el soporte de la seguridad

jurídica; no en vano se define a las garantías, en un sentido lato, como el conjunto de seguridades jurídico-institucionales deparadas al hombre. Las garantías existen *frente al estado*, en cuanto son medios o procedimientos que aseguran la vigencia de los derechos.

En un sentido amplio se puede afirmar que la totalidad del ordenamiento jurídico garantiza las libertades y los derechos; en un sentido más preciso hay garantía cuando el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al estado para que lo proteja, sea impidiendo el ataque, sea restableciendo la situación anterior al ataque, sea procurando compensarle el daño sufrido, sea castigando al transgresor, etc.

4.— Es bueno destacar que en enfoques novedosos acerca de lo que se consideran garantías —como en el caso de Iván Cullen y Oscar Puccinelli— aparecen como tales algunos derechos clásicos. Así, el "derecho" de huelga es propuesto como una "garantía" con la que se defiende un plexo de derechos relacionados con el trabajo (salario, condiciones laborales, etc.); y el "derecho" de rectificación y respuesta (réplica) como una "garantía" protectora del derecho a la dignidad, a la intimidad, al honor, etc.

Fuera ya del ámbito de los derechos personales, y dentro del área del poder estatal, hay asimismo "garantías" para el funcionamiento de los órganos del poder (por ej., las que clásicamente se han llamado inmunidades parlamentarias; la irreductibilidad de las remuneraciones judiciales; la inamovilidad en el desempeño de cargos públicos que tienen previsto un mecanismo especial para la remoción de quien los ocupa, etc.).

Las garantías y los derechos humanos.

5. — El *sistema de derechos* exige reciprocidad en el *sistema garantista*. De poco o nada vale un buen sistema de derechos si el sistema garantista no ofrece disponibilidad para que quien cree que debe defender un derecho suyo cuente con las *vías idóneas* para acceder a la justicia. Y todavía más, es indispensable que también se le depare la "llave" para ese acceso, que es la *legitimación procesal* que le permite articular su pretensión y participar en el proceso para luego obtener decisión justa en la sentencia.

El derecho a la jurisdicción, hoy "derecho a la tutela judicial efectiva".

6. — En la base de la seguridad jurídica hallamos un derecho que, aun cuando nuestra constitución formal no lo declara expresamente, ha sido reconocido por la doctrina y por el derecho judicial. Nos referimos al *derecho a la jurisdicción*. La jurisprudencia de la Corte Suprema lo tiene conceptuado como el *derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia.*

El titular de ese derecho, al que latamente se da el nombre de "justiciable", es tanto el hombre como las personas jurídicas y asociaciones, y también a veces en sentido amplio el propio estado (este último en cuanto, no pudiendo hacerse justicia por sí mismo, debe llevar sus litigios al órgano judicial). El sujeto pasivo es el estado a través del "órgano judicial" encargado de administrar justicia.

Este esquema del derecho a la jurisdicción no debe hacernos creer que tal derecho es ejercido solamente por quien voluntariamente toma la iniciativa de un proceso. El demandado, que es llevado al proceso por el actor, también titulariza el derecho a la jurisdicción, porque también él lleva al juez y al proceso "su" pretensión jurídica para que se le resuelva; él también impetra la administración de justicia. En suma, todo aquél que voluntariamente, o sin su libre iniciativa, interviene en un proceso, tiene derecho a la jurisdicción. También el procesado en el juicio penal.

El derecho a la jurisdicción y la función del poder que se llama "administración de justicia" (o "jurisdicción", o "impartición de justicia") son como las dos caras de una misma moneda. De un lado, en el ámbito del "poder", el estado tiene la *función de administrar justicia*; del otro, en el ámbito de los "derechos del hombre", el justiciable tiene el *derecho de requerir esa función* a su favor o de incitarla.

La Corte ha descalificado como arbitraria, por lesión al art. 18, la sentencia que impide al actor acudir a alguna vía judicial para obtener una decisión útil, relativa a la situación planteada en autos.

7. — En conexión con el derecho a la jurisdicción, el nuevo derecho procesal viene hablando de "acceso a la justicia" y de *tutela judicial efectiva*, con un enfoque que toma en cuenta las *disponibilidades reales* (incluso materiales, como el costo económico del proceso) con que cuenta el justiciable.

Es indicativo de este criterio el que sustentó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su O.C. 11 del 10 de agosto de 1990, al sostener que existe discriminación por razones económicas, que origina desigualdad ante la ley, cuando quien pretende hacer valer derechos reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica se ve impedido al no poder pagar la asistencia letrada necesaria o los gastos del proceso. Igualmente cuando no puede conseguir tal asistencia a causa del temor general de los profesionales que no aceptan casos susceptibles de poner en peligro su vida o la de sus familiares. (Esta Opinión Consultiva fue emitida con el objeto de no hacer exigible en tales situaciones el agotamiento de las vías internas para acudir a la jurisdicción supraestatal).

Ello es demostrativo de que *obstáculos reales* como los enfocados perturban o bloquean la efectividad del acceso a la justicia o, en vocabulario de nuestro derecho constitucional, el derecho a la jurisdicción.

8. — Cuando con carácter previo a la iniciación del proceso el justiciable debe abonar la *tasa de justicia* o realizar un *depósito* dinerario (como es el caso del "solve et repete" en materia fiscal), dicho pago se vuelve *inconstitucional* si por su cuantía es desproporcionado con la capacidad del obligado, o si por cualquier otra causa análoga le cierra el acceso a la justicia.

En este sentido, el voto disidente del juez Adolfo Roberto Vázquez en el fallo de la Corte del 8 de agosto de 1996 en el caso "Urdiales Susana M. c/Cossarini Franco y otro" ha sostenido que la tasa de justicia es inconstitucional cuando debe depositarse antes de promover el juicio, pero que no lo es cuando tiene que afrontarlo el perdidoso una vez dictada la sentencia definitiva.

De alguna manera, el pago posterior a ésta por parte de quien ha visto denegada su pretensión también puede resultar inconstitucional según sea el monto, y la proporción razonable del mismo con la situación económica o financiera del justiciable.

El ideal de justicia sería la *gratuidad* del acceso a la justicia como servicio a cargo de un poder del estado.

9. — El derecho a la jurisdicción no consiste solamente ni se agota con el acceso al órgano judicial. Al acudir a él sólo se cumple una primera etapa. El desarrollo subsiguiente importa un despliegue del derecho a la jurisdicción que, fundamentalmente, requiere: a) que se cumpla la garantía del *debido proceso*, cuyo meollo radica en el *derecho de defensa*; b) que la pretensión se resuelva mediante la *sentencia*, que debe ser: b') *oportuna* en el tiempo; b") debidamente *fundada*; b"') *justa*.

Asimismo, en todas las etapas del proceso y respecto de todas las medidas posibles (por ej., las cautelares, las probatorias, etc.), hace falta que el tribunal respectivo despliegue un correcto *activismo judicial* para la celeridad y la eficacia de cada acto, en cada instancia, y en el eventual resultado final que deparará la sentencia.

Existe fecunda doctrina procesal que para apuntalar el derecho a la tutela judicial efectiva propicia la llamada *tutela "anticipatoria"*, de modo que, trabada la litis en un proceso, el juez quede habilitado prudencialmente en caso de urgencia para anticipar el resultado de la tutela pretendida, sin que ello importe prejuzgamiento sobre la decisión definitiva.

10. — En el *derecho judicial de la Corte* el principio fundamental contenido en el derecho a la jurisdicción se formula diciendo que *todo justiciable tiene derecho a que no se excluya compulsivamente la intervención* (por lo menos final) *de un órgano del poder judicial.*

De ahí en más, hay una serie de principios afines, entre los que citamos:

a) asegurada por la constitución a todos los habitantes la garantía de los jueces naturales, *no es posible* (a los fines de solucionar las controversias jurídicas individuales) que se *excluya compulsivamente la intervención suficiente de un tribunal judicial*; por eso *es inconstitucional*; a') la intervención *forzosa* de un tribunal u órgano de la administración cuya decisión carece de ulterior y posible control judicial suficiente; a") la intervención *forzosa* de árbitros o amigables componedores sin ulterior apelación judicial; a"') la intervención de *tribunales militares* (que no son judiciales) cuando carecen de posible instancia judicial de apelación;

b) la defensa en juicio impone una instancia judicial por lo menos, cuando se trata de controversias entre particulares;

c) la defensa en juicio no requiere la doble instancia judicial (pero si la ley la establece, no puede impedirse el uso de la segunda instancia); (la doble instancia en el *proceso penal* viene ahora exigida por la Convención de San José de Costa Rica y por el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos que, como tratados internacionales con jerarquía constitucional, prevalecen sobre la ley interna, y obligan a arbitrar la vía recursiva correspondiente).

Hay violación del derecho a la jurisdicción cuando un justiciable no puede demandar a una entidad extranjera o internacional porque ésta tiene inmunidad absoluta y total de jurisdicción fuera de nuestro estado y dentro de él.

11. — Los llamados "métodos alternativos", que están hoy de moda para acelerar la solución de conflictos al margen del poder judicial, no pueden ser impuestos obligatoriamente en reemplazo del proceso judicial.

La mediación prejudicial obligatoria exige como mínimo, para su constitucionalidad, que:

a) no dilate demasiado —en caso de fracasar la intervención del mediador— la promoción del proceso judicial; y

b) también, a nuestro juicio, que la instancia de mediación y la persona del mediador no pertenezca ni dependa —respectivamente— del poder ejecutivo, lo que presupone que su organización y funcionamiento deben radicarse en el área misma del poder judicial.

12. — Es fácil sentar el principio de que es inconstitucional toda norma, sistema o medida que cohibe la libertad de ejercer el "dere-

cho" de accionar judicialmente; o que niega o desconoce, paralelamente, la legitimación procesal para ejercerlo; o que paraliza o posterga la decisión judicial oportuna; o que no contempla la desigualdad económica de las partes. Todo ello obliga a ser cuidadoso en escrutar la suficiente razonabilidad de las normas o medidas por virtud de las cuales se comprometen los aspectos a que acabamos de aludir.

13. — Siendo el derecho a la jurisdicción correlativo de la obligación que tiene el estado de prestar su función de administrar justicia, para que aquel derecho y esta función se satisfagan, el estado debe: a) establecer los *órganos* (tribunales) del llamado poder judicial; b) asignarles *jurisdicción* y *competencia*; c) dictar las *normas de procedimiento*.

Los órganos o tribunales a que se refiere el inc. a) deben ser los llamados "*jueces naturales*" a que alude el art. 18 de la constitución. Tales órganos resuelven las pretensiones jurídicas a través del *proceso* judicial (que latamente puede denominarse también juicio o causa judicial).

En estricto concepto y en buen lenguaje jurídico, no se debe decir que el justiciable acude al tribunal en defensa de un "derecho" suyo (si hay o no un derecho, si tiene o no un derecho, se sabrá recién con la sentencia). Ha de decirse en cambio que el justiciable acude al tribunal para que éste resuelva la "pretensión jurídica" que le lleva aquél, en ejercicio del "derecho" a la tutela judicial.

De no existir normas procesales para un determinado proceso que, en un caso concreto, necesite tramitarse, el tribunal debe integrar la carencia normológica para dar andamiento a dicho proceso. Así lo hizo la Corte, a falta de ley, con el amparo en 1957 y 1958.

La legimitación procesal.

14. — Actualmente, vemos sin duda alguna que el derecho a la jurisdicción requiere para su abastecimiento efectivo el reconocimiento de la *legitimación procesal* a favor de los justiciables que pretenden acceder a las vías procesales para el reconocimiento y la tutela de sus derechos. (Sobre la legitimación ver Tomo I, cap V, nos. 58 y 59 y cap. IX, acápite VI).

Bien puede decirse que el reconocimiento de la legitimación procesal equivale al reconocimiento del llamado "status activus processualis", o sea, una *capacidad activa* para provocar y tramitar el proceso, y/o para intervenir en él, con la debida eficacia.

En el *proceso penal*, estamos seguros al afirmar que la víctima del delito —o sus familiares— deben disponer de *legitimación* propia para intervenir, porque la circunstancia de que en los delitos de acción pública sea el ministerio público el encargado de promoverla no puede ser óbice para que, con título personalmente subjetivo, también participe quien ha sufrido daño en un bien jurídico suyo que se halla penalmente tutelado.

Los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

15. — Tanto el *Pacto de San José de Costa Rica* como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* contienen, con fórmulas normativas propias de cada uno, el derecho que nosotros llamamos "a la jurisdicción", o el acceso a la justicia. El despliegue minucioso de sus plúrimos aspectos aparece cuidadosamente propuesto. Cabe citar en el primero de los tratados mencionados sus arts. 7, 8 y 25; en el segundo, los arts. 2, 9 y 14.

La *Convención sobre Derechos del Niño* abre otro dispositivo importante, dentro del cual destacamos que el art. 12.2 le garantiza ser escuchado en todo procedimiento judicial que lo afecte.

La *Convención sobre Discriminación Racial* incluye el derecho a la igualdad de trato ante los tribunales y obliga a asegurar recursos efectivos ante los tribunales internos (arts. 5 y 6).

La *Convención sobre Discriminación de la Mujer* dispone establecer a su favor, en forma igualitaria con el varón, la protección de sus derechos por conducto de los tribunales internos (art. 2 c), y a dispensarle con la misma igualdad el trato en todas las etapas del procedimiento judicial (art. 15.2).

Algunas garantías específicas que guardan nexo con el derecho a la jurisdicción aparecen en la *Convención contra la Tortura*.

II. LA "LEY" Y EL "JUICIO" PREVIOS EN MATERIA PENAL.

La norma del artículo 18.

16. — "*Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*". Se trata de una garantía reservada al *proceso penal* exclusivamente. Configura también una prohibición acerca de la retroactividad de la ley penal, a tono con el adagio liberal de "nullum crimen, nulla poena sine lege": *no hay delito ni pena sin ley penal anterior*.

Desglosamos el sentido de la norma.

a) Ha de existir una *ley* dictada por el congreso federal *antes* del "hecho"; en materia penal, la competencia legislativa es exclusiva del congreso (art. 75 inc. 12) y prohibida a las provincias (art. 126). Esta ley debe: a') hacer descripción del *tipo* delictivo; el tipo legal concreta el ilícito penal; a") contener la *pena* o sanción retributiva.

La afirmación de que no hay delito ni pena sin ley quiere decir que nadie puede ser condenado sin ley incriminatoria que cree el tipo delictivo y que adjudique la pena consiguiente; si hay descripción del delito pero no hay pena atribuida legalmente, no puede haber condena; los delitos que carecen de pena no fundan constitucionalmente la posible sanción penal.

En el caso "Cotonbel S.A." del 17 de setiembre de 1992 la Corte dio el parámetro de la legalidad penal sosteniendo que "para que una norma armonice con el principio de legalidad es necesario que, además de describir la conducta reprochable, establezca la naturaleza y límites de la pena, de modo tal que al momento de cometer la infracción su eventual autor esté en condiciones de representarse en términos concretos la sanción con la que se lo amenaza".

La *reforma constitucional de 1994 prohíbe*: a) que el poder ejecutivo dicte *decretos de necesidad* y urgencia en materia penal (art. 99 inc. 3º); a') que mediante el *derecho de iniciativa legislativa popular* se dicten leyes en materia penal (art. 40); a") que el congreso *delegue facultades legislativas* al poder ejecutivo en materia penal (art. 76, que limita la delegación legislativa a materias determinadas de administración o de emergencia pública).

b) La ley aludida en el inciso anterior debe ser *previa*. ¿Previa a qué? La constitución dice: "al *hecho* del proceso"; no dice "al proceso", sino al "hecho" del proceso, fórmula que interpretamos como si dijera: "al *hecho* que da origen al proceso", siendo ese "hecho" la "conducta humana" que coincide con la figura legal de la incriminación.

En esto se basa la *irretroactividad de la ley penal*: cuando al tiempo de llevarse a cabo una conducta humana no hay ley que contenga la descripción de un tipo penal con el que esa conducta coincida, y que a la vez adjudique pena, no hay delito ni puede haber condena.

c) Existente la ley con las características referidas, es menester el *juicio previo* a la condena. *Nadie puede ser penado o condenado sin la tramitación de un juicio* durante el cual se cumplan las etapas fundamentales requeridas por el "debido proceso" legal. Esas etapas en el juicio penal son: *acusación, defensa, prueba y sentencia.*

La Corte Suprema ha dado jerarquía constitucional (incluso para aplicarlo en la jurisdicción penal de los tribunales militares) al principio de que *no puede haber condena penal sin acusación fiscal.*

d) La *sentencia* en el juicio penal debe estar *fundada en ley*, y en la ley a que hemos hecho referencia en los incisos a) y b).

17. — Hasta tanto recae sentencia firme de condena, toda persona tiene derecho a la *presunción de inocencia*. Es éste un *derecho implícito* que aun no formulado en la constitución formal —pero sí en algunas constituciones provinciales—, merece reconocimiento. Actualmente, está incorporado a nuestro derecho por la Convención de San José de Costa Rica, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por la Convención sobre Derechos del Niño.

El derecho a la presunción de la inocencia se viola por el *indulto anticipado*, o sea, por el que se dispone mientras pende el proceso penal sin consentimiento o solicitud del procesado; y ello porque si el indulto debe recaer sobre una "pena" impuesta a persona determinada, mientras no hay sentencia no hay ni puede haber pena, no siendo tal la que genérica y abstractamente prevé la ley.

Parece razonable afirmar —asimismo— que toda persona imputada de delito (que, como tal, tiene derecho a que una sentencia defina su culpabilidad o su inocencia) debe disponer de *legitimación* para oponerse a que se la sobresea definitivamente por *prescripción de la acción penal*, y a requerir un pronunciamiento de mérito que la condene o que la absuelva.

Aspectos constitucionales que irradia el principio de la ley previa.

18. — Es conveniente expandir el tema referente al requisito constitucional de la ley previa a una serie de situaciones en que debemos dilucidar su aplicación.

A) *La ley penal "en blanco".*

19. — La ley penal en blanco se caracteriza por establecer la sanción para un determinado hecho acerca del cual es menester dictar otra norma especificadora. Ejemplos teóricos podrían ser aproximadamente los siguientes: sanción penal determinada para quien viola "las medidas que dicte la autoridad competente" con el fin de impedir la introducción o propagación de una epidemia, o sanción penal determinada para quien consume o trafica "estupefacientes cuyo uso prohíbe la autoridad competente".

En ambos puntos decimos lo siguiente: a) la norma complementaria siempre debe ser *anterior al hecho punible*; b) esa norma no requiere necesariamente ser

una ley, pero si quien queda habilitado para dictarla es el poder ejecutivo o un organismo administrativo, la ley penal en blanco debe fijarle con precisión los contornos.

Con estas aclaraciones se comprende que la norma que completa a la ley penal en blanco integra el tipo penal. Por eso decimos que quienquiera sea, según el caso, el autor de esa norma, ésta debe ser anterior al hecho punible, porque de lo contrario faltaría el recaudo constitucional de la ley "previa" (en cuanto a incriminación y sanción) para fundar la condena.

B) *El tipo penal ampliado por norma infralegales.*

20. — Es inconstitucional por violar el principio rígido de legalidad penal toda decisión administrativa que extiende una incriminación legal a conductas no incluidas en la ley.

En efecto, si la ley penal es ampliada por normas infralegales que le incorporan una incriminación no contenida en la ley, tal ampliación carece de ley previa, porque emana de una norma que no es ley.

C) *¿Cuál es la ley "previa" y más benigna" en el delito permanente?*

21. — Hay un problema que entremezcla el tema de la ley penal "previa" y de la ley penal "más benigna" cuando se trata de un *delito permanente*. ¿Qué ley debe aplicársele?

Hay enfoques que consideran que si durante el tiempo de consumación del delito permanente sobreviene una nueva ley más severa que la existente cuando se comenzó a delinquir, hay que aplicar la ley más severa que está en vigor cuando concluye la consumación de la conducta delictuosa.

Personalmente contestamos rotundamente que *no es posible*. Y en esta imposibilidad confluyen dos razones: a) la ley más gravosa que es ulterior al momento en que se inició la conducta delictuosa aparece "mientras" se está delinquiendo, pero no es "anterior" al momento en que se empezó a delinquir, ni estaba vigente "desde antes" de ese momento; por eso no es ley "previa"; b) la ley que estaba en vigor cuando se comenzó a delinquir es, además de la ley "anterior" al delito, la ley penal más benigna.

D) *La ley previa y el cambio de su interpretación judicial por la Corte.*

22. — En el ámbito de las leyes penales y de las sentencias recaídas en el proceso penal por aplicación de esas normas, sobreviene un tema importante para el derecho constitucional. Lo proponemos así: cuando en un momento

determinado la Corte Suprema declara inconstitucional una norma penal, dicha norma no se le aplica al que en ese proceso le alcanza tal pronunciamiento; cuando posteriormente la jurisprudencia de la Corte cambia respecto de esa misma norma y la declara constitucional, hay que ver qué ocurre con los procesados que "delinquieron" mientras estaba vigente la jurisprudencia declarativa de inconstitucionalidad, pero que alcanzaron la instancia extraordinaria de la Corte después del aludido cambio.

Se nos hace muy claro que el "derecho penal" no es solamente la "ley" penal, sino la "ley" penal *más* la "interpretación" judicial de esa ley hecha por la Corte. Entonces, si la ley penal debe ser *anterior* al delito, entendemos que en esa anterioridad hay que *sumar la norma legal y su interpretación judicial.*

Se introduce a la vez en la cuestión el problema de la *igualdad*. Si quienes delinquieron y obtuvieron sentencia cuando la Corte consideraba inconstitucional la ley que incriminaba el delito cometido no pudieron ser condenados por aplicación de esa ley, todos cuantos delinquieron en el mismo lapso han de merecer idéntico tratamiento judicial, aunque a la fecha posterior de sentenciarse sus causas la jurisprudencia sea la opuesta. En consecuencia, concurren razones para la tesis que postulamos: el principio de la *ley previa* (integrada la ley con la jurisprudencia); el de *mayor benignidad;* y el de *igualdad*.

La Corte Suprema no ha admitido el criterio propiciado por nosotros.

E) *La ultraactividad de la ley más benigna.*

23. — Cuando después de cometido el delito sobreviene una ley que a su respecto es más severa que la vigente al momento de consumarse, se dice que hay que otorgar ultraactividad a la ley anterior más benigna. Pero como tal ley más benigna era la que estaba en vigor al momento de delinquir, lo que en realidad debe afirmarse para aplicarla ultraactivamente es que dicha ley ha sido la *anterior* o *previa* al hecho delictuoso.

Por ende, la ultraactividad de la ley más benigna es un caso de aplicación del principio constitucional de la ley previa, y ninguna ley podría esquivarlo. (Ver los nº 49 y 50).

F) *La ley previa en materia de prescripción penal.*

24. — A nuestro criterio, el instituto de la prescripción en materia penal pertenece al *derecho penal* (material o sustantivo) y no al derecho procesal. Por ende, la ley penal que regula la prescripción penal debe ser previa, como toda ley penal. Ergo, aplicamos al punto el principio de aplicación *ultraactiva* y *retroactiva* de la *ley más benigna* en materia de prescripción.

25. — Sin embargo, hemos conocido un caso sui generis en que, excepcionalmente, juegan otras pautas constitucionales. Para extraditar a un criminal

de guerra nazi hemos aceptado, a efectos de conceder dicha extradición por parte de Argentina, la aplicación de una ley extranjera posterior al delito que dispuso la imprescriptibilidad del mismo, por tratarse de delitos de lesa humanidad contra el derecho de gentes.

Esta excepción tiene un fundamento constitucional porque nuestro *art. 118 hace remisión al derecho de gentes* en materia penal, lo que significa que una ley extranjera sobre prescripción penal que se ha dictado después de cometido el delito contra el derecho de gentes para disponer la imprescriptibilidad, no se opone a ese mismo derecho de gentes al que da recepción el citado art. 118.

G) *Los delitos del derecho internacional.*

26. — El tema alude a delitos que el derecho internacional califica como de *lesa humanidad* (por ej., tortura, genocidio y, en algún sentido, la discriminación racial).

Después que la reforma de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos previstos en el art. 75 inc. 22, la situación que se plantea en orden al requisito de *"ley" previa* que *tipifique* y que *sancione* la conducta delictuosa, es necesario a nuestro juicio entender lo siguiente:

a) cuando el tratado describe claramente una *conducta típica* como delictuosa, el requisito de la "ley previa" está abastecido, porque tal "ley" es la norma del tratado constitucionalmente jerarquizado (o sea, equivale a una norma de la constitución);

b) como el tratado no establece la sanción penal, hace falta una *ley interna* también previa al hecho, que *fije la pena*; y b') el estado está obligado a dictar esa ley sancionatoria.

Los dos tratados con jerarquía constitucional en materia penal (que son las convenciones sobre la *tortura* y sobre el *genocidio*) contienen *tipificación* de conductas delictuosas que abastecen la necesidad de la "ley previa", y obligan a dictar la ley interna que establezca la *pena* para cada delito incriminado directamente en el tratado.

H) *Sanciones de multa agravadas después del hecho sancionado.*

27. — En materia de multas tenemos convicción de que en épocas inflacionarias una ley posterior al hecho sancionado no permite establecer la actualización del monto de las multas, porque aun cuando se diga que de ese modo el mecanismo de ajuste tiende a mantener el mismo valor económico de la multa originaria, la elevación del monto "nominal" de la misma implica un agravamiento de la sanción por *ley posterior* al hecho infractor, con lo que se viola el principio de la ley previa.

El proceso penal.

28. — El proceso penal no debe ser entendido como instrumento para penar, sino "para *conocer* si se debe penar o no".

a) En el origen del proceso penal hay una serie de actos que tienden a darle vida a ese proceso con el ejercicio de la jurisdicción. Esa primera actividad que se pone en ejercicio se llama *persecutoria*. Esta etapa preparatoria tiende a reunir los elementos de juicio en torno de un delito, para luego acusar a quien aparece como autor del mismo.

b) Después, es necesario que el ministerio fiscal ejerza la *acción penal* con la que delimite el objeto del proceso.

En los *delitos de acción pública*, tenemos dicho que la circunstancia de que el ministerio público titularice la acción penal, no puede ni debe obstar a que se reconozca a la víctima del delito la *legitimación procesal* para querellar (ver nº 14).

Este criterio queda avalado por el informe 28/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, con referencia a casos argentinos acusados ante ella por violaciones a los derechos de acceso a la justicia y a la protección judicial (arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica), sostuvo que el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito en los sistemas que, como el argentino, lo autorizan, configura un derecho fundamental de la persona y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal. (Ver el nº 58 de este capítulo).

c) Es menester completar la imagen global con un perímetro más amplio, en el cual se integre: c') el principio de *bilateralidad*, de *contradicción* o de *congruencia* que, en el proceso penal, exige la plena legitimación procesal del *imputado* de delito, y la cobertura a su favor del debido proceso y la defensa en juicio; c") concordantemente, ese mismo principio *impide excluir al fiscal* de su ineludible intervención, atento la legitimación activa que ostenta para promover la acción pública.

La prisión preventiva.

29. — La llamada *libertad procesal* durante el proceso penal, cualquiera sea la forma y el nombre que le asigne la ley (eximición de prisión, excarcelación, etc.) puede fundarse constitucionalmente porque toda persona tiene derecho a su libertad corporal y ambulatoria mientras una sentencia firme en su contra no haga cesar su presun-

ción de inocencia; por eso, la privación precautoria de esa libertad sólo debe motivarse en suficientes razones preventivas y cautelares que guarden relación con el fin del proceso penal y el descubrimiento de la verdad.

No obstante, mientras pende el proceso penal es viable la *privación de libertad* del imputado como una medida cautelar en tanto concurran motivos razonables, y el lapso de detención también lo sea.

30. — El *Pacto de San José de Costa Rica* establece que toda persona detenida o retenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, y de que su libertad se condicione a garantías que aseguren su comparecencia en juicio (art. 7.5).

Norma similar hallamos en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* que, además, consigna que la prisión preventiva no debe ser la regla general (art. 9.3).

En el caso "Jorge Alberto Giménez" (nº 11.245) el informe nº 12/96 de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* resolvió que la prolongada privación de libertad sin condena en perjuicio de Giménez constituyó una violación por parte de la República Argentina al Pacto de San José de Costa Rica (la persona había sido detenida en setiembre de 1989, y declarada culpable por sentencia de setiembre de 1993, confirmada en segunda instancia el 14 de marzo de 1995).

31. — La ley *24.390* fija plazos para otorgar la libertad bajo caución durante el proceso y, correlativamente, los lapsos durante los casos el acusado penalmente puede permanecer detenido a las resultas de la causa. Dicha ley se autodefine como reglamentaria del art. 7.5 del Pacto de San José de Costa Rica, que condiciona esa privación de libertad a un plazo razonablemente breve.

La Corte Suprema, en el caso "Bramajo Hernán Javier" del 12 de setiembre de 1996, sostuvo que —conforme a la interpretación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 10.037 sobre Argentina, del año 1989— el Pacto de San José no impide que los estados parte establezcan tiempos de detención sin juzgamiento, porque lo que prohíbe es que tales plazos se apliquen de modo automático sin valorar las circunstancias de cada caso, por lo que el plazo razonable se relaciona con la gravedad del delito imputado y los elementos fácticos de la causa.

(El informe de 1989 que cita el fallo recayó en la denuncia formulada ante la Comisión Interamericana por Mario Firmenich, que fue desestimada).

La duración del proceso.

32. — El proceso penal debe ajustarse, como todo proceso, a una

duración razonable conforme a la naturaleza de la pretensión jurídica que en él se tiene que resolver al dictarse la sentencia.

El *derecho judicial de la Corte Suprema* tiene acuñado el siguiente standard orientativo: "Esta Corte ha dicho reiteradamente que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal. Así, el principio de progresividad impide que el juicio criminal se retrotraiga a etapas ya superadas, pues los actos procesales se precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas legales. Tanto dicho principio, como el de preclusión, reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero además —y esto es esencial— atento a que los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consubstancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal (Fallos, 272-188; 297-48; 298-50 y 312; 300-226 y 1102: 305-913; 305-1705, entre otros)."

El juicio en plazo razonable viene aludido en el *Pacto de San José de Costa Rica* (arts. 8.1 y 7.5.) y el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 14.3 c). Norma similar sobre enjuiciamiento penal sin demora aparece en la *Convención sobre los Derechos del Niño* (art. 40.2 b, III).

La suspensión del juicio "a prueba".

33. — La ley 24.316 incorporó al código penal los arts. 76 bis, 76 ter, y 76 quarter, estableciendo el beneficio de la "suspensión del juicio a prueba" (o "probation"), que puede culminar con la extinción de la acción penal.

El tema se relaciona con el derecho que la persona imputada de delito tiene a obtener una sentencia que, en tiempo razonable, defina su situación y ponga término al período de sospecha. Podría imaginarse que si el juicio penal se suspende "a prueba" y, eventualmente, la suspensión no queda sin efecto y, al contrario, se opera la extinción de la acción, el imputado no alcanzará aquella sentencia definitiva. ¿Hay incompatibilidad inconstitucional entre una cosa y otra?

Creemos que la suspensión del juicio a prueba, a requerimiento del imputado, exhibe razonabilidad suficiente dentro de la política criminal propia del

legislador, y que por ende no implica —en el aspecto antes señalado— violación ni contradicción respecto de los derechos y garantías que deben respetarse en el proceso penal.

La pena.

34. — Hay tendencia marcada a interpretar que, en materia penal, nuestra constitución presupone implícitamente el principio de que "no hay pena sin culpabilidad", o sea, que la atribución de una pena requiere que el sujeto condenado haya ejecutado *culpablemente* un acto prohibido.

Por ende, sería inconstitucional la presunción de que la sola comprobación de una conducta adecuada a un tipo penal acredita la culpabilidad del autor. La culpabilidad debe probarse, incluso por imperio de la presunción de inocencia.

El derecho judicial de la Corte ha establecido que es requisito ineludible de la responsabilidad penal, la positiva comprobación de que la acción ilícita pueda ser atribuida al procesado, tanto objetiva como subjetivamente.

35. — Es menester señalar que la constitución presta base al principio de *personalidad de la pena*, en cuanto el art. 119 (que tipifica el delito de "traición contra la nación") dice que la pena a fijarse para él por el congreso no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado.

El proceso penal y la víctima del delito.

36. — La política criminal y el derecho penal necesitan ocuparse de la *víctima del delito* y asumir su tutela jurisdiccional más allá del aspecto estricto de búsqueda y sanción del delincuente.

Esto significa que el proceso penal, sin perder su finalidad central de conocer si debe o no debe punirse al presunto autor de una conducta delictuosa, ha de extender la jurisdicción al logro de aquella protección al damnificado por el delito. Y ello aunque la acción penal se haya extinguido, porque la jurisdicción penal puede —según cada caso— subsistir como remanente al margen de aquel objetivo sancionatorio, por ejemplo, para arrimar datos y respuestas a familiares de víctimas desaparecidas, torturadas o fallecidas.

El error judicial.

37. — El *Pacto de San José de Costa Rica* reconoce en su art. 10 el derecho de toda persona a ser indemnizada si ha sido condenada en sentencia firme por error judicial. El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, con fórmula más detallista, también lo prevé en su art. 14.6. Ambos tratados aluden a este derecho "conforme a la ley", expresión que a nuestro criterio no implica negar ni

condicionar la operatividad de las respectivas normas internacionales.

El *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, además, contempla la reparación para toda persona que ha sido ilegalmente detenida o presa.

El derecho al que hacen viable los dispositivos citados se hace cargo del llamado *daño a la persona* (ver cap. XVI, nº 23).

Nuestra Corte entiende que la responsabilidad del estado por error judicial solamente puede prosperar cuando el acto judicial originante del daño es declarado ilegítimo y dejado sin efecto, ya que hasta ese momento subsiste la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, a la que previamente hay que remover (sentencia de junio 14 de 1988 en el caso "Vignoni Antonio S.").

38. — No es aventurado proponer que, por relación con el derecho a reparación judicial, también debe indemnizarse el daño a la persona que ha soportado detención preventiva y luego ha sido absuelta o sobreseída definitivamente. Reconocer tal derecho no es incompatible con la afirmación de que, por imperio de su deber de administrar justicia, el estado puede lícitamente imponer durante el proceso penal una privación razonable de libertad por tiempo limitado.

39. — En 1995 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana el caso de los dos argentinos desaparecidos en Mendoza en 1990 (Adolfo Garrido y Raúl Baigorria), que había tramitado ante la citada Comisión con nº 11.009 y en el que había recaído el informe 26/94. La República Argentina reconoció los hechos denunciados, así como su responsabilidad internacional, por lo que la Corte Interamericana limitó su decisión al aspecto indemnizatorio, fijando plazo para acordar las reparaciones, bajo reserva de que de no mediar acuerdo proseguiría el procedimiento.

El art. 118.

El juicio por "jurados".

40. — El art. 118 dispone que los *juicios criminales ordinarios se terminarán por "jurados", luego que se establezca en la república esta institución*. (Hacen también alusión al jurado los arts. 24 y 75 inc. 12).

La triple alusión que la constitución hace al juicio por jurados ha abierto la discusión acerca de si los procesados tienen derecho a

exigir, como garantía para su juzgamiento, la existencia y el funcionamiento del jurado.

En nuestra opinión, la formulación que contiene el art. 118 parece conceder al congreso un amplio espacio temporal para decidir en qué momento considera oportuno establecer el juicio por jurados. De ser así, su inexistencia actual no implica una omisión legislativa inconstitucional, ni tampoco una violación al supuesto derecho del enjuiciado a contar con la garantía de un jurado en el proceso penal que se tramita en su contra.

La competencia "territorial" en el juicio penal.

41. — El art. 118 sigue diciendo que la actuación de estos juicios (criminales) se hará *en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito*. Es la regla que se conoce como "forum delicti commissi", o sea, la que obliga a que la competencia de los tribunales penales esté determinada territorialmente por el lugar donde se cometió el hecho delictuoso.

El derecho judicial de la Corte Suprema interpretó que la competencia territorial según el lugar del delito rige para los juicios que deben tramitar en tribunales provinciales, pero cuando se sustancian ante tribunales federales la competencia territorial no queda constitucionalmente impuesta.

Asimismo, tiene dicho que la garantía de la defensa en juicio no exige necesariamente que los procesos penales se radiquen en el mismo lugar de comisión del delito.

En discrepancia, consideramos que: a) la norma del art. 108 sobre competencia territorial tiene el carácter de una *garantía* para el justiciable en el proceso penal: b) la defensa en juicio *impide* que un tribunal juzgue delitos con competencia territorial en todo el país; c) la jurisdicción penal de los *tribunales federales* debe *dividirse* razonablemente en forma territorial por imperio del mismo art. 118.

Delitos contra el "derecho de gentes".

42. — La última parte del art. 118 estipula que si *el delito se comete fuera de los límites del territorio argentino, "contra el derecho de gentes", el congreso debe determinar por ley especial el lugar en que se ha de seguir el juicio.*

De esta cláusula inferimos que: a) si el delito contra el derecho de gentes ha sido perpetrado *fuera* de nuestro estado, nuestros tribunales pueden conocer de él según una ley del congreso que establezca en qué lugar ha de sustanciarse el proceso penal; b) a la inversa, por relación analógica, si el delito contra el derecho de gentes se ha cometido en *nuestro* territorio, ha de admitirse que puede existir jurisdicción a favor de un tribunal extranjero (ya que no sería congruente pensar que un tribunal argentino tuviera competencia para juzgar en nuestro estado un delito contra el derecho de gentes cometido fuera de su territorio, y que un tribunal extranjero careciera de competencia similar para juzgar en otro estado un delito contra el derecho de gentes cometido en el nuestro).

Conforme a lo dicho, en el caso de delitos contra el *derecho de gentes* cometidos fuera del territorio de nuestro estado no rige el principio de la competencia territorial.

La segunda instancia en el juicio penal.

43. — Se entiende por "segunda" instancia (o instancia "múltiple") la organización procesal del juicio penal que contiene la *posibilidad de revisar* la sentencia de primera instancia mediante *recurso* (que habilita una o más instancias posteriores ante otro tribunal, denominado "de alzada"). Es lo opuesto a la instancia *única*.

El derecho judicial emanado de la Corte Suprema aplicó al proceso penal hasta 1988 y 1995 un principio general, según el cual la *doble instancia judicial no es requisito de la defensa en juicio* en ningún tipo de proceso.

Sin embargo, esa jurisprudencia se hizo inaplicable desde 1984, a partir de la vigencia del Pacto de San José de Costa Rica en el derecho argentino, tanto en el juicio penal ante *tribunales federales* como ante *tribunales provinciales*.

44. — Conforme al *Pacto de San José de Costa Rica*, entendemos que la *doble instancia* es *obligatoria en el proceso penal*, porque su art. 8.2 h, consigna el "derecho de *recurrir* del fallo ante juez o tribunal superior".

También el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* obliga a la doble instancia, y aunque las formulaciones normativas de un tratado y otro no son iguales en este punto, creemos que el derecho a recurrir viene previsto a favor del *inculpado* de modo necesario, pero no a favor del ministerio fiscal, cuya legitimación para apelar puede derivar de la ley interna. Asimismo, entendemos

que la revisión mediante el recurso obligatoriamente disponible debe ser *amplia*, y no de extensión limitada.

Sin embargo, nuestra Corte interpretó en el caso "Jáuregui Luciano", del año 1988, que el recurso extraordinario —pese a su limitación— dejaba cumplido el recaudo del derecho a recurrir ante tribunal superior, jurisprudencia felizmente abandonada en el caso "Giroldi, H.D. s/recurso de casación", del 7 de abril de 1995, que dio curso a la pauta de que *la instancia recursiva tiene que existir al margen del recurso extraordinario* a través de la vía (conforme al caso resuelto en ese fallo) ante la Cámara Nacional de Casación Penal.

La "reformatio in pejus".

45. — "Reformatio in pejus" (o reforma en perjuicio) es la que *un tribunal de segunda instancia* (o "de alzada") *realiza en su sentencia cuando empeora o agrava penalmente la situación de una persona sin que exista recurso deducido en su contra en relación con la sentencia que debe revisar ese tribunal.* (por ej., si el condenado a ocho años de prisión en primera instancia deduce recurso de apelación contra la sentencia para que el tribunal de alzada lo absuelva o le reduzca la pena, y la *parte contraria* —normalmente el fiscal o ministerio público— *no apela*, el tribunal de alzada *no puede elevar la condena*, pues su fallo debe limitarse a la "única" pretensión articulada en el *"único" recurso* que habilita a la revisión del fallo inferior, y esa pretensión tiende a *mejorar y no a empeorar* la situación penal del recurrente).

La "reformatio in pejus" *está prohibida* por nuestro derecho judicial emanado de la Corte.

La prohibición de la "reformatio in pejus" —en cuanto garantía constitucional— obedece a varios principios: a) si toda sentencia debe limitarse a resolver las pretensiones articuladas por las partes en el proceso para satisfacer el *principio de congruencia*, el tribunal de alzada no puede agravar la condena porque carece de pretensión en tal sentido; b) si ningún tribunal puede actuar *sin jurisdicción*, el tribunal de alzada tampoco puede agravar la condena, porque la jurisdicción que inviste no le ha sido provocada con ese fin, sino que ha quedado limitada a la materia del recurso que peticiona su disminución; c) si toda sentencia no recurrida queda *firme* y se abroquela en la fuerza de la cosa juzgada, el tribunal de alzada no puede agravar la condena porque, a falta de recurso interpuesto para ese fin, la imposición de una condena mayor afecta el derecho adquirido en la instancia inferior firme por el condenado a que su sanción penal no se aumente.

46. — Algunas aplicaciones de la prohibición de "reformatio in pejus" son: a) la sentencia de alzada debe referirse al mismo hecho y a las mismas personas del proceso; pero b) respetado esto, puede cambiar la "*calificación* legal" del hecho delictuoso cuando no perjudica; c) sin recurso acusatorio no se puede agravar el "modo" de cumplimiento de la condena, ni agregar penas accesorias.

El principio prohibitivo rige no sólo para la sentencia definitiva, sino también para las resoluciones sobre excarcelación, prisión preventiva, etc.

Se duda si, mediando recurso fiscal, el tribunal de alzada puede aplicar una pena mayor que la pedida por el ministerio público. La Corte a veces lo ha admitido, pero hay doctrina discrepante.

Entendemos que no es posible porque falta la pretensión punitiva para agravar.

47. — Se puede ahora observar que el principio prohibitivo de la "reformatio in pejus" juega *a favor y en protección de la defensa* del imputado o procesado. (Por eso, si el procesado no apela y consiente la condena de primera instancia, pero apela el fiscal para agravarla, el tribunal de alzada puede absolver o disminuir la pena, porque con eso "beneficia" —y no perjudica— al procesado).

El derecho judicial en materia de ley y juicio previos.

48. — Hecha la exégesis del art. 18, veamos cómo funciona en el derecho judicial que emana de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema su lineamiento básico.

a) La Corte insiste en que la configuración de un delito, por leve que sea, debe surgir de una *ley* del congreso. Igualmente la represión o pena del delito. La "ley anterior" del art. 18 exige indisolublemente la doble precisión del *hecho punible* y de la *pena* a aplicar. Las sanciones penales no pueden ser creadas por decreto del poder ejecutivo ni por edictos policiales.

La Corte tiene dicho que el legislador no puede delegar simplemente en el poder ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas, porque ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables.

En cambio, admite la legislación provincial sobre *faltas y contravenciones*, que traducen el ejercicio del llamado "poder de policía" local.

Los *edictos policiales* necesitan aprobación legislativa.

b) El juicio previo requiere, por principio, su sustanciación ante un *tribunal de justicia*, o por lo menos, la posibilidad de recurrir a él antes de ser penado. Si la imposición de pena se encomienda a un órgano de la administración sin ulterior control judicial suficiente, hay agravio a la constitución. Sólo los jueces pueden, en última instancia, decidir la aplicación de sanciones penales.

La revisión judicial procede, según el derecho judicial de la Corte, aun

respecto de sanciones menores aplicadas por la autoridad administrativa (por ej., policial) en materia de contravenciones y es inconstitucional la norma que la impide, por violación a la garantía del art. 18.

Las formas sustanciales del juicio penal son, para la Corte, las que ya hemos señalado: *acusación, defensa, prueba y sentencia*. Veámoslo: b') faltando la acusación, la sentencia se considera dictada sin jurisdicción; b") la asistencia profesional es parte del debido proceso y del derecho de defensa; b"') basta que la oportunidad de ser oído y ofrecer prueba sea anterior al pronunciamiento final; b"") el principio de *progresividad* en el juicio penal impide que éste se retrotraiga a etapas ya superadas, porque los actos procesales se precluyen cuando se han cumplido observando las formas legales, salvo supuesto de nulidad; b""') debe reputarse incluido en la garantía de defensa en juicio el derecho de todo imputado a obtener —luego de un juicio tramitado en legal forma— *un pronunciamiento que ponga término, del modo más rápido posible*, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

El principio que el derecho judicial de la Corte tiene acuñado en el sentido de que la celeridad razonable del proceso penal impide retrocesos que lo hagan volver a etapas ya cumplidas y precluidas, no se aplica excepcionalmente cuando la retrogradación es necesaria para subsanar nulidades fundadas en la inobservancia de las formas sustanciales del proceso penal.

c) Cuando media acusación sobre un hecho concreto, *se violan* las garantías del proceso penal si: c') se condena por un hecho diferente del que ha sido objeto de acusación y prueba; c") se aplica de oficio una pena distinta, o accesoria, que implica condenar por cuestiones no incorporadas al juicio.

No hay violación si: c"') el tribunal excede la medida de la pena requerida por el ministerio público, pero siempre dentro de los límites del hecho que es objeto de acusación y prueba, y del tope condenatorio fijado por la ley penal; c"") el tribunal cambia la calificación legal del hecho acusado, respecto de la efectuada por el ministerio público, siempre que la calificación verse sobre el mismo hecho del proceso.

d) En cuanto a las sentencias condenatorias que dictan los jueces, la Corte afirma que el deber de éstos radica en precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, sin más limitación que la de restringir el pronunciamiento a los "hechos" que constituyen la materia de la acusación y del juicio penal.

e) Respecto de sanciones privativas de la libertad corporal que por su duración equivalen a "penas", la Corte ha considerado que su aplicación por *faltas o contravenciones* no puede estar a cargo de organismos administrativos con función jurisdiccional que carecen de posible revisión judicial.

Cuando la vía legal recursiva existente no satisface el control judicial suficiente y la sanción aplicada es privativa de la libertad, procede su impugnación mediante el *habeas corpus*.

f) En el caso "V., E.C.y otra", del 21 de abril de 1988, la Corte —al declarar mal concedido un recurso extraordinario— consideró que no es inconstitucional la norma penal (art. 14 del código respectivo) que prohíbe conceder la *libertad condicional* al reincidente.

g) El derecho judicial tiene construido el standard de que no puede interponer recurso extraordinario ante la Corte quien se halla *prófugo* de la justicia en una causa penal. Y alude a que aquél que con su conducta discrecional ha desconocido garantías constitucionales, no está en condiciones de invocar su protección a favor suyo.

Estamos en desacuerdo con esta pauta porque, sencillamente, toda denegación de la legitimación procesal para acceder a la justicia o para intervenir en un proceso que razonablemente atañe a la persona, o a su derecho de articular pretensiones, se nos ocurre claramente inconstitucional.

La retroactividad y ultraactividad de la ley penal más benigna.

49. — Queda por tratar el caso de la *ley penal más benigna*, sobre el cual la constitución nada dice. La norma que torna retroactiva a la ley penal más benigna surge del código penal, cuyo art. 2º establece que "si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que existía al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho".

Limitándonos al aspecto constitucional, entendemos que en la norma transcripta están contenidos dos principios: a) el de *retroactividad de la "nueva" ley penal más benigna*; b) el de *ultraactividad de la ley "anterior" más benigna.*

En el derecho judicial, la Corte ha dicho que la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna —que surge del citado art. 2º del código penal— no tiene fundamento constitucional ni se relaciona con el art. 18 de la constitución.

Con la *reforma de 1994* esta pauta judicial ha decaído para ser reemplazada por las normas pertinentes de tratados internacionales con jerarquía constitucional (ver nº 53).

En nuestro derecho interno es posible —y así lo entendemos— considerar como ley penal más benigna no sólo a la que resulta más leve en cuanto al tipo penal o a la sanción penal, sino también a la que es más suave en orden a otras

cuestiones penales (eximentes, causas de justificación, de inimputabilidad, plazos de extinción de la acción penal, etc.).

50. — Como según el derecho judicial el principio de retroactividad de la ley penal más benigna no surge de la constitución sino de la ley (art. 2º del código penal) la Corte sostuvo que es posible restringir la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna al supuesto de estar el condenado cumpliendo la condena, y no extender esa aplicación a supuestos en que la condena ya ha sido cumplida (caso "E., N.A." del 30 de diciembre de 1986).

51. — Para la ley aplicable en el *delito permanente*, remitimos al nº 21.

52. — Queremos añadir una referencia a la *ley penal temporaria*, que es aquélla que lleva previsto consigo un plazo determinado de vigencia; si bien no se duda de que la ley penal temporaria no puede ser retroactiva, se duda en cambio si puede ser ultraactiva, o sea, fundar condenas por hechos delictuosos cometidos durante su vigencia, pero sentenciados después que ha perdido vigencia. Nosotros pensamos que la ley penal temporaria puede ser ultraactiva con ese alcance *si ella lo dispone expresamente*, y que, al contrario, cuando no define su ultraactividad deja subsistente el principio de la ley más benigna.

53. — El *Pacto de San José de Costa Rica* dice que si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello (art. 9). Norma equivalente trae el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 15).

Ambos tratados tienen *jerarquía constitucional* por el art. 75 inc. 22, por lo que las normas citadas se sitúan al mismo nivel de la constitución.

Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

54. — El art. 8 del *Pacto de San José de Costa Rica* dispone: "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" (Sobre la *doble* instancia en el proceso penal, remitimos a lo dicho al tratar la segunda instancia.)

Omitimos transcribir el art. 7, y toda la serie de garantías que sobre protección judicial contiene el Pacto de San José, algunas de las cuales, no por genéricas, dejan de ser aplicables al proceso penal.

55. — El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* es también pródigo en sus arts. 2.9 y 14 para diagramar y pormenorizar las garantías. Diríamos que, salvadas las diferencias gramaticales en las normas afines de uno y otro tratado, todas ellas participan en ambos de una inspiración común, y se complementan o refuerzan recíprocamente.

Ambos pactos exigen también que se preste atención a dispositivos que pueden proyectarse, en muchos casos, al proceso penal. Así, los artículos que se refieren a la persona humana, a su dignidad, a su libertad, al derecho a la vida y a la integridad, al principio de legalidad penal, etc. En varias partes del libro venimos haciendo citas al respecto, y a ellas nos remitimos nuevamente.

56. — La *Convención sobre los Derechos del Niño* acumula una serie de normas que, presididas por la pauta del interés superior del niño en todas las medidas que respecto de él sean tomadas por parte de los tribunales, de las autoridades administrativas y de los órganos legislativos, contemplan garantías en caso de privación de la libertad (detención, encarcelamiento o prisión), y de enjuiciamiento penal (esto último, tanto durante el proceso como después de impuestas las medidas derivadas de la infracción a las leyes penales, todo lo que debe quedar sometido a autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley). Se han de adoptar medidas apropiadas —entre otros fines— para promover leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños bajo proceso penal, o declarados penalmente culpables. Asimismo se establecerá una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños carecen de capacidad para infringir leyes penales. A los menores de 18 años no se les puede aplicar la pena de muerte, ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación. Siempre que sea apropiado y deseable, se adoptarán medidas respecto de los niños que no hayan alcanzado la edad legal que se fije para acusar su capacidad delictiva, a fin de tratarlos sin recurrir a procedimientos judiciales. (Puede verse, por ej., el texto de los arts. 37 y 40 del tratado comentado).

57. — A raíz de varios casos en los que se formularon denuncias contra Argentina ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo al mecanismo y procedimiento arbitrados por el Pacto de San José de Costa Rica, se alegó que las leyes 23.492 y 23.521 (conocidas como de extinción de la acción penal y de obediencia debida) y el decreto 1002/89 sobre indultos, irrogaron en sus efectos aplicativos diversas violaciones a los derechos humanos, en cuanto numerosos hechos producidos durante la represión antisubversiva (con anterioridad a la incorporación del aludido pacto a nuestro derecho interno) se vieron después impedidos de investigación y sanción en los procesos penales a los que se aplicaron las normas denunciadas; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió su informe nº 28, del 2 de octubre de 1992, cuyo contenido resulta importante para conocer el criterio con que, en la jurisdicción supraestatal del sistema interamericano, se han interpretado las normas del Pacto de San José relativas al derecho a la jurisdicción y a la protección judicial en el ámbito de las garantías penales.

58. — Quedó también afirmado que el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito, en los sistemas que lo autorizan como el argentino, deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal. (ver nº 14).

La prohibición de reiterar el enjuiciamiento penal por un hecho ya juzgado: el "non bis in idem".

59. — Dejando aparte los asideros constitucionales, o propios de nuestro derecho interno —en el que la *ley* consagra el "non bis in idem"— tanto el *Pacto de San José de Costa Rica* como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* incorporan normas que lo toman en cuenta y lo garantizan. Estas normas tienen la misma jerarquía que la constitución.

El *Pacto de San José* prohíbe que el inculpado "absuelto" sea procesado de nuevo por el mismo hecho (art. 8.4), mientras el otro tratado abarca la doble hipótesis del "condenado" y del "absuelto", prohibiendo en ambas que se proceda a posterior juzgamiento y sanción (art. 14.7).

Creemos que en nuestro derecho constitucional queda asumida la prohibición de nuevo juzgamiento tanto cuando en uno anterior sobre los mismos hechos ha recaído *absolución*, como si ha habido *condena*.

60. — Las razones que respaldan este punto de vista no obstan a que en caso de sentencia condenatoria se proceda después a su *revisión* si es que aparecen causales justificatorias, como por ej.: nuevos elementos de prueba, error judicial, etc., que permitan la *absolución* y, como efecto de la nueva sentencia, la *reparación indemnizatoria*. Con o sin ley autoritativa, la revisión de la sentencia de condena encuentra sustento constitucional suficiente en el argumento de la cosa juzgada nula o írrita; y, ahora, cuenta además con previsiones en los dos tratados que hemos venido citando (art. 14.6 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 10 de la Convención de San José de Costa Rica). (Ver nº 37).

61. — La aplicación del "non bis in idem" es propia del ámbito penal, razón por la cual creemos que no se transgrede cuando a personas enjuiciadas o condenadas penalmente se las hace objeto de una *sanción o medida disciplinaria razonable* por el mismo hecho (por ej.: en el ejercicio de su actividad laboral o profesional).

Algunos aspectos constitucionales de la incriminación y la sanción penal.

La política criminal del legislador.

62. — Tenemos opinión segura de que la ley penal no está constitucionalmente obligada a incriminar ninguna conducta, ni a deparar tutela penal a ningún bien jurídico, salvo en el caso de los delitos que —aun sin establecer la sanción penal— están tipificados en la constitución, o de los que tratados internacionales con jerarquía constitucional tipifican directamente u obligan a incriminar y penar.

Ello significa que es la *política criminal* del legislador la que, *razonablemente*, escoge los bienes susceptibles de tutela penal, las conductas reprochables, y las sanciones.

Incriminar o no incriminar es, pues, una competencia del congreso.

El derecho judicial de la Corte ha sentado la pauta de que la garantía del art. 18 tiene el alcance de atribuir exclusivamente al congreso la determinación de los intereses que han de recibir tutela penal, así como de las conductas específicas que ponen en peligro tales bienes.

Posibles inconstitucionalidades en el tipo penal y en la pena.

63. — Hemos dicho que la política criminal pertenece al legislador. Pero hemos acotado que, como en toda actividad del poder, debe respetarse la regla de la *razonabilidad*. Entonces, proponemos pensar que si, acaso, se admite la inconstitucionalidad en una norma penal, ello obedece a que la política criminal ha rebasado la frontera de lo razonable.

En orden a la duplicidad normativa de *tipo* y *sanción* en la ley penal, una ley penal puede ser *inconstitucional* en cualquiera de esos campos; a) así, el *tipo penal* puede violar la constitución si implica incriminar una conducta retraída constitucionalmente en el ámbito

de la intimidad que resguarda el art. 19, y esto queda claro cuando la jurisprudencia de la Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma penal que tipifica como delito la tenencia de drogas cuando la dosis es mínima y el consumo es personal; b) la inconstitucionalidad puede asimismo provenir de la *sanción* cuando la *pena* no guarda proporción razonable con la conducta tipificada como delito, caso en el cual hay que analizar con suma prudencia el margen de arbitrio razonable con que cuenta el legislador en su política criminal, la situación delictuosa en la sociedad del momento, la escala de penas con que se maneja la ley cuando presta tutela penal a bienes jurídicos de diferente valiosidad, etc.

Por supuesto que la inconstitucionalidad del tipo acarrea la de la sanción penal, porque si la conducta evade constitucionalmente el reproche es obvio que no puede adjudicársele pena; en cambio, la inconstitucionalidad de la pena no significa que el tipo incurra en igual vicio, porque es posible que con otra pena razonablemente proporcionada a su gravedad o levedad el legislador pueda incriminar la conducta.

64. — En cuanto a la inconstitucionalidad del *tipo penal* que incrimina una conducta, vale recordar que la Corte declaró inconstitucional —por entender que quedaba violado el derecho a la intimidad o privacidad— el art. 6º de la ley 20.771 sobre tenencia de drogas para uso personal en los casos "Bazterrica" y "Capalbo", del año 1986. El precedente es importante en cuanto al punto que estamos tratando, bien que esa jurisprudencia fue posteriormente dejada de lado por la misma Corte. (Caso "Montalvo", fallado el 11 de diciembre de 1990).

En cuanto a la inconstitucionalidad de la *sanción penal*, la Corte Suprema por mayoría declaró inconstitucional una norma penal por considerar que lo era la pena adjudicada al delito de robo de automotores agravado por uso de armas (caso "Martínez José Agustín", del 6 de junio de 1989). (Este criterio fue también abandonado posteriormente respecto del mismo delito cuya pena había sido antes declarada inconstitucional, en el fallo de la Corte del 14 de mayo de 1991 en el caso "P., M.C.".)

Los edictos policiales.

65. — Aun cuando en el caso fallado el 25 de noviembre de 1986 por la Corte Suprema ("S.M.C., s/recurso de habeas corpus en favor de A.G., R.A."), el tribunal no admitió un habeas corpus para impugnar sanciones administrativas de arresto aplicadas en virtud de edictos policiales (y ello en cuanto entendió que la vía legal recursiva existente satisfacía el control judicial suficiente), aseveró en una importante pauta que tales edictos contenían fórmulas extremadamente vagas, y prohibiciones alusivas a formas de vida o al carácter de las personas, con olvido de la obligación que el art. 19 de la constitución impone

para sancionar "conductas". Fue un modo de prevenir acerca de que, aun cuando los edictos policiales requieren necesariamente su aprobación por ley, ésta no puede atrapar sancionatoriamente con las indicadas fórmulas vagas a formas o estilos de vida que, en rigor, pertenecen a la privacidad resguardadas por el citado art. 19 y no configuran conductas que, conforme a él, caigan bajo la autoridad estatal.

Es un supuesto de inconstitucionalidad doble: por la imprecisión del tipo, y por albergar en su vaguedad la sanción a conductas propias de la intimidad.

La teoría de la insignificancia.

66. — Hay otro tema que propone perfiles interesantes, y que se alude con el nombre de "teoría de la insignificancia". Esta teoría sostiene que no se debe emplear el aparato represivo penal para sancionar *conductas muy leves* que, aun encuadradas legal y formalmente en una norma penal, solamente afectan de modo sumamente trivial al bien jurídico penalmente tutelado por dicha norma. De ahí el nombre de teoría de la insignificancia, porque la referida afectación es *insignificante*.

Se citan como posibles casos el de quien arranca cabellos a otro (¿sería una lesión corporal?); o del conductor de un transporte público que ante la llamada de un pasajero para descender avanza cien metros más allá del lugar de la parada (¿sería privación ilegítima de la libertad?); o del juez que usa la máquina de escribir de su despacho oficial para una carta o un trabajo personales, o que efectúa desde el mismo despacho algunas llamadas telefónicas de carácter también personal, etc.

El meollo constitucional radica, a nuestro juicio, en la *injusticia intrínseca* que implica sancionar penalmente una conducta transgresora insignificante, no tanto por el dispendio jurisdiccional que provoca el proceso, sino más bien por la falta de relación y proporción razonables entre la misma conducta y la incriminación sancionatoria. Eximir de ella sería desaplicar la norma al caso concreto en virtud de que, por las peculiares características del mismo, su sanción penal devendría *inconstitucional por injusta*.

A la postre, el argumento de inconstitucionalidad que personalmente compartimos radica en la ausencia de toda proporción razonable entre la conducta, la incriminación y la sanción.

Las prohibiciones en materia penal.

67. — En materia penal, tanto durante el proceso como fuera de él, y en el cumplimiento de la condena, hay que tomar en cuenta algunas severas prohibiciones. Así:

a) *Están abolidos los tormentos y los azotes* (por supuesto que si los están como penas, lo están también y con mayor razón como

medios de obtener la confesión durante el proceso); así lo dispone el art. 18.

La abolición constitucional de los tormentos o torturas no sólo significa, según el derecho judicial de la Corte, que es procedente disponer el procesamiento y castigo del responsable de los apremios según la ley, sino que también y a la vez impide computar como prueba válida en un juicio la que se ha obtenido mediante el uso o la aplicación de aquellos métodos.

El *Pacto de San José de Costa Rica* prohíbe las torturas y las penas o los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art. 5.2).

Marcada similitud normativa ofrece el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (arts. 7 y 10.1), en tanto la *Convención sobre Derechos del Niño* se inspira en pautas equivalentes a favor de los menores (por ej., art. 37.a y c. y art. 40.1).

Uno de los tratados con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) es la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*.

b) *Está abolida la pena de muerte por causas políticas* en el mismo artículo 18; no obstante, la ley marcial y la extensión de la jurisdicción militar a los civiles han registrado la aplicación de la pena de muerte por delitos políticos en nuestro derecho constitucional material.

La pena de muerte por delitos políticos, o delitos comunes conexos con los políticos está prohibida en el *Pacto de San José de Costa Rica* (art. 4.4).

c) *Está abolida la confiscación de bienes*; así lo dispone el art. 17.

Obsérvese que las citadas normas prohibitivas de los arts. 17 y 18 suprimen dichas penas "para siempre", lo que pone un énfasis especial en las respectivas fórmulas, de donde cabría preguntarse si, acaso, no configuran contenidos pétreos retraídos a toda posible reforma ulterior de la constitución.

d) Dice asimismo el art. 18 in fine que las *cárceles* 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.

Los antecedentes históricos y patrios que perduraban al tiempo de dictarse la constitución, consideraban "reo" a quien no había sido condenado. Hoy, en una interpretación dinámica y actualizada, hemos de entender que esta cláusula impone una pauta aplicable por igual al detenido sin condena como a quien se halla cumpliéndola.

La pena de muerte.

68. — La pena de muerte por *delitos comunes* no ha recibido normación constitucional alguna. Pero es necesario actualmente tomar muy en cuenta lo que operativamente dispone en torno de la pena de muerte el *Pacto de San José de Costa Rica* sobre derechos humanos. Su art. 4, referido al "derecho a la vida", prescribe: "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 la autoridad competente."

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* dispone en su art. 6º.2 que "en los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito, y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente".

La *Convención sobre los Derechos del Niño* prohíbe aplicar la pena de muerte por delitos cuyos autores sean menores de 18 años de edad (art. 37 a).

69. — Al no existir en la legislación penal común de Argentina la pena de muerte a la fecha de incorporarse en 1984 el Pacto de San José a nuestro derecho interno, sería *imposible e inconstitucional* introducirla en el futuro, ya fuera: a) mediante ley, o b) mediante reforma de la constitución que la previera o habilitara. El tratado

citado, que desde la reforma de 1994 reviste jerarquía constitucional, alcanza el nivel de un *límite heterónomo* o externo —por fuente internacional— hasta para el poder constituyente futuro.

El cumplimiento de la condena.

70. — La *ejecución de la pena* no puede verse como un simple problema de política criminal, porque la constitución impone pautas muy claras, y porque, además, todo el sistema de derechos humanos que ella contiene y prohija guarda estrecha relación con todas las modalidades de cumplimiento de la sanción penal. Está en juego en ello la dignidad personal del delincuente y muchísimos derechos suyos —por ej., el derecho a la intimidad, a la libertad religiosa, a la vida y a la salud, a casarse, a expresar sus ideas, etc.—.

La Corte ha reconocido el derecho de las personas privadas de su libertad a la inviolabilidad de su correspondencia (fallo del 19 de octubre de 1995 en el caso "Dessy Gustavo Gastón, s/ habeas corpus").

Se comprende fácilmente que el cumplimiento de la condena no provoca solamente una cuestión penitenciaria que, como tal, se recluya en el derecho administrativo; el tribunal cuya sentencia aplica la pena —u otro competente— debe retener o asumir en plenitud el *control judicial* necesario, tanto a los fines de la eficaz defensa social y de la seguridad, cuanto a los de tutela de la dignidad y los derechos del condenado, y a los de vigilancia de las condiciones de vida en los establecimientos carcelarios, del trato a los reclusos, de su reeducación para la reinserción social, etc.

71. — La previsión de la ley 24.316 al incluir en el art. 27 bis del código penal (para la *suspensión condicional de la ejecución de la pena*) una serie de reglas de conducta que debe cumplir el condenado por disposición del tribunal judicial, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos, merece evaluarse como razonable. Pero estamos ciertos que sólo puede aplicarse a quienes reciben condena por un delito cometido con posterioridad a la mencionada ley 24. 316, no admitiendo su aplicación por sentencia que, dictada después de vigente esta ley, sanciona delitos perpetrados antes. Ello en cuanto de ocurrir esto último, la ley penal de ejecución sería retroactiva y, por ende, violatoria del principio de la ley penal previa o anterior al delito.

72. — Hemos de tener muy en cuenta que la Convención de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aluden a la finalidad esencial de reforma y readaptación social de los penados; el Pacto de San José la asigna en su art. 5.6 a las penas privativas de la libertad; y el otro tratado, en el art. 10.3, al régimen penitenciario.

Ambos obligan a separar a los procesados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales (art. 5.4 y art. 10.2 a, respectivamente). También prescriben que los menores que puedan ser procesados deberán ser separados de los adultos (art. 5.5 y art. 10.2 a, respectivamente).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que en el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esa circunstancia, y la importancia de estimular su readaptación social (art. 14.4) lo que, evidentemente, encara la etapa de condena y no solamente la previa del enjuiciamiento.

Por su parte, no es de extrañar que la *Convención sobre los Derechos del Niño*, que atiende a sus necesidades, a sus derechos, a su desarrollo y a su bienestar en todos los ámbitos, y que orienta su normativa en orden al interés superior del menor, explaye y especifique disposiciones contundentes para los supuestos de privación de libertad, enjuiciamiento penal, y eventualmente, condena. Sería desmesurado transcribir artículos, pero colacionamos especialmente el art. 37 y el 40. El parágrafo 1 del art. 40 atribuye al caso de infracción penal el deber de deparar al menor un trato que, entre otras cosas, promueva su reintegración y la asunción de una función constructiva en la sociedad. Y en el parágrafo 4 del mismo artículo concluye con este texto: "Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación familiar, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con las circunstancias como con la infracción".

73. — En 1996 se dictó la *ley 24.660*, llamada de "ejecución de la pena privativa de libertad", que se autodefine como complementaria del código penal.

En tal sentido, consideramos que rige y debe ser aplicada también en las provincias por sus tribunales locales. Y aún más, porque en cuanto algunas de sus normas bien pueden reputarse como desarrollo de tratados internacionales con jerarquía constitucional no sería aventurado atribuirles naturaleza de derecho federal. Con un enfoque u otro, reglamentan derechos humanos que a las personas privadas de su libertad les reconocen la constitución y los referidos tratados.

III. LA GARANTIA DE LOS "JUECES NATURALES"

Su concepto y alcance.

74. — El derecho a la jurisdicción, en cuanto significa posibilidad de acceder a un órgano judicial, presupone que dicho órgano debe ser el "juez natural" para la causa, es decir, el *tribunal judicial* cuya creación, jurisdicción, y competencia, provienen de una *ley anterior al "hecho"* originante de aquellas causas (o proceso).

La palabra "juez" no alude a la persona física del juez, sino al "tribunal" u "órgano" judicial.

El art. 18 dice que *ningún habitante puede ser "juzgado" por comisiones especiales, o "sacado" de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa*. Latamente, esta garantía tiene el nombre tradicional de garantía de los "jueces naturales".

La expresión "juez natural" goza de inveterada vigencia en el léxico constitucional argentino, y pertenece por igual y doblemente: a) a la parte dogmática de la constitución en cuanto es una *garantía* de los habitantes, y b) a la parte orgánica en cuanto se relaciona con los principios de *organización del poder judicial* y de la función de administración de justicia.

75. — El derecho constitucional argentino consagra: a) el principio de la *unidad de jurisdicción*, que radica a la administración de justicia exclusivamente en los órganos del poder judicial, con las solas excepciones de los fueros reales y de las jurisdicciones especiales; b) el principio de la *igualdad de todos los individuos ante la jurisdicción*, que torna justiciables a todos por los mismos jueces, eliminando a los jueces especiales a título de privilegio (fueros personales) o de castigo (jueces ad hoc, comisiones especiales, etc.).

La garantía de los jueces naturales *no es privativa de la materia penal*, sino extensiva a todas las restantes: civil, comercial, laboral, etc.

76. — Conectada con la garantía de los jueces naturales hay que tomar en consideración:

a) la prohibición del art. 109, según el cual "en ningún caso el presidente de la nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas"; esta prohibición rige aun durante el estado de sitio, ya que de acuerdo al art. 23 tampoco puede el presidente condenar por sí o aplicar penas;

b) la prohibición del art. 29, que al proscribir la concesión al poder ejecutivo de facultades extraordinarias y de la suma del poder público, impide al congreso investirlo de función judicial;

c) el principio de división de poderes, que veda cualquier tipo de delegación de la función judicial por parte de sus órganos a otros extraños;

d) los principios emergentes del derecho judicial elaborado por la Corte, según el cual: d') en la solución de controversias jurídicas individuales no se puede excluir compulsivamente la intervención suficiente de un tribunal judicial; d") en la actividad jurisdiccional de la administración y de los tribunales militares debe asegurarse el posterior control judicial suficiente; d'") la defensa de un derecho subjetivo supone cuestión judiciable que impide sustraer compulsivamente su conocimiento a los jueces del poder judicial.

77. — La garantía de los jueces naturales, como todo contenido que integra los principios, declaraciones y garantías de la constitución, *obliga a las provincias*, conforme al art. 5º. Por ende, cabe afirmar que los tribunales judiciales provinciales, cuando quedan establecidos conforme a la pauta del art. 18 de la constitución federal, son también jueces naturales.

Ello significa que jueces naturales no son, únicamente, los del poder judicial federal.

78. — Si admitimos que la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce validez constitucional a los tribunales administrativos y a los tribunales militares a condición de que sus decisiones dejen abierta la posibilidad de acudir a un tribunal judicial para que revise o controle de modo suficiente esas mismas decisiones, es acertado contestar afirmativamente: los tribunales administrativos y los tribunales militares, en la medida en que el justiciable tenga disponible una vía de acceso posterior al poder judicial para que un tribunal judicial ejerza control suficiente sobre lo resuelto por aquellos tribunales no judiciales, deben ser reputados analógicamente como jueces naturales, bien que con la naturaleza propia de una jurisdicción "especial" (no judicial).

79. — El art. 8.1 del *Pacto de San José de Costa Rica* amalgama el derecho a la jurisdicción y la garantía de los jueces naturales. Dice así: "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".

Norma análoga recoge el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 14.1).

La sustracción de la causa al juez natural.

80. — La fórmula del juez natural que trae el art. 18 se puede traducir así: *nadie puede ser "sacado" del tribunal creado y dotado de jurisdicción y competencia por ley anterior al "hecho" que es origen de la causa* (o proceso judicial).

"Juez natural" es, entonces, *el tribunal creado y dotado de jurisdicción y competencia por una ley dictada antes del hecho que es origen del proceso en el que ese tribunal va a conocer y decidir.*

La prohibición de "sacar".

81. — Hay que tener bien en claro que esta parte del art. 18 contiene una *doble* prohibición: a) que alguien *sea juzgado por "comisiones especiales"*; b) que alguien *sea "sacado" de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.*

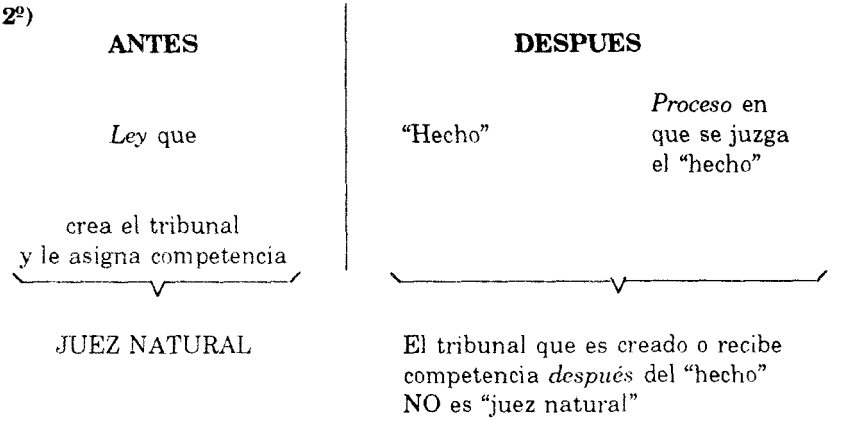
Esta simple advertencia resulta muy importante para diversas conclusiones: a) si hay dos prohibiciones, las dos no pueden significar lo mismo, porque de ser así habría en la norma una repetición innecesaria; b) la prohibición de sacar al justiciable del juez natural es susceptible de quedar violada aunque no se lo someta a una comisión especial; c) la norma con las dos prohibiciones impide interpretarla de tal modo que la que veda sacar del juez natural se equipare a la que veda juzgarlo por comisiones especiales. En consecuencia, "sacar" del juez natural significa una cosa, y ser "juzgado" por comisiones especiales significa otra cosa distinta.

La prohibición de "sacar" (o sustraer) se traduce así: *después del "hecho" que va a dar lugar* (en futuro) *a una causa judicial, o que ya ha dado lugar a ella* (causa ya iniciada o pendiente), *no se puede cambiar o alterar la competencia del "tribunal"* (juez natural) al *que le fue otorgada por ley anterior a aquel hecho, para darla o transferirla a otro tribunal que reciba esa competencia "después" del hecho.*

82. — Un gráfico resume las explicaciones anteriores.

1º)	JUEZ NATURAL	DESPUES
LEY *que antes del "hecho"*	a) crea el tribunal *y* b) le asigna *competencia* para conocer de ese "hecho" en el proceso.	no puede "sacarse" (o sustraerse) al justiciable de ese tribunal; se lo "saca" si: a) se cambia la competencia del tribunal a favor de otro; o b) se asigna competencia a un tribunal "creado" después del hecho.

2º)



La prohibición de someter al juzgamiento de comisiones especiales significa, con más claridad, crear organismos *ad-hoc*, o *ex post facto* (después del hecho), o *especiales*, para juzgar determinados hechos o a determinadas personas, sin la generalidad y permanencia propias de los tribunales judiciales.

El derecho judicial en materia de sustracción de causas.

83. — La Corte no ha acogido la interpretación que nosotros entendemos ser la correcta, y que hemos explicado. O sea, no exige que para tener carácter de juez natural un tribunal judicial deba estar creado y dotado de jurisdicción y competencia por ley dictada *antes* del "hecho" que origina el proceso.

Fundamentalmente, en cuanto a la prohibición de "sacar" al justiciable de su juez natural, y a la "sustracción" de causas, la misma Corte sostiene constantemente que las leyes que adjudican competencia a los tribunales judiciales no tienen que ser necesariamente anteriores al "hecho" que esos tribunales van a conocer en un proceso, ni siquiera anteriores a la iniciación de dicho proceso. Al contrario, las leyes de competencia —en cuanto son de orden público— pueden ser posteriores al mismo "hecho", y aún a la iniciación del proceso, y resultan inmediatamente aplicables a los juicios futuros o pendientes, con prescindencia del momento temporal del "hecho" que se tiene que juzgar.

En la jurisprudencia de la Corte hay, sin embargo, un "momento" procesal a partir del cual ya no se puede sustraer el proceso al tribunal que está conociendo de él; ese "momento" es la traba de la litis (para el proceso no penal; para el proceso penal, el equivalente podría ser la acusación).

Asimismo, retrotraer etapas procesales válidamente cumplidas, y privarlas del efecto ya producido, con más la obligación de ajustar el proceso a un nuevo

trámite en virtud de una ley posterior, merece ser reputado como un especial modo inconstitucional de violar la garantía del juez natural. (Ver, por ej., el fallo de la Corte en el caso "Hussar Otto", del 10 de octubre de 1996).

84. — Para la jurisprudencia de la Corte, lo que queda entonces prohibido es sustraer ciertos hechos, casos o personas *determinadas*, a la competencia que, con carácter "general", ha adjudicado la ley a tribunales judiciales permanentes, y hacer juzgar esos hechos, casos o personas por un tribunal establecido "especialmente" *para ellos*.

85. — La interpretación judicial de la garantía de los jueces naturales implica una *mutación* interpretativa que, en general, significa violación de la constitución en su art. 18, lo que muestra una discrepancia sobre el punto entre la constitución material y la formal.

86. — Es de tener en cuenta que cuando en un conflicto de competencia entre diversos tribunales, la Corte Suprema interviene para establecer cuál es el que resulta competente en una causa judicial, esa intervención tiende, más allá de dirimir el conflicto, a la búsqueda del tribunal que, por ser competente a juicio de la Corte, es el *juez natural* de esa causa.

El "juez natural" en los recursos judiciales ante tribunales de alzada.

87. — En el caso de tribunales de alzada que entienden en procesos recurridos ante ellos, también debe aplicarse el principio del juez natural, tal como personalmente lo hemos explicado. Por eso, tales tribunales de alzada tienen que ser creados y dotados de jurisdicción y competencia por una *ley anterior* al "hecho" del proceso tramitado en la instancia inferior.

Como excepción, hemos aceptado que mediante ley posterior se añada una instancia de alzada que antes no existía, respecto de decisiones emanadas de organismos o tribunales administrativos que carecían de control judicial, como también que a procesos judiciales de instancia única les sea adjudicada otra de revisión por ley posterior al hecho que les dio origen. Es así en cuanto, en ambos supuestos, se mejora la *justiciabilidad*, lo que nos permite afirmar que "dar" juez difiere mucho de "sustraer".

Los fueros reales.

88. — Los *fueros reales*, de *materia* o de *causa* no vulneran la garantía de los jueces naturales. Especialmente trataremos en su oportunidad el más importante de esos fueros al ocuparnos de la jurisdicción militar.

Ahora sólo traemos a colación la tradicional jurisprudencia de la Corte en el sentido de que el art. 16 de la constitución sólo ha suprimido los *fueros personales*, no revistiendo esa naturaleza los *tribunales militares* creados con carácter permanente para la aplicación del código de justicia militar, en uso de la competencia del congreso que derivaba del art. 67 inc. 23, hoy reformulado en el art. 75 inc. 27.

A *partir de 1984*, y en aplicación de la ley 23.049, el derecho judicial emanado de la Corte ha sentado dos principios sobre la jurisdicción militar, en lo que se relaciona con la garantía de los jueces naturales. a) Los tribunales militares pueden reputarse jueces naturales, pero sus sentencias deben quedar sujetas a revisión por un tribunal judicial. b) La revisión judicial de las sentencias militares conforme a la ley 23.049 subsana cualquier defectuosidad que pueda anidar en el proceso ante los tribunales militares.

IV. LA INMUNIDAD DE DECLARACION Y DE ARRESTO

89. — *"Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"*. La exención se considera limitada a la materia y al proceso *penales*.

El derecho judicial emanado de la Corte Suprema es constante en afirmar que la garantía de no ser obligado a declarar contra sí mismo sólo *rige en materia penal*. Se llama también garantía de "no inculparse".

No obstante, la norma constitucional que la formula en el art. 18 no hace distinción alguna, por lo que nos parece que *debe extenderse a todo tipo de causas*, aunque no con el mismo rigor. En concreto, por ej., mientras las posiciones deferidas al procesado en causa penal son contrarias a esta garantía, en las causas no penales consideramos que: a) puede pedirse la absolución de posiciones a la contraparte; pero: b) no puede tenérselas por absueltas en rebeldía.

90. — La inmunidad que acuerda el art. 18 ha de interpretarse como proscripción de todo método y de toda técnicà que, antes o durante el proceso, y ante cualquier autoridad —sea administrativa o judicial— tiende a obtener por coacción física, psíquica o moral, una declaración o confesión, o a indagar su conciencia a través de drogas o procedimientos científicos de cualquier tipo. Si los castigos corporales están abolidos como pena, tampoco pueden emplearse como medios de investigación previa a la sentencia. Los demás sistemas que, sin usar la fuerza física, disminuyen biológicamente y síquicamente la capacidad del hombre, o penetran en su intimidad personal para descubrir hechos que el hombre no está obligado a declarar, agravian por igual a su dignidad y deben considerarse prohibidos por la misma constitución.

El derecho judicial ha considerado destituida de todo valor probatorio a la declaración prestada bajo apremios ilegales, por existir violación a la constitución.

Debe tenerse en cuenta también para su aplicación la teoría del *fruto del árbol venenoso*, en torno del principio conforme al cual debe excluirse como prueba en un proceso judicial todo elemento probatorio ilegal o inconstitucionalmente obtenido, más todo otro agregado, ("venenoso") que sea consecuencia inmediata y directa de él y que, por ende, quede contaminado por la inicial ilegitimidad de la prueba originaria. (Para el proceso penal, ver el nº 107 de este capítulo).

91. — En posición no acompañada por la doctrina, interpretamos que no puede obtenerse una prueba determinada que signifique obligar a prestar el propio cuerpo en contra o en perjuicio del sometido a ella, como es el caso de la prueba de sangre que, aun siendo indolora y breve, se pretende imponer a una persona contra su voluntad —por ej. para acreditar si es padre o hijo de otra—. Hacerlo equivale, a nuestro criterio, a impeler a declarar contra sí mismo en un proceso que compromete a la persona.

92. — También es compartible la tesis que sostiene que ninguna conducta procesal de las partes puede volverse contra ellas para inculparlas con un efecto similar al de la declaración contra sí mismo. En el contexto de la conducta procesal como *prueba* (o indicio probatorio), esa conducta personal no puede volverse en contra de la parte a la que corresponda, para servir de prueba (así, por ej., quien en un juicio de filiación se negara a prestarse a una prueba hematológica, no habría de quedar expuesto a que esa conducta suya se valorara como presunción probatoria de la compatibilidad sanguínea con el hijo que se pretendiera atribuirle).

93. — De alguna manera, la garantía de no inculparse también presta protección constitucional a la *relación confidencial entre el cliente y el profesional*, porque de poco serviría que una persona no pueda ser obligada a declarar contra sí misma, y que el profesional vinculado a ella en un asunto concreto pueda ser compelido a revelar lo que de esa persona conoce bajo secreto cuando ha sido o es su cliente.

Esta exención entendemos que ha de alcanzar al *periodista* o comunicador social respecto del *secreto de las fuentes de información*.

94. — El *Pacto de San José de Costa Rica* dice que la confesión del inculpado sólo es válida si se presta sin coacción de ninguna naturaleza (art. 8.3).

95. — *Nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente.* Aunque la norma no dice cuál es esa

autoridad, limitándose a calificarla de "competente", parece que, como principio, debe serlo la autoridad *judicial*, y sólo por excepción la que no lo es.

La exención de arresto mentada en el art. 18 sirve de base implícita a la garantía del *habeas corpus*, con la que se remedia la privación de libertad física sin causa o sin formalidad debida.

a) La Corte Suprema ha establecido que las dos únicas figuras que en nuestra constitución dan base a la privación de libertad son el *proceso penal* y el *estado de sitio*.

Durante el *estado de sitio*, el presidente de la república es autoridad competente, de acuerdo al art. 23 de la constitución, para arrestar o trasladar personas; esta facultad es personalísima e indelegable, y está sujeta a control judicial de razonabilidad.

b) En jurisprudencia reciente, tampoco admite la Corte que las cámaras del congreso o las legislaturas provinciales impongan sanciones de arresto a terceros alegando ofensa o violación a privilegios parlamentarios, ya que el poder disciplinario respecto de terceros se limita al supuesto en que éstos interfieren o traban el desempeño normal de la función propia de los legisladores.

c) Entendemos que mediante *ley* razonable puede atribuirse a la *autoridad policial* la facultad excepcional de detener personas en casos especiales de urgencia (delito in franganti, o indicio vehemente de delito), al solo efecto de ponerlas de inmediato a disposición de juez competente.

d) *Organismos de la administración* carecen de facultad jurisdiccional para imponer sanciones privativas de libertad que por su duración equivalen a "penas" y que carecen de posible revisión judicial (la Corte equiparó a una pena el arresto policial de hasta tres meses aplicado por infracción a normas sobre juegos de azar).

e) Los *edictos policiales* no pueden establecer sanciones privativas de la libertad (doctrina del caso "Mouviel", fallado por la Corte el 17 de mayo de 1957).

f) Las sanciones "disciplinarias" que, sin configurar "penas", implican medidas "menores" de privación de libertad aplicables por organismos administrativos, requieren que el afectado disponga de posibilidad de *recurso* contra las mismas *ante tribunales judiciales* (control judicial suficiente).

g) El *Pacto de San José de Costa Rica* sobre derechos humanos estipula que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios, y que toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora del cargo o cargos formulados contra ella (art. 7.3, 4). Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por la constitución de los estados parte o por las leyes dictadas conforme a ellas (art. 7.2).

Similar disposición contiene el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 9.1, 2) y respecto de los niños la *Convención sobre Derechos del Niño* (art. 37).

V. EL DEBIDO PROCESO

Su concepto y alcance.

96. — *"Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos"*. Parece que en esta parte del art. 18 se expande la garantía más amplia. La doctrina y el derecho judicial argentinos la rotulan "defensa en juicio", o "debido proceso". Nosotros la ubicamos dentro del derecho a la jurisdicción, y a la tutela judicial efectiva.

De ahí en más, el debido proceso —en inglés: "due process of law"— significa que: a) ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un *procedimiento* regular fijado por la *ley*; de no haber ley razonable *que establezca* el procedimiento, ha de arbitrarlo el juez de la causa; b) ese procedimiento no puede ser cualquiera, sino que tiene que ser el "debido"; c) para que sea el "debido", tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de *participar con utilidad* en el proceso; d) esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia (ser oído). En otras palabras, se inserta aquí la plenitud del *derecho de defensa*.

De este esquema se desprende que si hubiera que describir en síntesis la esencia del debido proceso, habría de decirse que consiste en la ya aludida *oportunidad o posibilidad suficientes de participar* (o tomar parte) *con utilidad en el proceso*. De ahí que el debido proceso nos deje la idea de un proceso regular y razonable, y de una tutela judicial eficaz.

97. — Cuando en el proceso hay controversia o disputa entre partes que contraponen pretensiones opuestas, se habla de proceso *contradictorio*. En él rige el principio de *bilateralidad* o de *contradicción*, conforme al cual cada parte debe tener *conocimiento* de la pretensión de su opuesta, debe gozar del derecho de defensa, y debe poder controlar los actos procesales propios y ajenos. De nuevo recaemos en la "*ocasión* suficiente para cada parte de *participación útil* en el proceso".

98. — En todo proceso rige también el principio de *congruencia*, en virtud del cual la sentencia no puede apartarse, en lo que resuelve, de las pretensiones articuladas por las partes, que componen así la materia o el objeto del proceso. "No apartarse" quiere decir no exceder ni omitir en la decisión nada respecto de dicho arsenal de pretensiones. (Ver nº 109).

99. — En materia *no penal*, el proceso puede sustanciarse y decidirse en rebeldía del demandado, siempre que previamente se cumplan las formas legales de notificación de la demanda y que, en los casos previstos por la ley, se le designe defensor oficial. En el proceso *penal*, en cambio, la rebeldía obsta a su tramitación.

En los procesos que pueden tramitarse en rebeldía del demandado, la sentencia en contra del rebelde no puede fundarse sólo y automáticamente en su silencio, tanto como no se le puede impedir que en cualquier etapa o instancia del proceso intervenga en él e incluso que, sin atropello de la preclusión, ofrezca y produzca prueba. Por otra parte, el principio constitucional que obliga a los jueces a buscar la verdad objetiva o material, avala el criterio que postulamos.

La "duración" del proceso.

100. — La garantía del debido proceso incluye el recaudo de la *duración "razonable" del proceso: todo proceso ha de tener una duración que sea razonable para la tutela judicial eficaz, de acuerdo con la naturaleza de la pretensión jurídica que se ventila en el proceso.* Cuando la pretensión es urgente, el proceso debe durar menos —o mucho menos— que cuando no reviste ese apremio.

Por ejemplo, si en un proceso se discute la pretensión de donar un órgano para ser trasplantado a un enfermo en grave estado, ese proceso debe ser muy breve, porque de lo contrario la sentencia no llegaría a dictarse en tiempo útil y podría perder su eficacia, o sea, resolver la pretensión cuando ya fuera tarde.

Razón similar concurre para habilitar el uso del habeas corpus y del amparo.

La duración razonable del proceso conforme a la índole de la pretensión es una exigencia que se funda en *la necesidad de que la sentencia* que pone fin a ese proceso *se alcance a dictar en tiempo oportuno*, y sea capaz de *rendir utilidad y eficacia* para el justiciable.

101. — Del principio de celeridad razonable y de oportunidad de la sentencia, se extrae dentro del derecho a la jurisdicción el *derecho del justiciable a obtener una decisión judicial* (sentencia) *rápida y eficaz.*

El derecho judicial emanado de la jurisprudencia de la Corte señala que la garantía de defensa sufre agravio inconstitucional con la posibilidad de que las sentencias dilaten sin término la decisión de las cuestiones planteadas ante los jueces.

Esa dilación equivale a *privación* o *denegación de justicia.*

Para la duración del *proceso penal*, remitimos al nº 32 del presente capítulo.

El "exceso ritual".

102. — El derecho judicial de la Corte ha acuñado asimismo la doctrina del exceso ritual manifiesto, al que descalifica como una exageración rigorista y abusiva de las *formas*, en desmedro de la *finalidad* del proceso, que es buscar y realizar la justicia.

Puede también decirse que el exceso ritual lesiona garantías constitucionales porque prioriza lo que la Corte llama la "verdad *formal*" por sobre la "verdad *material*" u "objetiva", que es la que debe alcanzarse en el proceso y en la sentencia.

La defensa en juicio.

103. — Como modelo de norma judicial sobre el derecho de defensa, reproducimos esta formulación tomada de un fallo de la Corte:

"la garantía de la defensa en juicio exige, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran asistirle, asegurando a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada, previo juicio llevado en legal norma, ya se trate de procedimiento civil o criminal, requiriéndose indispensablemente la observancia de las formas sustanciales relativas a acusación, defensa, prueba y sentencia".

El *derecho judicial* ha ido señalando prolijamente las situaciones que *no* dañan la defensa ni son inconstitucionales. Por ej.: a) los términos breves o exiguos; b) la obligación de que intervenga un letrado; c) el rechazo de pruebas ineficaces o inconducentes; d) la imposición de sanciones disciplinarias por parte de los jueces a quienes obstruyen el proceso, ofenden a los magistrados, o

incurren en malicia procesal, etc.; e) los intereses punitorios procesales; f) la suspensión o paralización de juicios dispuestas por leyes de emergencia.

104. — La *caducidad de la instancia* por inactividad e inercia de partes es inconstitucional si, a causa de operarse, también produce la prescripción de la acción y, con ello, se inhibe totalmente la posible iniciación posterior de un nuevo proceso para articular la misma pretensión que aquella caducidad ha dejado sin posible solución judicial.

105. — Conforme al derecho judicial derivado de la jurisprudencia de la Corte, las formas regulares y básicas del debido proceso son condición indispensable para que la *sentencia* que se dicta en juicio goce de la inmutabilidad y el efecto de la *cosa juzgada*. Cuando no se ha respetado el debido proceso, o en el proceso se ha incurrido en dolo o estafa procesales, la sentencia queda destituida de la fuerza y la eficacia de la cosa juzgada.

106. — La violación del derecho de defensa se denomina "indefensión".

107. — La teoría del *fruto del árbol venenoso* impide tomar en cuenta pruebas obtenidas ilegítima o ilegalmente, o en violación a derechos personales, y hasta sirve para invalidar los actos y secuelas procesales que sean consecuencia inmediata, directa o necesaria del acto, procedimiento o prueba envenenados de inconstitucionalidad. (ver nº 90).

La sentencia.

108. — El derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial eficaz se satisface en último término con la *sentencia* útil.

La "utilidad" (o eficacia) de la sentencia puede aquí significar, por lo menos, dos cosas: a) que debe resolver "todas" las pretensiones que en relación con aquellos derechos lleva el justiciable ante el tribunal; b) que las debe resolver en "tiempo *oportuno*" (y por este último aspecto, la cuestión deriva a lo que separadamente comentamos sobre la duración razonable del proceso).

109. — La sentencia clausura el ciclo del derecho a la jurisdicción. Por eso, tiene que dictarse en relación y correspondencia con las pretensiones de las partes intervinientes en el proceso; hay una *reciprocidad* entre esas pretensiones y lo que la sentencia tiene que resolver, conforme al "principio de *congruencia*"; la sentencia debe decidir y abarcar aquellas pretensiones, ni más ni menos, sin excederlas, ni omitirlas, ni disminuirlas.

110. — El juez ha de resolver la causa según los términos en que quedó trabada la litis y que fijan el margen de su jurisdicción y competencia; a) en cuando al *derecho*, el principio del "iura novit curia" permite y obliga al juez a suplir el derecho no invocado por las partes o invocado erróneamente; es decir, la correcta calificación jurídica y la correcta aplicación del derecho dependen del juez; b) en cuanto a los *hechos*, el juez debe atenerse a los alegados y probados por las partes, con miras a conocer la verdad material u objetiva.

Hay casos en los que, sin evadirse de la materia litigiosa, el juez del proceso podrá o deberá adoptar de oficio con su *activismo judicial* algunas medidas tendientes a prevenir daños —por ej., ambientales, o a la vida y la salud de terceros—. Todo consiste en que esas medidas guarden relación razonable con el objeto del proceso o con la materia litigiosa. Habiéndola, el principio de congruencia no se viola con el despliegue del activismo judicial, porque la sentencia recaerá —basada en pretensiones y probanzas— siempre y sólo sobre lo que componía la materia o el objeto del proceso.

111. — La sentencia debe ser *imparcial, justa, fundada y oportuna*. La Corte tiene dicho: a) que los jueces son servidores del derecho para la realización de la justicia; b) que el natural respeto a la voluntad del legislador no requiere la admisión de soluciones notoriamente injustas; c) que el ejercicio imparcial de la administración de justicia es uno de los elementos necesarios de la defensa en juicio; d) que la sentencia debe ser una derivación razonada del ordenamiento jurídico vigente; e) que el apartamiento consciente de la verdad está reñido con el adecuado servicio de la justicia; f) que la verdad "objetiva" debe prevalecer sobre la verdad "formal".

La sentencia pasada en autoridad de *cosa juzgada* se incorpora al patrimonio bajo el resguardo de la garantía de la *propiedad* inviolable. Pero, para ello, la sentencia ha debido dictarse en un proceso regular, en el que no haya mediado dolo ni estafa procesales, y en el que se hayan respetado las formas fundamentales del debido proceso.

La segunda instancia, o pluralidad de instancias.

112. — El debido proceso y la defensa en juicio se extienden también a la *segunda instancia*, cuando la hay. Por segunda instancia entendemos la etapa procesal que, a continuación de la primera instancia, se propone revisar lo decidido en ella; por eso, si ocasionalmente la ley abre una tercera instancia, podemos en sentido lato involucrarla también en este acápite.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte hay varios principios básicos:

a) en el *proceso no penal* no es inconstitucional la *instancia única*; b) en el *proceso penal* rige la *doble instancia*, que no queda satisfecha con el recurso extraordinario; c) la actividad jurisdiccional de organismos o tribunales administrativos, y de los tribunales militares, necesitan *alzada judicial* de revisión; d) si en cualquier clase de proceso la ley ha establecido la doble instancia, es inconstitucional impedir el *acceso* a ella.

113. — El *"per saltum"* como puente que, para alcanzar en un proceso judicial la instancia de la Corte Suprema, saltea etapas o instancias intermedias prefijadas en las leyes, plantea más de un problema y de un interrogante. Acá solamente nos limitamos a decir que, a menos que una ley prevea y autorice el "per saltum", su empleo se nos presenta como inconstitucional. La razón es simple: cuando hay etapas e instancias discernidas por la ley a favor del justiciable, únicamente otra ley (autoritativa del "per saltum") puede obviar su uso.

Ni siquiera el acuerdo de las partes intervinientes en el proceso habilita a omitir el uso eventual de las instancias previas a la de la Corte Suprema.

114. — Como *la jurisdicción de los tribunales de alzada está limitada por la materia del recurso* que la provoca, la parte no apelada de la sentencia queda resguardada por la firmeza de la *cosa juzgada* y no puede ser abordada en la apelación.

El debido proceso en sede administrativa.

115. — La garantía del debido proceso y de la defensa en juicio es aplicable también en *sede administrativa*, o sea, en lo que se denomina el *procedimiento* administrativo. En él, el administrado ha de tener noticia y conocimiento de las actuaciones, oportunidad de participar en el procedimiento, y obtener decisión fundada.

El procedimiento administrativo debe distinguirse del *"proceso* administrativo", porque este último es un proceso judicial en el que se juzga o controla la actividad administrativa, en tanto el "procedimiento" administrativo se radica en sede administrativa.

116. — Si bien siempre la Corte reiteró la necesidad de respetar la defensa en juicio dentro del procedimiento administrativo, cabe distinguir dos etapas:

a) Hasta el año 1960 —en que falla la causa "Fernández Arias c/Poggio"— se limitó a exigir la observancia de las formas sustanciales del derecho de defensa: notificación, ser oído, defenderse

mediante argumentos y prueba; el caso tipo de este período es el caso "Parry Adolfo E." —del año 1942—;

b) Desde 1960 hasta la actualidad, además de mantener el requisito de la defensa, impone como condición sine qua non para la constitucionalidad del procedimiento administrativo, la *posibilidad de usar una vía ulterior de revisión judicial suficiente.* El caso tipo de este período es el citado "Fernández Arias c/Poggio".

Desde 1984, las sentencias de *tribunales militares* también requieren la revisión judicial.

Aplicación de la garantía del debido proceso al estado en juicio.

117. — Como último aspecto de la garantía de defensa, es bueno recordar que si como garantía está dada fundamental y primariamente a favor de las personas frente al estado, debe también extendérsela y respetársela *a favor del estado* cuando, como justiciable, interviene en un proceso.

VI. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

Su encuadre.

118. — La *retroactividad de las leyes* plantea múltiples problemas en el mundo jurídico. Algunos de ellos interesan al derecho constitucional. Por un lado, la movilidad de los procesos sociales, de las situaciones sobrevinientes, de los casos imprevistos, exigen modificación en las leyes, sustitución de unas por otras, etc. Por otro lado, el fenómeno responde asimismo a la novedad de las valoraciones jurídicas, novedad que a veces cambia los criterios sociales de valor en forma retroactiva. Por fin, todas estas mutaciones necesarias para el progreso del orden jurídico se conectan con la conveniencia o la necesidad de respetar algunas situaciones *ya consumadas*, en homenaje al valor *justicia* y al valor *seguridad*.

El derecho constitucional se preocupa por descubrir cuándo la retroactividad se torna *inconstitucional* para prohibirla o enervarla, y no sólo respecto de las leyes, sino de cualquier otra norma o acto.

Nuestra constitución formal no consigna norma alguna que, como principio, resuelva expresamente el punto, salvo en materia *penal*, donde al exigirse ley anterior al hecho para juzgar y condenar a alguien, se descarta la aplicación retroactiva de leyes penales posteriores a aquel hecho.

El derecho judicial en materia de irretroactividad.

119. — Pese al silencio de la norma constitucional en materia no penal, el *derecho judicial* se ha encargado de forjar un principio que rige en el derecho constitucional material por creación de la jurisprudencia de la Corte.

Dice la Corte que el *principio de que las leyes no son retroactivas emana solamente de la propia ley* —el código civil— y *carece, por ende, de nivel constitucional; pero cuando la aplicación retrospectiva de una ley nueva priva a alguien de algún derecho ya incorporado a su patrimonio, el principio de irretroactividad asciende a nivel constitucional para confundirse con la garantía de inviolabilidad de la propiedad* consagrada en el art. 17. "En este caso —dice la Corte— el principio de la no retroactividad de la ley deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio de la *inviolabilidad de la propiedad*". Quiere decir que si bien la ley puede ser retroactiva sin ofender a la constitución, no puede serlo cuando con su retroactividad viene a privar de un derecho incorporado al patrimonio y resguardado como *propiedad* en sentido constitucional.

De este modo, derivamos a sostener que: a) la *constitución formal* prohíbe la retroactividad de la *ley penal* (art. 18), sin perjuicio de la retroactividad de la ley penal más benigna; b) el *derecho judicial* prohíbe —dentro de la constitución material— la retroactividad de la *ley no penal cuando hiere derechos adquiridos* e incorporados al patrimonio, y ello en aplicación del principio de inviolabilidad de la propiedad (art. 17).

120. — Resulta difícil ponderar en cada caso concreto cuándo un derecho ha alcanzado la naturaleza de "adquirido" como para no poder ser desconocido por la ley posterior retroactiva que pretende recaer sobre él. A los fines de nuestra disciplina, y dado el carácter de nuestra obra, creemos más útil que una disquisición doctrinaria, la puntualización de criterios jurisprudenciales que frenan la retroactividad.

a) La ley no puede ser retroactiva frente a una *sentencia* pasada en autoridad de *cosa juzgada*.

b) La ley no puede ser retroactiva frente a *actos administrativos* pasados en autoridad de *cosa juzgada administrativa* que han dado origen a derechos subjetivos;

c) La ley no puede ser retroactiva frente a *derechos adquiridos* en virtud de *leyes anteriores*;

d) La ley no puede ser retroactiva frente a *contratos* válidamente celebrados entre particulares (salvo las excepciones introducidas por leyes de emergencia con razonabilidad suficiente); d') a nuestro juicio, la ley tampoco puede alterar o derogar *convenios colectivos de trabajo* mientras están vigentes;

e) La ley no puede ser retroactiva frente a *actos procesales válidamente cumplidos* conforme a la ley vigente al tiempo de llevarlos a cabo;

f) La ley no puede ser retroactiva frente a *obligaciones válidamente extinguidas por pago liberatorio.*

La sucesión y variación temporal de las leyes, y el derecho adquirido.

121. — Si bien el derecho judicial de la Corte tiene señalado que nadie tiene derecho a que se mantenga una legislación determinada, o a que se dicte, hemos de destacar que cuando por aplicación de una ley una persona ha adquirido uno o más derechos, la modificación o derogación posteriores de esa ley, o la vigencia de una nueva, impiden privarla del derecho adquirido y, de ocurrir tal cosa, el estado asume responsabilidad para reparar el perjuicio que ocasiona.

La irretroactividad en materia administrativa.

122. — La Corte tiene decidido que el principio de irretroactividad de la ley que consagra el código civil sólo se refiere a las relaciones de derecho privado, por cuya razón no rige en las de derecho público administrativo. No obstante, su propia jurisprudencia también recalca que en el ámbito del derecho administrativo la ley retroactiva no puede agraviar derechos adquiridos.

Si la ley no puede investirse de tal efecto, tampoco los *reglamentos* administrativos y los *actos* administrativos individuales (o de contenido particular) pueden privar de derechos adquiridos.

La irretroactividad en materia fiscal.

123. — Remitimos al cap. XIX nº 28 a 31.

La irretroactividad en materia procesal.

124. — En materia *procesal*, la jurisprudencia puede estudiarse dividida en dos grandes rubros:

a) *leyes procesales*: a') las nuevas leyes de procedimiento aplicables a un juicio en trámite no pueden desconocer los actos procesales que se cumplieron válidamente antes; a") las leyes de procedimiento que organizan, distribuyen o modifican la jurisdicción y competencia de los tribunales de justicia se aplican —según la Corte— a los juicios pendientes mientras la causa no está radicada; quiere decir que son retroactivas con relación al "hecho" que da origen a la causa judicial todavía no radicada. (Téngase presente para este punto lo que dijimos en su relación con la garantía de los jueces naturales); a"') las leyes de procedimiento no pueden ser retroactivas frente a sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada;

b) *leyes no procesales* (o de fondo) que se aplican en juicio para resolver la pretensión articulada: se trata de las leyes de fondo en cuya aplicación debe dictarse la sentencia; como principio, la ley vigente al trabarse la litis debe aplicarse en la sentencia; pero la Corte sostiene que no viola derechos adquiridos la nueva ley de orden público que dispone su propia aplicación a los juicios pendientes.

La irretroactividad en materia laboral.

125. — En materia *laboral*, el principio básico de irretroactividad de la ley impide aplicar a relaciones laborales extinguidas, una ley posterior a la cesación en la actividad; en tanto, mientras la relación de empleo subsiste, una nueva ley puede gravar al empleador con obligaciones no existentes ni previstas a la fecha de iniciarse dicha relación.

Por eso se ha convertido en norma judicial constante la de que no es inconstitucional la ley que para indemnizar despidos futuros computa una antigüedad laboral anterior a su vigencia.

Si la ley no puede retroactivamente imponer obligaciones patronales con respecto al personal que ha dejado de prestar servicios antes de su vigencia, creemos que tampoco puede hacerlo un *convenio colectivo*.

La irretroactividad en materia de seguridad social.

126. — Remitimos al cap. XXII nº 11 a 14.

VII. EL ARTICULO 29.

127. — La fulminante prohibición del art. 29 de la constitución tiene, además del alcance de una norma propia del derecho constitucional del poder o parte orgánica, el de una *garantía* para los habitantes como norma del derecho constitucional de la libertad o parte dogmática.

Tal vez es ésta la norma más genuinamente autóctona de nuestra constitución formal, como que proviene de la dolorosa experiencia vivida en la génesis constitucional durante la tiranía de Rosas. La suma del poder y las facultades extraordinarias que invistió el gobernador de Buenos Aires dan razón suficiente y elocuente de la prevención y prohibición de los constituyentes de 1853, que elaboraron con originalidad propia la norma descriptiva.

El art. 29 grava con impotencia al *congreso y a las legislaturas provinciales, en cuanto a ambos les veda conceder al ejecutivo "nacional" y a los gobernadores de provincia, respectivamente, "facultades extraordinarias" o la "suma del poder público", y otorgarles "sumisiones" o "supremacías", por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobierno o de persona alguna.*

También incrimina a quienes *"formulen", "consientan"* o *"firmen"* tales actos.

Por fin, dice que esos actos llevan consigo una *"nulidad" insanable.* Los autores quedan sujetos a la *responsabilidad* y *pena* de los "infames traidores a la patria".

128. — La norma del art. 29 es una norma *penal*. En ella se tipifica un *delito* de rango constitucional, aunque no se adjudica directamente una pena. La pena surge indirectamente de la parte final: será la de los "traidores a la patria". La traición a la patria es, a su vez, otro delito tipificado por la constitución en el art. 119 pero también sin adjudicación de pena. Por eso, la pena debe estar contenida en otra norma que, al no figurar en la constitución formal, pertenece al código penal.

Si el congreso no dicta la ley estableciendo la pena, el art. 29 no puede dar lugar a condena penal. No obstante, dicho artículo permitiría siempre fundar la *nulidad* de los actos incriminados y de sus efectos, porque con independencia de la incriminación la cláusula dice que tales actos llevan consigo una *nulidad insanable*, y esta sanción de nulidad, por no ser penal, tiene aptitud de funcionar autónomamente.

Como norma penal que es (en cuanto contiene una incriminación) el art. 29 no permite su aplicación a situaciones que no coinciden exactamente con el tipo penal que él describe. De tal modo, si el presidente asumiera por sí la suma del poder o las facultades extraordinarias (o sea, sin que el congreso se las "concediera"), el delito constitucional del art. 29 no quedaría cometido, porque faltaría el acto otorgante del congreso, y con él, la conducta típica. La "concesión" de los poderes extraordinarios que enfoca la norma debe ser hecha *"desde" el*

órgano legislativo "a favor" del ejecutivo. Si esos poderes se conceden desde "otro" órgano que no es el legislativo y/o a favor de "otro" que no es el ejecutivo, la acción es penalmente "atípica" en el marco constitucional de la incriminación. O sea, no corresponde al delito del art. 29.

Quede en claro que el delito del art. 29 *no es traición a la patria*. La traición consiste "únicamente" —según lo formula el art. 119— en tomar las armas contra la "nación" o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro; lo que por similitud dice el art. 29 es que el delito por él descripto sujetará a la responsabilidad y pena de los "infames traidores a la patria". O sea, reenvía a la pena que para la traición debe fijar el congreso.

La incriminación constitucional.

129. — El *bien jurídico* que la constitución protege penalmente en el art. 29 es múltiple; por un lado, la incriminación tutela la forma republicana (en cuanto ésta presupone la división de poderes) y la propia constitución que la establece; por otro lado, la incriminación quiere evitar que la "vida, el honor, o la fortuna" de las personas queden a merced de la autoridad pública, de donde estos derechos fundamentales integran aquel bien jurídico.

Las *acciones típicas* que incrimina la norma vienen aludidas por varias palabras: "conceder", "otorgar", "formular", "consentir", "firmar".

El *proyecto* legislativo de concesión es una "formulación", pero para que ésta encuadre en la incriminación constitucional hace falta que luego la "concesión" se lleve a cabo (lo que no impide que si la "concesión" no se consuma, la mera "formulación" pueda ser incriminada por "ley" en el código penal).

El *acto de "concesión"* debe ser del *congreso* o de las *legislaturas* (poder legislativo), pero no requiere a nuestro criterio que tenga "forma de ley". En cambio, para ser del "congreso" necesita la intervención de sus dos cámaras. No encuadra en el tipo penal la "concesión" por una sola cámara. El mismo acto puede cometerse de una sola vez, o a través de sucesivos momentos seriados, en cuyo conjunto se consume la concesión. La concesión puede ser expresa o implícita.

Para los legisladores que incurren en el acto de "concesión" consideramos que no rigen las inmunidades parlamentarias, porque se trata de un delito constitucional que, por ser tal, excluye la cobertura de esas inmunidades.

Los poderes "tiránicos".

130. — Lo que no se puede conceder es: a) "facultades extraordinarias"; b) "suma del poder público"; c) "sumisiones"; d) "supremacías".

Las *facultades extraordinarias* a favor del poder ejecutivo o de los gobernadores provinciales son todas las que la constitución no les confiere, sea porque las otorga a otro "poder", sea porque no son propias de ninguno.

La *suma del poder público* es la concentración en el ejecutivo (federal o provincial) de todas las competencias que la división de poderes ha distribuido entre los tres departamentos del gobierno.

Las *sumisiones* representan el sometimiento o la subordinación de los otros dos poderes o de uno de ellos, al poder ejecutivo, al margen de la constitución. Las *supremacías* son las superioridades jerárquico-funcionales del ejecutivo sobre el legislativo o el judicial.

131. — El delito del art. 29 es *formal*, porque no requiere que el ejecutivo use de la "concesión" efectuada.

En el texto leemos que el peligro potencial para la vida, el honor o la fortuna debe ser *para los "argentinos"*. Atento la índole penal de la norma, hay tesis que interpretan que si ese riesgo sólo se da para los "extranjeros" la acción ya no es penalmente típica, y por ende, no hay delito. Con tal interpretación, los *sujetos pasivos* de la acción delictuosa sólo pueden ser los argentinos (nativos o naturalizados), por lo que el tipo penal no protegería a los extranjeros.

No cabe en el tipo penal la concesión de las facultades prohibidas que puedan afectar o dañar bienes distintos de la vida, el honor, o la fortuna.

Los autores del delito.

132. — Hemos dicho que el núcleo del tipo penal es el *acto de "concesión"* (u otorgamiento) de los poderes tiránicos. La autoría, entonces, se refiere a "formular", "consentir", o "firmar" ese acto.

Una vez consumado el acto de "concesión", son *autores* del delito los legisladores, los redactores del proyecto, los refrendantes del acto de concesión, los que lo promulgan, y los que lo consienten (por ej., los jueces que en la causa judicial pertinente no nulifican el acto mediante control de constitucionalidad). De tal modo, todo aquél que por acción u omisión participa o colabora en la "concesión", sea antes o después, y aunque sólo sea por "formular", "consentir" o "firmar", queda incurso en el delito constitucional.

De ahí que no vetar la ley vuelva delictuosa la conducta del presidente de la república (tanto si la promulga expresamente, cuanto si queda promulgada

tácitamente porque no la veta en tiempo hábil). También delinquen los ministros que refrendan el decreto presidencial de promulgación.

Asimismo, una vez que la concesión se consuma, resultan autores los *legisladores* que no se han opuesto; por ende, también los que estando presentes en alguna etapa de las sesiones del congreso han omitido votar, o han votado en blanco, o se han retirado sin causa justificada de la sesión, y también los que a sabiendas y sin causa justificada no han concurrido a las sesiones respectivas para evitar la sanción del acto de concesión. Por supuesto, los que votaron afirmativamente.

El art. 29 y el código penal.

133. — El código penal no ha reproducido fiel ni textualmente la incriminación del art. 29 de la constitución. De todos modos, el tipo penal que surge de ese artículo surte efecto por sí solo, y toda acción coincidente con él es delictuosa; la ley del congreso sólo hace falta para establecer la pena y para poder condenar haciendo aplicación de ella.

Los delitos constitucionales.

134. — Los delitos constitucionales son los que directamente aparecen incriminados en normas de la constitución formal; por ejemplo, los de los arts. 15, 22, 29, 36 y 119.

Cada uno de estos artículos define la conducta delictuosa, pero ninguno establece la sanción penal que queda derivada a la ley penal del congreso.

Los principales problemas que plantean los delitos constitucionales son los siguientes: a) para no burlar la supremacía de la constitución, el congreso tiene obligación de adjudicar la pena; b) cuando lo hace —sea en el código penal, sea en ley especial— no puede alterar ni modificar el tipo penal descripto en las normas de la constitución; c) la omisión del congreso en establecer la pena es inconstitucional; d) pese a tal inconstitucionalidad, si no hay ley que fije la pena, quien comete el delito no puede ser condenado, en virtud del principio rector del art. 18; e) por haber sido establecidos por el poder constituyente, estos delitos no admiten ser objeto de amnistía ni de indulto por parte de los órganos del poder constituido.

VII. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Su encuadre y contenido.

135. — Ha cobrado curso y auge el llamado derecho *procesal constitucional*. ¿O más bien derecho *constitucional procesal*?

Con un nombre u otro, apunta al diseño que desde el derecho constitucional busca y encuentra en el derecho procesal las formas,

las vías, los procedimientos y las garantías para dar curso a la tutela de la supremacía constitucional y de los derechos personales.

A la postre, este derecho procesal constitucional encarrila *procesos y recursos* que bien caben en el molde amplio de la llamada *jurisdicción constitucional* —mejor: jurisdicción constitucional de la libertad—. La *defensa de la constitución* y de cuanto se contiene en ella, especialmente los *derechos,* aparece así en el centro de gravedad del sistema garantista.

136. — *Derechos, tutela, vías* de protección. Y algo más muy importante, que ya traemos muy resaltado en otras partes; es la *legitimación procesal.* De poco o nada valdrían las vías existentes y disponibles, si no hubiera quienes estuvieran legitimados para el impulso procesal defensivo.

La instancia supraestatal

137. — El derecho procesal constitucional no se detiene en el derecho interno. Ahora también hay una *jurisdicción supraestatal* —transnacional o supranacional, la llaman algunos— que queda abierta con modalidades diversas para reforzar, desde el derecho internacional, la protección de los derechos cuando en sede interna de los estados sufren violación y cuando tienen raíz en tratados internacionales que arbitran aquella jurisdicción para los estados que se hacen parte en el sistema.

En América la tenemos a través del *Pacto de San José de Costa Rica,* con sus dos organismos: la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* y la *Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Argentina ha consentido su jurisdicción al ratificar el tratado en 1984, al que en 1994 la constitución reformada le ha conferido jerarquía constitucional.

CAPÍTULO XXV

LAS LIMITACIONES EN EL SISTEMA DE DERECHOS

I. LAS LIMITACIONES "PERMANENTES" Y LAS "EXCEPCIONALES". - Su razón de ser. - El "poder de policía" en sus dos conceptos: amplio y estricto. - *El poder de policía en sentido estricto.* - *Las competencias del estado federal y de las provincias en materia de poder de policía.* -Algunas pautas para las limitaciones. - Los tratados internacionales de jerarquía constitucional. - II. LAS EMERGENCIAS Y LOS INSTITUTOS DE EMERGENCIA. - Su caracterización. -Las emergencias y los institutos de emergencia en el derecho constitucional argentino. - Las pautas de limitación y control. - La guerra. - *La paz.* - La ley marcial. - El estado de sitio. - *La declaración y sus efectos.* - La crisis económica. - Los tratados internacionales de jerarquía constitucional. - III. LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS DURANTE EL ESTADO DE SITIO. - Su encuadre. - *Las competencias para restringir derechos durante el estado de sitio.* - La "suspensión de las garantías": teorías. - *La tesis finalista.* - Las medidas restrictivas. - *La "duración" de las medidas restrictivas.* - La restricción a la libertad corporal. - *La opción para salir del país.* - *El reingreso al territorio después de la opción y la salida.* - *El habeas corpus durante el estado de sitio.* - La responsabilidad del estado por el arresto dañino.

I. LAS LIMITACIONES "PERMANENTES" Y LAS "EXCEPCIONALES"

Su razón de ser.

1. — Los derechos que la constitución reconoce no son absolutos sino *relativos*: se gozan y ejercen conforme a las leyes que los reglamentan, lo cual significa que pueden ser limitados o restringidos, a condición de que la limitación o restricción resulte *razonable*.

Esta noción elementalísima de derecho constitucional presupone otra iusfilosófica innegable: el mundo jurídico, el derecho, los derechos existen porque hay muchos hombres que conviven. O sea, porque hay *convivencia y sociedad hay un fenómeno jurídico que se llama "derecho"*, y hay en él "derechos" de las personas. De existir un solo ser humano nada habría, porque faltaría la relación imprescindible de alteridad que vinculara a unos con otros, y diera sustento a la reciprocidad de "derechos-obligaciones" en la intersubjetividad de las conductas.

Por ende, antes de decir que los derechos se pueden limitar, hay que dar por verdad que, *ontológicamente, son limitados*, porque son derechos de los hombres "en sociedad" y "en convivencia". De ahí en más, ese carácter *limitado* hace que los derechos sean *limitables*, precisamente para hacer funcionar el goce, el ejercicio, la disponibilidad y el acceso a su disfrute sin exclusión de nadie.

2. — La primera idea que se desprende de lo expuesto es ésta: hay limitaciones *permanentes*, y hay limitaciones *excepcionales* que, por eso mismo, son y deben ser *transitorias*.

A las últimas les dan sustento las *situaciones de emergencia* o crisis, o como también se suele decir: las situaciones de excepción. En tal supuesto, las limitaciones se vuelven más restrictivas e intensas pero, de inmediato, hemos de añadir una pauta fundamental: en tanto a los *derechos* hay que interpretarlos siempre en forma *amplia* para tender a su maximización, a las normas que *limitan* los derechos hay que interpretarlas de manera *restrictiva*.

El "poder de policía" en sus dos conceptos: amplio y estricto.

3. — Las limitaciones permanentes nos remiten al tema del *poder de policía*. Hemos de acogerlo en forma explicativa tal como la jurisprudencia de la Corte lo maneja, sin perjuicio de añadir nuestra crítica personal.

Hay dos conceptos del poder de policía: a) uno *amplio*; b) otro *restringido*. El amplio proviene del derecho norteamericano; el restringido, del derecho europeo.

El "police power" del derecho norteamericano ha penetrado en nuestro derecho judicial. Podemos decir que, en sentido lato, *todas las limitaciones* que por vía de reglamentación al ejercicio de los derechos han sido reconocidas por la Corte como razonables, se han fundado en el poder de policía.

Las materias que entran en el ámbito del poder de policía amplio ("broad and plenary") son múltiples: no sólo razones de seguridad, moralidad y orden públicos, sino aún mucho más allá: las económicas, las de bienestar general y las de prosperidad, que hacen al confort, la salud, la educación, etc.

4. — Este criterio amplio aparece en el derecho judicial de nuestra Corte Suprema, que lo ha reiterado en su fallo del 12 de setiembre de 1996 en el caso "Irizar José Manuel c/Provincia de Misiones" con los siguientes términos: "...el poder de policía ha sido definido como la *potestad reguladora del ejercicio de los*

derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales del individuo, la que para reconocer validez constitucional debe reconocer un principio de razonabilidad que disipe toda iniquidad y que relacione los medios elegidos con los propósitos perseguidos".

5. — Si llamamos "poder de policía" a todo cuanto le incumbe al estado para limitar razonablemente los derechos, en rigor estamos apuntando al *poder* liso y llano como elemento del estado, con lo que en verdad nada nuevo agregamos con la fórmula específica del "police power". De ahí que personalmente no aceptamos esta acepción amplia, porque es innecesario crear una categoría especial de poder si con ella connotamos directamente al poder en cuanto capacidad total de que dispone el estado para cumplir su fin de bienestar común público.

Quede bien en claro que cuando proponemos suprimir la noción dilatada de "poder de policía" sólo nos dirigimos a eliminar esa construcción doctrinaria (o "concepto") pero en modo alguno negamos que por las mismas razones y causas que esa construcción postula se puedan limitar los derechos.

El poder de policía en sentido estricto.

6. — Hecho este descarte, y suprimida la noción conceptual *amplia* del poder de policía, transamos en mantener la expresión "poder de policía" para demarcar la *"porción" del poder estatal* que tiene un *objeto bien determinado y específico*, cual es el de *proteger la salubridad, la moralidad y la seguridad públicas*. Tal es el concepto *restringido* de poder de policía que emplea la doctrina europea.

Poder de policía sería, pues, para nosotros, el mismo poder del estado cuando *se ejerce nada más que en orden a la protección de la salubridad, moralidad y seguridad públicas*, con el consiguiente efecto de limitar los derechos para hacer efectivos esos objetivos concretos.

7. — No creemos que el poder de policía estricto (por razón de seguridad, moralidad y salubridad públicas) consista solamente en *dictar normas* (o legislar) en esas materias con efecto limitativo de los derechos. También es poder de policía *cada acto de autoridad* concreto que se cumple con aquel fin (por ej.: clausurar un establecimiento insalubre, denegar un permiso de reunión peligrosa, inspeccionar un local público, impedir la entrada al país de un grupo de extranjeros condenados en otro estado, etc.).

Las competencias del estado federal y de las provincias en materia de poder de policía.

8. — a) Si se acoge la tesis *amplia* y, por ende, poder de policía significa toda limitación de derechos por cualquier objetivo de bienestar, parece que como principio su ejercicio es propio del *estado federal*. La reglamentación de esos derechos, prevista en los artículos

14 y 28 de la constitución, incumbe al estado federal, y dentro de él, al congreso.

La Corte Suprema, en la medida en que ha justificado la validez de restricciones a los derechos en el ejercicio de ese llamado poder de policía mediante leyes del congreso, corrobora nuestro aserto. (ver nº 4).

b) Si se acoge la tesis *restringida* y, por ende, poder de policía significa exclusivamente limitación de derechos nada más que por razón de *salubridad, moralidad y seguridad públicas*, la cosa cambia un poco, o bastante. En el derecho judicial emergente de la jurisprudencia de la Corte encontramos desde muy temprano la afirmación de que el poder de policía es competencia primariamente *provincial*, pero eso lo ha dicho haciendo hincapié en que son incuestionables las facultades policiales de las provincias para defender el orden, la tranquilidad, la seguridad, la moralidad y la salubridad públicas; o sea, cada vez que la Corte se ha decidido por la competencia provincial, ha pensado en el poder de policía no amplio sino estricto.

La fórmula acuñada por la Corte dice que es incuestionable que el poder de policía corresponde a las provincias, y que el estado federal lo ejerce dentro del territorio de ellas sólo cuando le ha sido conferido o es una consecuencia de sus facultades constitucionales.

Ahora bien: si este poder de policía restringido es primariamente provincial o local, ¿quiere decir que nunca puede ser federal? La respuesta que intentamos dar es hechura nuestra, porque a nuestro juicio la jurisprudencia no ha sistematizado el punto.

Sin perjuicio de reconocer: a) que según la Corte el poder de policía *amplio* que en orden al bien común limita los derechos, es competencia *federal*; b) que también, según la Corte, el poder de policía *estricto* que limita los derechos en orden a la salubridad, moralidad y seguridad públicas es competencia *provincial*; nosotros añadimos que: c) cada vez que *en el orden federal y con relación al bien común de toda la población es necesario limitar los derechos por razones de salubridad, moralidad y seguridad públicas, la competencia es federal.*

Algunas pautas para las limitaciones.

9. — a) En la limitación y reglamentación de los derechos, sea que se invoque o no como fundamento el poder de policía, deben

respetarse los *principios de legalidad y razonabilidad* que están contenidos en los arts. 19 y 28 de la constitución, respectivamente.

b) La limitación que se inspira en la *distribución razonablemente igualitaria de la libertad* deja entrever que la libertad precisa *equilibrios* para no desmandarse ni reducirse en provecho o privilegio de algunos y en menoscabo de la efectiva libertad de otros y de todos. La *libertad* compensada con la *igualdad*, como lo presupone y propugna el constitucionalismo social y el estado social y democrático de derecho, ha de contar con circulación fluida en y por todos los estratos sociales. Para lograrlo, es constitucional la *limitación* razonable de algunos derechos que la requieren para promover la igualdad real.

c) Cuando se apela a un vocabulario que menciona la competencia limitativa de los derechos como *"suspensión" de derechos*, hay que entender que se está aludiendo a *limitaciones y restricciones excepcionales* que, en el mejor de los casos, solamente equivalen a *"suspender" el ejercicio* de uno o más derechos, pero no los derechos en sí mismos. Queda siempre a salvo la noción de que todos los derechos tienen un contenido esencial mínimo que nunca puede ser suprimido, negado, alterado ni violado.

d) Como pauta general adelantamos que las situaciones y los institutos de *emergencia* acrecen las competencias de poder y, paralelamente, aparejan una constricción y debilitamiento de los derechos y de sus garantías tuitivas, pero siempre de conformidad con la norma judicial según la cual *la emergencia no autoriza el ejercicio por el gobierno de poderes que la constitución no le acuerda, pero sí proporciona ocasión para que los concedidos se empleen con un ejercicio pleno y a menudo diverso del ordinario.*

Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

10. — Los tratados internacionales sobre derechos humanos prevén sus posibles limitaciones. La pauta genérica consiste en que esas limitaciones deben adecuarse al estilo de una "sociedad *democrática*". En el *Pacto de San José de Costa Rica* hay una cláusula genérica en el art. 32, donde se enuncia que "los derechos 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".

El art. 30 estipula que las restricciones autorizadas por el pacto no se pueden aplicar sino conforme a *leyes* que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-6/86 interpretó que la "ley" que es indispensable dictar para someter a restricciones los derechos equivale a la *norma emanada del órgano legislativo* del estado que inviste competencia legiferante, con el agregado de que esa norma debe haberse dictado conforme al procedimiento previsto para la elaboración de las leyes.

11. — En el enunciado de algunos derechos aparecen alusiones a limitaciones específicas para su caso.

Tanto el *Pacto de San José* (art. 29) cuanto el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 5) prohiben interpretar sus normas para suprimir o destruir derechos reconocidos en cada tratado, o para limitarlos en mayor medida que la que ellos prevén.

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* también registra normas de análogo alcance. El art. 4 admite limitaciones por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos, y con el objeto exclusivo de promover el bienestar general en una sociedad democrática. El art. 5 trae una pauta de interpretación equivalente a la de los dos tratados antes citados.

Es importante asimismo destacar que los tres pactos dejan a salvo, a su vez, los derechos y libertades que en cada estado parte pueden emanar de fuentes distintas a cada uno de ellos.

Por analogía con las restricciones, podemos comprender que otros tratados (como la convención sobre Discriminación Racial, la convención sobre Discriminación de la Mujer, y la de Derechos del Niño) contemplan determinadas *prohibiciones* que irrogan impedimentos absolutos respecto de aquéllos a quien se dirigen y que, por ende, no permiten que el que las debe soportar y respetar alegue que se le violan supuestos derechos suyos. En todo caso, hay que entender que esas mismas prohibiciones funcionan como limitaciones severas —o tal vez como "límites" de naturaleza ontológica— en una sociedad democrática.

La *Convención sobre Derechos del Niño* trae, asimismo, normas que prevén limitaciones a determinados derechos (libertad de expresión, libertad religiosa, libertad de enseñanza, etc., derechos del empleador en el orden laboral).

II. LAS EMERGENCIAS Y LOS INSTITUTOS DE EMERGENCIA

Su caracterización.

12. — En la dinámica constitucional aparecen numerosas *situaciones de excepción*, distintas de la normalidad que regula la constitución formal de modo habitual y permanente. Aquellas situaciones son denominadas por García Pelayo como singulares, originales o imprevisibles. Las *emergencias* son, pues, situaciones *anormales o casos críticos* que, previsibles o no, resultan extraordinarios y excepcionales.

Este carácter excepcional proviene, no tanto de la rareza o falta de frecuencia del fenómeno o episodio, cuanto de que, por más repetido que resulte, se lo considera *patológico* dentro del orden previsto por la constitución. Por eso, siempre se lo reputa peligroso, se procura frente o contra él la defensa de una seguridad jurídica, y se hace valer la *doctrina del "estado de necesidad"*.

Los eventos que perturban el orden constitucional con carácter de *emergencia* son, entonces, acontecimientos *reales* o fácticos. Al contrario, los *institutos de emergencia*, son *creaciones del derecho* que importan *medidas* de prevención, seguridad y remedio para contener, atenuar o subsanar las emergencias.

a) La gama de *emergencias* es muy variada, no obstante lo cual se puede ensayar su agrupamiento mínimo en tres categorías fundamentales: a) la *guerra*; b) los *desórdenes domésticos* o internos; c) la *crisis económica*.

b) Los principales *institutos de emergencia* que conocen la doctrina y el derecho comparado son: a) el *estado de guerra*; b) la *ley marcial*; c) el *estado de asamblea*; d) el *estado de sitio*; e) las *facultades extraordinarias*; f) la *suspensión de garantías*; g) la *suspensión del habeas corpus*; h) los remedios *innominados*.

Las emergencias y los institutos de emergencia en el derecho constitucional argentino.

13. — Si procuramos resumir el panorama precedente, podemos decir que: a) la *constitución formal* sólo alude a dos emergencias: a') la *guerra* (equiparable al "ataque exterior"); a") la *conmoción interna*;

b) *fuera de la constitución formal*, la constitución material conoce una emergencia que cabe denominar *crisis económica*;

c) la constitución formal emplea la locución "emergencia *pública*" cuando su art. 76 admite excepcionalmente la *delegación legislativa* en el poder ejecutivo;

d) la constitución formal encara una especie particular análoga a la de emergencia cuando, con mucho rigor de condicionamientos y excepcionalidad extrema, autoriza en el art. 99 inc. 3º a que el poder ejecutivo dicte *decretos de "necesidad y urgencia"*.

En cuanto a los *institutos de emergencia*, la constitución formal sólo regula expresamente uno, que es el *estado de sitio*, para las dos emergencias señaladas en el anterior inc. a): guerra y conmoción interna.

El "estado de guerra" como instituto propio de una situación de guerra surge implícitamente de las previsiones que contemplan competencias de los órganos de poder para declarar la guerra (art. 75 inc. 25 y art. 99 inc. 15).

14. — Los institutos de emergencia poseen *dos* características fundamentales: a) por un lado, producen un efecto en el derecho constitucional del poder o parte orgánica de la constitución, cual es el de *acrecentar ciertas competencias del poder*, reforzando las de alguno o varios de los órganos del poder; b) por otro lado, surten otro efecto en la parte dogmática de la constitución originando una *restricción de libertades, derechos y garantías individuales*.

Ambos efectos son conocidos por nuestro derecho constitucional.

15. — Nuestra Corte Suprema tuvo ocasión de referirse a las emergencias y a sus institutos en la sentencia del 21 de junio de 1957 en el caso "Perón Juan D."; en él dijo que las situaciones caracterizadas en la doctrina como "de emergencia" "derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios: a veces son acontecimientos de carácter físico, como un terremoto, una grave epidemia, etc.; a veces, de índole económica, como las que han determinado en nuestro país —y en la generalidad de los países extranjeros— legislaciones especiales, de efectos restrictivos para el derecho de propiedad consagrado por la constitución: así las leyes de moratoria hipotecaria y de prórroga de los arrendamientos... También la emergencia puede provenir, sin duda, de un acontecimiento político, como es la revolución, pues lo que hace que una situación tenga aquel carácter no es la naturaleza del hecho determinante, sino su modo de ser extraordinario, la gravedad y amplitud de sus efectos y la necesidad imperiosa de establecer normas adecuadas para restablecer los intereses públicos afectados".

Y a renglón seguido, la Corte sienta la regla o el principio básico, que extrae de la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos: "Aunque la emergencia *no puede crear un poder que nunca existió, ella puede proporcionar una razón para el ejercicio de poderes existentes y ya gozados*".

Conforme a ello, nuestra Corte deja establecido dos cosas: a) que la emergencia *no* autoriza el ejercicio por el gobierno de poderes que la constitución *no* le acuerda; b) pero la emergencia *justifica*, con respecto a los poderes *concedidos*, un ejercicio *pleno* y a menudo *diverso* del ordinario, en consideración a las circunstancias excepcionales.

16. — Más recientemente, en el caso "Peralta Luis A. y otro c/ Estado Nacional, Ministerio de Economía, BCRA", fallado el 27 de diciembre de 1990, la Corte enfocó una *emergencia económica*, y en relación con ella desplegó pautas que, de alguna manera, delinean un contorno para las situaciones de excepción en general. Hay en la sentencia numerosas alusiones a la necesidad de evitar el desmembramiento del estado, de asegurar su subsistencia, de atender a la conservación del sistema político y del orden económico, de no frustrar la unión nacional y el bienestar general, todo ello enderezado a un *uso más intenso y urgente del poder estatal en momentos de perturbación y de emergencia*.

En el mismo caso "Peralta" la Corte dijo: "que el derecho de 'emergencia' no nace fuera de la constitución, sino dentro de ella; se distingue por el acento puesto según las circunstancias lo permitan y aconsejen, en el interés de individuos o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda".

Las pautas de limitación y control.

17. — En nuestra opinión, debe acogerse una serie de pautas para conciliar la necesidad de contener y superar la situación de emergencia con la eficacia de los medios razonablemente elegidos a tal fin, y con la protección de las personas cuyos derechos y libertades padecen limitaciones más severas e intensas.

Proponemos que:

a) Previamente a poner en vigor un instituto de emergencia, o a adoptar medidas de emergencia, el órgano de poder competente efectúe una *declaración formal* de que existe una situación de emergencia, indicando cuál es;

b) Es necesario que esa declaración, así como la puesta en vigor de un instituto de emergencia, queden sometidos a *control judicial de constitucionalidad*;

c) Conviene que el órgano de poder competente exprese —a efectos de que dicho control opere razonable y objetivamente— cuáles son los *motivos* que dan sustento al acto declarativo de la emergencia y a la puesta en vigor de un instituto de emergencia;

d) Debe fijarse expresamente la *extensión temporal y territorial* del instituto de emergencia o de las medidas de emergencia;

e) Tiene que ser *judiciable* —a fin de respetar el derecho a la tutela judicial efectiva— toda pretensión que una persona articule ante un tribunal cuando considera que una medida de emergencia le resulta violatoria del contenido esencial de uno o más *derechos* que alega titularizar.

Logrado este delineamiento, hace falta todavía dejar establecido que:

a) ninguna emergencia ni instituto de emergencia confiere poderes *superiores o ajenos* a la constitución;

b) ninguna emergencia ni instituto de emergencia significa *suspender la vigencia* de la constitución, ni, por ende: b') alterar la división de poderes; b") permitir la violación de los derechos personales.

18. — Las condiciones mínimas de validez constitucional que han de reunir los institutos y medidas de emergencia son:

a) una *real situación* de emergencia, constatada o declarada por órgano competente (y con *control judicial* sobre su existencia y subsistencia);

b) un *fin real* de *interés social y público*;

c) la *transitoriedad* de la regulación excepcional;

d) la *razonabilidad* del medio elegido, o sea proporción y adecuación entre la medida dispuesta, el fin perseguido, y los motivos y causas que dan origen a la medida de emergencia.

La guerra.

19. — Nuestra historia conoció: a) la guerra con *Paraguay* en el siglo pasado durante la presidencia de Mitre; b) la guerra por las *Malvinas*, en 1982, que se

desarrolló sin previa declaración formal de guerra; c) la guerra ficticia declarada a las *potencias del Eje* al finalizar la segunda guerra mundial de este siglo.

20. — La tesis sobre la *supremacía del derecho internacional* de guerra ha sido admitida por la jurisprudencia de la Corte Suprema en ocasión del estado de guerra de nuestro país con Alemania y Japón durante la segunda guerra mundial. Al fallar el caso "Merck Química Argentina c/Gobierno Nacional", el 9 de junio de 1948, la Corte dijo: a) que en tiempo de guerra, el derecho internacional prevalece sobre la constitución; b) los "poderes de guerra" son anteriores, preexistentes y superiores a la misma constitución; c) el estado tiene el derecho de recurrir a la guerra cuando hay apremiante necesidad, y de conducirla por los medios indispensables que las circunstancias le imponen; d) no hay en ello más limitaciones que las que pueda haberle impuesto la constitución o los tratados internacionales en vigencia; e) el estado, y el órgano político encargado de hacer efectiva la defensa de sus intereses, son árbitro único en la conducción de la guerra promovida en causa propia.

En aplicación de esta jurisprudencia, quedó convalidada la legislación sobre *propiedad enemiga*, que significó su confiscación lisa y llana.

21. — Si bien la constitución prevé la guerra, nos hemos progresivamente convencido de que la encara únicamente como *guerra defensiva*. Por algo las alusiones que hace al "ataque" o la "invasión" *exterior* en los arts. 6º y 23. (A la "guerra *civil*" hace referencia el art. 127).

A esta afirmación nos conduce asimismo todo cuanto en la misma constitución hace referencia a la *paz*. Actualmente, se valora como un derecho de la tercera generación el "*derecho* a la paz".

La paz.

22. — No queremos —por eso— omitir en el tratamiento de la guerra un tema de capital importancia, cual es el de la *paz*.

Por de pronto, el preámbulo alude a la *paz "interior"*. También a la *"unión nacional"*.

Es fácil entender que la consignación del *bienestar general* que se debe promover lo incorpora asimismo con claro finalismo al plexo de valores para darnos a entender que el bienestar requiere de la convivencia pacífica, es decir, de la paz.

El "proveer a la defensa común" que aparece en el mismo preámbulo que contiene los reenvíos a la paz, la unión, y el bienestar, nos hace pensar que también hay que *defender la paz*.

Pero aquí no concluyen las remisiones. El art. 27 *obliga al gobierno federal a afianzar sus relaciones de paz con las potencias extranjeras.*

De una coordinación congruente entre los valores de la constitución, sus previsiones sobre la guerra, y sus alusiones a la paz, inferimos que la única hipótesis bélica que surge de la constitución es la defensiva contra ataques o agresiones.

Si esta conclusión se incardina en el marco y al nivel del derecho internacional contemporáneo, es fácil dar un paso de avanzada para coincidir con quienes sostienen que hoy la guerra es un *crimen de lesa humanidad*. Su contraria —*la paz*— es un *bien* y un *valor* que tiene que darse por ascendido a la altura de los *derechos humanos* como "derecho a la paz".

De nuevo la sincronización entre la constitución y el derecho internacional de los derechos humanos logra, sin incompatibilidad alguna entre una y otro, valorar negativamente a la guerra como *injusta*.

La ley marcial.

23. — En nuestro derecho constitucional, la *ley marcial no aparece dentro de la constitución formal*. No obstante, autores como González Calderón y Casiello la consideraron implícita en los poderes de guerra del gobierno federal.

Nosotros entendemos que en cuanto irroga extensión lisa y llana de la *jurisdicción militar a los civiles*, la ley marcial es *inconstitucional*, ya que la constitución no la ha previsto ni para caso de guerra ni para caso de conmoción interna.

En el célebre caso "Milligan", la Corte Suprema de los Estados Unidos condicionó la legitimidad de la ley marcial a dos supuestos: a) que se aplicara en zona real de operaciones bélicas; b) que en esa zona los tribunales civiles estuvieran impedidos de funcionar. Ante tal situación de hecho, provocada por la insurrección o invasión, la autoridad militar podía someter a jurisdicción propia a militares y civiles, en reemplazo de la autoridad civil impotente, y hasta tanto las leyes ordinarias recuperaran su vigencia normal.

El derecho constitucional *material* ha conocido varias veces, en nuestro país, la vigencia de la ley marcial.

24. — Como principio, dijimos que es violatoria de la constitución la atribución de competencia a la *justicia militar* para conocer de *delitos comunes* cometidos por *civiles*, ya que ello equivale a sacar a éstos de sus jueces naturales, a violar la división de poderes en desmedro del poder judicial, y a desorbitar a la jurisdicción militar de su ámbito específico como fuero real o de causa.

Entre 1976 y 1983 el derecho judicial de la Corte admitió, con carácter excepcional, que por razón de grave emergencia la ley puede someter a los civiles a la jurisdicción militar, la que, en ese caso, y conforme a la referida jurisprudencia, no se muestra incompatible con la constitución.

El estado de sitio.

25. — El estado de sitio es el único instituto de emergencia reglado por nuestra constitución. Está previsto para *dos* situaciones, cuyas causas son:

a) *ataque exterior*;

b) *conmoción interior.*

Pero ninguna de ambas emergencias configura por sí sola causa suficiente si faltan los recaudos que tipifica la norma del art. 23.

La constitución cuida de diseñar prolijamente los casos. Para que el ataque exterior y la conmoción interna permitan declarar el estado de sitio, es menester que: a) cada una de *ellas ponga en peligro el ejercicio de la constitución y de las autoridades creadas por ella*, y b) *produzca perturbación del orden.*

De ello se desprende que para la validez constitucional del estado de sitio es imprescindible la causa configurada (o presupuesto) de la siguiente manera:

a) *conmoción interior*
o
ataque exterior

b) que ponga en peligro
el ejercicio de: { b' la *constitución*
b") las autoridades creadas por ella,

c) con *perturbación del orden.*

El *peligro* para las autoridades *provinciales* cabe como presupuesto del estado de sitio, porque ellas son "autoridades creadas por la constitución", desde que ésta las erige y garantiza con autonomía dentro de la forma federal.

26. — Cuando la causa radica en el *ataque exterior*, el estado de sitio debe ser declarado por el *poder ejecutivo con acuerdo del senado* (art. 99 inc. 16); si el congreso está en receso, entendemos que la necesidad de poner en vigor el estado de sitio proporciona el "grave interés de orden" previsto en el inc. 9 del mismo artículo para convocar a sesiones extraordinarias.

Cuando la causa radica en la *conmoción interior*, el estado de sitio debe ser declarado por el *congreso* (art. 75, inc. 29 y art. 99 inc. 16); si el congreso está en receso, la facultad puede ejercerla el poder ejecutivo (art. 99 inc. 16), correspondiendo al congreso aprobar o suspender el estado de sitio declarado durante su receso (art. 75 inc. 29). Creemos que también en esa hipótesis el poder ejecutivo debe convocar al congreso inmediatamente después de haber declarado durante su receso el estado de sitio.

27. — El estado de sitio puede ponerse en vigor en *todo* el territorio o en *parte* de él; así lo da a entender el art. 23 ("se declarará en estado de sitio la provincia o territorio donde exista la perturbación del orden"), en concordancia con los arts. 75, inc. 29 y 99 inc. 16 (declarar en estado de sitio "uno o varios puntos").

28. — En cuanto a su *duración temporal*, resulta evidente la *transitoriedad excepcional del instituto.*

La pauta que nos lleva a propiciar esta limitación inicial en el tiempo está dada en el art. 99 inc. 16, donde al conferirse al poder ejecutivo la facultad de declarar el estado de sitio con acuerdo del senado en caso de ataque exterior, dice expresamente "por un término limitado".

En el caso "Granada Jorge H.", fallado el 3 de diciembre de 1985, la Corte retoma el criterio de que la declaración del estado de sitio debe cumplir el requisito de establecer *plazo expreso y determinación del lugar*, añadiendo con respecto al plazo que él resulta condición de validez del acto de suspensión de las garantías, y que debe ser *breve*, porque la extensión indefinida del estado de sitio demostraría, en realidad, que ha caducado el imperio de la constitución que con él se quería defender.

La declaración y sus efectos.

29. — La declaración del estado de sitio es una competencia *privativa y exclusiva* del gobierno *federal*. Las provincias no pueden declararlo en sus jurisdicciones locales.

30. — El "acto *declarativo*" del estado de sitio tiene indudablemente naturaleza *política*, tanto si lo cumple el poder ejecutivo

cuanto si lo cumple el congreso, y cualquiera sea la forma con que el acto se revista. No admitimos que de dicha naturaleza política se deduzca su "no justiciabilidad", porque pese al carácter político del acto, la causa judicial en que pueda discutírselo proporciona competencia judicial para el control de constitucionalidad.

Conforme a la *jurisprudencia* uniforme sentada por la Corte, consideramos que la norma vigente de derecho judicial es otra:

a) El acto declarativo del estado de sitio *no es revisable judicialmente*, y no puede ser atacado ante los jueces ni controlados por éstos.

Ya vigente la ley 23.098, cuyo art. 4º dispuso la justiciabilidad de la "legitimidad" de la declaración del estado de sitio, la Corte interpretó que ello no significaba habilitar a los jueces a revisar las circunstancias de hecho que toman en cuenta los órganos políticos para declarar el estado de sitio, lo que —por ende— en el derecho judicial siguió siendo una facultad privativa y excluyente de tales órganos.

En cambio, sostuvo que el control judicial sobre la legitimidad alcanza doblemente a:

a') revisar si la declaración del estado de sitio se ajusta a los requisitos de *competencia* y de *forma* que la constitución prescribe; y

a") revisar si se ha cumplido con la fijación de *plazo* de vigencia del estado de sitio y la determinación del *lugar* donde ha de regir.

Todo ello surge de la sentencia del 3 de diciembre de 1995 en el caso "Granada Jorge H.".

b) La *duración* o subsistencia del estado de sitio también ha evadido al control judicial.

Sin embargo, aunque sin llegar a controlar la constitucionalidad de la subsistencia o duración del estado de sitio, la Corte Suprema hacia el final del período de facto comprendido entre 1976 y 1983, tomó en cuenta, como un elemento adicional de juicio, la prolongación del instituto en algunas causas en que debió revisar medidas restrictivas de la libertad corporal, para valuar la razonabilidad de éstas.

c) *Sí son judiciables las medidas* concretas que se adoptan en ejecución del estado de sitio, controlándose su razonabilidad.

31. —En el *derecho constitucional material*, el estado de sitio ha sido aplicado muchas veces con ligereza, sin real causa constitucional, y duración por dilatados períodos. Ello acusa una profunda *mutación constitucional por interpretación* en torno del art. 23.

La crisis económica.

32. — La definición o conceptualización de la emergencia económica, como también de cualesquiera emergencias en general, no es fácil. Participa del mismo marco referencial de gravedad, anormalidad y excepcionalidad que caracteriza a toda emergencia. Nuestra Corte procuró delinearla en el caso "Peralta Luis A. y otro c/Estado Nacional, Ministerio de Economía y BCRA" del 27 de diciembre de 1990, en el que sostuvo que: "el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la constitución."

33. — Las *crisis económicas* no están previstas en la constitución formal, pero se consideran emergencias constitucionales cuando por razón de sus causas o de las medidas a que dan lugar, inciden en el ámbito constitucional, sea para acrecer competencias del poder, sea para restringir con mayor o menor intensidad los derechos individuales. La crisis económica puede acoplarse a otra emergencia y serle paralela o subsiguiente —por ej.: durante y después de la guerra—, o bien originarse con autonomía en causas propias.

Para la crisis económica no suele existir un instituto de emergencia propio, adoptándose únicamente medidas de emergencia que presuponen la existencia de la emergencia.

En nuestro país las crisis económicas han dado lugar a medidas como: moratorias hipotecarias, reducción de tasas de interés, rebaja en el monto de jubilaciones y pensiones, congelación y rebaja de alquileres, indisponibilidad de depósitos bancarios en moneda extranjera, prórroga de locaciones, paralización procesal de juicios, fijación y control de precios máximos, pagos en cuotas de sumas adecuadas en concepto de beneficios previsionales, etc. La legislación de emergencia en estas materias significó restricciones al derecho de propiedad, de contratar, de comerciar, de la seguridad social, etc.

En muchos de los casos, las medidas de emergencia han incurrido en *inconstitucionalidad*, sea por su duración excesiva, sea por no guardar la necesaria y razonable proporcionalidad con el fin buscado, sea por violar el contenido esencial de los derechos afectados, sea —en fin— por inexistencia real de la supuesta emergencia.

Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

34. — Los tratados sobre derechos humanos prevén, bajo el nombre de "suspensión", restricciones o limitaciones que, con carácter *excepcional* y por real causa de *emergencia*, pueden recaer en los derechos que ellos reconocen.

El *Pacto de San José de Costa Rica* contempla la *suspensión de garantías* en su art. 27, cuyo texto dice:

"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 motivo 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."

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* también encara en el art. 4 las situaciones excepcionales "que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente"; para el caso prevé que los estados parte adopten disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a esa situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud del tratado, y siempre que esas medidas no sean incompatibles con las demás que les impone el derecho internacional, y que no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

A continuación *prohibe* la suspensión de los arts. 6 (Derecho a la vida); 7

(Prohibición de torturas, tratos crueles, etc.); 8 (Prohibición de la esclavitud y servidumbre); 11 (Prohibición de encarcelar por el solo hecho de no cumplir una obligación contractual); 15 (Principio de legalidad penal); 16 (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); y 18 (Libertad religiosa).

Hay obligación de informar de la situación y de su cese a los demás estados parte a través de las Naciones Unidas.

III. LA LIMITACION DE LOS DERECHOS DURANTE EL ESTADO DE SITIO

Su encuadre.

35. — El estado de sitio como instituto de emergencia responde a los siguientes principios: a) no suspende la *vigencia* de la constitución; b) tampoco destruye ni debilita la *división de poderes*, cuyos órganos y funciones subsisten plenamente; c) se pone en vigor para *defender* la constitución y las autoridades creadas por ella.

En cuanto a la *repercusión sobre los derechos*, hay dos pautas:

a) la *genérica* consigna que, declarado el estado de sitio en la provincia o el territorio donde existe la perturbación del orden, *quedan suspensas allí las garantías constitucionales*;

b) la *específica*, b') *prohibe al presidente de la república condenar por sí o aplicar penas*; pero: b") limita su poder a *arrestar o trasladar* personas de un punto a otro, si ellas no prefieren *salir* del territorio argentino.

36. — Hay que dividir —por eso— las posibles restricciones a los derechos en dos campos: a) el de la *libertad corporal*, o física, o ambulatoria, o de locomoción; b) el de los *demás derechos y libertades* diferentes de la libertad corporal.

Vemos, entonces, que el mismo art. 23 confiere al presidente de la república la *facultad "específica"* que, en orden a la *libertad corporal* de las personas, lo autoriza a: a) *arrestarlas*, o a b) *trasladarlas* de un lugar a otro; pero c) tanto el arresto como el traslado *cesan* si el afectado *opta por salir* del territorio.

En cuanto a los *demás derechos y libertades* distintos de la libertad corporal, hemos de tomar en cuenta la *fórmula "genérica"* que en el art. 23 alude a *suspensión de las "garantías constitucionales"*.

Conciliando esta fórmula con la facultad presidencial de arrestar o trasladar, nuestra interpretación es la siguiente: a) la circunstancia de que la constitución diga que "respecto de las personas" el "poder" del presidente "se limitará" al arresto o al traslado, significa que esas dos restricciones son las *únicas* que pueden recaer sobre la *libertad corporal*; pero b) *no impide* que para *derechos y libertades diferentes* de la libertad corporal el presidente ejerza la facultad de imponerles ciertas limitaciones razonables.

Si tales limitaciones del inc. b) estuvieran prohibidas, creemos que se perdería el sentido de la citada fórmula genérica que hace referencia a la *"suspensión" de las garantías constitucionales.*

Las competencias para restringir derechos durante el estado de sitio.

37. — Se debe analizar si las medidas restrictivas de los derechos deben ser dispuestas por el poder ejecutivo, o si cabe también que las establezca con carácter general el congreso.

La restricción a la libertad corporal mediante *arresto* o *traslado* no parece dejar duda de que, conforme al art. 23, es una competencia *propia y única del poder ejecutivo*, de modo que el problema se traslada a la restricción de derechos distintos de la libertad corporal. Por analogía, cabe interpretar que en este segundo campo el principio es el mismo: corresponde al ejecutivo restringir el ejercicio de los demás derechos.

Sin renegar de lo recién dicho, creemos posible reconocer también al *congreso* la competencia de restringir determinados derechos distintos de la libertad corporal, lo que admite subdividirse así:

a) el congreso *podría "reglamentar" por ley* el instituto del estado de sitio con carácter general, para cualquier caso futuro, pero conforme a nuestra teoría finalista es difícil prever anticipadamente "cada" situación concreta en la que sea viable poner en vigor el estado de sitio, por lo que la ley reglamentaria sólo sería susceptible de incluir parámetros globales y flexibles;

b) el congreso *podría*, cuando se declara el estado de sitio, *establecer mediante ley para ese caso particular* qué derechos quedarían afectados por restricciones, cuáles cuyo ejercicio se prohibiera y, además, determinar que el acto individual de aplicación de una medida restrictiva por el poder ejecutivo habría de tomar en cuenta si concurre para ello el peligro real que en ese estado de sitio la ley pretende prevenir o subsanar;

c) el *congreso no puede*, a nuestro criterio, inhibir o limitar la facultad privativa del *presidente* para disponer arresto o traslado de personas, ni interferir o retacear el control de razonabilidad a cargo del *poder judicial.*

La "suspensión de las garantías": teorías.

38. — *Suspensión de garantías constitucionales* es una fórmula de bastante vaguedad e imprecisión, que ha dado y sigue dando trabajoso esfuerzo a los intérpretes, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Nos parece que las distintas posturas pueden agruparse en cuatro tesis fundamentales.

a) *Suspensión amplia de todas las garantías*, incluyendo en el vocablo "garantías" a los derechos en su totalidad.

A esta teoría se le ha replicado que, de ser constitucionalmente exacta, permitiría durante el estado de sitio confiscar la propiedad, expropiar sin indemnizar, tramitar procesos judiciales sin respetar el debido proceso y la defensa en juicio, obligar a declarar contra sí mismo, etc.

b) *Suspensión amplia de todas las garantías*, pero sometiendo las medidas restrictivas a *control judicial de razonabilidad* cuando quien soporta una limitación la impugna judicialmente, con una única retracción: *no son judiciables* las medidas que recaen sobre la *libertad corporal* (o sea, el arresto y el traslado de personas), salvo que con ellas se aplicara una pena o se negara el derecho de opción para salir del país.

c) *Suspensión limitada de las garantías*, para afectar *solamente* el ejercicio de aquellos *derechos que resulte incompatible* con los fines del estado de sitio, más el *control judicial de razonabilidad* cuando se impugna una medida determinada, a efectos de verificar si se ha cumplido o no la regla antes señalada.

d) *Suspensión restringida y única de la libertad corporal*, que puede afectarse por arresto o traslado de las personas; todos los otros derechos escapan a cualquier medida restrictiva.

39. — *El derecho judicial* de la Corte ha registrado oscilaciones, recorriendo diversas posturas. Podría decirse, latamente, que hasta 1956 adoptó el lineamiento del inc. a); en 1972, al fallar el caso "Mallo Daniel" —en el que acogió un amparo para exhibir un film que había sido prohibido por el poder ejecutivo durante el estado de sitio— nos quedó la impresión de que se inclinaba por la tesis del inc. c); entre medio, a partir de 1959, había adoptado la del inc. b).

En 1977 y 1978, enfrentando un elevado número de habeas

corpus, registramos avances paulatinos en el control judicial de la razonabilidad, en cuanto la misma Corte lo hizo recaer sobre medidas privativas de la *libertad corporal* (así, por ejemplo, en los casos "Pérez de Smith", "Zamorano" y "Timerman").

Sin que pueda darse por abandonado el sesgo jurisprudencial de la teoría finalista, cabe señalar que el fallo de la Corte del 3 de diciembre de 1985, en el caso "Granada Jorge H.", puntualizó algunas pautas con referencia a la *privación de libertad* (arrestos), dentro del marco que la ley 23.098 (art. 4º inc. 2) estableció para el habeas corpus durante el estado de sitio: a) el control judicial de razonabilidad del arresto es *excepcional*, y se limita a supuestos de *arbitrariedad*; b) la privación de libertad ha de ser *breve*; tal brevedad se vincula con la exigencia de que el acto declarativo del estado de sitio establezca plazo expreso y, además, breve; c) el poder ejecutivo *no* necesita probar ante el juez del habeas corpus el *fundamento de las decisiones que motivan el arresto*; d) el estado de sitio autoriza a arrestar sin causa legal u ordinaria, y sin intervención judicial.

La tesis finalista.

40. — Con aproximación a la tesis que hemos explicado en el inc. c) del nº 38, nuestro punto de vista encuadra en lo que llamamos la teoría finalista.

La tesis finalista habilita un *amplio control judicial* de razonabilidad de cada medida restrictiva, tanto si recae mediante arresto o traslado sobre la *libertad corporal* de una persona, como si afecta a *derechos distintos* de la libertad corporal. Por supuesto que dicho control sólo cabe en el marco de un proceso judicial impugnatorio de la restricción, dentro del esquema normal del control de constitucionalidad. Pero el control judicial de razonabilidad, según esta teoría, solamente permite descalificar una restricción cuando el ejercicio del derecho sobre el cual recae no puede originar peligro, con su ejercicio, para los fines propios del estado de sitio.

41. — La *ley de habeas corpus 23.098* parece dar recepción a la teoría finalista para las restricciones a la libertad ambulatoria, porque establece que el procedimiento de habeas corpus en tutela de la misma podrá tender a comprobar, en el caso concreto, *"la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio"*.

42. — Para hacer operar judicialmente a la teoría finalista, hay que dar por cierto que las *dos "causas" constitucionales* del estado de sitio (conmoción interior y ataque exterior) tienen, en cada situación concreta, *algún "motivo"* que les da origen. Por ejemplo, una huelga subversiva puede configurar —como "motivo"— la "causal" de conmoción interior. Por ende, el control judicial de

razonabilidad ha de retroceder hasta el "motivo" para indagar si, por su magnitud, ha dado lugar a una "causal" constitucional.

De ahí en más, se ensambla el análisis siguiente: a) si el motivo y la causal ponen en peligro el ejercicio de la constitución y de las autoridades creadas por ella; b) si, además, la restricción impuesta a la libertad corporal de determinada persona, o a uno o más derechos distintos de la libertad corporal, resulta razonable en virtud de que: b') la libertad de la persona afectada, o el ejercicio del derecho restringido originan un peligro para los fines que debe cumplir en cada caso situacional el estado de sitio entonces declarado.

Aplicando este esquema, la teoría finalista concluye afirmando que durante el estado de sitio *sólo se pueden afectar derechos y garantías cuyo ejercicio es susceptible de provocar en "cada caso" concreto un peligro real y actual para el "fin"* (conjurarlo) *que se propone el estado de sitio que se ha puesto en vigor.*

Este es el núcleo que los jueces deben someter a *control judicial de razonabilidad* en cada proceso (de habeas corpus o de amparo) en el que se plantea una impugnación a medidas restrictivas.

Las medidas restrictivas.

43. — Las posibles restricciones que sobre los derechos y garantías se aplican en virtud del estado de sitio son reputadas por la doctrina como *medidas de seguridad*, puesto que expresamente el art. 23 prohibe al presidente condenar por sí o aplicar *penas*.

Es harto simple decir que el presidente nunca va a autocalificar como pena una medida restrictiva que él ordena. Pero es probable que la magnitud, intensidad o duración de una medida restrictiva le asigne naturaleza real de pena, aunque, por supuesto, no se la denomine así oficialmente.

Si las privaciones de libertad corporal exceden un lapso transitorio y se prolongan durante mucho tiempo, son en realidad "penas"; por ende, son inconstitucionales.

Asimismo, tienen carácter de "penas" las clausuras prolongadas o sin término de imprentas, diarios, revistas, etc.; las prohibiciones de una publicación periódica que van más allá del ejemplar que ofrece peligro. Se puede impedir que circule un número peligroso y secuestrarlo, pero no que aparezcan los futuros, porque no se puede presumir su contenido.

El derecho judicial de la Corte tiene dicho que, fuera de la afectación de la libertad en el *proceso penal*, la única que prevé la constitución es ésta que deriva durante el estado de sitio de la facultad de arresto o traslado concedida por el art. 23 al presidente de la república.

La "duración" de las medidas restrictivas.

44. — El tema de la duración se desdobla en: a) duración de la *vigencia del estado de sitio*; b) duración de *cada medida restrictiva* sobre la libertad corporal o sobre uno o más derechos.

Ambas cosas han de quedar sometidas a *control judicial* de razonabilidad.

La duración del estado de sitio no fue objeto de dicho control hasta 1985.

El *derecho judicial* de la Corte mostró, no obstante que, pese a no controlarse la duración del estado de sitio, tal duración prolongada puede servir como un elemento de juicio para ejercer el control de razonabilidad sobre una medida restrictiva, y hasta para descalificarla cuando por "durar" demasiado se la reputa arbitraria.

Con el fallo dictado por la Corte el 3 de diciembre de 1985 en el caso "Granada", la fijación de *plazo breve* es condición de validez del acto de suspensión de las garantías, e igual duración breve han de tener los arrestos, de lo que surge una posible ampliación del control judicial cuando falta el plazo, o es indefinido, o muy extenso, tanto respecto del estado de sitio como del arresto.

La restricción a la libertad corporal.

45. — El acto presidencial que dispone un arresto o traslado debe revestir la forma de *decreto* del poder ejecutivo, explicitar adecuadamente los *fundamentos* en relación con la o las personas que quedan afectadas, y ser susceptible de *control judicial* mediante la acción de habeas corpus.

La facultad del presidente para arrestar o trasladar personas no admite ser ejercida por otro funcionario, ni transferida a uno o más dependientes del poder ejecutivo.

46. — La detención o el traslado pueden alcanzar a cualquier persona, incluso: a) a extranjeros que se hallan asilados en nuestro país; b) a quienes se hallan bajo proceso judicial (detenidos, excarcelados, etc.). Pero no pueden serlo los miembros del congreso en virtud de sus inmunidades parlamentarias (caso "Alem", fallado por la Corte en 1893).

El arresto o el traslado pueden también recaer en personas que se hallan sometidas a *proceso judicial*. La competencia presidencial es distinta y ajena a la del poder judicial, y tiene causas y objetivos diferentes.

Lo que sí debemos puntualizar nosotros, como criterio personal, es que la facultad de arresto o traslado que inviste el poder ejecutivo en razón del peligro que el estado de sitio se propone contener, no puede ejercerse para investigar o descubrir delitos comunes que nada tienen que ver con la emergencia, y cuya

represión pertenece al poder judicial; ni siquiera a título de colaborador de los jueces puede reconocerse al presidente de la república la atribución de detener personas presumidas de haber cometido hechos delictuosos ajenos a la situación de peligro.

La opción para salir del país.

47. — La persona arrestada o trasladada, o sometida a cualquier otra restricción de su libertad corporal durante el estado de sitio, encuentra en el mismo art. 23 el medio automático de hacer cesar a su favor la medida afligente: es *optar por salir del territorio*. Si el poder ejecutivo *deniega* la opción, o *la demora*, cabe usar el *habeas corpus* contra la denegatoria o el silencio moroso.

48. — La norma constitucional que confiere el derecho de opción *no puede ser reglamentada* por ley o por decreto. Es directamente operativa, y no puede sometérsela a plazos ni condiciones por vía de reglamentación.

Todas estas reglamentaciones, aun las más benignas, son a nuestro juicio *inconstitucionales*, porque la *operatividad del derecho de opción* no tolera la más mínima sujeción a reglamentaciones. Unicamente el juez ante el cual se deduce un habeas corpus (por opción denegada o demorada) puede establecer en su sentencia la forma de hacer efectiva de inmediato la salida.

49. — El derecho judicial emanado de la Corte tiene dicho, acertadamente, que frente a la opción para salir del país, el poder ejecutivo no tiene una facultad de concesión o denegatoria que pueda administrar a su arbitrio, porque dicha opción resulta una verdadera garantía en resguardo de loa libertad corporal, que pone límite al arresto o traslado dispuesto por aquel poder.

No obstante, el mismo derecho judicial ha registrado, durante épocas de reglamentación limitativa del derecho de opción (concretamente, entre 1976 y 1983), pronunciamientos que no han reconocido la automaticidad operativa de la opción; por una parte, ha sostenido que su suspensión "sine die" podía encontrar óbice constitucional y configurar una pena; pero por otra ha admitido que, sin llegar a convertir el derecho de opción en un mero derecho de petición, es posible someterlo a condicionamientos transitorios. (No obstante, la misma Corte, en la época citada, ejerció control de constitucionalidad sobre opciones denegadas por el poder ejecutivo; así, en el caso "Moya" del 15 de mayo de 1981, en el que hizo lugar a la opción).

El reingreso al territorio después de la opción y la salida.

50. — Se plantea el problema de si el detenido o trasladado que en uso de la opción ha salido del país, puede *volver a entrar*.

La respuesta admite una doble situación: a) que el regreso esté tipificado como *delito* en la ley penal; b) que *no* lo esté.

a) Si reingresar es *delito*, quien reingresa violando la prohibición penalizada es susceptible de proceso penal y de condena.

b) Si el reingreso *no está incriminado*, la persona que hizo cesar un arresto o traslado saliendo del territorio en uso de la opción, *puede volver* a entrar, pero: a) si la primitiva medida de arresto o traslado subsiste, puede ser aplicada; b) si a raíz de la salida se la dejó sin efecto, el poder ejecutivo puede adoptar una nueva medida de arresto o traslado.

En segundo lugar, tanto en la hipótesis a) como en la b), es posible interponer un *habeas corpus* contra la primitiva medida subsistente, o contra la nueva, respectivamente.

En tercer lugar, en la hipótesis b) la persona que salió y volvió, y que es objeto de un nuevo arresto o traslado, puede *volver a optar* para salir del territorio.

51. — Cabe analizar qué ocurre con el habeas corpus frente a quien salió del territorio en uso de la opción. En el caso "Solari Yrigoyen Hipólito E.", fallado el 11 de marzo de 1983, la Corte sostuvo que si subsiste la medida privativa de libertad que dio origen a la opción para salir del país, la persona que se halla en el extranjero tiene acción para impugnar aquella medida mediante el habeas corpus (en el citado caso, el tribunal dispuso, en ejercicio del control de constitucionalidad, que debía cesar la restricción que impedía al beneficiario del habeas corpus su regreso al país en condiciones de completa libertad ambulatoria).

El habeas corpus durante el estado de sitio.

52. — Cuando se dice que durante el estado de sitio *se suspende* el habeas corpus, la doctrina y la jurisprudencia han interpretado tal suspensión de diversas maneras:

a) podría significar que *no se puede interponer*; o que

b) si se interpone, *no hay judiciabilidad* de la medida presidencial de arresto o traslado; o que

c) *se puede interponerse, se debe tramitar, ha de habilitar el control judicial, y será o no exitoso* según se acredite la falta de razonabilidad —o no— del arresto o del traslado.

53. — Hasta promediar la década de 1970, el *derecho judicial* de la Corte consideró que, como principio, eran irrevisables judicialmente (o sea, exentas de control judicial) las medidas de arresto o traslado de personas. Solamente cabía la revisión judicial, según la Corte, si a) el presidente aplicaba una *pena*; b) *demoraba* o *denegaba la opción* que el arrestado o trasladado había formulado para salir del país.

Actualmente, el derecho judicial de la Corte nos permite decir que: a) el habeas corpus puede interponerse durante el estado de sitio; b) el proceso debe tramitarse con suficiente diligencia en su duración y en la amplitud probatoria; c) el efecto será exitoso o no según que la sentencia, ejerciendo control de razonabilidad, resuelva que la restricción de la libertad corporal ha sido arbitraria o no.

Conviene retener que la Corte Suprema tiene establecido que al momento de dictarse la sentencia de habeas corpus *debe subsistir el gravamen* para la libertad del individuo, o sea que si la restricción —arresto o traslado— ha cesado antes de la sentencia (aunque haya existido al tiempo de promoverse el proceso y durante su pendencia) la cuestión se ha tornado "abstracta" y ha convertido en improcedente todo pronunciamiento sobre ella. Esta regla general parece dikelógicamente aceptable, porque si el objeto del habeas corpus es remover la restricción a la libertad, y tal restricción ha desaparecido cuando el juez va a sentenciar, en esa instancia procesal ya no hay materia litigiosa a los fines del habeas corpus.

La responsabilidad del estado por el arresto dañino

54. — Nos interesa detenernos en la jurisprudencia, ámbito del cual extraemos una sentencia de la Corte del año 1989. Con los presupuestos argumentales en que sustenta su decisorio, el tribunal nos proporciona base para inferir una pauta doctrinaria que aquí proponemos: *el arresto a la orden del poder ejecutivo durante el estado de sitio, según hayan sido los motivos, las circunstancias y el tiempo de detención, cuando (con opción del afectado por salir del país, o sin ella, o con opción denegada) se acredita haber sufrido daño material o moral, hace procedente la responsabilidad del estado y el consiguiente efecto indemnizatorio.*

En el caso "Paz Francisco O. c/Poder Ejecutivo Nacional", del 3 de octubre de 1989, una muy buena sentencia de la Corte Suprema tuvo ocasión de revocar el fallo inferior en un juicio promovido en demanda de *daños y perjuicios* contra el estado por la parte actora, que había sufrido ocho años de detención a la orden del poder ejecutivo desde 1975 durante el largo lapso de estado de sitio inmediatamente anterior a 1983, y cuya opción para salir del país había sido denegada oportunamente. Su privación de libertad fue calificada por el pretensor como ilegítima.

Para rechazar esa pretensión, el tribunal inferior cuya decisión la Corte dejó sin efecto alegó que el actor no había formulado planteo expreso de inconstitucionalidad ni había actuado eficazmente en su oportunidad contra la medida que lo privó de su libertad.

La Corte, por su lado, despeja y desbarata esos supuestos óbices, y luego de reiterar doctrina constante acerca de las limitaciones que la constitución impone al poder ejecutivo cuando ejerce facultades emergentes del art. 23, sostuvo que: "en consecuencia, contrariamente a lo sostenido por el *a quo*, la

actividad jurisdiccional enderezada a consagrar la salvaguarda de esas garantías básicas, no se encuentra obstaculizada por la ausencia de un planteo de inconstitucionalidad, pues de lo que se trata es de examinar —frente al pedido de indemnización en que consiste la demanda— la razonabilidad de la medida que denegó la opción para salir del país en el caso concreto. Y es ésta una facultad irrenunciable de los jueces, habida cuenta de que —como se ha planteado en el *sub examine*— la continuación del arresto *sine die* pudo importar una verdadera pena por parte del presidente de la nación, acto que expresamente le está vedado por imperio del art. 95 de la constitución nacional".

En cuanto al argumento del mismo tribunal inferior, en cuanto excluyó la responsabilidad del estado por atribuir inactividad procesal al actor durante el tiempo en que estuvo detenido, la Corte dijo que: "aquella afirmación es grave, si se tiene en cuenta que conduce a sostener que el estado, mediante un acto de su sola voluntad —ordenar la libertad del recurrente— quedaría exento de responder por los perjuicios causados por su actuación ilegítima o que esa ilegitimidad quedaría borrada por la conducta del propio demandante, situación imposible en el caso, ya que la causa directa e inmediata que en forma excluyente determinó la prolongación del arresto del actor fue el empleo de la fuerza por el estado y no la falta de actividad del detenido. No lo es menos la segunda alternativa, pues al tratarse de un reclamo por la reparación de daños y perjuicios provenientes de la privación de la libertad, sólo podría verse afectado por las disposiciones atinentes a la prescripción".

Del fallo de la Corte del 13 de junio de 1985 (Incidente de excepción de falta de acción promovido por el doctor Alberto Rodríguez Varela en la querella criminal de Carlos S. Menem contra Jorge R. Videla y Albano E. Harguindeguy) se puede inferir que: a) cuando un habeas corpus prospera contra el arresto dispuesto por el poder ejecutivo, no necesariamente ha de tenerse como ilícita la conducta del presidente de la república que hizo uso de sus facultades políticas; b) pero tampoco la naturaleza de éstas ha de volver impunes los delitos que al resguardo de ellas se haya podido cometer.

Ello significa que, eventualmente, bajo la cobertura formal de un arresto dispuesto con invocación del art. 23 es posible que se consume —por ej.— el delito de privación ilegítima de la libertad.

55. — Sugerimos aplicar a los supuestos analizados la pauta que hemos expuesto en el cap. XVI, nº 23, y cap. XXIV, nºs. 37 y 38.

CAPÍTULO XXVI

EL AMPARO

I. LA ETAPA ANTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. - El perfil garantista. - La etapa negatoria del amparo. - La etapa de admisibilidad. - La legislación sobre amparo, anterior a 1994. - *El control de constitucionalidad de "normas generales" en el juicio de amparo.* - II. LA ETAPA POSTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. - El artículo 43 y los perfiles del amparo. - *El párrafo primero del art. 43.* - *El amparo contra decisiones judiciales.* - *La declaración de inconstitucionalidad.* - ¿El amparo actual sustituye a los otros procesos?. - ¿La inconstitucionalidad por omisión queda incorporada?. -El párrafo segundo del art. 43. - *La legitimación del "afectado".* - *La legitimación del defensor del pueblo.* - *La legitimación de las asociaciones.* - *La pluralidad de legitimaciones.* - III. ASPECTOS GENERALES DEL ARTÍCULO 43. -Algunas relaciones entre los párrafos primero y segundo del art. 43. - La operatividad del art. 43. - El amparo y el derecho provincial. - La cosa juzgada en el juicio de amparo. - El amparo durante el estado de sitio. -Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

I. LA ETAPA ANTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

El perfil garantista.

1. — Ha sido común conceptuar al amparo como la *acción* destinada a tutelar los *derechos y libertades* que, por ser *diferentes de la libertad corporal o física*, escapan a la protección judicial por vía del habeas corpus.

El paralelismo entre el amparo y el habeas corpus responde a la construcción de ambas garantías dentro del derecho constitucional federal. No puede, sin embargo, acogerse con rigidez, desde que el derecho constitucional provincial —para no incursionar en el derecho comparado— proporciona algunas diferencias.

2. — El amparo reviste desde siempre, en cuanto garantía, la naturaleza de una *acción de inconstitucionalidad* y de un *proceso constitucional*.

En el actual estado del derecho judicial, la Corte incluye a la acción de amparo entre las acciones de inconstitucionalidad que da por existentes y viables, lo que no significa —a nuestro juicio— que sea una acción declarativa de inconstitucionalidad pura.

La etapa negatoria del amparo.

3. — *Hasta la reforma constitucional de 1994*, la constitución formal *careció* de normas previsoras del amparo, incorporado ahora al *art. 43*. No obstante, el constitucionalismo provincial ya le había proporcionado acogida.

Es importante destacar que el silencio normativo de la constitución histórica no fue óbice para que, si bien bastante tardíamente, el amparo ingresara a la *constitución material* por fuente de *derecho judicial*.

Todas las etapas anteriores a 1994 podría parecer que han perdido interés después de la reforma, no obstante lo cual integran un itinerario con muchos engranajes para interpretar lo que de novedoso encontramos hoy en el orden de normas de la constitución escrita.

Un breve recordatorio se hace, por eso, conveniente.

4. — Al igual que la constitución formal, hasta el *año 1957* nuestro derecho constitucional material no solamente ignoró al amparo, sino que su admisibilidad fue expresamente negada por la jurisprudencia.

El alegato en que se fundaba el rechazo de la acción y del procedimiento amparistas era el siguiente: *los jueces no pueden, a falta de ley procesal, crear vías ni procedimientos no previstos*, porque deben atenerse a los que la ley les depara.

La etapa de admisibilidad.

5. — a) *En 1957*, la Corte reacciona saludablemente contra esta inveterada corriente: la vieja línea jurisprudencial cae en abandono, pierde vigencia sociológica, y deja paso a la fecunda creación judicial que se desprende del *caso "Siri*.

El célebre caso "Siri" —típico de una sentencia con ejemplaridad que le permitió funcionar como *modelo* y originar *seguimiento*— hizo lugar por primera vez a un amparo para proteger la libertad de expresión contra un *acto de autoridad* que la lesionaba inconstitucionalmente. Se trataba de una imprenta

y un periódico clausurados, presuntamente por orden de autoridad. La Corte ordenó el levantamiento de la medida y restableció la libertad de prensa, valiéndose de un procedimiento sumario equivalente al del habeas corpus.

El párrafo más elocuente de la sentencia decía: "*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...*"

b) Al año siguiente —*en 1958*— el *caso "Kot"* añadía a la citada creación judicial nuevos elementos de procedencia del amparo.

Se trataba de la ocupación de un establecimiento por parte del personal en conflicto con la patronal. La Corte admite por vía de amparo la desocupación del local, en tutela de los derechos de propiedad y de ejercer la actividad propia de la fábrica (o sea, el derecho de trabajar). La diferencia con el caso "Siri" radicaba en que ahora el acto lesivo de un derecho subjetivo emanaba, no de autoridad, sino de *particulares*.

La sentencia da forma a la norma judicial novedosa que se ejemplariza en adelante: "*Siempre que aparezca*, en consecuencia, *de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo*".

6. — Los precedentes "Siri" y "Kot" permiten una somera sistematización del lineamiento judicial posterior a ellos, con las siguientes pautas: a) la ausencia de norma reglamentaria del amparo, tanto en la constitución como en la ley, *no obsta* a su procedencia; pero b) el amparo tuvo carácter de *vía excepcional*, reservada para atacar actos de autoridad y de particulares con perfil de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, en suplencia de otras vías comunes menos idóneas; c) el proceso debe ser *sumario y rápido* para revestir eficacia; d) en su trámite ha de respetarse el principio de bilateralidad, dando intervención al autor del acto lesivo para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa; e) el amparo no procede si la cuestión de hecho y de derecho ofrece dudas o exige mayor amplitud de debate y de prueba; f) la acción puede interponerse tanto por personas físicas como por personas jurídicas (en el caso "Kot" la parte actora era una sociedad comercial).

7. — De este modo, se produjo una *mutación constitucional* que dio ingreso a un nuevo contenido en la constitución material. Se

puede decir, doblemente, que se trata de una mutación "por *adición*" (debido a la añadidura), y "por *interpretación*" (debido a que la añadidura surge de una interpretación generosa de la constitución formal).

La legislación sobre amparo, anterior a 1994.

8. — En octubre de 1966 se dictó la *ley* 16.986, sobre *amparo contra actos estatales*.

En 1968, el *Código Procesal Civil y Comercial* de la Nación —ley 17.454— incorporó el *amparo contra actos de particulares*, regulándolo como proceso sumarísimo.

Quiere decir que: a) entre 1957/58 y 1966/68 el amparo fue regido únicamente por el *derecho judicial*; y b) a partir de 1966/68 (leyes 16.986 y 17.454) mereció *regulación legal*.

En su esquema básico, el instituto amparista fue legislado acogiendo en lo fundamental las pautas que había anticipado la jurisprudencia, con muy pocas innovaciones.

9. — En cuanto al amparo que se denomina "sindical" para dar tutela también a la libertad sindical en favor de determinada categoría de trabajadores y de asociaciones gremiales, entendemos que, más allá de cómo lo previó la legislación (por ej., la ley 23.551), hubo de tener encuadre y curso dentro de la fisonomía genérica del amparo, tanto en contra de actos estatales como de particulares.

Algo equivalente cabe decir en torno de otro tipo de amparos (electoral, fiscal, por mora de la administración, etc.).

El control de constitucionalidad de "normas generales" en el juicio de amparo.

10. — El curso del amparo tal como quedó trazado originariamente estaba destinado a actos lesivos graves de carácter individual que violaban la constitución o la ley. Por ende, su conceptualización primitiva no abarcaba las hipótesis de actos lesivos que se sustentaban en la aplicación de leyes inconstitucionales.

Tanto fue así, que la ley 16.986 acuñó el principio de improcedencia del amparo cuando se hacía necesario declarar la inconstitucionalidad de normas generales (leyes, decretos, ordenanzas).

No obstante, la Corte hizo algunas excepciones a esta regla. Así,

en el caso "Outón", fallado en 1967, y en los casos "Empresa Mate Larangeira Mendes SA. y otros", y "Arenzón Gabriel Darío".

La pauta final anterior a 1994 fue dada por la Corte en el caso "Peralta", de 1990, en el que sostuvo que la ley 16.986 no podía interpretarse como sustrayendo, cohibiendo o prohibiendo a los jueces que en los juicios de amparo ejercieran, en la medida necesaria, el control de constitucionalidad para verificar si normas generales impugnadas por vía de amparo eran o no violatorias de los derechos que el amparo tiende a tutelar.

II. LA ETAPA POSTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

El artículo 43 y los perfiles del amparo.

11. — El art. 43, en sus dos primeros párrafos dedicados a lo que llamaríamos el amparo más clásico en nuestro sistema garantista, dice así:

"*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."

(La *bastardilla* es nuestra).

No obstante que para una mejor comprensión del art. 43 hayamos dicho que estos dos primeros párrafos recién transcriptos diseñan el tipo de amparo más clásico, o tradicional en el derecho federal argentino, conviene adelantar que ya en este sector aparecen novedades, y que el párrafo segundo ha hecho opinar

a una parte de nuestra doctrina que en él se acoge —o acaso se esboza— un tipo de amparo *colectivo*.

El párrafo primero del art. 43.

12. — La "acción" queda definida como *expedita y rápida*, cuando en verdad lo expedito y rápido es el "proceso" que toma curso con la acción. Ello se corrobora cuando, a continuación, se prevé la procedencia del amparo cuando *no existe otro medio judicial más idóneo*.

Es dable —y aconsejable— interpretar que cuando en esta referencia al medio judicial más idóneo la norma *omite aludir a vías administrativas*, no se obstruye la procedencia del amparo por el hecho de que existan recursos administrativos, o de que no se haya agotado una vía de reclamación administrativa previa.

En este sentido, el art. 43 elimina una traba legal y jurisprudencial que, hasta ahora, solía entorpecer al amparo, y que sólo se superaba —con dificultad— en el caso de entenderse que utilizar vías administrativas antes de deducir la acción de amparo originaba daño irreparable al promotor.

13. — Se habilita la acción tanto contra *actos estatales* como contra *actos de particulares*, y la índole de tales actos lesivos —comprensivos de la *omisión*— conserva lo que ha sido tradición en el amparo argentino: *lesión, restricción, alteración* o *amenaza*, con *arbitrariedad* o *ilegalidad manifiesta*, en forma *actual* o *inminente*.

14. — El acto lesivo que se acuse en el amparo podrá referirse a derechos y garantías reconocidos por la *constitución*, por un *tratado*, o por una *ley*; y acá sí hay esclarecimientos favorables a la holgura del proceso amparista.

Recordemos que no faltó jurisprudencia que lo reputara improcedente si la lesión dañaba derechos emergentes de tratados internacionales, o de leyes. Ahora esas angosturas quedan superadas.

El amparo contra decisiones judiciales.

15. — En orden a la mención de actos u omisiones de "autoridades públicas", se plantea el interrogante de si el art. 43 ha habilitado también el amparo *contra decisiones judiciales* (o sentencias). La respuesta afirmativa configuraría una innovación muy marcada en nuestra tradición amparista.

Quiroga Lavié la auspicia y, personalmente, no formulamos objeción alguna, siempre que este tipo de amparo no implique habilitar su uso para sustraer

causas judiciales del curso regular de un proceso y del tribunal que, como juez natural, está interviniendo en él.

El derecho comparado puede proporcionar modelos que, sin distorsiones, admiten el amparo contra decisiones judiciales con especial prudencia y moderación razonable.

La declaración de inconstitucionalidad.

16. — Asimismo, se habilita al juez del amparo para declarar la *inconstitucionalidad* de la norma en la que se funda el acto o la omisión lesivos. A partir de la reforma, los actos u omisiones lesivos pueden entonces, impugnarse mediante la acción de amparo, aunque resulten *aplicativos de una norma general*, cuya inconstitucionalidad cabe controlar judicialmente en el mismo proceso.

La prohibición del art. 2º inciso d) de la ley 16.986 no podrá ya prevalecer sobre la clarísima norma contraria de la constitución. Habrá que decir que desde el 24 de agosto de 1994 ha quedado derogado por el art. 43, o que ha quedado incurso en inconstitucionalidad sobreviniente.

Lo que deja duda es si una *norma general directamente autoejecutoria* que causa lesión sin la intermediación de un acto individual aplicativo puede ser atacada a través del amparo. La duda se resuelve, a nuestro parecer, afirmativamente. En efecto, cuando el art. 43 dice que el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando en ella "se funde" el acto o la omisión, deja espacio suficiente para interpretar que una norma autoejecutoria que, por su sola vigencia, implica consumar directamente un acto o una omisión, es la norma "fundante" de ese acto o de esa omisión, y que éstos quedan configurados como lesivos en y por la norma misma.

¿El amparo actual sustituye a los otros procesos?.

17. — Mucho ha discurrido la doctrina acerca del rol *directo* o *subsidiario* del amparo previsto en el párrafo primero del art. 43.

Si acaso el amparo fuera una vía procesal *sustitutiva* de las demás habría que decir que cada persona estaría en condición de elegir la vía de su preferencia, lo que sin duda arrasaría con todos los demás procesos, que quedarían transferidos en acumulación exorbitada al juicio de amparo.

No creemos que éste sea el alcance de la norma cuando hace procedente el amparo "siempre que no exista otro medio judicial *más*

idóneo". En verdad, si este otro medio judicial más idóneo existe en las leyes procesales, no es viable acudir al amparo.

Pero tampoco la cláusula recién citada admite interpretarse con el sentido riguroso de que el amparo queda descartado por el mero hecho de que haya cualesquiera otras varias vías procesales disponibles. Lo que la norma quiere decir es que si una o todas no son "más idóneas", entonces debe admitirse el amparo *en reemplazo de cualquier otra "menos idónea"*.

¿Y si las que hay son *"igualmente" idóneas* que el amparo? Acá sí nos atrevemos a afirmar que, dada la equivalencia, y por no haber una "*más* idónea", el sujeto puede optar por el amparo.

18. — Ahora bien, todo este esbozo teórico necesita un encuadre aclaratorio. Para calibrar la mayor, o menor, o igual aptitud en la comparación del amparo con las demás vías procesales, se hace indispensable analizar *caso por caso* para averiguar, en *cada uno* que se promueve mediante la acción de amparo, si la situación concreta de ese caso conforme a sus circunstancias particulares encuadra en el marco impuesto por el art. 43.

Para ello, el referido análisis de cada caso ha de tomar en cuenta:

a) en primer lugar, si el acto lesivo contra el cual se deduce el amparo reviste *arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*; de no presentar este perfil, ya cabe decir que no hace falta indagar si hay o no hay otra vía judicial más idónea que el amparo, porque está ausente el requisito básico de que el derecho arguido por el actor padezca violación por un acto o una omisión de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta;

b) en segundo lugar, cuando esta última connotación aparece visible, no debe cargarse al promotor del amparo con la demostración o prueba de que no hay otra vía judicial más idónea; averiguarlo es *tarea propia del juez* de la causa y no de la parte actora;

c) en tercer término, para saber si el amparo queda desplazado por otras vías judiciales más aptas, hay que añadir la verificación de la *simpleza y celeridad* que para el mismo caso concreto presenta alguna de esas otras vías, ya que la "*mayor* idoneidad" está directamente referida a la *eficacia* que un determinado proceso es capaz de rendir para tutelar —en el caso— el derecho supuestamente agredido por un acto lesivo arbitrario o manifiestamente ilegal;

d) la procedencia del amparo, cuando quedan abastecidos los recaudos que ya hemos señalado, *no se perjudica* por el hecho de que

sea menester *aportar pruebas* sobre el acto lesivo, ni porque la *cuestión de derecho* resulte intrincada; ya no es posible rechazar el amparo con el pretexto de que la cuestión exige mayor amplitud de debate y/o prueba, habiendo de tenerse por derogada automáticamente la norma que así lo establecía en la ley 16.986 frente a lo que reza el actual art. 43 de la constitución; precisamente, que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo hayan de tornarse bien visibles puede, según el caso, depender de los medios probatorios;

e) la coordinación del art. 43 con las pautas constitucionales que son fundamentales en todo tipo de proceso nos hace sostener que debe mantenerse la *bilateralidad* que es propia del debido proceso y de la defensa en juicio, y que reclama la participación útil del autor del acto lesivo impugnado.

19. — Del esbozo precedente surge que el diseño teórico y general que cabe efectuar en torno de los parámetros contenidos en el primer párrafo del art. 43 debe adecuarse en su aplicación específica a las características de *cada caso concreto* en el que se articula una acción de amparo. El amparo podrá ser procedente en un caso según sus circunstancias, y no serlo en otro u otros. De ahí que no pueda eludirse tal flexibilización y elasticidad con fórmulas como la que rígidamente enunciaría que "siempre el amparo sustituye al juicio ordinario porque éste es menos idóneo que el amparo". Tal enunciado recién cobra sentido cuando se analiza cómo es cada caso concreto, para lo que ha de computarse el lineamiento que dejamos sugerido en los incisos a) a e) del nº 18.

Importa destacar que ya después de vigente la reforma de 1994, la Corte sostuvo en su fallo del 6 de junio de 1995 en el caso "Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía" que la existencia de otras vías procesales que harían improcedente el amparo no es postulable en abstracto, sino que depende de cada situación concreta en relación con el demandante.

¿La inconstitucionalidad por omisión queda incorporada?.

20. — No es novedoso que el amparo regulado por el art. 43 mantenga su procedencia contra omisiones, y que haya agregado que el juez se encuentra habilitado para declarar inconstitucional la norma en la que se "funda" la omisión lesiva.

Lo que permanece en un cono de sombra es otra cosa parcialmente distinta: ¿También la *omisión en dictar leyes o normas* cuya ausencia traba o bloquea la efectividad de una norma superior es susceptible de impugnación a través del amparo? Si contestamos afirmativamente, queda expedita la vía para remediar la *inconstitucionalidad por omisiones normativas*.

Para decir que no es posible se sostiene que si una norma superior manda dictar una norma inferior, la omisión en que se incurre al no dictarla no está "fundada" en la norma superior, porque incumplirla no es igual que aplicarla.

Para decir que sí sugerimos pensar que la inconstitucionalidad radica en la *omisión misma*, y que ésta consiste en no dictar una normativa que el órgano tiene el deber de dictar porque una norma superior lo obliga. Entonces, la omisión se "funda" en el deber incumplido que surge de la norma superior que lo ha impuesto; es decir, la norma superior que obliga a dictar una norma inferior de desarrollo es la norma en la cual se "funda" la inconstitucionalidad de la omisión.

21. — Parece concurrir razón a favor de la solución afirmativa. En efecto, si una norma inconstitucional puede ser declarada inconstitucional cuando en ella se "funda" el acto o la omisión, queda la impresión de que también corresponde declarar que *es inconstitucional la no emisión de una norma que otra norma superior obliga a dictar*. De ser así, el amparo quedaría disponible para tutelar derechos que, reconocidos en la constitución, en un tratado, o en una ley, permanecen indisponibles en su ejercicio porque el órgano que debe dictar la norma inferior complementaria ha omitido hacerlo.

Para que sea viable, propiciamos que la legislación reglamentaria del amparo prevea su uso para atacar omisiones normativas inconstitucionales.

El párrafo segundo del art. 43.

22. — Para comparar el amparo previsto en el segundo párrafo del art. 43 con el genérico que contempla el párrafo primero, vamos a reiterar la transcripción:

"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".

(La *bastardilla* es nuestra).

Lo primero que conviene decir es que el amparo del *párrafo primero* queda discernido a favor de "toda persona", en tanto el del *párrafo segundo* ya no emplea esa expresión, y en su reemplazo legitima al "afectado", al defensor del pueblo, y a las asociaciones.

El amparo del párrafo primero legitima a "toda persona" en la medida en que esa persona sufra en un derecho suyo la violación que la norma define como acto lesivo.

El amparo del párrafo segundo también exige que exista un acto lesivo, pero circunscribe los bienes jurídicos y los derechos protegidos por esa vía, y simultáneamente establece quiénes tienen disponibilidad de acudir al amparo para lograr esa misma protección.

23. — Consigna el art. 43 que la acción puede ser interpuesta: a) contra *toda forma de discriminación*; b) en lo relativo a *derechos* que protegen al *ambiente*, a la *competencia*, al *usuario* y al *consumidor*; c) en lo relativo a "derechos de *incidencia colectiva* en general".

En este conjunto hallan recepción expresa —en buena hora— los *intereses difusos*, o colectivos, o de pertenencia difusa, porque a ellos apunta, sin duda alguna, la expresión "derechos de incidencia colectiva", en cualesquiera de los aspectos posibles: el medio ambiente, la competencia, los servicios públicos, el consumo, para no salirnos de las menciones explícitas que trae la norma.

Acá aparece la diferencia con el párrafo primero que, al legitimar a "toda persona" víctima de un acto lesivo, presupone el daño a un derecho subjetivo clásico.

Cuando —en cambio— al ámbito amplio del segundo párrafo se lo vincula con la legitimación, la cita de sujetos investidos de ella se compone de otra manera; así: a) el *afectado*; b) el *defensor del pueblo*; c) las *asociaciones* que propendan a los fines perjudicados por el acto lesivo, y que están registradas conforme a la ley.

La legitimación del "afectado".

24. — La pluriindividualidad que caracteriza a los intereses generales, colectivos, sociales o difusos requiere algunas connotaciones:

a) por un lado, la indivisibilidad de lo que es *común a muchos* no riñe con la fragmentación en *situaciones jurídicas subjetivas* que, sin ser exclusivas de cada uno, sí son "propias" de cada uno en cuanto cada uno tiene "su" parte en lo que interesa a varios;

b) por otro lado, el "afectado" no pierde su calidad de tal por el hecho de que "otros" o "muchos" como él también lo sean;

c) la "afectación" personal no necesita identificarse con un daño o perjuicio que solamente recaiga sobre el "afectado", porque tal afectación no deja de ser personal, directa o concreta por el hecho de que resulte igual o similar a la de otros o muchos.

Por consiguiente:

a) las *discriminaciones* grupales (por motivo de raza, religión, origen étnico o social, etc.);

b) lo relativo a derechos involucrados en los arts. 41 (*ambiente*) y 42 (*consumidores y usuarios*); y

c) todo cuanto razonablemente admita reputarse como un "derecho de *incidencia colectiva*" en general,

confieren *legitimación* para deducir amparo a todo aquél que resulta *afectado* por el acto lesivo, conforme a la interpretación amplia que hacemos del segundo párrafo del art. 43.

25. — La interpretación amplia del término "afectado" como sujeto con legitimación procesal para promover el amparo *no debe equipararse a la admisión lisa y llana de la acción popular*.

En efecto, en tanto la acción popular legitima a cualquier persona, aunque no titularice un derecho, ni sea afectada, ni sufra perjuicio, el amparo que ahora analizamos en cuanto a la legitimación del afectado presupone que, para ser tal, el derecho o el interés que se alega al iniciar la acción de amparo tiene que presentar un *nexo suficiente con la situación personal del actor*, que no requiere ser exclusiva de él. Tal nexo existe aunque sean muchas las personas que se encuentran en una situación equivalente porque comparten un derecho o interés que les es común a todas.

26. — Si la ley reglamentaria del amparo agrega calificativos al sustantivo "afectado" para identificarlo como "personal" o "directo", tales adjetivos (que no aparecen en el art. 43) no deben interpretarse como restrictivos de la legitimación procesal que, a nuestro criterio, surge de la constitución a favor del afectado.

27. — En síntesis, correlacionando la legitimación que el párrafo primero del art. 43 adjudica a "toda persona" con la que el párrafo segundo otorga al "afectado", podemos interpretar que "toda persona *afectada*" se halla habilitada para interponer la acción de amparo prevista en el citado segundo párrafo.

La legitimación del defensor del pueblo.

28. — Además de la mención que el art. 43 hace del defensor del

pueblo como sujeto legitimado en el amparo del párrafo segundo, conviene recordar que el art. 86 reafirma explícitamente que "el defensor del pueblo *tiene legitimación procesal*".

Si su misión, conforme al mismo art. 86, es la *defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses*, resulta fácil entender que dispone de acción para acceder a la justicia mediante el amparo de este párrafo segundo.

Sin embargo, la sentencia de la Corte Suprema del 12 de setiembre de 1996 en el caso "Frías Molinas Nélida Nieves" le negó legitimación en el amparo que promovió para la defensa colectiva de jubilados y pensionados cuyas causas se hallaban pendientes de decisión en el tribunal. La Corte invocó normas de la ley 24.284 —anterior a la reforma de la constitución— para sostener que el defensor del pueblo no está autorizado para investigar la actividad del poder judicial. En rigor, el amparo incoado en el caso no tenía por objeto "investigar" a la Corte, sino reclamar por la demora en dictar sentencia. Además, si acaso la ley 24.284 revestía el alcance restrictivo que invocó la Corte, se hacía necesario verificar que las nuevas normas constitucionales de los arts. 43 y 86 bien podían considerarse derogatorias de normas legales anteriores incompatibles con la constitución reformada.

La legitimación de las asociaciones.

29. — En otro ensamble de los bienes, derechos e intereses con la legitimación procesal, aparece la de las asociaciones cuyos fines propenden a la defensa de aquéllos. La norma las habilita con la condición de que estén *registradas conforme a la ley*, pero mientras a falta de ley no estén registradas, damos por cierto que basta que existan con alguna formalidad asociativa de la que surjan sus fines para que su legitimación les sea reconocida judicialmente.

Resta añadir que si invisten legitimación para promover amparo, también se les ha de admitir cuando —de no ser procedente el amparo— acuden a otra clase de vía judicial.

La pluralidad de legitimaciones.

30. — La triple legitimación del afectado, del defensor del pueblo, y de las asociaciones nos induce a sostener que una no excluye a las otras, por lo que ninguno de los legitimados tiene el monopolio de la acción.

De no darse un litisconsorcio activo ni acumulación de amparos en un solo proceso, resta prever el alcance de los efectos de la sentencia, a fin de evitar decisiones opuestas que desvirtúen en una misma cuestión, resuelta por sentencias dictadas en más de un caso, el objetivo tutelar del amparo.

III. ASPECTOS GENERALES DEL ARTICULO 43

Algunas relaciones entre los párrafos primero y segundo del art. 43.

31. — Si bien cada uno de los dos párrafos delinea los respectivos diseños de cada clase de amparo que hemos explicado, conviene no incomunicarlos excesivamente.

Como principio general, cabe afirmar que —salvo las diferencias específicas que de modo expreso contienen— hay pautas que han de tenerse como *comunes*, aun cuando figuran en el párrafo primero.

a) Fundamentalmente, la habilitación del *control judicial de constitucionalidad* no se limita al amparo de dicho primer párrafo, sino que se extiende al del segundo.

b) Igualmente, la procedencia del amparo en ambos existe tanto cuando el acto lesivo proviene de *autoridad pública* como de *particulares*.

c) Los bienes, derechos e intereses cubiertos por el párrafo segundo también pueden derivar de la *constitución*, de uno o más *tratados*, o de las *leyes*.

d) Por fin, la tipicidad de *arbitrariedad* o *ilegalidad manifiesta* del acto, o de la omisión lesivos resulta exigible para el amparo del segundo párrafo, así como ha de darse por cierto que también la *amenaza* es configurativa de lesión en el mismo caso.

Todo ello resulta de primordial importancia institucional cuando se postula, al modo como lo hacemos personalmente, la holgura sin reduccionismos egoístas que debe presidir la interpretación del amparo regulado en el segundo párrafo. Hemos de comprender que la constitución lo ha incluido para brindar cobertura a los derechos e intereses que expresamente quedan remitidos a los arts. 41 y 42, así como a cualesquiera otros de fuente constitucional, internacional o legal que merezcan reconocimiento, sea que cuenten con norma específica, sea que se alojen en la cláusula de los implícitos, cada vez que ofrezcan el perfil de un derecho de incidencia colectiva en general.

La operatividad del art. 43.

32. — La norma constitucional del art. 43 es *directamente operativa*, lo que significa que aun en ausencia de ley reglamentaria surte su efecto tutelar y *debe ser aplicada* por los jueces. No impide que la ley le confiera desarrollo razonable, pero no lo torna imprescindible.

Es fácil comprenderlo cuando se recuerda que sin norma constitucional alguna y sin ley reglamentaria la Corte le dio nacimiento y curso al amparo desde los ya citados casos "Siri" y "Kot", de 1957 y 1958. Ahora que la constitución contiene una norma específica, es vano argumentar que para su aplicación hace falta que la ley la reglamente.

El amparo y el derecho provincial.

33. — Huelga recordar que el art. 43 es una norma *federal* y, por ende, *obliga a las provincias*. Ello significa que ni las constituciones ni las leyes provinciales pueden disminuir o negar la garantía amparista en el contenido que surge de la constitución federal, que es el piso mínimo al que sí pueden ampliar o mejorar. Nunca restringir.

La cosa juzgada en el juicio de amparo.

34. — La sentencia que recae en el juicio de amparo hace cosa juzgada respecto del amparo, lo que significa que la misma cuestión no puede volver a replantearse en un nuevo proceso amparista, pero deja abierta la posibilidad de promover igual cuestión por una vía judicial diferente al amparo, si es que en el amparo se ha rechazado la pretensión en él articulada por faltar algunos requisitos de procedencia.

El amparo durante el estado de sitio.

35. — Durante el *estado de sitio*, la restricción que razonablemente pueden padecer los derechos y libertades individuales es capaz de hacer decaer paralelamente la eficacia del amparo que como garantía los tutela.

Sabemos que el estado de sitio como instituto de emergencia hace viable una *limitación más intensa y severa* del ejercicio de algunos derechos. Lo que no admitimos es que obture la procedencia formal del amparo, es decir, la interposición de la acción y el trámite del proceso. Lo único posible es que el tribunal de la causa no haga lugar en su sentencia a la pretensión del amparista, por entender que la restricción impuesta al derecho por él alegado no configura, en la situación excepcional del estado de sitio en vigor, un acto lesivo de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

36. — Aunque sin perfilar los rasgos típicos procesales del amparo, propios de cada derecho interno, el *Pacto de San José de Costa Rica* alberga innominadamente un proceso judicial que da cabida al amparo.

En efecto, dice que "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" (art. 25.1). En el apartado 2 del mismo art. 25 prosigue: "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".

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* también establece que toda persona que sufra violación en sus derechos o libertades reconocidos en el tratado podrá interponer un *recurso efectivo*, aun cuando la violación proviniera de personas que actuaron en ejercicio de funciones oficiales.

37. — Las normas que en los restantes tratados de jerarquía constitucional contemplan garantías judiciales presuponen la naturaleza y efectividad de las vías procesales, según la índole del caso en el cual se acude a ellas. De todas maneras, la opción preferencial por la norma —internacional o interna— más favorable siempre obliga a dispensar la acción y el proceso que en cada caso concreto proveen al justiciable la mejor tutela judicial eficaz.

CAPÍTULO XXVII

EL HABEAS DATA

El artículo 43. - El bien jurídico tutelado. - *Las clases de habeas data: su objeto y sus finalidades. -Ambitos a los que no cubre el habeas data. - El secreto periodístico.* - La legitimación procesal activa. - La aplicación del art. 43 al habeas data. - *La eventual excepción a la arbitrariedad o ilegalidad.* - Los tratados internacionales y el habeas data implícito.

El artículo 43.

1. — El *habeas data*, ya acogido desde antes de la reforma constitucional de 1994 en el constitucionalismo provincial y en el comparado, ahora está inserto en el tercer párrafo del *art. 43*. Es el *amparo* la acción habilitada para el caso.

El tercer párrafo del art. 43, que da continuidad a la acción de amparo, dice:

"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".

(La *bastardilla* es nuestra).

2. — Dada la fisonomía bien precisa y específica que en esta parte del art. 43 le asigna la constitución al habeas data, hemos de sugerir que —aun sin independizarlo del resto del artículo— se debe desligar al párrafo tercero de todo lo que no resulta razonablemente trasladable a él (ver nos. 14 y 15).

3. — El art. 43 no utiliza ni menciona la expresión "habeas data". La omisión

se debe a que la declaración de la necesidad de reforma constitucional no hizo referencia al habeas data, y solamente habilitó enmiendas para incorporar el *habeas corpus* y el *amparo*. De ahí que el constituyente haya dado cauce al habeas data a través de la *acción de amparo*.

No obstante, ontológicamente, es innegable que el bien jurídico y el objeto del amparo en el párrafo tercero del art. 43 son los correspondientes específicamente al habeas data.

4. — El habeas data significa, por analogía con el habeas corpus, que cada persona "tiene *sus datos*" (en vez de "tiene su cuerpo"). No hay duda de que el objeto tutelado coincide globalmente con la *intimidad* o *privacidad* de la persona, ya que todos los datos a ella referidos que no tienen como destino la publicidad, o la información a terceros, necesitan preservarse.

5. — Puede interponer la acción *toda persona*, con el objeto de:

a) *conocer* los datos a ella referidos y la finalidad de su almacenamiento;

b) exigir la *supresión, rectificación, confidencialidad* o *actualización* de esos datos.

Los datos susceptibles de dar lugar a la acción de habeas data han de ser los que constan en *registros o bancos públicos*, y también *privados*, cuando éstos están destinados a *proveer informes*. Pero en ningún caso puede afectarse el secreto de las fuentes de información periodística, prohibición que resguarda debidamente el secreto profesional de los medios de comunicación.

En los *registros privados* la norma habilita la acción solamente cuando ellos están destinados a *proveer informes*. Quedan fuera, entonces, y como ejemplo, los archivos históricos o periodísticos, y todos los que se limitan a coleccionar o recopilar documentación, porque en este caso su destino no es el uso público.

Sin embargo, cuando acaso un banco de datos que no tiene como finalidad el uso público provee información a terceros acerca de esos datos, no nos cabe duda de que el habeas data queda habilitado.

6. — En cuanto a los datos archivados, creemos que el habeas data los tutela en relación con los servicios informáticos, computarizados o no, y con toda clase de utilización, aunque no sea automatizada, si el soporte material de los datos es susceptible de tratamiento automatizado. El derecho comparado ofrece ejemplos de estas amplitudes que, sin duda, hallan cabida lógica y razonable en nuestro art. 43.

No es osado por eso hablar, cuando se encaran todas estas formas defensivas y protectorias, de los *derechos informáticos constitucionales* de las personas. La realidad contemporánea obliga a darles cabida y tutela.

El bien jurídico tutelado.

7. — La protección a los datos personales es imprescindible actualmente, y se vincula con un múltiple engranaje.

El desarrollo tecnológico; el tratamiento electrónico de la información; los derechos de quienes acumulan datos en los registros y los de quienes quedan registrados; el flujo cibernético, etc., han hecho necesario compatibilizar "los valores fundamentales del respeto a la vida privada y de la libre circulación de la información", como reza el Convenio de Estrasburgo para los estados que son miembros del Consejo de Europa.

No hay duda de que tal conciliación tiene que ser tomada en cuenta para evitar el abuso informático pero, a la vez, aun cuando no haya abuso, para preservar en la confidencialidad y la reserva bienes personales como los que hacen al honor, la dignidad, la información "sensible", la privacidad, la verdad, la autodeterminación informativa, la igualdad, etc. Lo veremos de inmediato al clasificar las categorías de habeas data en el nº 8.

Las clases de habeas data: su objeto y sus finalidades.

8. — El habeas data presenta un contenido *multidireccional.* Indagándolo, se advierte la siguiente variedad posible de fisonomías:

a) El *habeas data informativo* para recabar:

a') *qué datos personales* se encuentran registrados;

a") con qué *finalidad* se han obtenido y se hallan registrados;

a"') de qué *fuente* se han obtenido los datos (salvo si se trata de fuentes periodísticas, u otras fuentes resguardadas por secreto profesional);

b) El *habeas data rectificador* para:

b') *corregir* datos archivados que son falsos o inexactos;

b") *actualizar* o *adicionar* datos atrasados o incompletos;

c) El *habeas data de preservación* para:

c') *excluir* datos archivados que integran la información personal denominada "información sensible" (por ejemplo, los referidos a orientación sexual, identidad étnica o racial, religión, ciertas enfermedades, ideas políticas, etc.);

c") *reservar en la confidencialidad* ciertos datos archivados que hacen a informaciones legalmente acumuladas, pero innecesarias y sustraidas al acceso de terceros, o susceptibles de originar daño a la persona si son conocidas por terceros;

d) Puede haber un *habeas data mixto*, que tiende a más de una finalidad entre las antes expuestas en los incisos a) a c).

9. — Si de esta pluralidad de casos y datos que quedan bajo cobertura a través del habeas data confeccionamos un repertorio de *verbos*, nos encontramos con los siguientes:

El habeas data procede para: a) *conocer* (datos registrados, finalidad de los mismos, fuente de la cual fueron obtenidos); b) *suprimir* o *cancelar* (datos de información sensible); c) *corregir* o *rectificar* o *actualizar* (datos falsos, inexactos, incompletos, desactualizados); d) *reservar* (datos que pueden registrarse pero no difundirse porque son confidenciales).

Cuando se hace un repaso al texto del art. 43 en su párrafo tercero es fácil abarcar este panorama integral.

Ambitos a los que no cubre el habeas data.

10. — Entendemos que no deben resguardarse dentro del ámbito protegido por el habeas data algunos datos que, con suficiente razonabilidad, son de *interés público o general*. Así, a título de ejemplo:

a) La información colectada en registros o ficheros que se refiere a la *actividad comercial, empresarial o financiera* de las personas, porque su conocimiento parece de acceso necesario a terceros que también están insertos en la red de similares actividades;

b) La *documentación histórica* destinada a la consulta e información de investigadores, estudiosos, científicos y personas en general —incluidos los periodistas—, porque la divulgación que puedan hacer de esos datos con destino a la información pública a través de distintos medios en el circuito social, bien se puede considerar —a más de ejercicio personal de la libertad de expresión, de información, de creación cultural, etc.— como una forma de facilitar en el público y de promover en la sociedad el acceso a la cultura y a la información; no en vano se habla de información pública científica, información pública historiográfica, consulta documental histórica y periodística, para cubrir tanto la búsqueda como la difusión de dicha información;

c) La *defensa y seguridad del estado*, siempre que realmente en un caso concreto resulte razonable y excepcional el acceso a ciertos datos personales registrados, porque parece configurar otro supuesto frente al cual no opera la protección del habeas data.

La *seguridad y defensa del estado* reclama precauciones para no desmandar su sentido y su alcance, y para impedir que se convierta en un *standard* al que el estado acuda para violar los bienes jurídicos al que el habeas data presta tutela. Evitando interpretaciones desmesuradas, podríamos proponer que "seguridad y defensa del estado" es equiparable a lo que el preámbulo de la constitución denomina *defensa común*, siempre que el adjetivo "común" aluda a una defensa de la comunidad; es decir, del interés que afecta a toda la sociedad o una parte de ella.

11. — Muchos ejemplos pueden ayudar a comprender estas situaciones analizadas en el nº 10. No es alegable la reserva de datos acerca de inhibiciones y embargos a efectos de una operación inmobiliaria, comercial o crediticia. Tampoco la de datos de una persona pública con el fin de escribir su biografía o una obra de historia. A los fines penales y penitenciarios es menester conocer si una persona registra determinados antecedentes, al igual que para la expedición de pasaportes, documento de identidad, designación en determinados empleos, etc.

El secreto periodístico.

12. — La norma no ha protegido específicamente más que el *secreto de las fuentes de información periodística*, aun cuando en otros ámbitos el secreto profesional es también un aspecto de la intimidad o privacidad de las personas. No hay más que recordar el secreto del abogado, del médico, de los contadores, etc., con relación a datos de sus clientes. Este secreto tiene seguro albergue constitucional, pero no en esta cláusula sobre el habeas data, sino implícitamente en el art. 19.

La reserva que esta cláusula formula a favor de las fuentes de información periodística reviste, a nuestro criterio, un *doble* alcance:

a) en primer lugar, impide que mediante el habeas data se pretenda conocer *qué datos personales* figuran registrados periodísticamente;

b) en segundo lugar, impide asimismo conocer *de dónde fueron obtenidos* (acá se protege la fuente —de cualquier índole— de la cual es originaria la información que posee la fuente periodística).

Por fuente periodística se ha de entender la propia de todos los medios audiovisuales y escritos de comunicación social. También de los informatizados.

La legitimación procesal activa.

13. — Ha de quedar bien en claro que la promoción del habeas data queda reservada, en forma estrictamente *personal*, al *sujeto* a quien se refieren los datos archivados en el banco de que se trate, siendo el único investido de legitimación procesal activa.

Con esta severa restricción, creemos que la legitimación pertenece no sólo a las personas físicas, sino también a las *entidades colectivas, asociaciones, organizaciones*, etc., en la medida en que, por igualdad con aquéllas, tengan datos registrados en los bancos públicos o privados.

Asimismo, frente a la internacionalización y transnacionalización de la información, debe tenerse por legitimada a toda persona que, sin domicilio ni residencia en nuestro país, y cualquiera sea su nacionalidad, está registrada en un banco de datos que se encuentra aquí. Ello tanto si la circulación de la información acumulada se destina o queda abierta al exterior, como si se limita a un uso puramente interno.

La aplicación del art. 43 al habeas data.

14. — a) Del párrafo tercero del art. 43 hemos de afirmar lo mismo que dijimos del amparo regulado en los dos primeros párrafos (ver cap. XXVI, nº 32). La norma es *operativa*, y debe funcionar y aplicarse aunque carezca de ley reglamentaria. Su naturaleza *federal* obliga a las *provincias* (ver cap. XXVI, nº 33).

b) En otro orden de cuestiones, también en el habeas data queda habilitado el juez del proceso para ejercer el *control de constitucionalidad* de normas generales.

c) Durante el *estado de sitio*, ha de tomarse en cuenta lo que, genéricamente, hemos explicado para la procedencia del amparo (ver cap. XXVI, nº 35).

La eventual excepción a la arbitrariedad o ilegalidad.

15. — No obstante que el habeas data ha recibido encuadre constitucional en la acción de amparo conforme al art. 43, hay algo muy importante a destacar. El diseño de procedencia del amparo en el párrafo primero de dicha norma exige, en su marco de condicionamientos, que el acto o la omisión lesivos revista "arbitra-

riedad" o "ilegalidad manifiesta". Pues bien, nosotros advertimos con toda claridad que aun cuando el habeas data haya de tramitarse por la vía procesal del amparo, *aquel requisito no es siempre ni en todos los casos necesario.*

En efecto, si el habeas data resulta viable para tomar conocimiento de datos personales, para rectificarlos, cancelarlos, actualizarlos, etc., se advierte que todo lo que en el archivo deba conocerse, modificarse, suprimirse o ampliarse puede estar acumulado *sin arbitrariedad ni ilegalidad*, a causa de simples errores —muchas veces de buena fe— o de simples atrasos informativos.

Por ende, entendemos que en el habeas data no hace falta que aquello contra lo cual reclama el sujeto legitimado al titular del banco de datos sea un acto lesivo que tenga origen en actos u omisiones de índole arbitraria o ilegal. Que en algunas situaciones puedan exhibir ese carácter no desmiente la afirmación de que también cuando carecen de él tornan susceptible la admisibilidad de la acción de habeas data.

Los tratados internacionales y el habeas data implícito.

16. — Los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional no contienen disposiciones expresas sobre el habeas data. No obstante, cada vez que en alguna norma de los mismos se hace referencia a derechos y bienes jurídicos que guardan relación o se identifican con los que el habeas data protege, es muy claro comprender que se les debe dispensar el *recurso sencillo y rápido* que, innominadamente, aparece en el Pacto de San José de Costa Rica y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (Ver cap. XXVI, nº 36).

De esta manera, resulta simple dar por verdad que el párrafo tercero de nuestro art. 43 encuentra respaldo en las aludidas normas internacionales comprendidas en el art. 75 inc. 22.

CAPÍTULO XXVIII

EL HABEAS CORPUS

I. LA ETAPA ANTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. - El habeas corpus como garantía constitucional de la libertad. - Sus clases. - La legislación sobre el habeas corpus. - *El habeas corpus contra actos de particulares.* - *El habeas corpus "de oficio".* - El habeas corpus contra sentencias militares. - El habeas corpus, las sanciones privativas de libertad, y los recursos judiciales insuficientes. - La posible irrupción del habeas corpus en un proceso ajeno. - El habeas corpus durante el estado de sitio. - II. LA ETAPA POSTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. - El artículo 43. - *El habeas corpus contra actos de particulares.* -La tramitación rápida del proceso. - La operatividad de la norma. - El habeas corpus y el derecho provincial. - Los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

I. LA ETAPA ANTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

El habeas corpus como garantía constitucional de la libertad.

1. — El *habeas corpus* es la garantía tradicional, que como *acción*, tutela la *libertad física o corporal o de locomoción*, a través de un procedimiento judicial sumario, que se tramita en forma de *juicio*.

Las dos palabras latinas "habeas" y "corpus" significan "tienes tu cuerpo" o "eres dueño de tu cuerpo", y denotan el objeto de esta garantía: traer el cuerpo de una persona —es decir, la persona misma— ante el juez.

Al decir que el habeas corpus protege la *libertad física*, queremos significar que es la garantía deparada contra actos que privan de esa libertad o la restringen sin causa o sin formas legales, o con arbitrariedad. Detenciones, arrestos, traslados, prohibiciones de deambular, etc., son los actos que, arbitrariamente, pueden lesionar la libertad física cuando carecen de fundamento y de forma —por ej.: si emanan de autoridad incompetente, o de autoridad competente pero sin forma debida, o de autoridad competente o incompetente sin causa justa, etc.—.

2. — Hemos estado acostumbrados a radicar el meollo del habeas corpus en la tutela de la *libertad física* y, por ende, a suponer que su procedencia requiere que alguien que *se halla en libertad* la *pierda*, o la vea *restringida* o *amenazada*. Ahora ya no podemos cerrar allí el perímetro, porque en el núcleo del habeas corpus hay algo más: también el que ya está legítimamente o legalmente privado de su libertad (por arresto, prisión preventiva, condena penal, etc.) tiene derecho a que las condiciones razonables en que cumple su privación de libertad *no se agraven* de modo ilegal o arbitrario; si esto ocurre, el habeas corpus también procede, no para recuperar una libertad de la que no se gozaba, sino para hacer *cesar* las restricciones que han agravado la privación de libertad.

3. — El habeas corpus, comúnmente llamado "recurso", no es un recurso sino una *acción*, con la que se promueve un juicio o proceso de índole sumaria. La índole de la pretensión suscita la necesidad de que la vía procesal sea *idónea* y apta por su *celeridad* para llegar a la sentencia útil con la menos demora posible.

Por todo ello vale decir que el habeas corpus es un *proceso constitucional*.

4. — Nuestra constitución formal antes de su reforma en 1994 le suministró base en la parte del art. 18 que establece que *nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente*. Superabundantemente, se lo pudo considerar como garantía *implícita* en el art. 33.

No era requisito inexorable para la viabilidad del habeas corpus que existiera reglamentación legal a su respecto; ni para reconocerlo como garantía, como acción, y como proceso; ni para tramitarlo judicialmente.

Tampoco es indispensable que una ley determine cuál es la autoridad competente para privar de la libertad, porque entendemos con perfecta claridad constitucional que, como principio, *sólo es autoridad competente la autoridad judicial*; toda otra autoridad solamente puede investir competencia para privar de la libertad en casos excepcionales y urgentes, y con la carga inmediata de poner al detenido a orden y disposición de un juez.

Sus clases.

5. — Dentro de las variadas categorías de habeas corpus, cabe mencionar:

a) el habeas corpus clásico, o de *reparación*, que tiende a rehabiliatr

la libertad física contra actos u omisiones que la restringen o impiden sin orden legal de autoridad competente;

b) el habeas corpus *preventivo*, que se dirige a frenar las "amenazas" ciertas e inminentes para la libertad física;

c) el habeas corpus *correctivo* contra toda forma ilegítima que agrava la condición de una persona legalmente privada de su libertad;

d) el habeas corpus *restringido* contra molestias que perturban la libertad de locomoción, sin llegar a la privación de libertad (seguimientos, vigilancias, impedimentos de acceder a lugares como el domicilio, el sitio de trabajo o estudio, etc.).

El habeas corpus *no* tiene por objeto investigar ni castigar el eventual *delito* que pueda haber cometido el autor de la privación ilegítima de la libertad, pero ello no exime al juez del habeas corpus de realizar las diligencias necesarias para conocer el hecho de la restricción a la libertad y obtener la reparación si resulta procedente.

La legislación sobre el habeas corpus.

6. — Hasta 1984 el habeas corpus sólo estuvo legislado en el art. 20 de la ley 48 y en el código procesal penal "de la nación".

La *ley 23.098* de 1984, vino a derogar aquellas disposiciones, y a reemplazarlas íntegramente con un sistema independiente, que no quedó incorporado al código procesal penal. Es una ley de *contenido constitucional*.

7. — A nuestros efectos, basta señalar que dicha ley se dividió en dos partes: una, aplicable *en todo el territorio del estado* y, por ende, también ante tribunales provinciales (sin perjuicio de aplicar las constituciones provinciales o leyes locales en la materia, cuando ellas confieren protección más eficiente); otra, *solamente en el ámbito federal*, dada su naturaleza fundamentalmente procesal (y en el ámbito provincial se respeta la competencia de las provincias para dictar las normas de procedimiento en su respectiva jurisdicción, destinadas a ser aplicables por sus tribunales).

8. — El procedimiento de habeas corpus procede cuando se denuncia un *acto* o una *omisión* de *autoridad pública* que implica: a) *limitación* o *amenaza* actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente; b) *agravación* ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad.

9. — La *legitimación procesal activa* para promover la acción no

se circunscribe a la persona que padece la restricción en su propia libertad, ya que *cualquiera otra*, aun sin estar apoderada por ella, inviste esa legitimación. Y hasta es excepcionalmente procedente el habeas corpus *de oficio*, es decir, por iniciativa del juez, sin necesidad de demanda (ver nº 14).

10. — La ley de habeas corpus introdujo dos importantes innovaciones:

a) si la restricción a la libertad se produce *durante el estado de sitio* (en virtud del art. 23 de la constitución), el juez del habeas corpus podrá controlar en el caso concreto sometido a su decisión la legitimidad de la declaración del estado de sitio (pese a que el derecho judicial de la Corte ha considerado que se trata de una cuestión política no judiciable;

b) si la limitación a la libertad se lleva a cabo por orden escrita de una autoridad que actúa en virtud de un precepto legal contrario a la constitución, el juez del habeas corpus podrá declarar "de oficio" la *inconstitucionalidad* en el caso concreto sometido a su decisión (pese a que el derecho judicial de la Corte prohibe la declaración de inconstitucionalidad sin petición de parte interesada).

11. — Aun cuando el habeas corpus se sustancia sumariamente, el procedimiento es *contradictorio*, lo cual significa que asegura la bilateralidad consistente en dar participación al autor del acto lesivo, y al amparado.

El llamado *"auto" de habeas corpus* no es lo mismo que la sentencia final que resuelve la pretensión de fondo al término de la instancia en el proceso. El "auto" de habeas corpus es la orden emanada del juez que entiende en la causa, requiriendo a la autoridad presuntamente autora del acto lesivo un informe acerca del mismo, y conminándola en su caso a presentar a la persona detenida.

Es interesante advertir que en materia de *recursos*, cuando se apela una sentencia que hace lugar al habeas corpus, el recurso *no produce efectos "suspensivos"* en cuanto a la libertad dispuesta, lo que significa que el beneficiario recobra su libertad mientras se sustancia el recurso, sin perjuicio de lo que resulte en la instancia superior.

12. — La jurisprudencia de la Corte entendió que, siendo sumario el procedimiento, debían ventilarse dentro de él todos los hechos y todas las causas que le daban fundamento, sin sujeción a las formas dilatorias del juicio ordinario, y sin otras reglas que las propias de la naturaleza misma —excepcional y privilegiada— del proceso.

El habeas corpus contra actos de particulares.

13. — La ley 23.098 no previó, para el ámbito federal, el habeas corpus *contra actos de particulares*. Expresamente remite tal supuesto a lo que establezca la ley respectiva. La circunstancia de que sólo enfoque el habeas corpus contra actos lesivos emanados de *autoridad pública* no significa negarlo contra actos privados. Los jueces que en el ámbito federal reciben una acción de habeas corpus contra actos lesivos emanados de particulares deben imprimirle trámite sumario (como lo dispuso la Corte en materia de amparo a falta de ley que lo reglara, en 1957-1958).

El habeas corpus "de oficio".

14. — Como excepción a la regla según la cual los jueces no actúan "de oficio", sino a requerimiento de parte, la ley 23.098 previó en el orden federal un caso de *habeas corpus "de oficio"* —que ya existía en el derecho público provincial—, y que procede sin promoción de demanda alguna cuando el tribunal tiene conocimiento por sí mismo de la afectación grave de libertad padecida por una persona, con riesgo de sufrir perjuicio irreparable o de ser trasladada fuera del territorio de la jurisdicción del tribunal.

El habeas corpus contra sentencias militares.

15. — Con la ley 23.042 (del año 1984) se habilitó excepcionalmente el uso del habeas corpus para revisar sentencias firmes de condena aplicadas a civiles por tribunales militares.

El *derecho judicial* emanado de la jurisprudencia de la Corte siempre sostuvo la improcedencia del habeas corpus para revisar sentencias firmes de *tribunales miliatres*. Una vez vigente la ley 23.042, creemos que la norma del derecho judicial, acuñada con anterioridad, cedió su paso a la norma legal en los casos incluidos en sus disposiciones.

El habeas corpus, las sanciones privativas de libertad, y los recursos judiciales insuficientes.

16. — Sabemos que toda actividad jurisdiccional a cargo de organismos que no forman parte del poder judicial exige, para su validez constitucional, que la decisión sea susceptible de un *recurso* ante tribunal judicial para quedar sometida a *posible control ulterior suficiente*.

Cuando aplicamos esta pauta inconmovible de nuestro derecho constitucional a *sanciones privativas de libertad* impuestas por *organismos no judiciales* que están investidos de competencia para aplicarlas, tales medidas sancionatorias tienen que disponer de posible *recurso judicial* para su revisión.

El tema del habeas corpus aparece en la medida en que nos hallamos ante sanciones no judiciales que privan de la libertad. Como principio, debe decirse

que se puede deducir un habeas corpus cuando la vía recursiva judicial que la ley depara para apelar sanciones privativas de la libertad *no* apareja el *necesario control judicial ulterior suficiente.*

Por esto de "suficiente", la respuesta varía según los casos. Si, por ej., un recurso judicial cualquiera *suspende* el cumplimiento de la sanción privativa de libertad mientras se tramita, el control es, como principio, *suficiente.* Ha de usarse ese recurso, y *no* la acción de habeas corpus.

En cambio, si el recurso judicial existente *no suspende* el cumplimiento de la sanción privativa de libertad, hay que sostener que el control que mediante él se puede verificar *no es suficiente.* Y entonces procede reemplazar ese recurso (no usarlo) y en su lugar interponer una acción de habeas corpus.

17. — El *derecho judicial de la Corte Suprema* no ha trazado un lineamiento estable y seguro sobre el tema, que registra fallos diversos con decisiones disímiles. Algunas consideraron suficientes los recursos legales existentes, ateniéndose a que la sanción fue aplicada por autoridad competente y contaba con posibilidad de alzada judicial (por ej., caso "Capranzo Pompeo P.", de 1991, en el que la disidencia sostuvo que la autoridad policial no aseguró asistencia letrada al sancionado con arresto y, al omitirlo, le impidió obtener la revisión judicial suficiente, cuya obstrucción en la vía recursiva existente daba andamiento al habeas corpus).

Dentro del régimen de control judicial de las resoluciones dictadas por la justicia municipal de faltas de la capital federal, la Corte consideró procedente el habeas corpus para impugnar sanciones privativas de la libertad corporal cuando la vía recursiva existente ante el poder judicial no configuraba control suficiente por carecer de efecto suspensivo con respecto al cumplimiento de la sanción durante el trámite del recurso (caso "Di Salvo", del 24 de marzo de 1988).

La posible irrupción del habeas corpus en un proceso ajeno.

18. —Resulta original un tema que, en el habeas corpus, ofrece un perfil especial. En cualquier proceso judicial resulta normal y exigible que toda medida o acto emanados del tribunal que entiende en ese proceso no puedan ser impugnados, ni revisados, ni controlados fuera del curso normal de ese mismo proceso. Habrá que interponer en él las vías recursivas pertinentes siguiendo la línea de etapas e instancias que tal proceso tiene asignadas. Por ende, no se puede sustraer de ese curso regular de la "autoridad natural" ninguna cuestión para proponerla judicialmente ante otro tribunal.

En el caso "C., M.I." del 9 de enero de 1987, la Corte Suprema sostuvo que el habeas corpus no configura una vía apta para cuestionar detenciones o falencias procedimentales que son propias del tribunal que entiende en la causa, si la privación de libertad proviene de un proceso seguido ante juez competente; y en aplicación de tal criterio declaró nulas las actuaciones de trámite de un habeas corpus al que había hecho lugar un tribunal judicial al disponer la

libertad de un militar que tenía proceso penal pendiente ante la jurisdicción castrense.

En el habeas corpus hay una excepción y un supuesto, que surgen del art. 3º inc. 2 de la ley 23.098; cuando *se agrava ilegítimamente* la forma o la condición en que se cumple la privación de libertad de una persona, la restricción agravante se independiza del proceso donde se dispuso la privación de libertad, y la medida ilegítima adquiere singularidad propia para convertirse en objeto posible de una acción y un proceso de habeas corpus ante un tribunal distinto de aquél en el que la privación de libertad se dispuso.

El habeas corpus durante el estado de sitio.

19. — Remitimos al cap. XXV nº 52 y 53.

II. LA ETAPA POSTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

El artículo 43.

20. — El cuarto y último párrafo del art. 43 establece:

"Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la *libertad física*, o en caso de *agravamiento ilegítimo* en la forma de condiciones de detención, o en el de *desaparición forzada de personas*, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

(La *bastardilla* es nuestra).

Este párrafo del art. 43 no introduce demasiada novedad respecto a la ley 23.098, como no sea añadir a los casos de procedencia el de la *desaparición forzada de personas*.

a) En cuanto a la *legitimación* para interponer la acción, se ha respetado tanto la del *afectado* en su libertad física como la de *cualquier otra persona* a su nombre, con proximidad al perfil de una acción popular.

b) La norma concluye dando por verdad que el habeas corpus es deducible también durante la vigencia del *estado de sitio*, tal como el derecho judicial de la Corte lo tiene establecido desde tiempo atrás, en superación de interpretaciones que negaban su admisibilidad o

procedencia en épocas de estado de sitio. (Ver cap. XXV, nº 52 y 53).

c) Aunque este segmento del art. 43 guarda silencio acerca del *control judicial de constitucionalidad* que —acaso— pudiera suscitarse si el acto lesivo de la libertad física fuera ejecutado en aplicación de una ley u otra norma general, tenemos convicción segura de que la declaración de inconstitucionalidad sería procedente, del mismo modo como la norma constitucional lo ha dejado esclarecido en el párrafo primero regulatorio de la acción de amparo.

c') El art. 43 no prevé, sin embargo, que en el proceso de habeas corpus la declaración de inconstitucionalidad proceda *de oficio*, al modo como lo hizo el art. 6º de la ley 23.098. La omisión deja duda acerca del silencio de la norma constitucional en tal sentido, sobre todo porque en la Convención Constituyente hubo algunas propuestas —que no prosperaron— para que se incluyera una norma similar a la ley citada. De todos modos, y aunque la jurisprudencia de la Corte no admite hasta hoy el control constitucional de oficio ni la declaración de inconstitucionalidad sin pedido de parte, creemos que la ley 23.098 retiene en este punto todo su imperio y que, por ende, no cabe suponer que, en cuanto a él, se haya operado por el silencio del art. 43 ni la derogación ni la inconstitucionalidad sobreviniente en el precepto legal.

d) También el art. 43 guarda silencio acerca del *habeas corpus de oficio*, pero la omisión no alcanza para negar la subsistencia de su viabilidad (ver nº 14).

e) De modo análogo, damos por vigentes todas las amplitudes que para la procedencia del habeas corpus hemos explicado con relación a la etapa anterior a la reforma de 1994 (ver acápite I).

21. — Para el supuesto de *agravamiento ilegítimo en la forma o las condiciones de detención* parece quedar ahora en claro que el habeas corpus procede no sólo cuando ese agravamiento recae sobre la libertad corporal del detenido, sino también cuando a éste, por su situación de tal, se le cercenan, lesionan o cohiben otros derechos cuyo ejercicio le es restringido o impedido, o cuando en su privacidad de libertad se le infligen mortificaciones innecesarias. Así, en su derecho a recibir asistencia espiritual y religiosa, a gozar de la atención médica y sanitaria necesaria, a comunicarse con el exterior, a expresarse, etc.

Si antes se pudo pensar —acaso— que la afectación a derechos distintos de la libertad física debía reclamarse por vía de amparo cuando se trataba de personas privadas de su libertad, ahora el art. 43 corrobora lo que anticipó la

ley 23.098: la vía es el habeas corpus, porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal; si lo principal es la libertad de la que está privado el detenido, el agravamiento de sus condiciones de detención tiene que ser objeto de la misma garantía reservada para su libertad —que es el habeas corpus— no obstante que los derechos afectados en su privación de libertad sean otros diferentes.

La cuestión quedó esclarecida cuando la Corte Suprema decidió por vía de habeas corpus que la autoridad penitenciaria no puede someter a revisión la correspondencia que los presos remiten al exterior. (Ver la sentencia del 19 de octubre de 1995 en el caso "Dessy Gustavo Gastón, s/habeas corpus").

El habeas corpus contra actos de particulares.

22. — En la medida en que garantías como el habeas corpus y el amparo tienen raigambre en la constitución (explícita después de la reforma; implícita antes de ella) tenemos certeza de que el habeas corpus procede no sólo contra actos de autoridad sino también contra actos de particulares (ver nº 13).

El párrafo pertinente del art. 43 ha cuidado de omitir toda alusión al autor del acto lesivo de la libertad física, con lo que nos ayuda a sostener la viabilidad del habeas corpus contra actos de particulares, y la inconstitucionalidad de toda ley que lo prohibiera o restringiera, y de toda interpertación que lo negara.

La tramitación rápida del proceso.

23. — Observamos que el párrafo del art. 43 sobre habeas corpus nada dice de la celeridad del proceso, en tanto el primer párrafo dedicado al amparo hace referencia a la "acción *expedita y rápida*" (ver cap. XXVI, nº 11 y 12).

Podemos hacer dos interpretaciones, con un resultado idéntico acerca de la *sumariedad* del trámite procesal: a) que al incluirse el habeas corpus en la misma norma reguladora del amparo, el constituyente dio por obvio que la naturaleza del proceso es *igual* en ambos casos en lo que atañe a su *duración muy breve*; b) que la inveterada tradición acerca de la sumariedad del proceso de habeas corpus explica la innecesariedad de consignarlo expresamente en el diseño de la garantía.

Es de sentido común suponer que si la tutela (mediante el amparo) de

derechos diferentes de la libertad corporal viene definida por el art. 43 como expedita y rápida, con igual o mayor razón debe considerarse que la constitución exige tal recaudo cuando el acto lesivo afecta a la libertad corporal, que es un bien jurídico de valiosidad prioritaria.

La operatividad de la norma.

24. — Si de los tres párrafos primeros del art. 43 predicamos su operatividad, es indudable que lo mismo afirmamos de su párrafo cuarto sobre el habeas corpus. La ley lo puede reglamentar, pero no restringir, ni coartar todo lo que de amplio ofrece cuando se lo interpreta debidamente.

El habeas corpus y el derecho provincial.

25. — Por su carácter *federal*, el fragmento del art. 43 sobre habeas corpus *obliga a las provincias*, las que en su derecho local disponen de margen para: a) darle *más amplitud*; b) regular el *aspecto procesal* de su trámite ante los tribunales provinciales.

Así lo previó, antes de la reforma, la ley 23.098 (ver nº 7).

Los tratados internacionales de jerarquía constitucional

26. — El art. 7 del *Pacto de San José de Costa Rica*, después de varias cláusulas de garantía para la libertad, consagra el habeas corpus, sin denominarlo así, en el apartado 6, que dice: "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 amenazadas 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."

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* contiene una norma equivalente en su art. 9.4.

La *Convención sobre Derechos del Niño* prevé en su art. 37 el supuesto de privación de libertad ilegal o arbitraria del niño (inc. b), y el derecho a impugnarla ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial, así como a pronta decisión sobre dicha acción (inc. d).

CAPÍTULO XXIX

EL DERECHO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

I. EL "TREATY MAKING POWER". - La convención de Viena sobre derecho de los tratados. - Los tratados. - La ratificación en sede internacional. -La publicación de los tratados. - Las "reservas" en los tratados. - Los acuerdos ejecutivos de tramitación simplificada. - La "denuncia" de los tratados. - La derogación por el congreso de la anterior aprobación de un tratado. - La "prórroga" de los tratados. - II. LOS TRATADOS Y EL DERECHO INTERNO. - Los tratados en infracción al derecho interno. - La ley "anterior" y el tratado "posterior" discrepante. - El "ius cogens" - La creación de "derecho nuevo" por los tratados. - Los tratados como "ley suprema" en el derecho argentino. -La naturaleza federal de los tratados. - Las leyes reglamentarias de los tratados. - La interpretación de los tratados y del derecho internacional no escrito en el derecho interno. - *El derecho humanitario.* - Remisiones. - III. LA INTEGRACIÓN SUPRAESTATAL. - La reforma constitucional de 1994. - El "tratado-marco" de integración. - El derecho comunitario. - *Los tratados de integración con normas parciales sobre derechos humanos.* - Los mecanismos previstos para celebrar y denunciar los tratados de integración. - El federalismo y los procesos de integración supraestatal. - IV. LOS "TRATADOS" PROVINCIALES. - Su clasificación y sus perfiles. -La reforma constitucional de 1994. - *La aplicación del derecho de los tratados internacionales a los tratados provinciales.*. - APÉNDICE. - Fórmulas de instrumentos relativos a la ratificación de tratados.

I. EL "TREATY MAKING POWER"

La convención de Viena sobre derecho de los tratados.

1. — Este tratado internacional que regula el régimen de los tratados data de 1969 y entró en vigencia por ratificación o adhesión de treinta estados el 27 de enero de 1980. Está *incorporado al derecho argentino*, razón por la cual nos resulta de aplicación obligatoria en la integralidad de la materia que es objeto de sus disposiciones.

Conviene hacer presente que por ley 19.865 del 3 de octubre de 1972, Argentina ha aprobado la Convención de Viena, adoptada por la conferencia de

las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, y abierta a la firma el 23 de mayo de 1969, fecha en que fue suscripta por nuestro país, que luego la ratificó el 5 de diciembre de 1972.

Los tratados.

2. — La Convención de Viena sobre derecho de los tratados define al tratado como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre "estados" y regido por el derecho internacional. Parece preferible ampliar el concepto en la forma acogida por buena parte de la doctrina, que extiende la definición de tratado a los acuerdos entre "sujetos de derecho internacional", aunque acaso no sean estados (es sabido que actualmente la categoría de "*sujeto* de derecho internacional" excede a la de "estado", o sea que, además de los estados, hay otros sujetos internacionales que no son estados).

La ratificación en sede internacional.

3. — Luego de la aprobación por el congreso, el tratado necesita, para entrar en vigor en sede interna, la *ratificación* en sede internacional, que es cumplida por el poder ejecutivo.

Si el tratado no es autoaplicativo o self-executing se hace necesaria una ley posterior, *no para "incorporarlo"* sino para permitir su *funcionamiento* (porque el tratado por sí solo es incompleto).

4. — Creemos equivocado el criterio que surge del fallo de la Corte en el caso "Ferreyra Pedro c/Nación Argentina" cuando sostuvo que la *obligatoriedad de la ley aprobatoria* de un tratado desde su publicación o desde la fecha que ella determina, quiere decir que desde esa fecha el estado queda obligado legalmente a cumplir el compromiso contraído. De ninguna manera es así, puesto que el estado no asume ningún compromiso internacional hasta que el tratado *se ratifica* en sede internacional, por lo que la ley aprobatoria dictada como etapa previa no obliga a ratificarlo, tampoco lo incorpora, y por ende no apareja contraer la obligación internacional de cumplirlo. Su único efecto es *habilitar la ratificación* que posteriormente puede hacer el poder ejecutivo.

5.— Decir que la *vigencia* de un tratado comienza a partir de su *ratificación* —y no antes— significa que la obligación internacional se asume en ese momento y que en él se consuma asimismo la "incorporación" del tratado al derecho interno. Ello no impide que, a contar de la ratificación, los efectos del tratado se retrotraigan por imperio de una norma expresa del mismo, lo que permite hablar de "vigencia *retroactiva*" o, lo que es igual, decir que la vigencia que adquiere el tratado *desde su* ratificación cobra retroactividad.

6. — En el *derecho internacional*, el vocablo "ratificación" —que nosotros empleamos genéricamente— es sinónimo de "aceptación", "aprobación", y "adhesión", conforme lo estipula la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (art. 2.1,b), y significa el acto internacional por el cual un estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado (ídem).

7. — Cuando el art. 75 inc. 22 prevé que el congreso puede conferir jerarquía constitucional a otros tratados de derechos humanos distintos de los que allí mismo enumera e inviste directamente con esa jerarquía, hemos de pensar que los tratados de derechos humanos que ya se hallan incorporados sin tal jerarquía al derecho argentino y que después la reciben por decisión especial del congreso, logran el nivel constitucional *inmediatamente* en virtud de dicha decisión.

En cambio, si tratados todavía *no incorporados* al derecho argentino reciben del congreso la jerarquía constitucional *antes de que el poder ejecutivo los ratifique*, estamos seguros de que la decisión del congreso no les da recepción en nuestro ordenamiento interno, y que la jerarquía constitucional se posterga hasta que el poder ejecutivo, al ratificarlos internacionalmente, los hace formar parte de aquel mismo ordenamiento.

La publicación de los tratados.

8. — Una seria falencia omisiva ha sido, hasta 1992, la no publicidad de los tratados internacionales ya ratificados. Fue práctica que se publicara en el Boletín Oficial la *ley aprobatoria* de un tratado, pero como sabemos que en esa etapa congresional falta todavía la ratificación y que, por ende, el tratado no se incorpora al derecho interno, se hacía dificultoso tener conocimiento de la fecha y del instrumento ratificatorio, así como de la fecha de entrada en vigor del tratado.

Esa anomalía resultaba grave no sólo institucionalmente, sino que comprometía un principio elemental del sistema republicano, cual es el de la *publicidad* de los actos estatales. La cuestión se agravaba con los tratados sobre derechos humanos que, por generar derechos para los particulares, con sus obligaciones recíprocas, carecían de la mentada publicidad oficial.

En 1992, la ley 24.080 vino a subsanar la defectuosidad. Su texto dice así:

"Artículo 1º — Deben publicarse en el Boletín Oficial los siguientes actos y hechos referidos a tratados o convenciones internacionales en los que la Nación Argentina sea parte: a) El texto del instrumento de ratificación del tratado o convención con sus reservas y declaraciones interpretativas; b) El texto del tratado o convención al que se refiere el inciso precedente, con la aprobación legislativa en su caso, más las reservas y declaraciones interpretativas formuladas por las otras partes signatarias; c) Fecha del depósito o canje de los instrumentos de ratificación o de adhesión; d) Características del cumplimiento de la condición o fecha de vencimiento del plazo al cual pudiera hallarse supeditada su vigencia; e) Fecha de la suspensión en la aplicación del tratado o convención, o de su denuncia.

Art. 2º — La publicación en el Boletín Oficial se efectuará dentro de los quince días hábiles siguientes a cada acto o hecho indicados en el art. 1º de la presente ley.

Art. 3º — Los tratados y convenciones internacionales que establezcan obligaciones para las personas físicas y jurídicas que no sea el estado nacional, son obligatorios sólo después de su publicación en el Boletín Oficial observándose al respecto lo prescripto por el art. 2º del código civil.

Art. 4º — Comuníquese al poder ejecutivo nacional".

Las "reservas" en los tratados.

9. — No vamos a analizar aquí el problema de las reservas en el campo del derecho internacional (están previstas en los arts. 19 a 24 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados). Nos ocuparemos, en cambio, de las reservas en el derecho interno argentino.

El problema principal que se nos plantea es el de qué órgano de poder tiene competencia para formularlas, y ello ha de examinarse en una pluralidad de hipótesis.

a) Si conforme a la Convención de Viena la reserva se formula en el momento de "firmarse" el tratado por el poder ejecutivo, es obvio que el congreso estará en condiciones de tomarla en cuenta cuando apruebe o deseche el tratado, por lo que la ratificación que en su caso efectúe después el poder ejecutivo habrá de atenerse a la decisión del congreso.

b) Si el congreso en la etapa optativa de aprobación o rechazo del tratado le introduce modificaciones (lo que implica alterar unilateralmente el texto del tratado), tales modificaciones habrán de ser tomadas en cuenta por el ejecutivo al ratificar el tratado, consignándolas como reservas (ello si las mismas modificaciones no hacen retroceder a una renegociación del tratado).

c) Si el congreso al aprobar el tratado decide que la ratificación deberá hacerse con reservas, el ejecutivo está obligado a formularlas si es que decide ratificar el tratado.

d) Si el congreso aprueba un tratado sin consignar modificaciones ni

reservas, entendemos que al no prohibir que se introduzcan, deja a cargo del poder ejecutivo la opción y la habilitación para que las formule por su propia voluntad en la etapa de la ratificación.

Cae de su peso que todo el espectro de cuestiones propuestas supone que en el régimen de derecho internacional que rige al tratado sea posible formular reservas, lo que remite ese punto a la citada Convención de Viena (especialmente art. 19) y al texto del propio tratado.

Los acuerdos ejecutivos de tramitación simplificada.

10. — En las últimas décadas se ha consolidado —tanto internamente como en el derecho comparado— la práctica de que el poder ejecutivo celebre "acuerdos" *ejecutivos o simplificados* sin someterlos a la aprobación del congreso. Tal mutación constitucional, que escamotea la intervención congresional, no es en principio admisible en el caso de compromisos internacionales que, cualquiera sea la denominación que se les confiera, configuran por su esencia verdaderos tratados.

La "denuncia" de los tratados.

11.— En sede internacional, nuestro estado está obligado a subsumir la denuncia de los tratados en las normas que contiene la Convención de Viena sobre derecho de los tratados respecto a su *terminación* o extinción (arts. 54 y siguientes).

No obstante, es menester analizar el procedimiento que constitucionalmente adopta o exige nuestro derecho interno para proceder a la denuncia.

La alternativa se plantea entre: a) considerar que la denuncia por el poder ejecutivo requiere la previa aprobación de dicha denuncia por el congreso; b) considerar que tal aprobación no hace falta, y que la denuncia la puede decidir por sí solo el poder ejecutivo, porque también fue él quien resolvió ratificar internacionalmente el tratado que se denuncia.

Entre ambas posiciones, sugerimos la siguiente: a) si un tratado establece expresamente que el poder ejecutivo podrá denunciarlo, creemos que no hace falta la intervención del congreso con carácter previo a la denuncia, porque el congreso al aprobar ese tratado antes de su ratificación, ya anticipó conformidad para que luego el poder ejecutivo lo denuncie por sí solo; b) si tal cláusula no existe, parece que el "paralelismo de las competencias" demanda que en la denuncia converjan la voluntad del congreso y la del poder ejecutivo, por

cuanto la asunción de la obligación internacional y la incorporación del tratado a nuestro derecho interno requirieron también esa coincidencia de voluntades, por manera que para suprimir ambos efectos se torna necesario otra vez que los órganos vuelvan a compartir una misma voluntad.

En suma, para nuestra opinión, *el poder ejecutivo no puede denunciar tratados sin intervención del congreso.*

En la *constitución material*, la denuncia de los tratados ha sido efectuada, salvo alguna contada excepción, por el poder ejecutivo *sin concurrencia obligatoria del congreso.*

12. — Para los *tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional*, la constitución incluye una previsión específica y obligatoria en el art. 75 inc. 22. Sólo se los puede denunciar por el poder ejecutivo con la previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara.

Aunque esta cláusula figura a continuación del párrafo que enumera cuáles son los instrumentos internacionales que por disposición directa de la constitución tienen jerarquía constitucional, nos parece lógico interpretar que si otros tratados de derechos humanos pueden alcanzar esa misma jerarquía por decisión del congreso, según el párrafo tercero del mismo inc. 22 del art. 75, la denuncia de esos tratados también exige la misma aprobación del congreso por igual quorum de votos en cada cámara.

13. — Los *tratados de integración supraestatal* también requieren previa aprobación del congreso para su denuncia por el poder ejecutivo (Ver nº 43).

14. — Cuando uno de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional queda *internacionalmente extinguido*, o *denunciado* por nuestro país conforme al derecho internacional, la fuente internacional *desaparece*. Cabría decir —a primera impresión— que esa modificación sobreviniente en las "condiciones de su vigencia" lo eliminaría de nuestro derecho interno.

Sin embargo, la especial naturaleza de los *tratados de derechos humanos*, sobre todo en nuestra constitución, obliga a repensar aquella conclusión y, haciéndolo, proponemos la tesis de que *los tratados de derechos humanos que se extinguen o se denuncian dejan subsistente su normativa en nuestro derecho interno*. Ello por el principio de irreversibilidad de los derechos humanos.

La derogación por el congreso de la anterior aprobación de un tratado.

15. — Conforme a los principios del derecho internacional y a la buena fe que debe presidir la interpretación y aplicación de los tratados, entendemos:

a) Que en un orden de coherencia lógica, el congreso no puede derogar —después de ratificado un tratado— la ley que le dio aprobación anterior; b) que si acaso la deroga, persisten no obstante los efectos del tratado, tanto en sede interna como internacional; c) que la derogación sólo puede servir de antecedente para presumir que el congreso presta conformidad para que el poder ejecutivo proceda a la denuncia internacional del tratado.

En el caso "Ekmekdjian c/Sofovich", de 1992, la Corte Suprema sostuvo en su decisión por mayoría que la derogación de un tratado por ley del congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la constitución, si es que mediante ley pudiera derogarse el acto complejo federal de celebración del tratado. Esta afirmación no sólo implica negar con razón que el congreso no puede dictar una ley derogatoria de un tratado ya incorporado al derecho argentino, sino además que tampoco puede derogar la ley a través de la cual le dio aprobación antes de su ratificación internacional por el poder ejecutivo.

La "prórroga" de los tratados.

16. — La prórroga de un tratado implica *renovar* internacional e internamente la *vigencia* del tratado; o sea, prolongar la obligación internacional en él asumida, y mantener asimismo su incorporación al derecho interno.

Como principio general, y salvo estipulación sobre la prórroga en el mismo tratado que se prorroga, entendemos que la prórroga se ha de equiparar a la *celebración* de un tratado: es como si el tratado que se prorroga fuera un nuevo tratado de igual contenido. Por ende, pensamos que hace falta otra vez la *conformidad del congreso* (equivalente a la aprobación originaria) y el acto del poder ejecutivo en sede internacional que exprese la voluntad de prorrogar el tratado (equivalente a la ratificación primitiva).

Hay antecedentes de leyes del congreso disponiendo la prórroga de tratados.

II. LOS TRATADOS Y EL DERECHO INTERNO

Los tratados en infracción al derecho interno.

17. — El art. 46 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, del que es parte nuestro estado, dispone que el hecho de

que el consentimiento de un estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en *violación* de una disposición de su *derecho interno* concerniente a la "*competencia* para celebrar tratados", no podrá ser alegado por dicho estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea *manifiesta* y afecte una norma de "*importancia* fundamental de su derecho interno". Y luego aclara que una violación es *manifiesta* si resulta *objetivamente evidente* para cualquier estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Frente a esta norma, es opinable decidir si —por ej.— la ratificación de un tratado sin la aprobación del congreso configura una violación "manifiesta" del derecho interno argentino. Que tal violación resulta de importancia fundamental en nuestro derecho interno (como que afecta gravemente a la constitución) parece indudable. Pero dudamos de que la misma violación resulte "objetivamente evidente" para otro estado, como que tal otro estado puede ignorar de buena fe si internamente se ha cumplido o no la etapa aprobatoria por nuestro congreso. Como principio, entonces, nos inclinamos a considerar que cuando se ratifica un tratado habiéndose omitido la aprobación del mismo por el congreso, Argentina no puede alegar *internacionalmente* el vicio; por ende: a) la obligación y la responsabilidad internacionales subsisten; b) la inconstitucionalidad —y su eventual declaración judicial— del tratado defectuoso limita su efecto a la inaplicación en jurisdicción argentina, pero no descarta la responsabilidad internacional.

18. — De lo hasta aquí expuesto se desprende que la única previsión de la Convención de Viena sobre *nulidad* de un tratado a causa de infracción al derecho interno, enfoca una cuestión de vicio en la *competencia* interna para celebrar tratados. Toda otra transgresión al derecho interno no puede ser internacionalmente invocada, conforme lo estipula claramente el art. 27 de la citada Convención ("una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46").

El art. 27 de la Convención de Viena ha sido invocado por la Corte Suprema en sus sentencias del caso "Ekmekdjian c/Sofovich", del 7 de julio de 1992, y del caso "Fibraca Constructora SCA c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", del 7 de julio de 1993.

19. — Hay otro punto conexo que se traba con el principio conocido con el nombre de "estoppel" —más allá de discrepancias y disputas sobre este vocablo—.

El "estoppel" implica adoptar la *teoría de los actos propios*, conforme a la cual "venire contra factum proprium non valet" (o sea, no se puede contradecir al propio acto anteriormente cumplido, mediante el cual se ha inducido a terceros a comportarse de buena fe con el autor de aquel acto).

Aplicando el "estoppel", la Convención de Viena sobre derecho de los tratados prevé, en su art. 45, la preclusión en determinados casos para impedir que un estado invoque causales de nulidad con el propósito de anular un tratado, o de darlo por finiquitado, o de retirarse de él, o de suspender su aplicación.

Frente a ello creemos que, en virtud del "estoppel", nuestro estado no podría en el futuro alegar nulidades respecto de los tratados que por el art. 75 inc. 22 tienen la misma jerarquía de la constitución, porque esa eventual alegación posterior a la reforma configuraría una *contradicción* palmaria entre la conducta jurídica consolidada por la Convención Constituyente, que les asignó aquella jerarquía "en las condiciones de su vigencia", y cualquiera otra reclamación o manifestación que acaso Argentina formulara después a favor de la nulidad.

La ley "anterior" y el tratado "posterior" discrepante.

20. — Cuando nuestro estado se hace parte en un tratado que discrepa con una ley anterior, nos hallamos ante un caso típico de ley que, sin ser originariamente inconstitucional al tiempo de su sanción, se vuelve inconstitucional posteriormente al entrar en contradicción con una norma ulterior (tratado), que para nosotros reviste jerarquía superior a la ley. Hay quienes dicen, en ese caso, que más que de inconstitucionalidad sobreviniente, hay que hablar en la hipótesis de "derogación" de la ley anterior por el tratado posterior que la hace incompatible con sus disposiciones.

El "ius cogens".

21. — El derecho internacional público tiene elaborada la figura del "ius cogens", que consiste en el conjunto de normas internacionales llamadas "imperativas", recogidas en su ámbito con el rasgo de la *inderogabilidad* o *indisponibilidad* (sea que su existencia provenga de tratados o del derecho consuetudinario —de gentes—). El "ius cogens" no puede ser dejado de lado por normas opuestas o distintas de un tratado y, por ende, si echamos mano del diseño piramidal, podemos decir que la pirámide del derecho internacional se encabeza en su vértice con el "ius cogens". El "ius cogens" está previsto en el art. 53 de la Convención de Viena sobre "derecho de los tratados".

En el actual *derecho internacional de los derechos humanos* la *protección* de esos derechos suele considerarse integrativa del "ius cogens", lo que en Argentina resulta de trascendencia institucional frente a los tratados sobre derechos humanos (con o sin jerarquía constitucional) que forman parte de nuestro derecho interno, y cuya filosofía coincide con el personalismo humanista de la constitución.

Después de la *reforma de 1994*, los *tratados con jerarquía constitucional* coinciden con nuestra constitución, por lo que no se plantea problema alguno, dados los similares contenidos de ambos y la igual prelación compartida que revisten en el derecho interno.

En cuando a los tratados que sólo son *supralegales*, la incompatibilidad entre el "ius cogens" internacional y nuestra constitución siempre deja pendiente —para el caso de no aplicarse o cumplirse un tratado inconstitucional— la responsabilidad internacional de nuestro tratado.

22. — En la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema se registra un interesante caso ("Cabrera Washington c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", del 5 de diciembre de 1983) en que el tribunal declaró inválida una norma del "Acuerdo de Sede" entre Argentina y la Comisión demandada por reputarla opuesta a una norma imperativa del derecho internacional —"ius cogens"— (se trataba de la cláusula que eximía total y absolutamente de jurisdicción a la Comisión demandada). Aparte de ello, también la declaró inconstitucional dentro de nuestro derecho interno (el voto de la minoría solamente la reprobó por violación al derecho internacional imperativo).

La creación de "derecho nuevo" por los tratados.

23. — En el derecho interno que tiene origen en fuentes también internas (constitución, leyes, reglamentos, sentencias, derecho no escrito), la *ley* del congreso ocupa el *primer plano* debajo de la constitución. Por eso decimos que es una fuente que *crea derecho nuevo u originario*.

Cuando al derecho interno se le incorporan normas cuyo origen es la *fuente internacional* (externa o heterónoma y, por ende, no intraestatal) los tratados que ingresan al derecho interno también disponen de espacio para *crear derecho nuevo u originario*, al igual que la ley interna.

Los tratados como "ley suprema" en el derecho argentino.

24. — Conforme al art. 31 de la constitución, los *tratados* integran (juntamente con la *constitución* y las *leyes* del congreso) lo que la norma denomina "*ley suprema* de la nación".

Acá el vocablo "ley" (con el calificativo de "suprema") no está empleado con alcance equivalente al de "ley del congreso", sino como sinónimo —más bien— de *norma* que se compone trinitariamente, en cuanto *orden normativo básico o supremo del estado*, con la constitución, los tratados y las leyes.

Se incurre por eso en error cuando se afirma que los tratados son "*leyes* nacionales", o "*ley* de la nación", porque desde que la ratificación a cargo del poder ejecutivo los incorpora a nuestro derecho siguen manteniendo en él su

naturaleza de tratados oriundos de la fuente internacional, sin sufrir novación o cambio en esa naturaleza.

La naturaleza federal de los tratados.

25. — Todo tratado internacional incorporado a nuestro derecho interno es una *norma de naturaleza federal*, cualquiera sea la "materia" que regule y aunque dicha materia sea dentro de nuestro derecho una materia propia del derecho común o local (por ej., de derecho civil, laboral, penal, comercial, etc.). Reconocer naturaleza federal a los tratados no es cuestión puramente teórica, porque tiene como efecto práctico el hacer judiciable por tribunales federales toda causa que verse sobre puntos regidos por un tratado y hacer viable el recurso extraordinario ante la Corte para su interpretación.

Esta opinión personal no concordaba, hasta 1995, con la jurisprudencia de la Corte Suprema. Recién su fallo del 26 de diciembre de 1995, en el caso "Méndez Valles Fernando c/Pescio A.M.", dejó de lado el distingo que hasta entonces había hecho el tribunal, asimilando al *derecho común* la materia de los tratados que en el derecho interno revestía tal naturaleza.

En el caso "Méndez Valles" —al contrario— afirmó, con acierto, que *siempre los tratados son normas federales* cuya interpretación provoca la instancia final de la Corte por recurso extraordinario.

De este modo completó el criterio que había sostenido en 1992 en el caso "Ekmekdjian c/Sofovich" al definir a todo tratado como *"orgánicamente" federal*, atento que en su formación intervienen órganos del gobierno federal (poder ejecutivo y congreso).

Ahora, además de ese carácter "orgánicamente federal", todo tratado también es *federal en cualquiera de las materias* que son objeto de su regulación normativa.

Las leyes reglamentarias de los tratados.

26. — No se nos hace difícil reputar que si todo tratado es orgánica y materialmente de naturaleza federal, la competencia para desarrollar y reglamentar internamente sus normas a efectos de la aplicación en jurisdicción interna cabe suficientemente entre las propias del *congreso*, con independencia de que en el reparto interno de competencias entre el estado federal y las provincias la materia pueda pertenecer a las competencias provinciales.

La tesis que admite que el congreso reglamente por ley una o más normas de un tratado internacional con vigencia para todo el territorio obliga a excepcionar algunos casos en los que, indudablemente, el congreso tiene inhibida esa

competencia. Así —por ej.— cuando el Pacto de San José de Costa Rica implanta la instancia doble para el proceso penal, parece evidente que el congreso no puede crear por ley ni los tribunales provinciales de alzada ni los recursos locales para acceder a ellos. De tal modo, la capacidad legislativa que, como principio, es del congreso para reglamentar tratados internacionales, debe analizarse con precaución caso por caso.

La interpretación de los tratados y del derecho internacional no escrito en el derecho interno.

27. — Aunque el tema de la interpretación del derecho internacional no nos pertenece estrictamente, queremos dedicarle alguna reflexión, atento a que las fuentes internacionales penetran en el derecho interno y, por ende, el derecho constitucional tiene que asumir el dato.

En primer lugar, resulta interesante comenzar con los *principios generales*. Se desdoblan así: a) *principios generales del propio derecho internacional*, que son normas fundamentales del derecho de gentes (no escrito) y acusan origen consuetudinario; b) *principios generales del derecho*, que suelen considerarse de aplicación supletoria y tienen origen en el derecho interno de los estados pero son reconocidos y aceptados por las llamadas "naciones civilizadas".

Así, por ej., la protección de los derechos humanos es un principio general del derecho internacional; el de cosa juzgada y el del "estoppel" (equivalente al "venire contra factum proprium non valet") son principios generales del derecho que, oriundos del derecho interno de los estados, han pasado a integrar el derecho internacional.

28. — En materia de interpretación de tratados internacionales y del derecho internacional consuetudinario consideramos que cuando su aplicación —directa o tangencial— incumbe a tribunales argentinos, éstos han de tomar en cuenta las reglas que en el derecho internacional presiden la interpretación de los tratados y del derecho no escrito, para lo cual la jurisprudencia de tribunales internacionales es un arsenal de pautas.

Fundamentalmente, estando incorporada la Convención de Viena sobre derecho de los tratados a nuestro derecho interno, afirmamos que hay obligación para los tribunales argentinos de acudir a su sección 3ª, artículos 31 a 33, que versa precisamente sobre interpretación de los tratados.

29. — Nos interesa insistir en el activismo judicial que nuestros tribunales —y sobre todo la Corte Suprema y los superiores tribu-

nales de provincia— deben desplegar en interpretación y aplicación del derecho internacional, tanto contractual (tratados) como no contractual (no escrito).

Concordando la *constitución* con el *derecho internacional* es recomendable acoger un repertorio de pautas:

a) tomar en cuenta la jurisprudencia de tribunales internacionales como orientación y guía, sobre todo cuando: a') se trata de un tribunal cuya jurisdicción ha sido consentida y acatada por nuestro estado (como ocurre, en el sistema interamericano del Pacto de San José de Costa Rica, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos);

b) así como al derecho internacional se han ido incorporando nuevos principios (propios de él, o generales del derecho transferidos a él) y como al mismo "ius cogens" se lo puede reputar abierto a la asimilación de también nuevas normas, a la interpretación e integración constitucionales se las debe elastizar para sintonizar, armoniosa y congruentemente, a la constitución con el derecho internacional;

c) sobre todo en materia de *derechos humanos*, tanto los tratados incorporados a nuestro derecho interno (tengan o no jerarquía constitucional) como el derecho de gentes, han de merecer una interpretación que, también en coordinación con la constitución, acentúe la tendencia a la maximización y optimización progresivas del plexo de derechos, asumiendo en el mismo nivel constitucional (absorbidos en el art. 33) a todos los que provienen de cualquier fuente interna e internacional, a tono con: c') las reglas de interpretación que, por ejemplo, contiene el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica.

30. — Los *tratados de derechos humanos* procuran establecer para los estados parte un *orden público* común, que es "ius cogens" y se rige por el principio del "favor libertatis". Sus normas han de interpretarse de manera extensiva y amplia, en tanto las que limitan o suspenden derechos se deben interpretar de manera restrictiva.

31. — La Corte Suprema ha interpretado que cuando el art. 75 inc. 22 estipula que los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional integran el derecho interno "en las condiciones de su vigencia", ha significado que rigen tal como cada tratado rige efectivamente en el ámbito internacional, considerando a la vez su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación aplicativa (ver, por ej., fallo del 12 de setiembre de 1996 en el caso "Bramajo Hernán Javier").

32. — La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema viene reiterando que en la aplicación e interpretación de tratados de derechos humanos en los que es parte nuestro estado, los tribunales han de tomar en cuenta la *jurisprudencia internacional* sobre los mismos.

Cuando después de la reforma de 1994 hay tratados con jerarquía constitucional conforme al art. 75 inc. 22, y especialmente cuando Argentina ha consentido y acatado la jurisdicción supraestatal del Pacto de San José de Costa Rica, la pauta antes indicada cobra suma relevancia institucional. (Ver Tomo I, cap. IX, nºs. 24/26).

33. — Con independencia del rango que un tratado tenga en nuestro derecho interno, conviene dejar en claro que:

a) su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos es *obligatoria* de acuerdo con el derecho internacional, debiendo sentenciarse las causas en que es aplicable de conformidad con el mismo tratado;

b) se incurre en *violación* del tratado tanto cuando se aplica una norma interna que le es incompatible o contraria, como cuando simplemente se *omite* aplicarlo;

c) todo incumplimiento de un tratado —por acción u omisión— por parte de nuestros tribunales engendra para nuestro estado la *responsabilidad internacional*, y ello aunque acaso la desaplicación de un tratado de rango infraconstitucional se sustente en su inconstitucionalidad.

El derecho humanitario.

34. — El *derecho internacional humanitario* forma parte del derecho argentino; nuestro estado ratificó los cuatro convenios de Ginebra de 1949, y *adhirió* a los dos protocolos adicionales de 1977.

Ver Tomo I, cap. IX, nº 56.

Remisiones.

35. — Por razones de brevedad, recomendamos las siguientes remisiones:

a) Para los reajustes que se han de introducir en la doctrina de la supremacía de la constitución, *ver T. I, cap. V, nº 19;*

b) Para el control constitucional, *ver T. I, cap. V, nºs. 26/28;*

c) Para la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, *ver T. I, cap. V, nº 17;*

d) Para la tesis del monismo en el derecho constitucional argentino, *ver T. I, cap. I, nº 37;*

e) Para la relación entre la constitución suprema y el derecho internacional público, *ver T. I, cap. V, nos. 65/66;*

f) En general, para f') el derecho internacional como fuente del derecho interno, *ver T. I, cap. I, nos. 33/34 y cap. V, nº 17;* f") los efectos de la reforma constitucional de 1994, *ver T. I, cap. V, nos. 19/25;*

g) Para el derecho internacional y el sistema de derechos, *ver T. I, cap. IX, nos. 13 a) y 16;*

h) Para el derecho internacional de los derechos humanos, *ver T. I, cap. IX, nos. 48/57;*

i) Para los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y el bloque de constitucionalidad federal, *ver T. I, cap. I, nº 17.*

III. LA INTEGRACION SUPRAESTATAL

36.— El ingreso de Argentina al MERCOSUR obligaba y obliga a plantear el tema del derecho comunitario.

Las integraciones de un estado en una *comunidad supraestatal* han exigido y exigen muchas reformulaciones en las doctrinas clásicas del derecho constitucional y del derecho internacional. No es éste el lugar para explayar el tema, pero sí para alertar sobre previsiones mínimas que por la reforma de nuestra constitución se necesita adoptar.

La reforma constitucional de 1994.

37. — El *art. 75 inc. 24*, referido a las competencias del congreso, dice así:

"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 de los miembros de cada Cámara".

(La *bastardilla* es nuestra).

Esta cláusula era imprescindible, si se quería encarar con realismo un fenómeno universal aperturista, favorable a las *integraciones supraestatales* y al *derecho comunitario* que es propio de ellas.

La *transferencia de competencias* —que el texto denomina "delegación"— es un presupuesto indispensable, una vez que se prevé la incorporación a sistemas de integración mediante los tratados que los organizan.

Se impone, como es lógico y habitual en el derecho comparado, una serie de condiciones para habilitar el ingreso del estado a uno de esos sistemas; la norma cita cuatro: a) *reciprocidad*; b) *igualdad*; c) *respeto del orden democrático*; d) *respeto de los derechos humanos.*

El "tratado-marco" de integración.

38. — De aquí en más, surge el problema de la *jerarquía del tratado* de integración.

El principio general que consigna el art. 75 inc. 22 es el de la prioridad de los tratados *sobre las leyes* y, por ende, sobre toda otra norma infralegal. La única excepción viene dada para los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía igual a la de la constitución.

El inc. 24 nada dice sobre la jerarquía de los tratados de integración, pero es de toda lógica interpretar que los rige el mismo principio general del inc. 22, o sea, el de la *supralegalidad*. Por ende, no están ni pueden estar al mismo nivel de la constitución.

Que ello sea una incoherencia ante el principio general del derecho internacional según el cual éste tiene primacía sobre el derecho interno, es un punto de vista que nosotros compartimos, no obstante lo cual hemos de atenernos a explicar cuál es la pauta discrepante de la constitución reformada.

Por supuesto que de cara a la jurisdicción internacional, nuestro estado

inviste *responsabilidad internacional* si incumple cualquier tratado —y por ende, el de integración— aun cuando para ello se funde en su inconstitucionalidad.

El derecho comunitario.

39. — Cuando en doctrina se da el nombre de "derecho comunitario *primario*" —o de primer grado— al propio *"tratado-marco" de integración*, y el de "derecho comunitario *secundario* o *derivado*" a las normas que, con base en el tratado, emanan de los órganos de la comunidad supraestatal por él creada, hay que atender a la jerarquía de este derecho comunitario secundario, al que por razones prácticas vamos a denominar sencillamente como "derecho comunitario".

Hay que fijarse muy bien en que el inc. 24, después de referirse a los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, añade: "las normas dictadas *en su consecuencia* tienen jerarquía *superior a las leyes*".

Esta cita de "normas dictadas *en su consecuencia*" apunta a las que, como distintas del tratado de integración, surgen —como "consecuencia"— de las organizaciones supraestatales creadas por dicho tratado.

El inciso sólo les asigna *prelación sobre las leyes*.

Por tanto, vale reiterar lo mismo que hemos dicho en el nº 38 sobre la mera supralegalidad de los tratados de integración.

40. — Interpretamos que, respecto del derecho comunitario, el reconocimiento de jerarquía superior a las leyes que efectúa el inciso 24 significa que dichas normas *se incorporan automáticamente* a nuestro derecho sin intervención de ningún órgano de poder interno, y son —como principio— directamente aplicables en jurisdicción interna.

La transgresión de este principio compromete la *responsabilidad internacional* de nuestro tratado.

Los tratados de integración con normas parciales sobre derechos humanos.

41. — Una hipótesis eventual a contemplar puede ser la de un tratado de integración que contenga *algunas* normas sobre *derechos humanos*.

Al respecto, hay que adelantar como mínimo tres reflexiones: a) los tratados de integración *no son*, por su objeto o materia, tratados de derechos humanos;

pero b) deben *subordinarse* al sistema de derechos que surge de tratados sobre derechos humanos (lo que viene previsto en el inc. 24 de nuestro art. 75); y —acaso— c) pueden *incluir algunas normativas sobre derechos humanos*.

Para el derecho argentino, la cuestión cobra importancia frente a la duda de si un tratado de integración (que sólo es supralegal) que incluye alguna normativa parcial sobre derechos humanos, puede ser investido por el congreso de *jerarquía constitucional* en la parte referida a esos derechos.

Dentro del margen de opinabilidad, sugerimos responder que, en uso de la competencia que al congreso le asigna el inc. 22 del art. 75, *dicho sector es susceptible de recibir jerarquía constitucional*. No el resto del tratado de integración.

Los mecanismos previstos para celebrar y denunciar los tratados de integración.

42. — Los tratados de integración tienen diferente mecanismo de aprobación según se celebren con *estado latinoamericanos*, o con *otros estados* que no forman parte del área. Los primeros necesitan la mayoría absoluta sobre la totalidad de los miembros de cada cámara. Los demás, desdoblan dicho mecanismo: a) en una primera etapa, el congreso declara la *conveniencia* de la aprobación del tratado, con la mayoría absoluta sobre los miembros presentes de cada cámara, y b) en la segunda etapa lo *aprueba* con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara; entre una etapa y otra debe transcurrir un lapso no menor de ciento veinte días.

43. — La *denuncia* de los tratados de integración, sea con estados de Latinoamérica o con otros estados, exige la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara.

44. — Podemos observar que la reforma ha articulado con mayor severidad el trámite de tratados de integración con estados ajenos al ámbito latinoamericano, pues impone un *previo acto* declarativo sobre la *conveniencia* de su aprobación, todo con el voto favorable de miembros que para cada etapa se dispone. En cambio, cuando se celebran con estados de Latinoamérica basta el acto aprobatorio con el quorum de votos afirmativos, computados también del modo que para este caso viene prescripto.

La denuncia, en cambio, queda precedida por una aprobación congresional que es común para ambos supuestos.

El federalismo y los procesos de integración supraestatal.

45. — El fenómeno de las integraciones comunitarias en organizaciones supraestatales por parte de estados federales acumula un nuevo problema a los que ya, de por sí, se plantean al derecho constitucional contemporáneo. La

estructura federal afronta desafíos. En primer lugar porque el tratado de integración, como todo tratado internacional, tiene primacía sobre todo el derecho provincial. De ahí en más, queda afectado el reparto interno de competencias entre estado federal y provincias en virtud del ingreso directo y automático —y de la consiguiente aplicación obligatoria en la jurisdicción interna— del derecho comunitario emanado de los órganos supraestatales.

Cuando la integración incluye aspectos económicos, financieros, fiscales, aduaneros, etc., es posible que provincias y regiones del estado se beneficien o se perjudiquen. En este último caso, el eventual perjuicio tiene que ser abordado en la jurisdicción interna por el estado federal —mucho mejor si lo es mediante la concertación con las provincias afectadas— pero de modo compatible con el tratado de integración y con el derecho comunitario.

Es propuesta tentativa sugerir que si de esa manera no se alcanza una solución favorable, el estado federal habría de asumir responsabilidad resarcitoria para las provincias perjudicadas, porque tal vía admite tener cabida en la teoría —judicialmente admitida y aplicada por la Corte en favor de los particulares— de la responsabilidad estatal por su actividad lícita.

IV. LOS "TRATADOS" PROVINCIALES

Su clasificación y sus perfiles.

46. — El tema de los tratados como propio del derecho internacional público no parece tener sitio dentro de un mismo estado, pero cuando éste es —como en el caso argentino— un estado (*federal*) formado por varios estados federados (*provincias*) puede resultarle aplicable, al menos analógicamente.

Nuestra constitución prevé *tratados "internos"* bajo el nombre común de *interprovinciales* que les ha adjudicado la doctrina (art. 125, ex art. 107). Estamos ciertos que tales tratados internos con previsión expresa no son los únicos posibles, y la propia constitución habilita en su art. 121 otra clase (innominada) cuando alude a los "pactos *especiales*" de una provincia al tiempo de su incorporación al estado federal.

Por supuesto, se refiere acá a pactos con el estado federal, y su ejemplo histórico ha sido el Pacto de San José de Flores, mediante el cual la provincia de Buenos Aires ingresó a la federación creada en 1853.

47. — Procurando una enumeración clasificatoria, encontramos la siguiente serie:

a) Al tratado de las *provincias con el estado federal* Sagüés lo

llama tratado *internacional-provincial*. Compartimos su afirmación de que no están prohibidos.

b) *Dentro de una misma provincia*, tampoco hallamos obstáculo para *tratados de la provincia con sus municipios*, siempre que no se evada el margen de competencias disponibles ni las prohibiciones que él apareja.

c) Aun cuando la fijación de *límites interprovinciales* es competencia del congreso, creemos que el congreso puede *aprobar* también el tratado de límites interprovinciales que previamente han celebrado entre sí dos o más provincias.

d) Por fin, topamos con el "tratado" entre una *provincia y un estado extranjero* o un *organismo internacional*. Sagüés lo apoda *tratado extranacional-provincial*. El mismo autor encara, dentro de igual problemática que la que suscitan los tratados entre provincias y estados extranjeros, los tratados entre una provincia y una entidad miembro de un estado extranjero.

La reforma constitucional de 1994.

48. — Desde antes de la reforma constitucional de 1994, tanto un sector de la doctrina como varias constituciones provinciales admitieron la competencia limitada de las provincias para concertar cierta clase de *compromisos internacionales*. Personalmente, habíamos adherido con la reserva de no interferir en el ejercicio de competencias federales exclusivas en materia internacional.

Ahora, el *art. 124* lo reconoce así:

"*Las provincias*... 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".

El objeto de estos convenios internacionales, con la reserva de su cláusula prohibitiva, puede versar sobre *todas las materias* que caben en la *competencia de las provincias*, comprendida también la de naturaleza *concurrente* con el estado federal.

49. — Ahora bien, como tanto en el derecho interno cuanto en el internacional, los términos "tratados", "convenios", "convenciones", "pactos", etc., a veces se tornan ambiguos, hay una cosa que juzgamos bien clara: estos convenios

provinciales con estados extranjeros, o con organizaciones internacionales, o con entidades gubernamentales de estados extranjeros, etc., *nunca son ni pueden ser "tratados internacionales"* en el sentido y con el alcance que les atribuye y demarca en la esfera internacional la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, de modo que, en lo que a la República Argentina se refiere, y a efectos de nuestro derecho interno, son *derecho intra-federal.*

Si acaso las provincias celebran un tratado que para el derecho internacional encuadra en la Convención de Viena como "tratado" internacional, habrá que someterlo —para su validez— al régimen propio de la constitución federal.

50. — La ley de garantía de los intereses federales en la *ciudad de Buenos Aires* mientras sea capital federal (nº 24.588) habilitó a la ciudad a celebrar los convenios previstos en el art. 124 de la constitución federal; y el art. 104 inc. 3º del Estado Organizativo (o constitución) de la ciudad da desarrollo a la mencionada competencia.

La aplicación del derecho de los tratados internacionales a los tratados provinciales..

51. — Brevemente decimos que compartimos la tesis según la cual es aplicable a los tratados interprovinciales previstos en los arts. 124 y 125 de la constitución, el derecho internacional de los tratados, por lo menos en forma supletoria o subsidiaria cuando es menester integrar, en el punto de que se trate, una laguna de nuestro derecho interno, o cuando hace falta interpretar el tratado provincial en su naturaleza de tal.

Apéndice al capítulo XXIX

FORMULAS DE INSTRUMENTOS RELATIVOS A RATIFICACION DE TRATADOS

Plenipotencia formal.

N.N., Presidente de la Nación Argentina, autoriza a N.N. (embajador, ministro del poder ejecutivo, etc.) para que en nombre y representación del gobierno argentino deposite ante... el instrumento de ratificación de... (tratado, convención, protocolo, etc.) firmado en... el día... La presente plenipotencia será refrendada por el señor ministro de... Dada en Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los... (fecha).

Canje de instrumentos de ratificación (acta de canje).

Reunidos en... el señor (embajador, ministro del poder ejecutivo, etc.) y el señor (funcionario del otro estado) con el objeto de proceder al canje de los instrumentos de ratificación del... (tratado, convenio, etc.) firmado en... el... y después de haberse intercambiado sus plenos poderes que fueron hallados en buena y debida forma, procedieron a realizar el referido canje. En fe de lo cual los plenipotenciarios arriba mencionados han firmado y sellado la presente acta, en (número) originales de un mismo tenor, igualmente válidos, en... a los... (fecha).

Instrumento de ratificación.

N.N., Presidente de la Nación Argentina, por cuanto: por ley Nº... sancionada el... y promulgada el... ha sido aprobado el... (tratado, convenio, etc.) firmado en... el...: por tanto: ratifico en nombre y representación del gobierno argentino el... (tratado, convención, etc.). En fe de lo cual firmo el presente instrumento de ratificación autorizado con el sello de la república y refrendado por el señor ministro de... Dado en la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los... (fecha). Fdo.: (Presidente) (Ministro).

Apéndice II al capítulo XXIX

CONVENCION LATINOAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS*

PREÁMBULO

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos

Preocupados por el hecho de que subsiste la desaparición forzada de personas;

Reafirmando que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Hemisferio, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Considerando que la desaparición forzada de personas constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana, en contradicción con los principios y propósitos consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos;

Considerando que la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos;

Recordando que la protección internacional de los derechos humanos es de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno y tiene como fundamento los atributos de la persona humana;

Reafirmando que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad;

* Aprobada en la 7ª sección plenaria en la ciudad de Belén, Brasil, el 9 de junio de 1994.

Esperando que esta Convención contribuya a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el Hemisferio y constituya un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el estado de derecho,

Resuelven adoptar la siguiente Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas:

Artículo 1

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a:

a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;

b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;

c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y

d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

Artículo II

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Artículo III

Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren infor-

maciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona.

Artículo IV

Los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado Parte. En consecuencia, cada Estado Parte adoptará las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa en los siguientes casos:

a. Cuando la desaparición forzada de personas o cualesquiera de sus hechos constitutivos hayan sido cometidos en el ámbito de su jurisdicción;

b. Cuando el imputado sea nacional de ese Estado;

c. Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

Todo Estado Parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo.

Esta Convención no faculta a un Estado Parte para emprender en el territorio de otro Estado Parte el ejercicio de la jurisdicción ni el desempeño de las funciones reservadas exclusivamente a las autoridades de la otra Parte por su legislación interna.

Artículo V

La desaparición forzada de personas no será considerado delito político para los efectos de extradición.

La desaparición forzada se considerará incluida entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes.

Los Estados Partes se comprometen a incluir el delito de desaparición forzada como susceptible de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

Todo Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado y reciba de otro Estado Parte con el que no tiene tratado una solicitud de extradición podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente al delito de desaparición forzada.

Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dicho delito como susceptible de extradición, con sujeción a las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

La extradición estará sujeta a las disposiciones previstas en la constitución y demás leyes del Estado requerido.

Artículo VI

Cuando un Estado Parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición.

Artículo VII

La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte.

Artículo VIII

No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tiene el derecho y el deber de no obedecerlas.

Los Estados Partes velarán asimismo porque, en la formación del personal o de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley, se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas.

Artículo IX

Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar.

Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares.

No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

Artículo X

En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas. En tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.

En la tramitación de dichos procedimientos o recursos y conforme al derecho interno respectivo, las autoridades judiciales competentes tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a la persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar.

Artículo XI

Toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad judicial competente.

Los Estados Partes establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los pondrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades.

Artículo XII

Los Estados Partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores.

Artículo XIII

Para los efectos de la presente Convención, el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares.

Artículo XIV

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reciba una petición o comunicación sobre una supuesta desaparición forzada se dirigirá, por medio de su Secretaría Ejecutiva, en forma urgente y confidencial, al correspondiente gobierno solicitándole que proporcione a la brevedad posible la información sobre el paradero de la persona presuntamente desaparecida y demás información que estime pertinente, sin que esta solicitud prejuzgue la admisibilidad de la petición.

Artículo XV

Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales u otros acuerdos suscritos entre las Partes.

Esta Convención no se aplicará a conflictos armados internacionales regidos por los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo relativo a la protección de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas, y a prisioneros y civiles en tiempo de guerra.

Artículo XVI

La presente Convención está abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XVII

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XVIII

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XIX

Los Estados podrán formular reservas a la presente Convención en el

momento de firmarla, ratificarla o adherirse a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas.

Artículo XX

La presente Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo XXI

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante y permanecerá en vigor para los demás Estados Partes.

Artículo XXII

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la cual enviará copia auténtica de su texto, para su registro y publicación, a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiese.

LEY 24.820

Sanción: 30/4/997 Prom. de hecho: 26/5/997; B.O.: 29/5/997

Artículo 1º. — Apruébase la jerarquía constitucional de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en su vigésima cuarta Asamblea General (ley 24.556) en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

Artículo 2º. — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

La Convención que por ley 24.820 recibió jerarquía constitucional según el procedimiento habilitado por el art. 75 inc. 22 de la constitución, había sido aprobada con anterioridad (sin jerarquía constitucional) por la ley 24.556, del 13 de setiembre de 1995, promulgada el 11 de octubre de 1995 y publicada en el B.O. el 18 de octubre de 1995.

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO XII

LA LIBERTAD DE EXPRESION

I. SU ENCUADRE CONSTITUCIONAL EVOLUTIVO Y SUS CONTENIDOS:
La libertad de "pensamiento" 11
La libertad de expresión y de prensa 12
La equiparación actual de todos los medios de expresión 13
El triple deslinde de la libertad de expresión 14
Otras proyecciones en el contenido de la libertad de expresión 15
La expresión "simbólica" 18
La prohibición de censura previa y sus alcances 18
La autocensura 20
Las responsabilidades ulteriores a la expresión 21
La doctrina de la "real malicia" 21
El derecho de réplica 23

II. EL ARTICULO 14:
La libertad "de prensa" 24
El presupuesto de la "existencia" de la prensa 25
El contenido de la libertad de prensa 25
La obligación de publicar 26
El derecho judicial en materia de libertad de prensa y de expresión 27
Las restricciones durante el estado de sitio 28
Los tratados internacionales con jerarquía constitucional 28

III. EL ARTICULO 32:
Las interpretaciones sobre la primera parte del art. 32 30
Los delitos 31
La radio y la televisión 31
Las interpretaciones sobre la segunda parte del art. 32 32
La relación entre las interpretaciones de las dos partes del art. 32 33
Nuestra interpretación sobre las dos partes del art. 32 34
La interpretación histórica del art. 32 35

CAPÍTULO XIII

EL DERECHO A LA EDUCACION Y A LA CULTURA

I. EL DERECHO DE ENSEÑAR Y APRENDER: LA EDUCACION:
Su concepto 37
Las pautas doctrinarias fundamentales 38
El derecho "a" la educación 40
El derecho a la libertad de enseñanza 41
El "deber" de enseñar 42
La libertad de cátedra 42
La educación en la reforma constitucional de 1994 .. 43
Los artículos 41 y 42 44
La gratuidad y equidad en la enseñanza estatal ... 45
Las universidades "nacionales" 45
La obligación de las provincias 46
El derecho a la cultura 46
Los tratados internacionales de jerarquía constitucional 48

CAPÍTULO XIV

OTROS DERECHOS Y LIBERTADES

I. EL DERECHO DE LIBRE ASOCIACION:
El contenido de la libertad de asociación 51

La reforma constitucional de 1994 53
La capacidad y libertad de las asociaciones 53
El poder disciplinario 54
El derecho de no asociarse 54
Las violaciones a la libertad de asociación 56
La libertad sindical y el derecho de asociarse 56
Los tratados internacionales de jerarquía constitucional 57

II. LA LIBERTAD DE CONTRATAR:
Su contenido 58
Las limitaciones a la libertad de contratar 59
El contrato y la ley retroactiva 59
El contrato y las medidas de emergencia 60
El derecho judicial en materia de libertad de contratar 60
La teoría de la imprevisión 62
La contratación colectiva 63

III. EL DERECHO DE PETICION 63

IV. EL DERECHO DE REUNION:
Su concepto y contenido 64
El derecho judicial en materia de derecho de reunión 66
La reglamentación del derecho de reunión 66
Las restricciones durante el estado de sitio 66
Los tratados internacionales de jerarquía constitucional 67

V. LA LIBERTAD DE COMERCIO E INDUSTRIA:
Su concepto 67
La regulación constitucional 67
La libertad económica 70
El derecho judicial en materia de libertad de comercio e industria 71

VI. EL DERECHO DE ENTRAR, PERMANECER, TRANSITAR Y SALIR DEL TERRITORIO:
Su concepto 73

La entrada al país 73
La permanencia 74
El tránsito 74
La salida del país 74
La expulsión de extranjeros 74
Aspectos generales 74
La reglamentación legal del tránsito 76
Los tratados internacionales de jerarquía constitucional 76

VII. EL DERECHO DE CASARSE:
Su concepto y alcance: el matrimonio 77
La regulación estatal del matrimonio 78
¿Indisolubilidad matrimonial o divorcio vincular? 79
El divorcio por "mutuo acuerdo" 79
Las normas constitucionales sobre la familia 80
Los tratados internacionales de jerarquía constitucional 81

CAPÍTULO XV

LOS NUEVOS DERECHOS DE LOS ARTICULOS 41 Y 42

I. EL DERECHO AMBIENTAL:
El artículo 41: derecho al ambiente 83
Ambiente y ecología 84
Las calificaciones del ambiente 85
Los elementos que integran el ambiente 85
El deber de preservación 86
El deber de recomponer y reparar 87
La operatividad de la norma 87
La información y educación ambientales 88
La tutela judicial amparista 89
El reparto de competencias federales y provinciales: legislación y aplicación 89
Los tratados interjurisdiccionales 91

II. EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS:
El artículo 42: consumo, bienes y servicios 92

El sistema económico: mercado, competencia y estado 92
Los derechos, las protecciones y los deberes 94
La legislación prevista 96
El derecho de asociación 96
La educación para el consumo 97
La tutela judicial amparista 98

III. EL PERFIL DE LOS NUEVOS DERECHOS 98

CAPÍTULO XVI

LOS DERECHOS IMPLICITOS

I. LA RADIOGRAFIA GENERAL:
Su encuadre, su riqueza y su desarrollo progresivo .. 101
La doble implicitud: en los derechos innominados, y en el contenido de los derechos 102

II. ALGUNOS DERECHOS IMPLICITOS:
La dignidad de la persona humana 104
La vida humana y el derecho a la vida 105
El derecho a la salud 105
Las ampliaciones de las implicitudes 108
El derecho a la intimidad 109
La relación con los principios y valores 109
El derecho a la reparación 110
Los derechos de los arts. 41 y 42 111
Un listado abierto de enunciación ejemplificativa 111
Los derechos implícitos en los tratados internacionales 113

CAPÍTULO XVII

EL DERECHO DE PROPIEDAD

I. SU ENCUADRE GENERAL:
El concepto de propiedad 115

La propiedad en la constitución argentina 116
Qué es propiedad en sentido constitucional 117

II. LOS CONTENIDOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD:
Los contenidos generales 118
Los contenidos en el proceso 120
Los contenidos en el derecho de la seguridad social . 122
Los contenidos que surgen del pago 124
Los contenidos que surgen de la irretroactividad de las leyes 124
Los contenidos que surgen de la transmisión por causa de muerte 125
Los contenidos que surgen del art. 42 125
Los contenidos en la propiedad intelectual 125
El cambio de titularidad de la propiedad en el "derecho objetivo" 126
La "indexación" y la propiedad 126
La prohibición legal de la indexación 127
La inviolabilidad de la propiedad 129
Las limitaciones a la propiedad 130
Las limitaciones "sociales" 131
Los tratados internacionales de jerarquía constitucional 132

CAPÍTULO XVIII

LA EXPROPIACION

I. SU CONCEPTO Y NATURALEZA:
Su encuadre general 133

II. LAS ETAPAS DEL PROCESO EXPROPIATORIO:
La calificación de utilidad pública 135
¿Expropiaciones "sin ley"? 136
La revisión judicial de la calificación 136
La determinación 138
La indemnización 138

III. LA DESPOSECION, LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD Y LA INDEMNIZACION 140
La valuación del bien y la indemnización 140
Los rubros que se incluyen y computan en la valuación 142
Los intereses 142
Las "deducciones" 143
La oportunidad del pago 143

IV. LOS SUJETOS EXPROPIANTES 143
La expropiación "indirecta" 144
La expropiación por las provincias 144

V. LOS BIENES EXPROPIABLES 145

VI. EL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO 146

VII. LA EXPROPIACION "INVERSA" O "IRREGULAR":
El concepto y sus requisitos 147
El derecho judicial 148
La evaluación del bien en la expropiación inversa 148

VIII. LA RETROCESION:
Su concepto 149
Los requisitos de procedencia 150
La retrocesión en la ley 21.499 150

IX. EL ABANDONO DE LA EXPROPIACION:
El concepto y sus requisitos 151
El abandono en la ley 21.499 152
El derecho judicial 152

X. LA PROYECCION DE LA NOCION DE EXPROPIACION 152

CAPÍTULO XIX

LA TRIBUTACION Y EL PODER TRIBUTARIO

I. SU ENCUADRE GENERAL:

La actividad financiera del estado y el poder tributario 155
La tributación 157
Las clases de gravámenes 158
Los principios constitucionales que rigen la tributación 159
La razonabilidad 163
La política fiscal 163
La generalidad de los tributos 164
La relación y la obligación tributarias 165
La libertad fiscal 167
La retroactividad de la ley fiscal 167
La revisión judicial de los gravámenes 168
El "solve el repete" 169
El pago bajo protesta 170
La prueba del "empobrecimiento" 170

II. LA COPARTICIPACION FEDERAL:
El reparto de competencias 171
El tesoro nacional 171
Los impuestos directos e indirectos 172
El art. 75 inc. 2º 172
Las contribuciones y el reparto de competencias 174
La ley-convenio 175
La distribución 177
El control 178
La cláusula transitoria 178
El derecho judicial en materia de competencias tributarias federales y provinciales 178
La "cláusula comercial" y el poder impositivo 179
Prohibiciones al poder impositivo provincial 180

III. LA COMPETENCIA TRIBUTARIA DE LOS MUNICIPIOS DE PROVINCIA 181

IV. LAS ADUANAS:
Los principios constitucionales 182
La circulación "territorial" 183
El peaje 183

CAPÍTULO XX

LOS DERECHOS SOCIALES Y EL TRABAJO

I. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL:
Su surgimiento y contenido 185
El constitucionalismo social en Argentina 186
Remisiones 186
Los derechos "sociales" y "económicos" 187

II. EL DERECHO DE TRABAJAR 189
El trabajo humano 189
El contenido y los sujetos del derecho de trabajar 190
El derecho "al" trabajo 192
La situación del extranjero 192
El derecho judicial en materia de trabajo 193

III. EL ARTICULO 14 BIS:
Su contenido 194

IV. LAS CONDICIONES DE TRABAJO:
La prestación del servicio 196
La remuneración 196
El salario mínimo 197
Igual remuneración por igual tarea 198
La participación en las ganancias 199
La duración del trabajo 199
Protección contra el despido: la estabilidad en la relación de empleo 200
Las dos clases de estabilidad 200
El despido: sus clases 200
El problema de la estabilidad propia en el empleo privado 201
El contrato a plazo 203
El control y la colaboración en la empresa 203
Los tratados internacionales 204

V. EL EMPLEO PUBLICO:
La aplicación parcial del art. 14 bis 205
La estabilidad del empleado público 205

El derecho judicial en materia de estabilidad del empleado público 207
La estabilidad del empleado público en la constitución material 208

VI. LA ASOCIACION SINDICAL 209

VII. EL DESARROLLO INFRACONSTITUCIONAL DEL ARTICULO 14 BIS:
La competencia del congreso 209
Los derechos, la ley, y la fuentes contractuales 209
La interpretación del artículo 126 211
El derecho "común" 211
EL constitucionalismo provincial 212
La distribución de competencias entre estado federal y provincias 212

VIII. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN LA CONSTITUCION MATERIAL 214
La "flexibilización" laboral 215

CAPÍTULO XXI

LOS DERECHOS GREMIALES

I. LOS GREMIOS:
El gremio y la asociación sindical 217

II. LA HUELGA 219
Los sujetos de la huelga 219
La legalidad y la licitud de la huelga 220
La reglamentación de la huelga 221
La calificación de la huelga 221
La huelga y sus efectos en el contrato de trabajo 222
Los movimientos atípicos 223

III. LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO:
Su naturaleza y efectos 224
La "flexibilización" 226
El "encuadramiento sindical" 227

IV. LA CONCILIACION Y EL ARBITRAJE 228

V. LA REPRESENTACION SINDICAL:
La garantía y sus efectos 229

CAPÍTULO XXII

LA SEGURIDAD SOCIAL

I. SU UBICACION CONSTITUCIONAL:
Su encuadre 233
La previsión social 235
El seguro social, las jubilaciones y pensiones, y su interpretación 235

II. LAS JUBILACIONES Y PENSIONES:
Su encuadre 238
Los beneficios, la movilidad, y el derecho judicial 238
La movilidad y la inflación 241
La relación de las jubilaciones y pensiones con el derecho de propiedad 242
Las entidades de la seguridad social 242
La competencia provincial 244
La reforma de 1994 245

III. EL DEBER DEL ESTADO EN EL AMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL 245

IV. LA PROTECCION DE LA FAMILIA 246

V. LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCION MATERIAL. 247

CAPÍTULO XXIII

LOS DERECHOS POLITICOS

I. EL REGIMEN ELECTORAL Y LOS DERECHOS POLITICOS:
Su encuadre interrelacionado 249

Los derechos políticos 250
La democracia participativa 250
Los tratados internacionales de jerarquía constitucional 251
El poder del estado y la designación de los gobernantes 252

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 EN MATERIA DE DERECHOS POLITICOS:
El artículo 37 y el derecho electoral 253

III. EL DERECHO ELECTORAL 254
El derecho electoral objetivo:
El cuerpo electoral 255
Los extranjeros 256
Los ciudadanos no habitantes 256
Las mujeres 256
El electorado pasivo 256
El derecho electoral subjetivo:
El sufragio 257
El electorado pasivo 257
El derecho judicial en materia de derecho electoral 258
La prohibición de reelección 259

IV. LOS PARTIDOS POLITICOS:
Su encuadre antes de la reforma constitucional de 1994 259
La naturaleza constitucional de los partidos 260
La dinámica de los partidos 261
La reglamentación legal y el control de los partidos .. 261
El poder disciplinario de los partidos 262
El derecho judicial en materia de partidos políticos .. 263

V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 EN MATERIA DE PARTIDOS POLITICOS:
El artículo 38 y las pautas garantistas para los partidos políticos 264
La competencia partidaria para postular candidatos . 266
El monopolio de las candidaturas por los partidos . 267
La expresión libre 268

El financiamiento de los partidos 268
El sistema de partidos, más allá de los artículos 37 y 38 269

VI. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LOS NUEVOS DERECHOS POLITICOS:
Las formas semidirectas 271
La "consulta" popular de 1984 271
La iniciativa popular para proyectos de ley 271
La ley 24.747 273
La consulta popular 274
La ley reglamentaria 275
¿Hay materias sustraídas? 276
La reforma de la constitución por vía de consulta popular 276

VII. LA JUDICIABILIDAD Y LA LEGITIMACION PROCESAL EN MATERIA DE DERECHOS POLITICOS Y DE CUESTIONES ELECTORALES Y PARTIDARIAS:
La relación entre judiciabilidad y legitimación 277
El derecho judicial 278
APENDICE: Ley 24.747, sobre iniciativa legislativa popular 281

CAPÍTULO XXIV

LA SEGURIDAD JURIDICA Y EL SISTEMA DE GARANTIAS

I. LA SEGURIDAD:
Su concepto 285
Las garantías constitucionales 285
Las garantías y los derechos humanos 287
El derecho a la jurisdicción, hoy "derecho a la tutela judicial efectiva" 287
La legitimación procesal 291
Los tratados internacionales con jerarquía constitucional 292

II. LA "LEY" Y EL "JUICIO" PREVIOS EN MATERIA PENAL:
La norma del artículo 18 292

Aspectos constitucionales que irradia el principio de la ley previa 294
A) La ley penal "en blanco " 294
B) El tipo penal ampliado por normas infralegales . 295
C) ¿Cuál es la ley "previa" y "más benigna" en el delito permanente? 295
D) La ley previa y el cambio de su interpretación judicial por la Corte 295
E) La ultraactividad de la ley más benigna 296
F) La ley previa en materia de prescripción penal .. 296
G) Los delitos del derecho internacional 297
H) Sanciones de multa agravadas después del hecho sancionado 297
El proceso penal 298
La prisión preventiva 298
La duración del proceso 300
La suspensión del juicio "a prueba" 300
La pena 301
El proceso penal y la víctima del delito 301
El error judicial 301
El art. 118:
El juicio por "jurados" 302
La competencia "territorial" en el juicio penal 303
Delitos contra el "derecho de gentes" 303
La segunda instancia en el juicio penal 304
La "reformatio in pejus" 305
El derecho judicial en materia de ley y juicio previos .. 306
La retroactividad y ultraactividad de la ley penal más benigna 308
Los tratados internacionales de jerarquía constitucional 309
La prohibición de reiterar el enjuiciamiento penal por un hecho ya juzgado: el "non bis in idem" 311
Algunos aspectos constitucionales de la incriminación y la sanción penal:
La política criminal del legislador 312
Posibles inconstitucionalidades en el tipo penal y en la pena 312
Los edictos policiales 314
La teoría de la insignificancia 314

Las prohibiciones en materia penal 314
La pena de muerte 316
El cumplimiento de la condena 317

III. LA GARANTIA DE LOS "JUECES NATURALES":
Su concepto y alcance 318
La sustracción de la causa al juez natural 320
La prohibición de "sacar" 321
El derecho judicial en materia de sustracción de causas 322
El "juez natural" en los recursos judiciales ante tribunales de alzada 323
Los fueros reales 323

IV. LA INMUNIDAD DE DECLARACION Y DE ARRESTO 324

V. EL DEBIDO PROCESO:
Su concepto y alcance 327
La "duración" del proceso 328
El "exceso ritual" 329
La defensa en juicio 329
La sentencia 330
La segunda instancia, o pluralidad de instancias 331
El debido proceso en sede administrativa 332
Aplicación de la garantía del debido proceso al estado en juicio 333

VI. LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY:
Su encuadre 333
El derecho judicial en materia de irretroactividad 334
La sucesión y variación temporal de las leyes, y el derecho adquirido 335
La irretroactividad en materia administrativa 335
La irretroactividad en materia fiscal 335
La irretroactividad en materia procesal 335
La irretroactividad en materia laboral 336
La irretroactividad en materia de seguridad social 336

VI. EL ARTICULO 29 336
La incriminación constitucional 338

Los poderes "tiránicos" 339
Los autores del delito 339
El art. 29 y el código penal 340
Los delitos constitucionales 340

VII. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL:
Su encuadre y contenido 340
La instancia supraestatal 341

CAPÍTULO XXV

LAS LIMITACIONES EN EL SISTEMA DE DERECHOS

I. LAS LIMITACIONES "PERMANENTES" Y LAS "EXCEPCIONALES":
Su razón de ser 343
El "poder de policía" en sus dos conceptos: amplio y estricto 344
El poder de policía en sentido estricto 345
Las competencias del estado federal y de las provincias en materia de poder de policía 345
Algunas pautas para las limitaciones 346
Los tratados internacionales de jerarquía constitucional 347

II. LAS EMERGENCIAS Y LOS INSTITUTOS DE EMERGENCIA:
Su caracterización 349
Las emergencias y los institutos de emergencia en el derecho constitucional argentino 349
Las pautas de limitación y control 351
La guerra 352
La paz 353
La ley marcial 354
El estado de sitio 355
La declaración y sus efectos 356
La crisis económica 358

Los tratados internacionales de jerarquía constitucional 359

III. LA LIMITACION DE LOS DERECHOS DURANTE EL ESTADO DE SITIO:
Su encuadre 360
Las competencias para restringir derechos durante el estado de sitio 361
La "suspensión de las garantías": teorías 362
La tesis finalista 363
Las medidas restrictivas 364
La "duración" de las medidas restrictivas 365
La restricción a la libertad corporal 365
La opción para salir del país 366
El reingreso al territorio después de la opción y la salida 365
El habeas corpus durante el estado de sitio 367
La responsabilidad del estado por el arresto dañino . 368

CAPÍTULO XXVI

EL AMPARO

I. LA ETAPA ANTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994:
El perfil garantista 371
La etapa negatoria del amparo 372
La etapa de admisibilidad 372
La legislación sobre amparo, anterior a 1994 374
El control de constitucionalidad de "normas generales" en el juicio de amparo 374

II. LA ETAPA POSTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994:
El artículo 43 y los perfiles del amparo 375
El párrafo primero del art. 43 376
El amparo contra decisiones judiciales 376

La declaración de inconstitucionalidad 377
¿El amparo actual sustituye a los otros procesos? 377
¿La inconstitucionalidad por omisión queda incorporada? 379
El párrafo segundo del art. 43 380
La legitimación del "afectado" 381
La legitimación del defensor del pueblo 383
La legitimación de las asociaciones 383
La pluralidad de legitimaciones 384

III. ASPECTOS GENERALES DEL ARTICULO 43:
Algunas relaciones entre los párrafos primero y segundo del art. 43 384
La operatividad del art. 43 385
El amparo y el derecho provincial 385
La cosa juzgada en el juicio de amparo 385
El amparo durante el estado de sitio 385
Los tratados internacionales de jerarquía constitucional 386

CAPÍTULO XXVII

EL HABEAS DATA

El artículo 43 387
El bien jurídico tutelado 389
Las clases de habeas data: su objeto y sus finalidades 389
Ambitos a los que no cubre el habeas data 390
El secreto periodístico 391
La legitimación procesal activa 392
La aplicación del art. 43 al habeas data 392
La eventual excepción a la arbitrariedad o ilegalidad 392
Los tratados internacionales y el habeas data implícito 393

CAPÍTULO XXVIII

EL HABEAS CORPUS

I. LA ETAPA ANTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994:
El habeas corpus como garantía constitucional de la libertad 395
Sus clases 396
La legislación sobre el habeas corpus 397
El habeas corpus contra actos de particulares 399
El habeas corpus "de oficio" 399
El habeas corpus contra sentencias militares 399
El habeas corpus, las sanciones privativas de libertad, y los recursos judiciales insuficientes 399
La posible irrupción del habeas corpus en un proceso ajeno 400
El habeas corpus durante el estado de sitio 401

II. LA ETAPA POSTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994:
El artículo 43 401
El habeas corpus contra actos de particulares 403
La tramitación rápida del proceso 403
La operatividad de la norma 404
El habeas corpus y el derecho provincial 404
Los tratados internacionales de jerarquía constitucional 404

CAPÍTULO XXIX

EL DERECHO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

I. EL "TREATY MAKING POWER":
La convención de Viena sobre derecho de los tratados 405
Los tratados 406
La ratificación en sede internacional 406
La publicación de los tratados 407

Las "reservas" en los tratados 408
Los acuerdos ejecutivos de tramitación simplificada.. 409
La "denuncia" de los tratados 409
La derogación por el congreso de la anterior aprobación de un tratado 411
La "prórroga" de los tratados 411

II. LOS TRATADOS Y EL DERECHO INTERNO:
Los tratados en infracción al derecho interno..... 411
La ley "anterior" y el tratado "posterior" discrepante. 413
El "ius cogens" 413
La creación de "derecho nuevo" por los tratados..... 414
Los tratados como "ley suprema" en el derecho argentino 414
La naturaleza federal de los tratados 415
Las leyes reglamentarias de los tratados 415
La interpretación de los tratados y del derecho internacional no escrito en el derecho interno..... 416
El derecho humanitario 418
Remisiones 418

III. LA INTEGRACION SUPRAESTATAL 419
La reforma constitucional de 1994 419
El "tratado-marco" de integración 420
El derecho comunitario 421
Los tratados de integración con normas parciales sobre derechos humanos 422
Los mecanismos previstos para celebrar y denunciar los tratados de integración 422
El federalismo y los procesos de integración supraestatal 423

IV. LOS "TRATADOS" PROVINCIALES:
Su clasificación y sus perfiles 423
La reforma constitucional de 1994..... 424
La aplicación del derecho de los tratados internacionales a los tratados provinciales 425
APENDICE: Fórmulas de instrumentos relativos a la ratificación de tratados 427
Convención Latinoamericana sobre desaparición forzada de personas 429

Este libro se terminó de imprimir en
CYAN S.R.L. Potosí 4471, Cap. Fed,
Tel.: 4982 - 4426, en el mes de
Abril de 2000