



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Miembro integrante de la
Asociación Internacional
de Derecho Constitucional
y del Instituto Iberoamericano
de Derecho Constitucional

DEBATES DE ACTUALIDAD

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

NUEVAS AUTORIDADES

Comité Ejecutivo

| | |
|--|--|
| Presidente | ALBERTO RICARDO DALLA VIA |
| Vicepresidente | SUSANA CAYUSO |
| Secretario General | JORGE GENTILE |
| Tesorero | ALBERTO GARCÍA LEMA |
| Vocales Titulares | MARIO MIDÓN MARÍA GABRIELA ÁBALOS VÍCTOR ALEJANDRO BAZÁN MARIELA UBERTI SERGIO DÍAZ RICCI |
| Vocales Suplentes | PABLO RIBERI ADELINA LOIANNI EUGENIO PALAZZO MARCELA BASTERRA PABLO GARAT |
| Revisor Titular de Cuentas | ALEJANDRO PÉREZ HUALDE |
| Revisor Suplente de Cuentas | HORACIO ROSATTI |
| Director de Publicaciones y Página Web | ADRIÁN VENTURA |
| Subdirectores de Publicaciones | MARCELO LÓPEZ ALFONSÍN ALBERTO ANTONIO SPOTA |
| Responsable Página Web | MARÍA LAURA CLÉRICO |
| Comité de Redacción | ARMANDO AQUINO BRITOS SOFÍA SAGÜÉS PABLO MANILI ARMANDO MARIO MÁRQUEZ CALOGERO PIZZOLO EVE RIMOLDI DE LADMANN MARÍA CRISTINA SERRANO MARTÍN PANCALLO D'AGOSTINO MARCELA AMALIA RODRÍGUEZ ENRIQUE STOLLER ADRIANA TETTAMANTI DE RAMELLA ALFREDO VÍTOLO ALBERTO ZARZA MENSAQUE FEDERICO ROBLEDO |

Comité Consultivo

| | | |
|-----------------------------|--------------------------|------------------------|
| CARLOS MARÍA BIDEGAIN | NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS | IVÁN J. M. CULLEN |
| PEDRO JOSÉ FRÍAS | JORGE REINALDO A. VANOSI | HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ |
| SEGUNDO V. LINARES QUINTANA | DARDO PÉREZ GUILHOU | MARÍA ANGÉLICA GELLI |
| AUGUSTO MARIO MORELLO | RICARDO HARO | GREGORIO BADENI |

Consejo Académico

| | |
|-----------------|-------------------------|
| BEATRIZ ALICE | ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ |
| ALBERTO BIANCHI | DANIEL SABSAY |

MIEMBROS CORRESPONDIENTES DEL EXTERIOR

| | |
|----------------|--|
| Alemania | WOLFGANG HIRSCH WEBER |
| Brasil | JOSÉ AFONSO DA SILVA PAULO BONAVIDES MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ROSA RUSSOMANO (in memoriam) |
| Colombia | CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA LUIS CARLOS SACHICA JAIME VIDAL PERDOMO |
| Chile | JOSÉ LUIS CEA EGAÑA ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN GUILLERMO BRUNA CONTRERAS JORGE TAPIA VALDEZ HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ |
| Costa Rica | RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE |
| España | LUIS SÁNCHEZ AGESTA (in memoriam) FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO MANUEL ARAGÓN REYES PABLO LUCAS VERDÚ MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA FRANCISCO RUBIO LLORENTE JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO ANTONIO TORRES DEL MORAL |
| Estados Unidos | FEDERICO G. GIL (in memoriam) |
| Francia | GUY CARCASSONNE LOUIS FAVOREU |
| Guatemala | JORGE MARIO GARCÍA LAGUARDIA |
| Italia | PAOLO BARILE (in memoriam) ANTONIO LA PÉRGOLA PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA (in memoriam) PIERLUIGGI ZAMPETTI GIORGIO LOMBARDI GIUSEPPE DE VERGOTTINI ALESSANDRO PIZZORUSSO GIANCARLO ROLLA |
| México | HÉCTOR FIX ZAMUDIO DIEGO VALADÉS ROLANDO TAMAYO JORGE CARPIZO |
| Panamá | CÉSAR QUINTERO |
| Perú | DOMINGO GARCÍA BELAÜNDE |
| Uruguay | HÉCTOR GROS ESPIELL EDUARDO G. ESTEVA GALICCHIO JOSÉ SARAVIA ANTÚNEZ |
| Venezuela | ALLAN-RANDOLPH BREWER CARÍAS HUMBERTO LA ROCHE (†) CARLOS M. AYALA CORAO |

CUERPO DE CORRESPONSALES EN EL PAÍS

| | |
|-------------------------------------|---|
| Bella Vista | ANTONIO CASTAGNO |
| Bell Ville | HELIO JUAN ZARINI |
| Capital Federal | BEATRIZ ALICE ALBERTO GARCÍA LEMA |
| Comodoro Rivadavia | JOSÉ RAÚL HEREDIA |
| Córdoba | ALBERTO ZARZA MENSAQUE |
| Corrientes | CARLOS MARÍA VARGAS GÓMEZ |
| La Plata | JOSÉ LUIS LAZZARINI |
| La Rioja | RICARDO MERCADO LUNA |
| Lomas de Zamora | ROBERTO JORGE OJEDA BERTERO |
| Mar del Plata | EDUARDO BERNARDO DARTIGUELONGUE |
| Mendoza | MARÍA CELIA CASTORINA DE TARQUINI (†) |
| Mercedes | ORLANDO JUAN GALLO |
| Morón | OSVALDO SANTILLÁN |
| Neuquén | ARMANDO MARIO MÁRQUEZ |
| Paraná | EDUARDO ARGENTINO MOREIRA GHIGLIONE (†) |
| Pergamino | CARLOS MIGUEL ÁNGEL MOSCA |
| Posadas | MARTÍN R. PANCALLO D'AGOSTINO |
| Quilmes | ALFREDO LEONARDO DURANTE |
| Resistencia | ELISA MARÍA CARRIÓ |
| Río Cuarto | ALBERTO JOSÉ RAMÓN CHIACCHIERA |
| Rosario | IVÁN JOSÉ MARÍA CULLEN |
| Salta | LUIS A. MARTÍNEZ |
| San Fernando del Valle de Catamarca | PEDRO RODOLFO CASAS |
| San Juan | VÍCTOR BAZÁN |
| San Luis | JULIO CÉSAR NIÑO |
| Santa Fe | JOSÉ MANUEL BENVENUTI |
| Santiago del Estero | FRANCISCO EDUARDO CERRO |
| Tandil | CARLOS MARTÍN MARZORATTI |
| Tierra del Fuego | OMAR ALBERTO CARRANZA |
| Tucumán | SERGIO DÍAZ RICCI |

Propietario: Asociación Argentina de Derecho Constitucional
Personería jurídica: Res. ISJN N° 196-A/85 - Córdoba
Domicilio: Cuba 2225, P. 7, Dto. A - Ciudad de Buenos Aires (CP 1428)

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| <i>Este número</i> | 6 |
| DOCTRINA DE ACTUALIDAD | |
| <i>Una fecha paradigmática</i> , por ALBERTO DALLA VIA | 7 |
| <i>La expectativa de una nueva “ley de amparo”</i> , por JORGE REINALDO VANOSI | 12 |
| <i>Perspectivas actuales y vigencia futura</i> , por EDUARDO PABLO JIMÉNEZ | 15 |
| INVITADOS ESPECIALES | |
| <i>Transformación de la cultura jurídica latinoamericana (Democracia, derechos y globalización y su impacto en la enseñanza del derecho)</i> , por CARLOS PEÑA GONZÁLEZ | 25 |
| <i>Tendencias de la reforma política electoral en América Latina: el “ballottage”</i> , por DANIEL ZOVATTO | 32 |
| COLABORACIONES | |
| <i>Novedades en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea</i> , por TERESA DOLORES SILVA | 35 |
| <i>Seguridad jurídica y sistema financiero</i> , por ADRIÁN VENTURA | 41 |
| <i>Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema 1863-2007</i> , por PABLO MANILI | 46 |
| <i>La experiencia monárquica americana: Brasil y México</i> , por FÉLIX ALBERTO MONTILLA ZAVALÍA | 52 |
| <i>El Derecho Constitucional y el Derecho Internacional: conexiones e interferencias en el caso argentino</i> , por EVE RIMOLDI DE LADMANN | 61 |
| <i>La Constitución Nacional como fundamento de la creación normativa</i> , por MARIELA UBERTI | 71 |
| <i>Derechos fundamentales e interpretación: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte</i> , por FERNANDO M. MACHADO PELLONI | 82 |
| <i>Los llamados superpoderes del Jefe de Gabinete: sistema constitucional y ruptura constitucional</i> , por PABLO LEONEL LIBERMAN | 95 |
| JURISPRUDENCIA COMENTADA | |
| <i>Síntesis de los principales fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia constitucional del año 2006</i> , por PABLO GUSTAVO HIRSCHMANN | 99 |
| INFORMACIÓN GENERAL | |
| | 123 |
| LIBROS Y REVISTAS | |
| | 125 |

Las expresiones vertidas en los trabajos que se publican en esta Revista no expresan la postura oficial de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional

ESTE NÚMERO

La AADC celebra el cincuentenario del amparo, actuará como *amicus curiæ* y tiene una nueva página web.

Usted tiene en sus manos el número 199 de la revista *Debates de Actualidad* (año XXIII, enero-abril de 2008), el primero de los tres números que se editarán este año y que le acerca varias novedades: 1) celebrar los 50 años de la creación pretoriana de la acción de amparo; 2) comentarle que las autoridades de la AADC decidieron que la entidad actuará como *amicus curiæ* en casos de gran relevancia constitucional que sean especialmente seleccionados; 3) comentarle que también se resolvió darle mayor difusión a la revista e incorporar todos los números de *Debates* a la nueva página web de la AADC; 4) recordarle que nuestra página web fue completamente renovada y que se puede acceder a ella escribiendo en el buscador el nombre de nuestra asociación o la dirección www.ccn.org.ar.

En diciembre último, la AADC, junto con el Colegio de Abogados de Mercedes y con la presencia de la vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctora Elena Highton, celebró el cincuentenario de la sentencia del caso “Siri” y, en poco tiempo más también participará de las celebraciones que realice el máximo tribunal argentino.

También en ese encuentro de Mercedes la AADC decidió que tendrá una participación activa en la defensa de la Constitución Nacional, actuando como *amicus curiæ*. Pero como la intención no es política, sino que el propósito que mueve a nuestra entidad es de carácter eminentemente institucional, los casos se seleccionarán con un criterio muy restrictivo, cuando

la gravedad institucional del tema y los valores comprometidos lo justifiquen. En este número encontrará el reglamento aprobado por la AADC.

En tercer lugar, le renovamos la invitación a participar en nuestras publicaciones. Durante muchas décadas, el maestro Alberto Spota editó el *Boletín*, que en sus tradicionales y muy esperadas hojas blancas fue la publicación oficial de la AADC. A partir de 2002, la AADC comenzó a publicar la revista *Debates*, que también se nutre, con criterio amplio, de las colaboraciones de todos los asociados. Respetando la numeración del *Boletín*, el primero de los números de *Debates* publicados ese año fue el 187. Desde entonces, se publicaron varios números por año, excepto en 2007, cuando por problemas de costos sólo se editó uno, el número 198 (año XXII, enero-diciembre de 2007), que ya fue distribuido. Ahora, en la AADC, encaramos una tercera etapa: a la vez que retomaremos la continuidad de tres números anuales, nos proponemos darle a la revista y al sitio oficial mayor utilidad, presencia y difusión. Por eso, necesitamos más que nunca su colaboración. Y, también, a partir de ahora, paulatinamente se incorporarán en la página web los números de *Debates*, para facilitar la utilización del material y la complementación de ambos instrumentos.

Finalmente, queremos agradecer la buena acogida que tuvo la nueva página web entre los asociados, pero también estamos abiertos a todas las críticas y mejoras que usted nos pueda sugerir. Por eso, nuevamente, le solicitamos que escriba a adrianventura@fiber-tel.com.ar, para hacer llegar todos sus aportes.

Dr. ADRIÁN VENTURA

Director de Publicaciones y Página
Web

DOCTRINA DE ACTUALIDAD

Cincuenta años de la creación del amparo

UNA FECHA PARADIGMÁTICA

por ALBERTO DALLA VIA*

En la historia del constitucionalismo hay fechas paradigmáticas: en 1215 los barones ingleses dictaban la Carta Magna; en 1803 el Chief Justice John Marshall presidía la Suprema Corte estadounidense creando el control de constitucionalidad en el caso “*Marbury vs. Madison*”. En diciembre de 1957, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, presidida por el doctor Alfredo Orgaz, dictaba sentencia en el caso “Siri”, dando nacimiento a la acción de amparo, garantía principalísima de los derechos fundamentales.

Los doctores Manuel Argañarás, Enrique Galli y Benjamín Villegas Basavilbaso conformaron el voto mayoritario junto al presidente; en tanto que el doctor Carlos Herrera votaba en disidencia compartiendo la opinión del Procurador General de la Nación, doctor Sebastián Soler, en cuanto a que esta vía excepcionalísima se encontraba prevista en nuestra legislación solamente en resguardo de la libertad física.

Ése era el criterio que había predominado en las instancias inferiores. El titular del Juzgado en lo Penal N° 3 de Mercedes, doctor Francisco Fuentealba, había rechazado la acción interpuesta por el ex senador provincial del partido laborista, Ángel Siri, en su carácter de dueño del periódico *Ciudad de Mercedes*, ante la circunstancia de haber encontrado una consigna policial en la puerta que le impedía la apertura del local, con el argumento de la improcedencia del hábeas corpus para este tipo de casos.

El recurso de apelación interpuesto ante la Cámara Penal del Departamento Judicial del Centro de la Provincia fue rechazado con la firma de los doctores Enrique Allende, Francisco Chapuis y Emilio Dai-

reaux, por un fundamento distinto. En virtud de los distintos informes que fueron requeridos al comisario de policía, al Ministerio de Gobierno provincial y a la Comisión Nacional Investigadora, se había retirado la consigna policial de la puerta del local y reemplazado por una ronda de guardia; razón por la que el tribunal de alzada entendió que no se encontraba configurada una lesión grave o inminente a un derecho constitucional.

Siri interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En aquellos tiempos no era necesario cumplimentar el requisito del “superior tribunal de la causa” ante la Suprema Corte Provincial, como es la actual doctrina imperante. El remedio federal fue concedido con fecha 14 de junio de ese año de 1957.

El recurrente contaba con el patrocinio letrado del doctor Juan Martín Guidi, un distinguido abogado del foro local, quien se destacara por argumentar a favor del reconocimiento de la acción de amparo en nuestro derecho, presentando comunicaciones en importantes reuniones científicas, como la Inter American Bar Association.

Se adelantó a los tiempos: entendía que al haber suscrito nuestro país la Declaración Americana de Derechos Humanos, firmada en Bogotá en 1948, el amparo debía tener incorporación como garantía, en virtud del compromiso internacional asumido en orden a lo dispuesto en el artículo 31 de la Constitución Nacional. También lamentaba que la reforma constitucional ocurrida en el mes de septiembre de ese mismo año 1957 no hubiera producido tal incorporación.

* Texto del discurso pronunciado por el presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional durante los actos de celebración realizados en la ciudad bonaerense de Mercedes, en diciembre de 2007, que fueron organizados por el Colegio de Abogados de esa ciudad y la AADC y que contaron con la presencia de jueces provinciales, de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y de la vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctora Elena Highton de Nolasco.

La reforma de 1957, que también cumple cincuenta años, fue corta y conflictiva debido a los vicios de legitimidad que la afectaban. Había sido convocada mediante un decreto de facto por un gobierno que había anulado a través de una proclama revolucionaria la Constitución de 1949. Esta última, de fuerte inspiración peronista, también mereció reparos doctrinarios debido a no haber cumplido fielmente el mecanismo previsto en el artículo 30 para la reforma constitucional.

La reciente reforma constitucional de 1994 saneó los defectos de origen de la reforma del '57 al considerarla entre los antecedentes del texto actual, jurándose el texto de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994; nada se dijo de la Constitución de 1949. Podrán encontrarse varias respuestas a ese silencio, tanto políticas como jurídicas, ya que la misma no subsiste en el texto actual; pero sería un inmenso error y hasta un grave horror, propio de necios, el pretender negar los hechos del pasado que conforman nuestra historia.

Pero volvamos al caso "Siri" y al memorial presentado al Alto Tribunal, porque ya todos sabemos que lo que no había hecho una reforma constitucional acotada a un solo artículo ni habían sancionado las leyes sería incorporado a nuestro derecho mediante la decisión pretoriana de cuatro jueces que no le tuvieron miedo al poder político y que escribieron una de las páginas más gloriosas en la historia del cimero tribunal.

Al entender que la justicia del caso requería apartarse de la ortodoxia ampliando el espectro de las garantías en favor de los justiciables, es muy probable que los venerables Ministros de la Corte recordaran las advertencias formuladas por Alexander Hamilton en la lectura N° 79 de *El Federalista*: Los ciudadanos nada debían de temer del Departamento Judicial. La historia demuestra que los grandes atropellos a los derechos han provenido en general de los poderes políticos. Sin embargo –agregaba– deben de temerlo todo, de la unión del Poder Judicial con cualquiera de los otros dos poderes.

En el memorial de marras, Ángel Siri se dirigía a la Corte con una frase de Matienzo denominándola "Supremo Guardián de la Constitución" y narrando que habiendo recuperado su libertad después de varios meses –había estado preso en la cárcel de Olmos como consecuencia de la revolución del 16 de septiembre de 1955–, había encontrado su imprenta clausurada, en una situación que se mantenía, sin conocer el motivo

de dicha clausura, ante lo cual insistía en solicitar un mandamiento positivo de los jueces para ejercer sus derechos constitucionales.

En un corto y claro escrito advertía que su reclamo no consistía en un recurso de "hábeas corpus", sino en un "remedio legal" a los efectos de lograr la garantía constitucional de la libertad de imprenta, mediante un acto en procedimiento, declarativo, que asegure el imperio del derecho.

La memorable sentencia del 27 de diciembre de 1957 comienza por señalar que no existe constancia cierta de cuál sea la autoridad que ha dispuesto la clausura del diario ni cuáles sean, tampoco, los motivos determinantes de ella. "...En estas condiciones –señaló la Corte– es manifiesto que el derecho que invoca el solicitante de publicar y administrar el diario debe ser mantenido..."

Agregando: "...Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: *las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer 'en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación'...*"

Y como en muchos otros episodios trascendentes de nuestra vida institucional, la sentencia cita a Joaquín Víctor González en un párrafo de su *Manual de la Constitución Argentina* que fue la primera obra teórica dogmática y sistemática de Derecho Constitucional, escrita por un gran profesor que también era un hombre político, alcanzando así la síntesis depurada del constitucionalista.

Señalaba Joaquín V. González: "...No son como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación..."

Aquellos eran tiempos duros, signados por los desencuentros que no pocas veces acecharon la vida política argentina. Prevalecía la antinomia entre pero-

nistas y antiperonistas y sucesivas medidas silenciaban la libertad de expresión y la libertad de prensa. Ángel Siri era un hombre formado en el pensamiento nacionalista de FORJA, que accedió al Senado provincial en 1946 y fue reelecto en 1952. Vivió en Mercedes hasta su muerte acaecida el 2 de mayo de 1996. El 16 de ese mes y año, el Honorable Senado de la Provincia de Buenos Aires le rindió un merecido homenaje, siendo el orador el senador Roberto Enrique Caberzasio, quien destacó su constante obra a favor de las escuelas y las bibliotecas populares.

Alfredo Orgaz era un destacado profesor titular de Derecho Civil. Presidió el Colegio de Abogados de Córdoba y la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Se manifestó en contra del avance del gobierno militar sobre el Poder Judicial y rechazó el juicio político a los miembros de la Corte, postura que lo ubicó como antiperonista. La Revolución Libertadora lo nombró presidente del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, cargo que dejó para pasar a la Corte Nacional. El gobierno constitucional de Frondizi lo confirmó y le dio acuerdo del Senado, pero distintas divergencias sobre la política judicial lo llevarán a renunciar “por cansancio moral”. Falleció en Córdoba el 11 de agosto de 1984.

Manuel José Argañarás nació en Santiago del Estero en 1885, doctorándose en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1908. Realizó la carrera judicial como secretario civil, juez de primera instancia y de cámara en los Departamentos Judiciales de Bahía Blanca, del Centro de la Provincia con asiento en Mercedes y La Plata. En 1930, la intervención lo nombró juez de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, renunciando en 1946. El gobierno militar de 1955 lo nombró en la Corte Suprema, renunciando el 8 de mayo de 1958. Falleció en La Plata el 28 de enero de 1973.

Enrique Valentín Galli nació en La Plata el 14 de febrero de 1896 y falleció el 16 de octubre de 1958. Fue consejero académico de la Facultad y miembro del Consejo Superior de la Universidad Platense. Son notables sus notas y actualizaciones de la obra de Raimundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil argentino*, en los dos tomos de *Obligaciones*. Integró la Federación Argentina de Colegios de Abogados y la Asociación Internacional de Abogados. Renunció cuando asumió el gobierno de Frondizi. Su salud no era buena y falleció a los pocos meses.

Benjamín Villegas Basavilbaso había egresado guardiamarina y fue profesor de historia de la Escuela

Naval Militar. Se graduó de abogado en Buenos Aires y fue profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de La Plata, publicando un tratado sobre la materia. Fue juez correccional de la Capital e integró la Cámara de ese mismo fuero. La importancia de la Armada en el proceso político que se vivía lo llevó a la Corte en 1956 y el gobierno de Frondizi lo mantuvo en el cargo, ocupando la presidencia del cuerpo después de la renuncia de Orgaz. Renunció el 4 de marzo de 1960 y falleció en Necochea el 16 de agosto de 1967.

José Ortega y Gasset señaló, con razón, que los hombres se complementan en su accionar con las circunstancias que los rodean. Muchas veces superan su propia condición para ser protagonistas de circunstancias superiores. Los antes nombrados provenían de sus propias historias y formaciones pero supieron ocupar la dimensión jurídica y moral de los jueces que el momento reclamaba. Pusieron, en definitiva, límites jurídicos al propio poder político que los había designado, afirmando la independencia judicial en favor de la separación de poderes y de las garantías individuales.

Comunicada la decisión de la Corte, a fs. 77 del expediente, obra diligencia policial, con la presencia de dos testigos, en acto en el que intervinieron Siri y su abogado Guidi, por medio de la cual se procede a abrir la puerta de la esquina que forman las calles treinta y treinta y uno, del mencionado diario, penetrando en su interior para luego proceder también a la apertura de las puertas interiores que comunicaban con el domicilio particular y taller del mismo. De ese modo, y en ese acto, Ángel Siri encontraba respuesta a su reclamo.

El decano de los constitucionalistas argentinos, el maestro Segundo V. Linares Quintana, quien con sus 98 años de edad sigue dando muestras de vitalidad al publicar recientemente la segunda edición de su *Tratado de interpretación constitucional*, realizó un temprano comentario de este fallo en el tomo 89 de *La Ley* (p. 531). Allí decía: “...La Corte Suprema de Justicia de la Nación –guardián e intérprete definitivo de la Ley de las leyes de la República– acaba de pronunciar una sentencia, cuya doctrina señala un acontecimiento verdaderamente trascendental en la historia de nuestro más alto tribunal, ubicando a dicho fallo, por sus notables proyecciones institucionales, a la altura de los más importantes dictados en cualquier época por aquél...”

Y concluía recordando una cita “irrebatible”, cual

es la cláusula del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada [...] no tiene constitución”.

El comentario también resaltaba un hecho fundamental: la propia Corte anunciaba con inusual claridad un cambio de jurisprudencia hacia el futuro, para que no quedara ninguna duda y se afirmara también la seguridad jurídica. Digámoslo con las palabras del tribunal: “...En consideración al carácter y jerarquía de los principios de la carta fundamental relacionados con los derechos individuales, esta Corte Suprema, en su actual composición y en la primera oportunidad en que debe pronunciarse sobre el punto, se aparta así de la doctrina tradicionalmente declarada por el tribunal, en cuanto relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, la protección de las garantías no comprendidas estrictamente por el hábeas corpus...”

Este énfasis en definir los alcances de la jurisprudencia también enfatiza su carácter *pretoriano*. Entre nosotros el amparo ha sido una creación de los jueces. No han sido buenas las experiencias legislativas, como lo demuestra la ley de facto 16.986. Ha sido la jurisprudencia, en cambio, la que extendió sus alcances a los actos de los particulares en el caso “Kot” de 1958 o la que admitió el amparo como vía apta para el control de constitucionalidad en el caso “Peralta” de 1990.

La reforma constitucional de 1994 se hizo cargo de las nuevas tendencias hacia la plena judiciabilidad de los actos, incorporando el amparo en caso de vulneración de leyes y tratados internacionales, el amparo por omisión y el amparo colectivo en los casos de protección de los denominados “intereses difusos”. También se incluyeron las garantías de “hábeas data” y de “hábeas corpus” en el mismo artículo de la Constitución, a manera de subtipos o especies del género “amparo”, recorriendo un camino inverso al de sus orígenes, cuando los primeros amparos nacían caratulados como “hábeas corpus”.

Nada provino de una generación espontánea o de un repentino raptó de inspiración por parte de nuestros constituyentes; ellos se encontraban avalados por sólidos trabajos de doctrina de los constitucionalistas, preparados sin prisa y sin pausa durante silenciosas reflexiones o animados debates académicos.

No puedo dejar de recordar las dos magníficas conferencias pronunciadas por el profesor Germán Bidart Campos en la sede de extensión universitaria de

la Universidad Católica Argentina cuando se cumplían 25 años de la sentencia que hoy recordamos. Es decir, hace exactamente 25 años. También debo mencionar los importantes trabajos escritos por Adolfo Rivas, José Luis Lazzarini, Osvaldo Gozaíni, Néstor Pedro Sagüés, Augusto Mario Morello, Carlos Vallefin, Jorge Reinaldo Vanossi y Humberto Quiroga Lavie, entre otros autores, que han dado desarrollo al llamado Derecho Constitucional Procesal.

En ellos sintetizo también la permanente tarea de estudio realizada por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional desde su fundación y a lo largo de su existencia bajo las presidencias de Adolfo Rozat, Pedro J. Frías, Alberto Antonio Spota, Ricardo Haro, Antonio María Hernández y Néstor Pedro Sagüés.

Por eso, al concurrir a esta tradicional ciudad de Mercedes, para rendir homenaje al nacimiento del amparo, queremos evocar no solamente a los jueces que lo admitieron sino también a los ciudadanos y abogados mercedinos que no cesaron en su lucha hasta ver sus derechos tutelados por la decisión judicial. Personalizamos el homenaje en las figuras de Ángel Siri y de Juan Martín Guidi, a través de sus sucesores, parientes, colegas, vecinos y coterráneos.

En la norma consagrada en el artículo 43 de nuestra Constitución está la labor presente del abogado y del litigante insistiendo con imaginación en los argumentos jurídicos, estudiando siempre para no ser cada día menos abogados –como recomendaba Couture–; pero también la visión amplia del juez de la Constitución, del constitucionalista, de aquel que mira al horizonte en perspectiva, sin quedar atrapado por los contornos estrechos de la norma.

Esto quiere expresarles hoy la Asociación Argentina de Derecho Constitucional al reunir a su Comité Ejecutivo en una sesión conmemorativa y que dejaremos testimoniado en este aniversario a través de una placa recordatoria que entregamos al Colegio de Abogados de Mercedes.

Quiero agradecer muy especialmente a la señora vicepresidente de la Corte Suprema, doctora Elena Highton, por su presencia tan significativa, tan personal y también tan simbólica, ya que ningún homenaje al amparo tendría verdadero reflejo sin la presencia del señero tribunal de la República que lo dictó.

Quisiera concluir con una reflexión general sobre la lucha por el derecho a la que nos invitaba Rudolf von Ihering, ya que en definitiva, la concreción de las garantías en los textos de las constituciones se escribe

con la perseverancia de los hombres y mujeres que mantienen su fe en la Justicia como parte de un sistema de creencias compartidas.

En un párrafo correspondiente a la página 24 del tomo I de *El espíritu del Derecho*, transcrito en uno de los trabajos en los que el abogado Juan Martín Guidi abogaba por la incorporación del amparo, puede leerse la siguiente cita de Ihering: “Sólo la voluntad puede

dar al derecho lo que constituye su esencia: la realidad. Por eminentes que sean las cualidades intelectuales de un pueblo, si la fuerza moral, la energía, la perseverancia le faltan, en ese pueblo jamás podrá prosperar el derecho”.

Los abogados y el pueblo de Mercedes demostraron esas cualidades que quedaron definitivamente plasmadas en nuestra realidad jurídica.

LA EXPECTATIVA DE UNA NUEVA “LEY DE AMPARO”

por JORGE REINALDO VANOSI*

¡Qué felices podemos y debemos sentirnos en el año 2006, en contribuir a dar sanción a una ley de garantías de esta importancia! Debemos estar felices por la oportunidad y la necesidad de que se apruebe esta norma para eliminar el “mamarracho” que había dejado el gobierno de facto de un soldado insurrecto (sic), que dictó un decreto-ley para negar el amparo que la Corte había creado generosamente en su momento (casos “Siri”, 1957 y “Kot”, 1958). El decreto de 1966 tiene la mácula –es doloroso decirlo– de llevar la firma como ministro refrendario de un profesor de Derecho Constitucional de aquella época.

¡Qué oportuno que se haga en el mes de mayo! No somos amigos de las efemérides, pero estamos promediando el mes y el 1º se celebra –además del día internacional del trabajo– la sanción de la Constitución de 1853; el 25 fue el día de la promulgación de esa Constitución histórica, y el 9 de julio se recuerda la solemne jura por los pueblos de las catorce provincias de ese texto de la Ley Suprema de los argentinos.

Lo que estamos tratando no es una mera ley procesal: es una ley de fondo, una ley de garantías y una ley complementaria de la Constitución Nacional que va a ir pareja y unida a su texto en todo lo que de aquí en adelante y en el territorio del país sea un pedido de protección ante una situación de desamparo.

Por eso cabe rendir homenaje al doctor Alfredo Orgaz –entonces presidente de la Corte–, porque atravesó por una situación difícil: tuvo el coraje de desautorizar al gobierno existente en ese momento y levantar la clausura de un periódico, porque no sólo estaba en juego la libertad de prensa, sino también la propiedad del diario. El doctor Orgaz no sabía si ese fallo iba a ser acatado o no. Sin embargo, fue acatado y sentó jurisprudencia; y fue irreversible desde el

punto de vista del ensanchamiento del sistema de garantías en el país.

Recuerdo que el doctor Orgaz –ya retirado de la función pública– vivía en Córdoba, en la calle San José de Calasanz. Cuando venía a Buenos Aires ocupaba un departamento muy sobrio y austero que utilizó en los tiempos en que fue presidente de la Corte. Estaba ubicado en la calle Parera. Fuimos un grupo de jóvenes a hablar con él sobre todas estas cosas. Fue así como alguien le preguntó de dónde había inferido el amparo, y él dijo con una tonada deliciosamente cordobesa –que lo caracterizaba– que no lo había extraído de la manga, sino del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Efectivamente era así, porque lo fundó en lo que prescribe el artículo 33 de la Constitución Nacional que dice: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías...” –estamos ante una garantía– “...no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Ahí está la clave de bóveda de toda esta cuestión.

Cuando le preguntamos por qué había hecho tan sólo una cita doctrinaria, nada menos que la de Joaquín V. González, el eminente constitucionalista, estadista y profesor riojano –que es una honra para los argentinos–, nos contestó sencillamente que allí estaba todo. Es verdad. Y agregó otra cosa: “Las enciclopedias eruditas exponen mucho, pero cuando uno necesita resolver un problema constitucional práctico y concreto hay que ir al *Manual* de Joaquín V. González”.

Efectivamente, si nos remitimos al clásico texto de Joaquín V. González, encontraremos un párrafo de tres renglones en el que se expresa que todos los

* Profesor Honorario de Derecho Constitucional. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Diputado Nacional.

derechos y principios que están proclamados en la primera parte de la Constitución son directamente aplicables, aunque no existan leyes que los reglamenten. Es decir, tienen lo que hoy se llama “operatividad”.

De modo que Joaquín V. González predicaba, a fines del siglo XIX, la plena operatividad de los derechos. Y hoy día se lucha para que los derechos sociales y los derechos colectivos que ahora van a estar protegidos por esta nueva ley tengan la operatividad que se merecen. Y esto lo afirmamos porque a veces se los viola no sólo por acción sino también por omisión de los poderes públicos, o por una acción de poderes privados o contrapoderes que pueden entorpecer el goce de determinados derechos.

Por eso esta ley será la ley de todos, por todos y para todos. Además, será una muestra magnífica de procedimiento autogestionario por el hecho de haber llegado a un consenso que honra a este Parlamento y que va a ser una herramienta puesta en manos del pueblo argentino, independientemente del sector político, social, económico o religioso al que se pueda pertenecer.

Esta creación pretoriana había que cubrirla con una norma, porque no podía subsistir la laguna que hubo primero ni el adefesio del decreto-ley que medió después.

Lo único que teníamos era el hábeas corpus, que ahora también figura en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Hubo autores que ya en las décadas de los '40 y '50 preconizaban que el hábeas corpus –entendido en una forma generosa– podía ser una herramienta equivalente al amparo.

Carlos Sánchez Viamonte, ilustre maestro de la escuela platense y de Buenos Aires, también predicaba incansablemente esa doctrina, dándole una dimensión mayor al hábeas corpus, pero no consiguió que fuera recepcionado jurisprudencialmente.

Los que hemos trabajado en el nuevo texto hemos recogido –como lo han hecho otros legisladores– el aporte del derecho público provincial, que en este como en muchos otros temas se ha anticipado al derecho público federal o nacional al consagrar el amparo en las normas positivas. Una cosa es una creación pretoriana, de la que otra jurisprudencia puede desentenderse o desandar el camino, y otra es una ley o una cláusula constitucional, ya que no se puede derogar fácilmente o violar impunemente.

También corresponde efectuar dos recuerdos. Uno tiene que ver con el viejo maestro de la escuela del

Litoral –el doctor Adolfo Rouzaut–, quien a mediados de la década de 1930 publicó su libro sobre garantías y proclamaba la necesidad de que se reglamentara un amparo que fuera más allá de la protección de la libertad física o ambulatoria, para cubrir todos los derechos y libertades establecidos en la Constitución Nacional.

También es justo reconocer –porque esto tiene que ser colocado en un plano de suprapartidismo y no de partidismo– que entre los años 1944 y 1955 quien fuera juez de la Corte Suprema y en algún momento presidente de ella, el doctor Tomás Casares, emitió algunos votos amparistas, es decir, proclamando el amparo como una ampliación del sistema de garantías aunque no hubiera una ley reglamentaria que lo estableciera (caso “San Miguel”, *Fallos*: 216:606).

Claro está que la suerte de este instituto depende del manejo con que se lo articule. Sería un error creer que hoy estamos colocando en el plexo jurídico del país una especie de sanalotodo o una varita mágica. No es así; el amparo no sirve para cualquier cosa. El amparo va a tener su dignidad, su prestancia y su eficiencia en la medida en que se lo utilice cuando no haya otro remedio “más idóneo” para proteger una libertad o un derecho violado. El amparo no es el instrumento al cual necesariamente hay que acudir en primera ocasión sino que es el arma que hay que tomar cuando no se encuentra otro remedio porque no existe, o el que existe no es suficiente para reparar el derecho que se ha violado. Porque si todo es amparo, nada va a ser amparo. Lo peor que podría ocurrir es que llegáramos a una desnaturalización por una “amparomanía” que no está en la intención de los legisladores ni sería bueno para el equilibrio del sistema.

Acá hemos vivido un contraste surrealista. En América latina, continente al que pertenecemos con orgullo, teníamos el “adefesio” legislativo que ahora quedará derogado. En cambio, México, por ejemplo, tenía un amparo que cubría todo –es decir, el hábeas corpus, la declaración de inconstitucionalidad–, que es lo que ahora contempla el artículo 43 nuevo, que probablemente sea la incorporación más importante que se ha hecho en la reforma de 1994 para el reinado de la Constitución Nacional en el sistema de garantías más abarcativo.

Ese contraste surrealista lo estamos superando a través de esta nueva normativa, y enhorabuena que así sea. Pero esta norma la van a aplicar los jueces. Y aquí cabe señalar brevemente lo siguiente. La historia judicial indica –acá y en otros países (por lo que ningún

juez tiene que sentirse aludido y en todo caso, al que le quepa el sayo que se lo ponga)– que hay varias clases de jueces. Hay *jueces amparistas*, que serán guiados por las pautas de la razonabilidad para una aplicación justa y razonable –como acabamos de señalar– de esta herramienta.

También hay *jueces escapistas*, que con tal de no jugarse no resuelven nada, y menos un amparo; como decía un profesor, “son los tribunales más competentes para declararse el mayor número de veces incompetentes”, con el afán u objeto de no entender en los asuntos. Y en todas partes también existe el peligro de los *jueces sensacionalistas* –llamémosles hoy en día “mediáticos”–, que con tal de obtener una consagración pública inmediata son capaces de dictar medidas que saben que no van a tener andamio ni viabilidad desde el punto de vista de la protección práctica y efectiva de los derechos. Estos jueces bien deberían recordar lo que en el *Manual de conducción política* decía el ex presidente Perón diferenciando la “popularidad” del “prestigio”. Él decía que la popularidad se puede adquirir y perder fácilmente; en cambio, el prestigio es muy difícil de ganar pero si se pierde no se recupera nunca más. Entonces, a los jueces que quieran hacer sensacionalismo les convendría tener la prudencia de preservar el prestigio de la institución judicial y no malversarlo de una manera inicu. Por aquello de que “del ridículo no hay retorno”.

La eficacia –y acá está la clave de la cuestión– va a depender de la dosis de energía jurisdiccional que los magistrados de todos los fueros y de todo el país pongan en la aplicación de esta y de todas las normas. De nada vale que sancionemos más y más normas si no hay *energía jurisdiccional* en la autoridad de aplicación, es decir, en los que tienen que declarar si una norma es constitucional o no, si es razonable o no y si es operativa o no; o sea, todas aquellas potestades que los jueces en definitiva tienen a su alcance como parte de su amplia esfera de competencia.

También hay que reconocer, en homenaje a la verdad, que aun bajo el decreto-ley del gobierno de facto hubo jueces, e incluso la propia Corte Suprema (período 1966-1973), que no lo aplicaron y declararon la inconstitucionalidad de normas, como en los casos “Outón” y “Mate Larangeiras Méndez”, en que directamente barrieron con esa prohibición del artículo 2º del decretazo

y declararon la inconstitucionalidad porque era la única forma de obtener la protección de un derecho.

Hoy es también el amparo –y estamos dando cumplimiento a ello– una exigencia que surge de los compromisos internacionales que ha contraído la Nación Argentina. El Pacto de San José de Costa Rica y las sucesivas declaraciones de derechos y garantías regionales o mundiales exigen que hay que contar con remedios de protección rápida, eficaz y real de los derechos; si no, los derechos no son derechos ni declaraciones sino meras declamaciones. De modo que por alguna vía o manera también tenemos que hacer presente que el verdadero derecho subjetivo es el que puede obtener que se remueva el obstáculo que lo viola, que en definitiva repare el daño causado e incluso haga responsable al funcionario o al grupo que lo afectó. La Argentina cumple entonces con un ideal de tutela efectiva.

Cuando le preguntaron a un ilustre jurista francés a fines del siglo que terminó cuál era el logro mayor que el siglo podía arrojar, es decir, si era el viaje a la Luna, la energía atómica o los grandes progresos de la medicina, dijo: “No. La conquista más firme que está por encima de las ideologías y que derrotó a todos los totalitarismos, de un extremo y del otro, es la figura del Estado de Derecho”. Hoy estamos poniendo una columna más que va a apuntalar al Estado de derecho y para que nadie quede –ya que hablamos de amparo– en situación de desamparo (y no es un mero juego de palabras).

El “Justicia” de Aragón, creado en el Fuero de Aragón en el siglo XII, es decir, unos años antes que la Carta Magna de los ingleses, preveía que el Justicia podía ir incluso al lugar donde estaba violado el derecho y si el rey no había cumplido con la orden impartida por aquél en el sentido de que se restableciera ese derecho, entonces el Justicia podía valerse de los medios que tuviera a su alcance para hacer efectivo el derecho y eliminar el factor que lo perturbaba.

Esperamos que no tengamos necesidad de que los jueces deban metamorfosearse en justicieros propios o en “llaneros solitarios”. Tengamos la seguridad de que con estas herramientas todos los poderes de derecho y de hecho van a acatar las resoluciones judiciales.

PERSPECTIVAS ACTUALES Y VIGENCIA FUTURA

por EDUARDO PABLO JIMÉNEZ¹

Nuestra famosa incredulidad no me desanima. El descreimiento, si es intensivo, también es fe y puede ser manantial de obras. Diganlo Luciano y Swift y Lorenzo Sterne y Jorge Bernardo Shaw. Una incredulidad grandiosa, vehemente, puede ser nuestra hazaña.

JORGE LUIS BORGES

Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución (Del voto mayoritario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Siri”).

SUMARIO: I. Consideraciones generales. II. El amparo en el contexto latinoamericano. III. La magnitud institucional del proceso de amparo. IV. La instalación pretoriana de ciertos principios sustanciales que animan al proceso. V. Conclusiones.

I. Consideraciones generales

Es interesante resaltar y recordar aquí que la acción de amparo, en cuanto *proceso constitucional* que es, integra en forma innegable el bagaje de contenidos del “Derecho Procesal Constitucional”².

Asimismo, creemos que en el contexto del Estado de Derecho, el amparo constitucional resulta ser prácticamente, y por definición, *un amparo frente al juez*, pues este proceso, que aporta tutela constitucional urgente e inmediata de los derechos fundamentales, no

¹ Eduardo Pablo Jiménez es Profesor Titular Regular [concurado] de la asignatura “Teoría Constitucional” en la Universidad Nacional de Mar del Plata. También es Profesor Titular en las asignaturas “Derecho Constitucional”, y “Derechos Humanos y Garantías” en la Universidad Atlántida Argentina. Y Profesor Asociado a cargo de la Asignatura “Elementos de Derecho Constitucional” en la Carrera “Licenciatura en Relaciones Internacionales” en la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Asimismo, es Investigador (Categorizado II, por el Ministerio de Educación de la Nación, en la UNMDP).

² Puede considerarse sin temor a error, que un momento clave hacia la instalación definitiva del Derecho Procesal Constitucional acaece entre nosotros con motivo de la celebración, en el año 1987, de las I Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil [en homenaje al Dr. Augusto Morello]. Allí, y en su Comisión IV, referida al tema “Control de Constitucionalidad”, se estableció lo siguiente: “Cabe enfatizar el afianzamiento doctrinario y legislativo del Derecho Procesal Constitucional, disciplina que se ocupa a) de la jurisdicción constitucional; b) de la magistratura constitucional, y c) *de los procesos constitucionales, típicos de la supremacía constitucional*”. Ello con la firma de los juristas Lino Palacio, Gualberto Lucas Sosa, Pedro J. Bertolino, Eduardo Oteiza y Néstor P. Sagüés. Señala también Domingo García Belaúnde (*Derecho Procesal Constitucional*, Temis, p. 194), respecto de los procesos constitucionales, que éstos se detienen a ver “los mecanismos que procuran defender la jerarquía normativa (en rigor, el control de constitucionalidad) y la protección de los derechos humanos, sobre todo, el hábeas corpus y el amparo, muy difundidos en América Latina (debiendo distinguirse el amparo mexicano, que es amplio, omnicompreensivo y globalizante, del amparo platense, llamado así por comodidad, pues la jurisprudencia argentina y su comunidad jurídica son las que lo han perfilado, y es distinto)”. Enseña el jurista argentino Osvaldo Gozaini en el punto (*Derecho Procesal Constitucional*, Editorial de Belgrano, p. 249), que “En general, el Derecho Comparado interpreta al amparo como un proceso constitucional”. Agrega a ello, que “La garantía se analiza en el modelo técnico aplicado, el cual a veces es amplio, como el mexicano, o limitado y subsidiario de otras vías judiciales, como parece

sustituye a la protección judicial del ciudadano, o el resguardo del sistema institucional, sino que más bien la presupone³.

Consideramos entonces, y desde este punto de análisis, que sin perder su pertenencia al ámbito del Derecho Procesal Constitucional, el amparo constitucional representa también una singularidad de determinados ordenamientos normativos, con un sentido o justificación histórica, inaugural de los órdenes jurídicos constitucionales en que está inserto.

Esta figura usualmente presupone –sin perjuicio de otras, no menos valiosas⁴– dos vertientes, desde las cuales puede ser abordado su estudio: la orgánica, también llamada institucional o subjetiva, que parte de la desconfianza de la identificación constitucional de un Poder Judicial preconstitucional, y la funcional u objetiva, que lo hace desde la ausencia de una doctrina, o una jurisprudencia sobre la norma constitucional, muy en particular de su parte dogmática⁵.

Es real –desde esta perspectiva con que asumimos el estudio de esta figura legal– que conforme el argumento histórico se debilita en ambas vertientes, también se debilita la posición del amparo constitucional.

La idea que aquí ponemos a consideración del lector pasa entonces y según nosotros lo entendemos, por generar con el transcurso del tiempo una tendencia hacia la defensa objetiva del ordenamiento jurídico. Aunque para ello, es paradójico señalar también, por un lado, que la propia estructura del amparo resulta un obstáculo, a lo que debe adunarse la existencia de una notoria crisis funcional de la figura, que se consustancia en la propia crisis del sistema democrático actual.

En este andarivel paradójico, pareciera ser necesario destacar que a medida que el sistema constitucional se afianza [trabajosamente, por cierto, en nuestras latitudes] y la defensa de los derechos fundamentales atri-

buida a los jueces y tribunales de justicia parece consolidarse, debe prevalecer –en función de razones institucionales claramente identificadas con la idea de afirmar y potenciar el sistema democrático– la dimensión objetiva de la acción de amparo, por sobre la subjetiva, aunque no creemos que en ese tránsito la dimensión subjetiva de esta figura debiese desaparecer totalmente.

Ello pues, la dimensión subjetiva de nuestro proceso constitucional relaja y subordina su importancia en el sistema jurídico *solamente en la medida en que la tutela judicial exista realmente, y sea eficaz*.

Pero no puede olvidarse aquí que estamos situados en el ámbito del constitucionalismo latinoamericano, y por ello ha de reivindicarse, más allá del análisis teórico antes explicitado, la supervivencia de la dimensión subjetiva del proceso de amparo, en tanto el resguardo de la tutela individual, frente a todo modo de exceso, todavía es necesario en el contexto de nuestra institucionalidad, aún en proceso de consolidación⁶.

Además, el amparo en su desarrollo se ha mostrado –desde esta visión subjetiva, y aun con las prevenciones antes señaladas– como un muy interesante instrumento de interpretación de la Carta Fundamental, acercándola a la cambiante realidad que propone nuestra sociedad latinoamericana, en cuanto permite que cualquier ciudadano, agraviado en sus derechos fundamentales, pueda acudir por esta vía, cuestionando la constitucionalidad de aquellas normas, actos u omisiones en que se funda el agravio.

Es sabido que en nuestro país, el amparo constitucional nace por creación pretoriana, y luego –con altas y bajas– se consolida como un instrumento de garantía efectiva del uso y goce de los derechos, instituido por el propio sistema constitucional. En la originaria elaboración jurisprudencial, y aun durante evolución posterior, esta figura validó su origen o raíz

ser la tendencia más difundida”. Asumiendo diversa postura, no compartida por nosotros, sostiene Pedro Cruz Villalón (*El Recurso de Amparo Constitucional*, en *Los procesos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 117), que el RAC “...no es un elemento típico de la justicia constitucional, sino más bien *una singularidad* de determinados ordenamientos”.

³ Cfr. CRUZ VILLALÓN, ob. cit., p. 117.

⁴ Así, señala Juan Carlos Hitters (Ponencia presentada a las Jornadas Latinoamericanas de Garantías Constitucionales, San Carlos de Bariloche, Argentina, diciembre de 1987) otros modos posibles de caracterización del proceso de amparo, pudiendo así hablarse de un amparo cautelar y un amparo resolutorio; unilateral o bilateral; formal e informal. Con todo, nosotros preferimos la utilizada, por brindar una mayor utilidad a nuestro análisis.

⁵ Cfr. PÉREZ TREMPES, Pablo, *El Recurso de Amparo Constitucional*, en *Los procesos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, ps. 123 y ss.

⁶ Al punto que el propio Domingo García Belaúnde nos recuerda en una de sus obras referidas a nuestra materia, que más allá de la presencia técnica de la figura del amparo en el ámbito latinoamericano “...en verdad, en el mundo de la praxis, los vacíos y las violaciones se mantienen y muchas veces reina la impunidad” (ob. cit., p. 195).

constitucional en el derecho a la jurisdicción, emergente del artículo 18 de la Carta Fundamental⁷.

Es que ya en los tiempos de los precedentes fundacionales de la acción de amparo, el artículo 18 de la Constitución Nacional, en su texto originario, daba asiento a la garantía constitucional de acceso a la jurisdicción, con lo que la acción de amparo se posicionaba desde ese entonces como una garantía federal, elevándose al lugar de derecho-garantía constitucional de la misma jerarquía de las prerrogativas jurídicas que era llamada a proteger, con plena operatividad a tal fin⁸.

II. El amparo en el contexto latinoamericano

Hemos sostenido desde tiempo atrás que las constituciones son, ante todo, instrumentos que intentan garantizar un mínimo espacio a las libertades individuales, frente a los consabidos embates del Poder, que siempre tiende a la desmesura, y no podemos dejar aquí de recordar a nuestro querido amigo y colega Miguel Ángel Ekmekdjian, en cuanto siempre resaltaba que “el fundamento ético del Derecho Constitucional, estriba en la pretensión de juridizar al Poder, de ponerle límites para evitar su desbocamiento”⁹.

Evidentemente, el proceso de amparo se inscribe en este contexto garantista del mundo jurídico, posicionándose como una herramienta de corte procesal, que resulta fundamental al momento de intentar la ansiada limitación del poder, en beneficio del interés ciudadano, representado en este caso por la necesidad de actuar –en forma inmediata y urgente– sus derechos y libertades fundamentales.

Es que su perfil se acentúa entonces como una

acción de corte breve y sumaria, cuyo objeto es garantizar los derechos y libertades constitucionales diversos de la libertad física; y su ámbito resulta por ello ser distinto al de los procesos ordinarios, en el camino de actuar debidamente el “derecho a la jurisdicción”, ya que estos últimos no poseen aptitud para satisfacer –en razón de su propia naturaleza– la pretensión de restauración urgente de los derechos fundamentales que el ciudadano requirente pretende conculcados por el agresor particular o estatal.

Ya expresaba a su tiempo el destacado jurista peruano Domingo García Belaúnde a la acción de amparo como una creación histórica del constitucionalismo mexicano, que en la segunda década del siglo XX se extendió en forma vertiginosa por nuestro continente, e inclusive en España, por obra del jurista mexicano entonces residente en la península, Adolfo Reyes.

Es sabido también que el modelo de amparo mexicano es de gran alcance y muy complejo en su desarrollo, por cuanto intenta validar un modo de protección integral de todos los derechos, dada la amplitud con que pretende ofrecer su cobertura¹⁰.

En Centroamérica, donde ya existía la figura del hábeas corpus desde el siglo XIX, el proceso de amparo se adoptó por esa época, aunque en una modalidad de protección amplia, que excluía a las agresiones a la libertad individual, lo que se enfatizó a partir de la década de los '20 del siglo pasado. Este amparo, cuya figura fue luego ampliamente difundida en el continente, se instaló con ciertas variantes, no sólo vinculadas con el modo de transitarse el proceso, sino también en cuanto a su denominación¹¹.

Bien enfatizaba también en este punto Miguel

⁷ Así, indicaba a su tiempo el reconocido constitucionalista argentino Alberto Spota (*Análisis de la acción de amparo, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional*, Ponencia presentada en las II Jornadas Nacionales sobre Temas Constitucionales Relevantes), que “El art. 18 de la Constitución en su texto originario, vigente hoy, da asiento a la garantía constitucional de acceso a la jurisdicción”, con lo que luego sugiere que “las acciones procesales que se asientan directamente en la Constitución, son normativas constitucionales procesales”.

⁸ Según bien lo expresa Osvaldo Gozaíni (*Derecho Procesal Constitucional* cit., p. 251) al aunar los conceptos de tutela y amparo, ello supone que en la nueva perspectiva que tienen los procesos jurisdiccionales “no importa ahora tanto apoyar la idea de concretar la justicia según las normas vigentes, como sí fomentar la conformidad del ciudadano con sus derechos y la manera como la actividad judicial los protege y define”, agregando también este destacado autor que “En Argentina, diversos artículos de la Constitución de 1853 avalaron la operatividad del proceso de amparo, aun cuando no estuviera definido con precisión. Tanto el artículo 18, que mencionaba la garantía del debido proceso como el artículo 28 que estableció la inalterabilidad de los derechos a través de las leyes reglamentarias, como el artículo 33 (derechos implícitos) fijaron el marco desde el cual la jurisprudencia encontró la vía para admitir el amparo”.

⁹ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *El juicio de amparo en las constituciones latinoamericanas*, en L. L. Actualidad del 16-5-89, p. 1.

¹⁰ Señala empero, Domingo García Belaúnde al respecto, que “...sin embargo, la grandeza del amparo mexicano es trágica: su influencia ha sido enorme, pero en cuanto tal, esto es, en cuanto modelo integral, no ha sido seguido por nadie” (ob. cit., p. 19).

¹¹ GARCÍA BELAÚNDE, ob. cit., ps. 19/20. Expresa allí este reconocido autor que variando el modelo mexicano fue que se desarrolló en Argentina, ya en los cincuenta, y luego se ha extendido enormemente el proceso de amparo, tal como lo conocemos

Ekmekdjian la necesidad de que a través de las constituciones, y particularmente en nuestra región, se garantice –como de hecho hoy sucede– la existencia de un proceso breve, ágil y sumarísimo, que “no pueda ser entorpecido con argucias o dilaciones curialescas, ya sea ante los tribunales ordinarios, o ante tribunales especiales (como en el caso de Ecuador y Perú) que permita la inmediata restitución del derecho o garantía vulnerados y el castigo del responsable de esta violación”, instando además el destacado jurista a las naciones latinoamericanas a ratificar –en la medida de lo posible, sin reserva alguna– la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que hoy para los argentinos, y como es sabido, posee jerarquía constitucional, en términos enunciados por el artículo 75, inciso 22 de la norma fundamental.

Ése fue el modo –a la manera de trámite expeditivo y desacramentado, vinculado a la defensa de los derechos fundamentales, agredidos por particulares o aun por el Estado– en que la figura se desarrolló en Argentina, promediando la década de los '50, extendiéndose luego de una manera conocida hoy por todos.

Resaltó aquí García Belaúnde que el amparo, en esta versión platense [aun cuando con antecedentes centroamericanos], es distinto del modelo mexicano. Y acierta en cuanto se presenta como proceso constitucional de la libertad o de “las libertades” [con exclusión de la ambulatoria].

Enfatizamos también la importancia de que oportunamente el modelo de amparo, tuitivo de prerrogativas constitucionales básicas del ciudadano, haya sido asumido por el sistema interamericano de protección de derechos fundamentales. Así, esta acción, como garantía genérica de la protección a los derechos fundamentales del ciudadano, fue instituida por la CADH, en su artículo 25.

Ya expresaba a su tiempo Miguel Ekmekdjian que “Esta Convención está llamada a ser uno de los pilares de la integración latinoamericana en una materia tan esencial como lo es la defensa de los derechos humanos en el subcontinente”.

Sabido es que el tiempo le dio la razón al punto que nuestro colega docente, Juan Carlos Wlasic, ha resaltado en una obra de su autoría que “La protección de

los derechos fundamentales o derechos humanos, por lo menos los básicos, y la existencia de un proceso ágil y garantista, es algo que ha reconocido y hecho suyo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹².

Diremos además que, a la fecha, casi la totalidad de las constituciones latinoamericanas han receptado esta figura, en disposiciones que poseen diversa redacción y extensión, y que no estimamos ahora del caso reproducir, pero que marcan la tendencia generalizada del Derecho Constitucional latinoamericano de incluir a la acción de amparo como un instrumento más en la lucha por el afianzamiento de las libertades públicas y derechos fundamentales de los ciudadanos, bastando sólo acentuar la tendencia a efectuar una uniformación de esta normativa protectora, en forma coordinada y en el contexto del dictado de un posible código latinoamericano de garantías constitucionales.

Allí, debiera potenciarse la conformación uniforme de la denominada “situación de amparo”, que según lo expresa Juan Carlos Hitters¹³ se configura al reunirse cuatro presupuestos básicos que se dan en esa situación, y en ninguna otra forma de conflicto.

Estos presupuestos son los siguientes: el de *certidumbre o liquidez del derecho*, ya que si esa certidumbre existe, el juez actuante no tiene más que informarse acerca de su existencia, e incluso a veces presumirlo, en razón de las características del caso; el de *conducta lesiva*, que es la que lleva a justificar el interés de aquella persona que reclama amparo, y puede provenir tanto del Estado como de otros particulares. Otro presupuesto se vincula con una meta jurídica consistente en la virtualidad jurídica que ha de tener esa conducta lesiva, representada por *la ilegalidad o arbitrariedad*, la que ha de ser patente o manifiesta.

Finalmente, se exige que esa lesión o afectación de un derecho *se mantenga, o permanezca* en el momento en que se impetra la acción.

Con esta breve reseña, pretendemos señalar que si efectivamente coinciden los intereses antes señalados, es obvio que la jurisdicción ha de comportarse en este tipo de conflictos de una manera peculiar, y con efectividad, aunque no podemos desconocer tampoco que en los hechos esta figura, que nace en una concepción

hoy en nuestra latitud rioplatense, y agrega que “El amparo, en esta versión platense (aun cuando con antecedentes centroamericanos) es distinto del modelo mexicano, y debemos a los juristas argentinos, el mérito no sólo de haber aceptado e incorporado la institución en esa modalidad, sino de haber diseñado sus contornos doctrinarios en forma definida, mediante jurisprudencia y literatura de alto grado”.

¹² WLASIC, Juan Carlos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, Juris, Rosario, 1998.

¹³ HITTERS, Juan Carlos, *Exposición sobre proceso de amparo*, Ponencia presentada a las Jornadas Latinoamericanas de Garantías Constitucionales (San Carlos de Bariloche, Argentina, diciembre de 1987).

subjetiva, de tipo cautelar y unilateral, ha mutado poco a poco en una acción judicial esencialmente objetiva, pero no por ello decididamente tuitiva del sistema jurídico en sí, como la pretendemos, sino más bien travestida en una “forma procesal” que desemboca la mayoría de las veces en una solución resolutive, luego de transitar por un proceso si no bilateral, cuando menos bilateralizado y ordinarizado en los hechos.

Pero aun así, nuestra figura persiste en ser ubicada e imaginada institucionalmente por la ciudadanía latinoamericana como un remedio eficaz frente a las agresiones del sistema jurídico y sus operadores en contra de sus derechos fundamentales.

Y desde allí, es bueno resaltar la magnitud que de todos modos ella asume en nuestros tiempos, enmarcada en el garantista espacio de estudio y análisis que ofrece el Derecho Procesal Constitucional.

Y ello no deviene en mera retórica, ya que como bien se lo ha sostenido¹⁴, el reciente auge del Derecho Procesal Constitucional se traduce en Latinoamérica “...en la programación de las cátedras de la asignatura, tanto a nivel de grado como de postgrado en Argentina, Colombia, Perú, Panamá y Costa Rica, entre otros países; la sanción de códigos de Derecho Procesal Constitucional”, o aun “la creación, en 1991, del Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, con sede en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina”.

III. La magnitud institucional del proceso de amparo

Señala María Angélica Gelli que en sus orígenes pretorianos la acción de amparo tuvo por principal efecto “...acelerar el dictado de las decisiones judiciales enderezadas a proteger a quienes sufrían una manifiesta violación de sus derechos constitucionales, en ausencia de remedios procesales adecuados para reparar aquella lesión”¹⁵.

Es que en doctrina esta figura siempre fue asumida como un efectivo remedio para sanear actos u omisiones constitucionales, tanto por parte del Estado como de los particulares, en tanto ellos vulneran en forma inmediata los derechos de los ciudadanos, ya sean considerados en forma individual como en su conjunto, colocando así a los jueces en un verdadero papel de contralor del sistema, teniendo para ello presente que el poder y la libertad son fenómenos sociales contradictorios que tienden a anularse recíprocamente, siendo ambos protagonistas de lo que Miguel Ángel Ekmekdjian patentiza como un “diálogo tremendo y perpetuo, que es el motor esencial de la historia del hombre”¹⁶.

No hay duda –desde esta perspectiva de pensamiento a la que adherimos– de que caracterizar a la libertad como limitación a la autoridad significa que las acciones que el poder público emprenda llevan insita la idea de libertad de la persona humana.

Con lo expuesto, y asumiendo que esta idea libertaria resulta ser el presupuesto fundante de la existencia de la autoridad, asumir tal contexto garantista permite derivar que será constitucionalmente inválido todo acto u omisión que conduzca a su aniquilamiento o desvirtuación.

Así, la más calificada doctrina concibe a la acción de amparo no solamente como un proceso constitucional, con todo lo que ello conlleva, sino que avanza, asumiéndolo como un verdadero derecho constitucional, que hoy se encuentra inserto en las cláusulas de las Cartas Constitucionales, y particularmente, como instrumento o garantía específica que la figura transmite para tutelar los derechos fundamentales de las personas¹⁷.

En igual modo, señalaban los entonces convencionales constituyentes argentinos Bassani y Jaroslavsky¹⁸, al presentar uno de los tantos proyectos que regulaba su inserción en la Constitución textual, en 1994, que esa propuesta nos introducía en la “consa-

¹⁴ Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, ps. 51/52.

¹⁵ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 1ª ed., La Ley, p. 337.

¹⁶ Del autor citado, *¿Qué es una Constitución?*, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, N° 1, Ediar, Buenos Aires, 2000, ps. 19 y ss.

¹⁷ Ver, por todos ellos, a GOZAÍNI, *Derecho Procesal Constitucional* cit., p. 252. Agrega allí nuestro prestigioso colega que “La protección del amparo se dirige hacia los derechos fundamentales, sin importar si ellos están constitucionalizados (es decir, incorporados en las declaraciones y garantías de una Carta Superior) o si provienen de derechos implícitos o impuestos por instrumentos de tutela supraestatal”.

¹⁸ La propuesta en cuestión, incluida en el *Cuadernillo de Proyectos Ingresados a la Convención Nacional Constituyente de 1994*, N° 17, p. 656, bajo el número de expediente 353, rezaba lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a reclamar por sí, o en caso de imposibilidad manifiesta, un tercero en su nombre, ante los jueces, en todo momento y lugar, y mediante un procedimiento rápido y efectivo, la protección inmediata de sus derechos consagrados en esta Constitución cuando ellos resultaren vulnerados o

gración constitucional de un concepto neurálgico del modernamente llamado ‘Derecho Procesal Constitucional’, rama del Derecho que cobra especialmente fuerza entre nosotros a partir de la consolidación de la democracia, pues desde entonces que los Derechos Humanos han reclamado su real y efectiva cotización, con proyección a una definitiva entrada en vigencia en un camino que aún hoy –a fuerza de ser realistas– nos encontramos transitando”.

Reconocemos, con Gozáini, que la síntesis entre ambas proyecciones del amparo –como derecho y como garantía, en el contexto situacional del Derecho Procesal Constitucional– permite observar a este peculiar proceso constitucional como el más importante al momento de articular la defensa y promoción de los derechos fundamentales, y ofrece acabado fundamento a las razones por las que deben ser hallados y perfeccionados los mecanismos procesales que aseguren su eficacia más que su restricción.

No puede olvidarse aquí que nuestro sistema legal [al menos en su ordenamiento federal] se encuentra entre aquellos que no poseen órganos judiciales especiales o particularizados para efectuar la tarea de tutela constitucional, y en consecuencia, los ciudadanos, frente a avasallamientos arbitrarios e inminentes de sus derechos fundamentales, sólo cuentan en lo esencial, para su tutela, con los resguardos que ofrecen las potestades de los jueces y los recursos procesales legal y constitucionalmente asignados a tal fin.

Y en este contexto existen cuando menos cuatro coberturas mínimas en las que tanto la tutela judicial ordinaria, cuanto la acción de amparo [en particular esta última], no pueden dejar de ofrecer, ya que representan garantías consagradas como derechos ciudadanos básicos. Son ellas: el derecho de la persona humana a *peticionar ante la justicia*; el de *que el juez no anteponga cuestiones técnicas para oír la pretensión en cuestión*, debiendo otorgar suficientes oportunidades para alegar y probar; el de *que se otorgue derecho al contradictorio*, es decir, que no se propicie en el caso la indefensión, y el de *que la sentencia constituya una resolución justa y fundada* de los derechos que fueron afirmados¹⁹.

De esta forma, sugiere Osvaldo Gozáini que aunar los conceptos de tutela y amparo supone generar una nueva perspectiva en la que en la actuación de los procesos jurisdiccionales no importa ahora tanto apoyar la idea de concretar la justicia según las normas vigentes, como fomentar la conformidad del ciudadano con sus derechos y la manera en que la actividad judicial los protege y defiende.

Así, la visión actual de la acción de amparo pretende vincularla a la de tutela judicial efectiva, que significa que todo aquel que crea tener derecho a algo pueda ocurrir a un órgano estatal imparcial que le atienda, verificando su razón, y en su caso, haciendo efectivo el derecho.

Simplemente, nos referimos aquí al derecho de toda persona a que “se le haga justicia”, a que cuando pretenda algo de otra persona, esa pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas.

En este sentido, ha señalado el constitucionalista argentino Alberto Spota que “...el acceso a la jurisdicción es en consecuencia, la suprema garantía que teniendo por base el uso efectivo y razonado del poder del Estado, para responder el ataque o defensa de derecho, se asienta en la pretensión y necesidad no sólo de mantener la paz en la sociedad, sino de optimizar la aplicación de una justicia que también debe y pretende ser razonada y razonable, sobre la base de una norma jurídica preexistente, conocida pública e igual para todos. Todo ello, dentro de mecánicas operativas que tengan a la coherencia y a la mentada razonabilidad como presupuestos de existencia y desarrollo, en función de cumplimiento de normativa legítima y legal, que goce de las calidades pre enunciadas”.

No cabe duda alguna entonces de que la regular actuación del proceso de amparo resulta ser una parte importante de nuestro sistema de justicia constitucional, y ello debe ser preservado en sus líneas fundamentales, hoy claramente definidas en el texto constitucional, y en los instrumentos internacionales a los que la reforma constitucional argentina de 1994 les ha dado jerarquía constitucional.

amenazados, aun cuando esta violación sea cometida por autoridad pública o personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales. Esta acción sólo procederá cuando el afectado carezca de otro medio de defensa idóneo respecto de la agresión constitucional denunciada. La presente garantía posee operatividad inmediata, sin perjuicio del dictado de legislación que reglamente su ejercicio”. Era claro que la intención de estos convencionales, actuando desde la técnica del DPC, fue la de fundir en un concepto de garantía tutelar única y mínima, comprensiva de los supuestos de hábeas corpus y amparo, con ganancia, a partir de una adecuada formulación técnica de la figura que –enunciando núcleos básicos de actuación– dice todo lo que debe decirse al respecto. Lamentablemente, el proyecto no prosperó al momento de los debates en el recinto constituyente.

¹⁹ Cfr. GOZÁINI, ob. cit., p. 251.

Es que al margen de la previsión constitucional habida en el artículo 43 de la Carta Fundamental, los instrumentos internacionales de derechos humanos, jerarquizados por el artículo 75, inciso 22 de ese texto, adunan al sistema jurídico argentino un recurso que cumple la función de garantía para los derechos instituidos por los instrumentos jerarquizados. Sus características son las de ser efectivo, breve, sencillo y eficaz en cuanto a su disponibilidad inmediata para los ciudadanos requirentes.

Este importante aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos obliga al Estado argentino, desde que operó la reforma constitucional de 1994, a garantizar la sustanciación de este proceso constitucional, de conformidad con los compromisos internacionales asumidos, habilitando las instancias judiciales pertinentes a fin de que cada justiciable acceda con su pretensión a la justicia, obteniendo un pronunciamiento que no sea tardío ni inoperante respecto de la petición habida, sea cual fuere su resultado.

Pero nuestro final de definición normativa, proyectada ahora con precisión en el doble ámbito nacional e internacional, y que le permite a toda persona alegar hoy frente al Estado, con estatus legal y constitucional, la titularidad de un recurso efectivo, sencillo, breve y eficaz como medio para canalizar su pretensión, es el que se originó –al menos– entre nosotros, desde una promisoriosa apertura jurisprudencial o “pretoriana” acaecida hace ya cincuenta años.

Ocuparemos el último tramo de nuestro trabajo para intentar evaluar los aportes del importante precedente “Siri” al tránsito institucional cuya consolidación normativa acabamos de explicitar.

IV. La instalación pretoriana de ciertos principios sustanciales que animan al proceso

En esta hora de homenaje a la creación pretoriana del proceso de amparo se nos hace difícil intentar resolver la dicotomía habida entre la innegable trascendencia de los principios que efectivamente instaló el precedente y las circunstancias políticas y sociales en que el mismo fue dictado.

Respecto de esta última cuestión, el propio reconocimiento de los magistrados que produjeron ese precedente²⁰ exime de tener que acreditar el hecho incontrovertible, consistente en que con su dictado se intentó justificar una pretendida “mejor posición de resguardo garantista” que la dictadura golpista en turno y sus jueces ofrecerían a la ciudadanía, frente a un supuesto “gobierno dictatorial depuesto” que, según se señalaba, no había ofrecido garantías ciudadanas a las libertades de los habitantes.

Con lo expuesto pretendemos ameritar un juicio de valor respecto de lo actuado por los protagonistas de una Argentina que surcaba tiempos difíciles y violentos, y que lo serían aún más en los años a seguir. Intentamos, con cita expresa a los dichos de sus protagonistas, defender un imperativo ético con el que comulgamos: es que ni siquiera el peor gobierno civil puede ser saneado a partir de la instalación de una dictadura, desde la irrupción de un gobierno de facto, o colaborando con el mismo aun con la pretensión de lograr una mínima mejora institucional.

Los resultados de tales actos de una pretendida “prudencia política” nos han demostrado que siempre la tendencia de las dictaduras militares ha sido la de violentar salvajemente los derechos fundamentales, pretendiendo en todos los casos torcer la voluntad popular, casi siempre en beneficio de modelos políticos, sociales y económicos que jamás han arribado al poder con el aval de las urnas.

Así, y una vez aclarado lo antes expuesto, diremos ahora que indicaba el propio Alfredo Orgaz, y en nombre del Tribunal Supremo que entonces integraba²¹, que con el arribo de la Corte Suprema del gobierno usurpador de 1955 “El ambiente jurídico estaba, pues, maduro para llegar a la protección judicial de las libertades esenciales. Los abusos e iniquidades de la dictadura, inmediatamente después, harían ya fatal el cambio de la doctrina hasta entonces imperante”, agregando luego que “La Corte Suprema constituida a raíz de la Revolución Libertadora, no tardaría en dar satisfacción a aquel anhelo general”.

Aun luego de lo expuesto, destacaba Orgaz que en realidad la Corte “preparó” y “buscó” el momento adecuado para ofrecer el cambio en su jurisprudencia,

²⁰ Nos referimos particularmente al caso “Ángel Siri” (CSJN, Fallos: 239:459) dictado en fecha 27-12-57. Se trató de un fallo dividido, en el que la mayoría fue constituida por los magistrados *Alfredo Orgaz, Manuel J. Argañaraz, Enrique V. Galli y Benjamín Villegas Basavilbaso*, y la disidencia fue presentada por el ministro Carlos Herrera.

²¹ Señalaba el magistrado referido, que escribía la obra citada: “En la medida en que estoy razonablemente autorizado para hablar, en su conjunto, por la Corte Suprema nombrada por el Gobierno de la Revolución” (ORGAZ, Alfredo, *El Recurso de Amparo*, Depalma, 1961), agregando a ello que “...todos sus miembros entraban al desempeño de sus graves funciones dispuestos a no olvidar la terrible experiencia anterior y a afirmar el respeto del sistema constitucional” (ob. cit., p. 18).

y así poder dejar definitivamente en claro que ese gobierno de facto garantizaba en mejor grado los derechos individuales que el anterior depuesto.

Intentando justificar el accionar del gobierno de facto denominado “Revolución Libertadora”, enfatizaba Orgaz que hasta la instauración del régimen constitucional depuesto, y que él –y muchos otros– denominaban “dictadura”, “...los casos de desamparo real de las libertades esenciales distintas de la corporal o física, fueron relativamente poco frecuentes”, agregando también que “Tampoco hasta entonces había llegado a nuestro país la agitación social y política que afectaba a los países de Europa, de suerte que los gobiernos se mostraban respetuosos, en general de las libertades individuales”²².

Creímos importante desarrollar con toda claridad estas consideraciones, ya que si bien entendemos destacable el camino abierto por ese precedente de la Corte, y también extremadamente útil la herramienta del amparo constitucional por ella instituido en esa ocasión para consolidar de modo eficaz la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, no podemos avalar en modo alguno las razones por las que se eligió ese momento histórico para instalar la figura pretorianamente, por parte de una Corte que integró un gobierno de facto –así sea en sus postrimerías–, y a fin de pretender justificar la acción pretendidamente garantista de este último.

No puede ser olvidado aquí que hoy, de darse –por hipótesis– una situación como la narrada por Alfredo Orgaz para justificar el dictado del caso “Siri”, caería necesariamente bajo las previsiones dispuestas en el artículo 36 del texto fundamental argentino, que veda todo accionar “golpista” y castiga no solamente a los usurpadores, sino también a sus colaboradores con las más graves penas del sistema constitucional argentino.

En defensa de esa Corte, empero, podemos señalar que tal tendencia fue luego ratificada y aun ampliada en el precedente “Kot”, dictado en los comienzos del gobierno constitucional de Arturo Frondizi, y en el que se ampararon derechos de propietarios frente al accionar de un sindicato, considerado por la Corte como excesivo, dadas las circunstancias del caso.

Recordamos que el cimero tribunal consideró allí a

los sindicatos como un verdadero Poder Público, asimilable a las dependencias estatales²³.

Con lo expuesto, y aun coincidiendo con quienes afirman y valoran la rotunda eficacia con que ese precedente marcó rumbos señeros en el camino hacia el aseguramiento de las libertades ciudadanas, reiteramos nuestra percepción institucional a su respecto: consideramos paradójico que la Corte Suprema de Justicia de ese entonces hubiese intentado con su dictado ofrecer un elemento justificador de las pretendidas “bondades” de las instituciones nacidas al calor de un gobierno golpista que se asumió como “revolucionario”, prestándole colaboración institucional, sin medir las gravísimas consecuencias que cada irrupción de facto infringió a nuestra frágil democracia, y que aún hoy padecemos.

Respecto del “caso” en sí, bueno es recordar que el amparista –don Ángel Siri– había manifestado ser director y administrador de un diario cuya clausura había sido dispuesta hacia comienzos de 1956, y aún se mantenía al momento de impetrar la correspondiente acción judicial, con una “consigna policial” en su puerta, a fin de impedir su reapertura.

Ante un requerimiento formulado por el magistrado interviniente en la primera instancia, se pudo determinar que prima facie la clausura había sido ordenada por la Dirección de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, aunque en realidad, recabados nuevos informes, nadie parecía conocer las reales razones de tal clausura, ni la autoridad que la había dispuesto.

Tales condiciones refrendaron la circunstancia de arbitrariedad notoria ejercida en contra del ciudadano promoviente, puesto que el periódico en cuestión llevaba a la fecha casi dos años clausurado, sólo a partir del accionar de una custodia policial en la puerta [accionar de la autoridad pública, en fin], sobre la que nadie podía dar razón de quién y por qué la había ordenado.

Según lo manifestó el propio ministro Orgaz, el problema concreto con que se había encontrado la Corte Suprema al estudiar el caso era decidir si cabía brindar una respuesta al interesado, quien reclamaba derechamente el auxilio de la justicia para que le

²² Aut. y ob. cit., p. 20.

²³ CSJN, *Fallos*: 241:291, en el que se admitió la acción de amparo frente a agresiones de los particulares, y ello sucedió en fecha 5 de septiembre de 1958, durante el gobierno constitucional de Arturo Frondizi. En este caso, el fallo también fue dividido: *la mayoría se integró con los votos de los jueces Alfredo Orgaz, Benjamín Villegas Basavilbaso y Juan Carlos Beccar Varela*. Los votos disidentes fueron firmados por los ministros Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte.

reponga en el goce de un derecho de innegable rai-gambre constitucional²⁴.

Si bien el diario clausurado era pequeño y verosí-milmente sus editoriales de carácter político, el pro-blema institucional que traía aparejada su clausura se hubiera dado igual si ella afectase –por caso– al diario más importante del país: se agraviaba sin miramiento el derecho a la libertad de prensa, que los ministros votantes de la Corte Suprema consideraban indispen-sable para la formación de la opinión pública, y que en el caso, según se había constatado, carecía de protec-ción adecuada e inmediata, y la requería justamente del Poder Judicial.

Es claro que en ese entonces, y particularmente teniendo en cuenta la difícil situación institucional por la que transitaba la República, la cuestión a resolver no era tema simple para los magistrados. Ya adelanta-mos en párrafos precedentes [y las correspondientes notas al pie] que el fallo resultó dividido y la [ajustada] mayoría allí habida contrariaba las referencias ofreci-das al respecto por el Procurador General de la Nación en su dictamen.

Ya el magistrado interviniente en primera instan-cia, con base en el criterio tradicional hasta entonces detentado por el alto tribunal, y sin tomar en cuenta las novedades del precedente “Casa de la Cultura Argen-tina”, había rechazado la pretensión sosteniendo que en el caso no se afectaba la libertad individual, lo que además fue confirmado en Alzada.

Habíamos señalado nosotros en un aporte anterior –y sin perjuicio de las prevenciones de corte institucio-nal expuestas párrafos más arriba– que es fácil advertir que con su dictamen el Procurador General de la Nación había perdido en esa ocasión “la oportunidad de entrar en la historia de la mayor apertura institucional que el Poder Judicial tuvo hacia la tutela de los derechos fun-damentales, toda vez que sugiere al alto cuerpo, atener-se a criterios teñidos de excesivo rigor formal, que a esa fecha ya habían comenzado a desandarse”²⁵.

El voto de la mayoría de la Corte no siguió las indicaciones del dictamen del Procurador General de la Nación, actuando a partir de una consideración más

“activista” del caso planteado, asumiendo que la alta Corte es también un Poder de Estado, saltando –en definitiva– por sobre los escollos que definía entonces la inacción del Congreso de la Nación, a fin de res-guardar la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos ante una agresión palmariamente ilegí-tima, proveniente de la autoridad pública.

El argumento central expresado por el voto mayo-ritario expuesto fluye pleno de sentido común. En principio, constata a partir del informe circunstancia-do recabado que las libertades de imprenta y de trabajo consagradas por la Constitución Nacional en sus ar-tículos 14, 17 y 18 se hallaban efectivamente restrin-gidas de modo palmario, sin respaldo de orden emana-da de autoridad competente y sin expresión de causa que justificara tal restricción.

Le bastó al alto tribunal constatar ese aserto para restablecer de inmediato tales derechos injustamente lesionados.

Es que como bien enunció ese fallo trascendente, las garantías individuales existen y protegen a las personas por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de lo dispuesto por las leyes reglamentarias –u omitido por ellas, como en este caso–, ya que como acertadamente acla-ró el tribunal en el supuesto de referencia, ellas sólo son requeridas una vez consagrados los derechos, para determinar en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su ocupación.

De allí que, con esta creación pretoriana, el proceso de amparo se instala entre nosotros como una modali-dad judicial de protección ciudadana contra la lesión, restricción, alteración o amenaza de derechos y garan-tías emergentes del texto fundamental, constituyéndo-se por ello en “el instrumento procesal privilegiado para asegurar la tutela efectiva de aquellos derechos”, cuando la lesión que se alega es actual o inminente.

Cabe reconocer entonces que con el dictado de este fallo el amparo se erige desde ese entonces entre nosotros²⁶ como símbolo de que los jueces no acepta-rían las barreras procesales impuestas habitualmente por las acciones u omisiones del Poder Legislativo en

²⁴ Señalaba Orgaz (ob. cit., p. 25) que en realidad “Las posibilidades genéricas de solución no eran más que dos: o contestarle que en razón de no amparar el hábeas corpus más que la libertad corporal de las personas y de no existir reglamentación alguna de un procedimiento similar de tutela de los demás derechos constitucionales, el tribunal nada podía hacer y el interesado debía ensayar otras vías (probablemente ya ensayadas sin éxito); o hacer lugar al amparo pedido y, en este caso, determinar con qué fundamento”.

²⁵ De nuestra autoría: *El proceso de amparo*, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Ediar, ps. 67/68.

²⁶ Y pese a la posición restrictiva frente a su operatividad que implicó el dictado, por parte de la dictadura imperante entre los años 1966/73, del decreto-ley que llevó el N° 16.986, vigente hasta su parcial derogación por imperio de la fuerza normativa de la Constitución, al incorporarse la figura en la Constitución, en 1994 (art. 43).

establecer la pertinente normativa tutelar de esta garantía procesal en forma expresa para resguardar los derechos, en tanto ellos se muestren vulnerados por agresiones inmediatas provenientes esencialmente del poder público.

Allí se reivindicó la intervención de los jueces, no sólo como una facultad, sino claramente como deber, y mediante una elocuente cita de Joaquín V. González la Corte Suprema se explayó en relación a la fuerza obligatoria de los derechos, declaraciones y garantías instituidos en el texto supremo, aludiendo sin miramientos al deber de los jueces de aplicarlos en su plenitud, evitando debilitarlos con vagas interpretaciones²⁷.

V. Conclusiones

La referencia al caso “Siri” se plasma en el ámbito jurídico argentino como una sentencia ejemplar dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en tiempos difíciles de nuestra institucionalidad, que identificó no solamente el supuesto de procedencia más común de la acción de amparo [frente a una agresión de autoridad pública a los derechos fundamentales del ciudadano], sino también el modo de resolver estos casos, destacando el deber de los jueces de arbitrar los modos necesarios para hacer efectiva la operatividad de los derechos y garantías fundamentales, explícita o implícitamente consignados en la Ley Fundamental, con prescindencia del modo en que operativizace –o no– la garantía en cuestión por el legislador.

Aun así y a 50 años de la creación pretoriana de la figura, debemos volver a apreciar el molde originario de su consagración, resaltando que su creación pretoriana no importó el ajuste a ningún tipo de proceso o fórmula como los tradicionalmente conocidos, sino meramente el registro, por parte de la autoridad judicial, de una situación de “desamparo” que

requiera la operatividad inmediata de la Constitución, un tratado o una ley.

Es que no podemos olvidar aquí que, como bien se ha sostenido por la más calificada doctrina, “El proceso de amparo no puede ser abordado sin tener en cuenta su origen, por la impronta tan particular que lo caracterizó, pues a partir de los *leading cases* ‘Siri’ y ‘Kot’, es necesario advertir que nació sin forma procesal alguna, interpretándosele primigeniamente como un recurso y desde entonces –como creación pretoriana– hasta el presente, como un proceso autónomo”²⁸.

Sabemos que el “nuevo derecho” impone aggiornar las modalidades de tutela ciudadana que ofrece el sistema jurídico, tratando, en cuanto ello sea posible, de superar la estructura tradicional del proceso “meramente dirimente”, para generar nuevas modalidades procesales, con estructuras actualizadas y versatilidad que les permita adaptarse para brindar las respuestas expeditivas y eficaces que la hora actual impone.

Sin olvidar los grandes logros del pasado, que con sus luces y sombras, aciertos y errores, han permitido construir la institucionalidad presente, creemos también que la estructura del proceso de amparo debe ser aggiornada²⁹.

Pero ello en un contexto que enmarque la creación de un Código Procesal Constitucional, y teniendo en cuenta la impronta que ha señalado la historia del amparo, y que brevemente hemos pretendido desarrollar aquí.

Por supuesto, con nuestras críticas y elogios, pero sin dejar de referirla como una reivindicación a los puntos altos que nos han dejado quienes actuaron en la Argentina de tiempos difíciles, y en cuyo tránsito esta figura, de creación pretoriana, ha cumplido importantes roles institucionales, que efectivamente merecen ser resaltados, con el rigor histórico y académico que la circunstancia evocada amerita...

²⁷ Cfr. GOZAÍNI, *Derecho Procesal Constitucional* cit., t. 1, ps. 253/54.

²⁸ Cfr. ROJAS, Jorge A., *La reformulación del proceso de amparo*, Ponencia presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Cuaderno de Ponencias, noviembre de 2007, p. 561.

²⁹ Así, nos señala Jorge Rojas (ob. cit. en nota anterior, p. 573) que en lo que hace al proceso de amparo, “la impronta de la tutela jurisdiccional, para que resulte efectiva, debemos buscarla a partir de la forma, el modo y la trascendencia en que se presenten los hechos ante la jurisdicción, para diseñar, basados en ello, un nuevo paradigma procesal”, sobre el cual sugiere “por un lado, la forma en que se reflejen los hechos que deben encontrar cauce ante la jurisdicción. Por otra, el rol que desempeñará la jurisdicción, más comprometido con esa realidad. Además, el diseño de nuevas formas que intenten perseguir una jurisdicción esencialmente protectoria, y quizá el más osado de los avances, en la conformación de un proceso, que sin dejar de lado los principios liminares que surgen de la Constitución y los Tratados Internacionales que ahora vienen a darle marco, innove en aras a un más humano y sensible rostro de la justicia”.

INVITADOS ESPECIALES

TRANSFORMACIÓN DE LA CULTURA JURÍDICA LATINOAMERICANA (Democracia, derechos y globalización y su impacto en la enseñanza del derecho)

por CARLOS PEÑA GONZÁLEZ*

Examinar de qué manera la cultura jurídica latinoamericana se ha modificado como consecuencia de la globalización, y dilucidar, al mismo tiempo, de qué forma todo ello impacta en la enseñanza del derecho —es decir, llevar adelante el tema de esta conversación— es una tarea que, si quisiéramos emprenderla con todo rigor, excedería en mucho, como ustedes comprenden, nuestras posibilidades de análisis. Pero si no es posible examinar ese problema de manera exhaustiva y en todos sus detalles y hasta sus últimos intersticios, sí, en cambio, es posible identificar las líneas principales que permiten orientar un análisis de esa índole. Eso es lo que intentaré hacer en lo que sigue: apenas identificar los aspectos principales de la globalización y su impacto, si es que tiene alguno, en la enseñanza del derecho.

Para llevar adelante esa tarea, resulta imprescindible ocuparse, en primer lugar, de la globalización, a fin de determinar por qué ella parece tan relevante en nuestras vidas.

¿Qué es, cabe preguntarse, la globalización, y por qué ella podría resultar tan relevante?

Ésa es una pregunta nada sencilla si tenemos en cuenta la extrema abundancia de la literatura que ha intentado responderla (sobre eso puede consultarse Zimmerling, 2005). Afortunadamente, en la investigación académica la ley de los rendimientos decrecientes es también válida y por eso basta echar un vistazo a la literatura más relevante, o a la más citada, como la de Baumann, Beck o Held, para advertir qué es lo que significa exactamente la globalización, un primer paso indispensable, como dije recién, para preguntarnos luego de qué forma puede ella impactar en la enseñanza del derecho.

En términos generales, son al menos dos los fenó-

menos íntimamente asociados a eso que hoy día se llama globalización.

El primero es una expansión del sistema de mercado de una manera hasta hace muy poco inimaginable. Hoy día la economía se ha insubordinado de la política nacional hasta el extremo de autorregularse y cada día que pasa la política estatal puede hacer menos frente a ella. Por supuesto el surgimiento de mercados autorregulados no es un fenómeno nuevo —es famoso, como ustedes recuerdan, el trabajo de Polanyi que sitúa la aparición de este fenómeno en el siglo XVII inglés— pero nuestra época es la primera en que existen mercados autorregulados a escala mundial. No se trata, por supuesto, de que cada uno de nosotros trabaje en empresas globales —de hecho el 80% o más de los trabajadores del mundo lo hace en empresas locales o nacionales— sino que se trata de que el centro de las economías se encuentra, por vez primera en la historia, intercomunicado, de manera que las posibilidades de control local de los aspectos claves de la economía se hace virtualmente imposible (Castells, <http://www.lafactoriaweb.com/articulos/castells7.htm>). Como sugiere Beck (2002, 43), este fenómeno de insubordinación, por decirlo así, de la economía frente a la política nacional se ve favorecido por el hecho de que la economía se independiza del lugar y puede chantajear a los Estados por el simple expediente de anunciar su retirada del territorio. Si los Estados se caracterizan por reivindicar el control de un cierto espacio territorial —basta recordar aquí la definición que da Weber del Estado—, hoy día los mercados serían indóciles a ese control, y poseerían, como dicen Beck o Baumann, un poder de retirada que es el exacto reverso del Estado moderno que se constituyó hacia el siglo XVII. Así entonces el primer rasgo de eso que hoy se llama globalización es el surgimiento de mer-

* Rector de la Universidad Diego Portales (Santiago, Chile). Presidente del Consejo Asesor Presidencial para la Educación Superior (Chile). E-mail: carlos.pena@udp.cl.

cados autorregulados que exceden el control de los Estados nacionales. Como sugiere Giddens, si la modernidad siempre supuso la separación entre el tiempo y la distancia —y por eso la aparición del reloj fue clave en el surgimiento de una cultura racionalizada—, la globalización es una modernidad extremadamente radicalizada donde existe un subsistema, el económico especialmente, que se insubordina del sistema político y se desarraiga hasta el extremo que aparenta funcionar casi por sí mismo.

El segundo fenómeno, que se encuentra íntimamente asociado con el anterior, es el cambio en la infraestructura de la comunicación humana, para usar aquí los términos que suele usar Gouldner. El desarrollo de las diversas formas de comunicación de las que hoy día disfrutamos con la naturalidad de la respiración ha modificado, como insistiré casi de inmediato, la relación entre el tiempo y el espacio que es uno de los aspectos más básicos de la cultura. La famosa distinción entre *Gemeinschaft* y *Gessellschaft*, entre comunidad y sociedad, que está en la base de la sociología clásica, puede ser reformulada sobre la base de las diversas velocidades que posee la trasmisión de la información. En las culturas tradicionales el tiempo está atado al espacio; en las culturas modernas, cuya expresión más radical son las culturas globalizadas, el tiempo se independizó del espacio hasta contraerlo a niveles que hasta hace muy poco eran inimaginables. En las sociedades tradicionales, como sugiere un autor (Luke), el espacio está organizado en torno al cuerpo: el combate es cuerpo a cuerpo, la discusión cara a cara, la justicia es ojo por ojo y diente por diente, la solidaridad equivale a trabajar hombro con hombro, y así. El espacio y las instituciones son, por decirlo así, una metáfora del cuerpo. En las sociedades modernas (recordemos que la globalización no es más que la modernidad radicalizada o desbocada, como han sugerido Beck o Giddens) el espacio se organiza en cambio por la capacidad de los factores técnicos, la velocidad de su acción y el coste de su uso. La distinción cercana-lejos, cercano-extraño, como lo mostró tempranamente la fenomenología, y lo acredita hoy la globalización, son conceptos no físicos sino culturales (Giddens; Baumann).

Con todo, no hay que sacar cuentas apresuradas de este fenómeno. El surgimiento de lo que se ha llamado una sociedad de la información no equivale necesariamente a una homogenización de las culturas. La sociedad de la información supone también, paradójicamente, una localización cultural en la medida en que la globalización acicatea y aguijonea también la pro-

pia identidad, so pena de perecer en medio de una información que a fuerza de ser tan sobreabundante puede experimentarse, por carencia de intereses específicos o de identidad, como algo banal e inútil.

Ese par de fenómenos —podríamos agregar otros, desde luego, como el funcionamiento en redes que gusta subrayar Castells o la expansión del riesgo que menciona Ulrich Beck; pero los que he mencionado bastan, según me parece, para identificar el fenómeno— son los que se quieren retratar por la literatura cuando se dice que con la globalización, o con el surgimiento de una sociedad a escala global, el mundo “se contrae”, se interconecta o se vuelve cada día más interdependiente.

Pero, ¿qué tiene de peculiar o de llamativo ese proceso para que los juristas se ocupen de él? ¿No será que, distraídos por el impacto de los datos, nos hemos dejado llevar por una moda de las que ha habido tantas en la historia intelectual? ¿Cuál es, en suma, la razón de que el proceso global resulte tan inquietante para los intelectuales?

Para decirlo en una sola frase: ese proceso resulta inquietante porque relativiza al Estado nacional que es la realidad histórica sobre la que se erigen el derecho moderno y la democracia. En otras palabras, el supuesto histórico sobre el que se constituyen el derecho como orden objetivo de normas, la dogmática como una reflexión racional sobre esas mismas normas, y la democracia como autogobierno de las colectividades humanas, es el que ahora se ve desafiado por el fenómeno de la globalización.

El surgimiento de un derecho racional —cuya expresión más característica, aunque no única, por supuesto, son la ideología de la codificación, el deseo de fijar el derecho al modo de la geometría—; el surgimiento de técnicas dogmáticas, técnicas que permiten derivar desde las reglas soluciones que, prima facie, su tenor literal no contiene; y la creación de constituciones que certifican la existencia de un soberano, o sea, de una comunidad territorialmente delimitada que se autogobierna, son tres procesos que forman parte, si atendemos a la literatura clásica, del proceso de formación de los Estados nacionales, como lo muestra, dicho sea de paso, la hoy día famosa disputa acerca de la necesidad de un código civil para Alemania que mantuvieron Thibaut y Savigny. Como ustedes saben, Thibaut y Savigny no discutieron acerca de la vinculación entre el código y la nación, sino acerca de si el código era la expresión de la voluntad deliberada o si, en cambio, del espíritu del pueblo, pero el supuesto

moderno, que el código está atado a una cultura territorialmente delimitada, no está en esa disputa en cuestión.

Por supuesto, ese proceso que acabo de mencionar —el proceso, como dice Weber, de racionalización de la vida que supone la aparición del derecho moderno, es decir, de la codificación, el constitucionalismo y la dogmática— no se realizó, ni se llevó a cabo de la misma manera, con igual intensidad o con los mismos niveles de logro en todos los países de la región de Latinoamérica. En casi todos nuestros países hubo códigos, por supuesto, y hubo también una elite intelectual y académica que hizo ingentes esfuerzos por expandir la técnica o la ideología dogmática en todos sus intersticios. Esa elite estaba consciente de cuán importante era el derecho para la configuración de los ideales republicanos y para la modernidad política y por eso procuró expandir esos ideales en la esfera de la educación universitaria y en el conjunto de la cultura, consciente de que entre la enseñanza del derecho, la cultura política y la estructura del Estado median vínculos casi insolubles. Desgraciadamente no tuvo éxito, puesto que, como sabemos, en la región de Latinoamérica surgieron, bajo variados pretextos, diversas formas de vulgarismo jurídico que acabaron haciendo tabla rasa de esos ideales de modernidad política. En cambio de ellos, triunfaron otras formas de razonamiento legal como el positivismo legalista (es decir, la reducción del derecho a la ley) o el positivismo ideológico (o sea, la reducción esta vez de la justicia a las soluciones del derecho legislado).

En otras palabras, en nuestra región hubo elites muy cultas que conocieron las cumbres, por decirlo así, del derecho occidental, pero esas elites no siempre lograron constituir un sistema de instituciones altamente predecible y racionalizado. Por eso en la región de Latinoamérica hemos tenido constituciones, pero no constitucionalismo; códigos, pero no codificación; juristas, pero no dogmática. En suma, hemos tenido las reglas, pero no la práctica que permite que esas reglas lleguen a conformar un verdadero *ethos* orientador del desarrollo y de nuestra evolución política. Ha ocurrido con el derecho lo que, según Carlos Fuentes y Octavio Paz, ha ocurrido con las demás esferas de la vida: hemos alcanzado, por decirlo así, a ocupar apenas el vagón de cola de la modernidad, hemos llegado atrasados a la modernidad. Hemos tenido, en una palabra, los gestos de la modernidad política y jurídica, pero no su verdadera cultura.

Para decirlo con algo de exageración. El problema

que plantea entonces la globalización a las culturas jurídicas latinoamericanas consiste en que ella aparece cuando nuestros países ni siquiera se han logrado modernizar del todo. Mientras en la cultura europea, piensen ustedes en el derecho comunitario, la globalización radicaliza la modernidad jurídica y política, aquí, en nuestros países, no existe una cultura propiamente moderna que debamos por decirlo así profundizar. Si en Latinoamérica el derecho hubiera llegado a ser una firme tradición dogmática y no se hubiera deslizado en cambio hacia el vulgarismo o la simple glosa o el mero comentario, como, desgraciadamente, parece haber ocurrido, entonces la globalización habría sido para él especialmente desafiante como lo ha sido, por ejemplo, para el derecho europeo.

Pero en el caso de Latinoamérica la globalización si no desafía el paradigma dogmático con firmes raíces nacionales como ocurre en Francia o en Alemania o en Italia, quizá ayude a constituirlo. En otras palabras, quizá el derecho que no ha logrado fructificar del todo en la región de Latinoamérica, el derecho racional moderno que ayuda a fortalecer la democracia y el Estado de derecho, pueda surgir ahora que la globalización desafía al Estado nacional y a los sistemas jurídicos locales.

En otras palabras, quizá la globalización nos contagie de manera benigna y en vez de poner en crisis nuestra cultura jurídica, nos obligue a ponerla al día de manera de poder dialogar con otras culturas más firmes y más racionales que las nuestras.

¿Qué cambios son los que debiera inducir la globalización en el panorama que describo y en especial qué cambios debieran producirse en la enseñanza legal, en el aprendizaje de las profesiones jurídicas? En lo que sigue, y de una manera muy breve y esquemática, haré el intento por registrar las principales líneas de esos cambios que debieran producirse o que, como veremos, se encuentran ya produciéndose.

El fenómeno más notorio de todos es la masificación de las profesiones, entre ellas, claro está, la profesión de abogado. Para advertirlo baste señalar que en Brasil el número de abogados se quintuplicó en menos de treinta años, que en Venezuela en apenas cuarenta se multiplicó por veinte (Pérez Perdomo) y que en Chile, donde la profesión de abogado fue históricamente una profesión de elites, la masificación ha llegado a tal extremo que hoy día hay 114 abogados por cien mil habitantes, lo que, comparado con la trayectoria nacional, es un número gigantesco, aunque todavía sigue siendo bajo si lo comparamos con Argentina,

donde a la fecha existen 531 abogados por cada cien mil habitantes (Ceja, 2007). La masificación de las profesiones es, por su parte, función del aumento de la población en la educación superior y ésta, a su turno, función del aumento de la escolaridad. En los noventa muchos países experimentaron un crecimiento explosivo en su población estudiantil de educación superior (México sobre el 22%; Australia, 29%; Finlandia, 37%; España, 41%; Irlanda, 81% y Portugal, ¡144%!; cfr. OECD, *Extending the benefits of growth to new groups*, 1996). El caso de los Estados Unidos de América es especialmente digno de mención: su población de educación superior entre 1970 y el año 2001 se dobló de 8,5 a 16 millones de estudiantes. Los países de la OECD, por su parte, entre el año 1985 y el 2003 incrementaron su población en un 80%, pasando de 20 a 36 millones de estudiantes.

Este fenómeno puramente cuantitativo produce otra serie de cambios en la profesión.

Uno de los más importantes es el cambio en la posición social y el capital simbólico asociado al certificado de abogado. Para mediados de siglo todavía la calidad de abogado era una especie de pertenencia de la elite política y social. Ya no es más el caso. La profesión también se ha estratificado profesionalmente: muchos abogados ya no trabajan individualmente o en pequeños escritorios familiares. Trabajan en organizaciones con relaciones de jerarquía entre sí. La idea del abogado como un profesional liberal —o sea, un sujeto independiente capaz de aconsejar o conducir al cliente— ha sido desplazada por la de un profesional asalariado que presta funciones en una organización.

De otra parte, esa misma masificación produce una pérdida de *ethos* o de conciencia moral compartida y por eso la masificación no sólo va acompañada de pérdida de prestigio y de baja en las rentas, sino también de descalabros en la ética profesional. Como ustedes comprenden, cuando ser abogado era un asunto de un puñado de herederos o de familias, mantener pautas comunes de comportamiento era relativamente sencillo. El asunto se vuelve extremadamente más difícil cuando los abogados poseen capitales culturales previos más diferenciados, códigos sociolingüísticos distintos y biografías disímiles.

Al precedente fenómeno —que es, como vimos, puramente cuantitativo y en el que se entremezclan, a decir verdad, la sociedad de masas y la globalización— se suma ahora uno estrictamente cualitativo. Se trata del cambio de referencia de la profesión. Si, al igual como ocurría con la sociología o la filosofía política,

el Estado nacional fue históricamente la referencia del abogado, en la medida en que todo su conocimiento se organizaba en derredor de él, la situación debiera ahora comenzar poco a poco a cambiar. Hay una amplia base de trabajo de los abogados que se relaciona con los procesos de racionalización de los mercados y el intercambio y parece evidente que conforme los mercados se interconectan y se hacen más complejos, a los instrumentos legales para tratar con ellos les ocurre también lo mismo. Quizá el fenómeno más notorio en este aspecto es la disolución de las clásicas fronteras del derecho comparado y una vuelta a eso que, hasta la constitución de los Estados nacionales modernos, se llamó derecho común.

La pérdida de centralidad del Estado en la región de Latinoamérica, y en cualquier caso su pérdida de capacidad de control sobre la vida social, plantea también desafíos de importancia.

Los datos de que disponemos muestran que la profesión legal latinoamericana tuvo en el Estado tradicionalmente a su principal empleador. No se trató, por cierto, del Estado prusiano, sino de un Estado aparatoso, pero frágil, en el que se medaban intereses corporativos. Asociado a este hecho y a características propias de la cultura de las profesiones, los abogados latinoamericanos elaboraron, sin embargo, una ideología muy intensa acerca de su relación con lo público (al que solía identificarse con lo estatal). Hoy día, la situación parece estar cambiando y los abogados se mueven más hacia el mercado y, según lo muestra la evidencia, al mercado organizado en empresas legales o corporaciones (de manera que la nueva fisonomía de la profesión tiende a alejarse del tradicional abogado concebido como profesional liberal). El problema que esta situación de tránsito plantea a la educación legal es la necesidad de reorientar, hasta donde ello es posible, las orientaciones normativas (es decir, las directrices que inspiran a la enseñanza legal) y las destrezas de la profesión. Un abogado orientado a la lealtad hacia el cliente o hacia la organización de la que forma parte exige destrezas y virtudes que un currículum centrado en los códigos y en la dogmática no logra satisfacer.

Al mismo tiempo, la situación de tránsito en que se encuentra la profesión obliga a examinar de mejor forma su relación con lo estatal. La identificación entre lo público y lo estatal debe ser sustituida por una visión más plural que asegure un compromiso con valores públicos que puedan, no obstante, estar distanciados del Estado. Exagerando un tanto las cosas,

seguimos a veces, en las salas de clases, hablando de la profesión como si los abogados fuéramos funcionarios prusianos, y no, en cambio, como parecemos serlo cada vez más, buscadores de rentas en el mercado. Asumir esta situación de tránsito, para elaborar desde allí una distinta relación con lo público, es un desafío que las escuelas de derecho deben, inevitablemente, encarar.

En estrecha relación con lo anterior, se encuentra el lugar que ha de concederse en los estudios de derecho a la enseñanza de aquellas destrezas que demanda el mercado de las profesiones. Tradicionalmente la enseñanza de destrezas –asociadas a la litigación, a la escritura, por ejemplo– ha estado ausente de la enseñanza legal universitaria en la tradición del derecho civil; pero la situación es particularmente intensa en la región de América Latina. La situación se agrava cuando, como es el caso, la enseñanza de destrezas es absolutamente desplazada por la enseñanza de esquemas conceptuales que se parecen más a la exégesis que a la dogmática. En la tradición del derecho civil –por ejemplo, en la tradición de Europa continental– la dogmática cumple importantes funciones públicas en la orientación y el control del poder. En el caso de la región de América Latina, en cambio, no existe propiamente hablando una comunidad dogmática vinculada con un *ethos* del ejercicio del poder. El comentario de la ley y su sistematización puramente virtuosa son una forma decaída de la dogmática que se cultiva en las universidades desplazando a otros objetivos de la enseñanza legal.

La falta de orientación hacia las destrezas y su sustitución por el fetichismo de los conceptos no debe conducir sin embargo a promover, para la enseñanza legal, una mera orientación práctica centrada en las conductas requeridas por la profesión. El “cielo de los conceptos” –o menos que eso: el cielo de las palabras– es tan pernicioso para la profesión legal como el activismo centrado en las destrezas, carente de una explícita orientación teórica. Quizá en esta parte sea necesario recuperar para la enseñanza del derecho la índole práctica que, desde siempre, lo ha caracterizado.

La índole práctica del derecho, sin embargo, no siempre se entiende bien.

Suele confundírsela con una orientación puramente pragmática, dócil a las destrezas requeridas por los roles que ejecuta la profesión legal (así, por ejemplo, en la disputa entre Meneses y Bello en la reforma de 1852). Otras veces suele confundirse con una versión más bien vulgar del pragmatismo, con la idea de que

el derecho debe estar al servicio de ideales externos a él mismo. Se trata de malos entendidos que a veces orientan de mala forma el diseño de los estudios de derecho. El carácter práctico de las disciplinas jurídicas –que exige muy sofisticadas destrezas intelectuales– se relaciona con la particular relación que guarda con la praxis.

No se trata –como a veces se suele creer– de sustituir en la enseñanza del derecho la dignidad de las teorías o de los conceptos por la adquisición de conductas profesionalmente adecuadas. De lo que se trata es de promover, en los estudios de derecho, acciones y conductas que promuevan, de parte de los estudiantes, actitudes intelectuales más ajustadas con la índole que el derecho, como hemos visto, posee. Simulaciones de juicios o debates; análisis de sentencias; escritura de breves ensayos en los que se analizan las diversas dimensiones de moralidad o de política de un problema complejo; además de una intensa dieta de lecturas, son algunos de los contenidos que se hallan ausentes de los estudios legales en Latinoamérica. Después de todo los abogados y las profesiones legales participan de una compleja práctica social que podemos describir como lo hace Wittgenstein con el lenguaje, como la “práctica de seguir reglas”. Seguir una regla es una actividad pública que supone significados compartidos, actitudes morales comunes, actos performativos y una actitud de control mutuo entre todos los participantes.

Todo esto supone desmentir, de una buena vez, la idea conforme a la cual de un lado se encuentra la dignidad de la teoría y, del otro, el carácter más o menos pedestre de la enseñanza de destrezas. Esa distribución binaria de teorías y destrezas olvida que –atendida la índole práctica del derecho– las teorías son insolubles de la práctica de cierto tipo de destrezas. Extremando un tanto las cosas, en buena medida el derecho puede ser aprendido como se aprenden –según Aristóteles– las virtudes: practicándolas. Las destrezas, en otras palabras, son portadoras de una teoría. Así como una “forma de vida”, en el sentido de Wittgenstein, supone el aprendizaje de un conjunto de reglas que guían la acción y de justificaciones de esas mismas reglas, así también parece ocurrir en aspectos relevantes con el derecho.

En nuestro país, sin embargo, los académicos de las escuelas de derecho parecemos creer a veces que nuestro trabajo se asemeja más al de Newton que a un ejercicio práctico en el sentido aristotélico de la expresión. Nuestros juristas parecen creer que los conceptos

legales atrapan “hechos brutos” –hechos que tienen existencia independiente de la palabra que los nombra– y que, por lo mismo, al igual que en la física de Newton o en la geometría euclidiana, es cosa de deducir de los conceptos ya existentes otros conceptos, o de combinarlos entre sí, para que la descripción de la realidad sea más fiel y más completa. Esta actitud –que equivale a lo que, con algo de desprecio, los filósofos de la ciencia llaman “realismo metafísico”– parece estar firmemente instalada en nuestra cultura, sobre todo en nuestra cultura procesal, y ha estimulado de parte de nuestros juristas una cierta irresponsabilidad política, un cierto descuido, por las consecuencias que se siguen de las palabras que emiten o de los conceptos que usan. Ihering, como ustedes saben, un jurista que se caracterizó hacia el final de su vida por una mirada más bien cruda hacia la realidad del derecho, llamaba a ese realismo metafísico “el cielo de los conceptos” y urgía, entonces, a los juristas a ocuparse de la función de las reglas.

A la búsqueda de una relación con lo público que se distancie de lo meramente estatal, y a la recuperación de la índole práctica que el derecho posee, ha de sumarse, todavía, la necesidad de que los planes de estudio del derecho no hagan abandono de la orientación dogmática que, inevitablemente, han de poseer. Es ésta una exigencia íntimamente vinculada con lo que se acaba de decir.

Porque, claro está, el rechazo de esa forma de realismo metafísico –consistente, como digo, en la creencia de que los conceptos legales “atrapan” hechos independientes– no ha de conducirnos a un equívoco todavía peor, a saber, a rechazar todos los conceptos sobre la base de creer que la única manera de relacionarse con ellos es esa forma de “realismo metafísico” que he venido describiendo. Es éste un malentendido menos frecuente, pero igualmente peligroso, que –cuando se ha producido, y se ha producido varias veces en la historia del derecho– conduce al activismo o al empirismo, es decir, a creer que los juristas deben simplemente promover intereses o, en cambio, nada más describir hechos.

La verdad, en cambio, no parece encontrarse en ninguna de las precedentes alternativas. El debate legal es parte de una práctica social que produce instituciones y crea compromisos políticos y morales que, como los personajes insurrectos de una novela, atan a sus propios autores. No hay que creer, por cierto, que la doctrina jurídica es una descripción fiel y completa del conjunto de todos los hechos jurídicos posibles;

pero tampoco hay que creer que el entramado de conceptos es una simple huida de la realidad, porque, ya lo vimos, no existe ninguna realidad jurídica existente de manera autónoma del discurso que la nombra. El dilema no consiste en huir de la realidad o acercarse a ella; el dilema consiste, más bien, en constituir la realidad política y moral a la que aspiramos o, en cambio, en aceptar la realidad política y moral que han constituido otros, una realidad que, suele ocurrir, resulta inferior a nuestros deseos.

Estar advertido de lo anterior –estar advertido de que la dogmática contribuye a configurar la realidad que aparenta describir– impone la necesidad de no abandonar en los estudios de derecho una orientación predominantemente dogmática; aunque con plena conciencia de las funciones políticas y públicas que esa orientación posee.

Los precedentes criterios intentan, nada más, orientar el diseño de los estudios de derecho, de una manera, como se ve, bastante general. En la práctica, esta orientación se traduce en la necesidad de estar advertido de que la fisonomía de la enseñanza legal supone compromisos implícitos con cierta concepción acerca de cómo el derecho debe ser. De nuevo, esto supone eludir la definición conforme a la cual el problema fundamental –al tiempo de diseñar estudios de derecho– consistiría en responder la pregunta acerca de qué es lo que debe enseñarse. Plantear así el problema (eludiendo los compromisos públicos del diseño) arriesga el peligro de hacer la enseñanza legal una cuestión disciplinaria (una cuestión que deben resolver las diversas “cátedras” en que suelen organizarse las escuelas de derecho y el currículum).

Y es que no se puede enseñar bien derecho sin estar advertido de que lo que el derecho es resulta indisoluble de la opinión que tengamos acerca de cómo debe ser. Como sugiere Dworkin en uno de sus libros, el concepto de derecho es como el concepto de cortesía, usted no puede describir lo que la cortesía consiste sin manejar una idea acerca de cómo debemos comportarnos. Mutatis mutandis, usted no puede decir qué es el derecho sin tomar una posición acerca de cómo debe ser él y acerca de cuál es la mejor manera de diseñar nuestras instituciones.

Este último aspecto que menciono –la necesidad, como digo, de contar con una cierta concepción acerca de cómo debe ser el derecho– es quizá el más relevante y más notorio de los impactos que deberá producir la globalización en el ámbito de la enseñanza del derecho. Y es que, como se ha dicho, la globalización en vez de

eximirnos de poseer una identidad, nos obliga a contar con una, si no queremos desaparecer en medio de la sobreabundancia de información o ser absorbidos por la mera funcionalidad de las instituciones. Al revés de lo que ocurrió durante la época de formación de los Estados nacionales latinoamericanos –donde la homogenización cultural fue una de las claves de la construcción de la nacionalidad–, hoy día la regla general es la diversidad, de manera que el problema de cómo definir a la comunidad política, que es uno de los asuntos más recurrentes de la vida colectiva, se plantea de nuevo.

Y para llevar adelante esa tarea el derecho puede cumplir un papel extraordinariamente importante.

En efecto, en un mundo donde las formas de vida proliferan y, al revés de lo que uno pudiera pensar, en vez de converger se diferencian, el problema de cómo estructurar la identidad colectiva y forjar un cierto patriotismo, digámoslo así, que alimente la cultura

cívica que es imprescindible para la democracia, se hace más urgente que nunca. Y el derecho es uno de los mecanismos que puede contribuir, en esta época donde casi todo se disuelve, a gestar las bases de esa identidad. Algo de eso es lo que Habermas denomina patriotismo constitucional que es ni más ni menos que la lealtad al derecho, algo, de otra parte, que, según observó Tocqueville ya en el siglo XIX, cumple funciones identitarias en una nación profundamente plural como los Estados Unidos de América.

Como ustedes ven la globalización es un fenómeno que, para el derecho, puede resultar extremadamente benigna. Nos provee, como sugerí antes, de una segunda oportunidad para racionalizar nuestras instituciones y le confiere a la ley un papel más importante que el que nunca había tenido, el de ser, nada más y nada menos, que el alma y el cemento de nuestras sociedades.

TENDENCIAS DE LA REFORMA POLÍTICA ELECTORAL EN AMÉRICA LATINA: EL “BALLOTTAGE”

por DANIEL ZOVATTO

SUMARIO: Sistema electoral para presidente de la República. El sistema electoral: balotaje y elecciones concurrentes.

Sistema electoral para presidente de la República

En relación con la elección para presidente de la República, la importancia del régimen de doble vuelta radica en dos efectos principales. Uno, el *directo*, que tiene que ver con la legitimidad popular del mandato presidencial, es decir con el peso político que se deriva del respaldo popular obtenido. Otro, el *indirecto*, que consiste en que la forma de elegir el presidente influye en el número de partidos representados en el parlamento y por ende en la gobernabilidad.

Existen dos tipos básicos en materia de sistemas: el de *mayoría relativa* y el de *mayoría absoluta* o especial a dos vueltas. La situación en América Latina presenta la siguiente característica: a nivel presidencial trece países de un total de dieciocho exigen hoy una mayoría absoluta. De éstos, ocho países (Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Perú, República Dominicana y Uruguay) exigen 50% más uno o una mayoría calificada, mientras que cuatro países (Argentina, Costa Rica, Ecuador y Nicaragua) exigen una mayoría entre un 35 y un 45% de los votos para ganar en la primera vuelta. En Argentina se necesita obtener el 45% de los votos o 40% con un margen mayor al 10% sobre el segundo lugar para ganar las elecciones. En el caso de Costa Rica se necesita ir a segunda vuelta si ninguno de los candidatos obtiene al menos el 40% de los votos. La legislación de Ecuador estipula que no habrá segunda vuelta si se obtiene más del 50% de los votos o si el que obtuvo el primer lugar hubiese alcanzado más del 40% y una diferencia de por lo menos 10% sobre el candidato que le sigue en

votación. Y por último en Nicaragua es necesario obtener al menos el 40% de los votos o 35% y una ventaja del 5% con respecto al segundo lugar.

A estos doce países se agrega Bolivia, con una situación muy particular, en la cual si ningún candidato obtiene el 50% más uno en la primera vuelta, la elección la realiza el Congreso entre los dos candidatos más votados. Sólo cinco países han quedado fuera del sistema de mayoría absoluta o especial: Honduras, México, Panamá, Paraguay y Venezuela.

La tendencia de la reforma es clara, moverse de la fórmula de mayoría relativa, que predominaba hasta fines de los años '70, al sistema de doble vuelta. Ningún país pasó del sistema de mayoría absoluta o calificada al de mayoría relativa. Por su parte, Uruguay, Colombia y República Dominicana cambiaron de mayoría simple a mayoría absoluta; Argentina y Nicaragua lo hicieron de mayoría simple a umbral rebajado (este último país es el único que rebajó dos veces el umbral, para situarse finalmente en el 35%). Finalmente Ecuador reformó en sentido contrario a la tendencia regional, pasando del sistema de mayoría absoluta al de umbral rebajado.

Reformas adicionales se realizaron a los sistemas de elección presidencial, aunque de naturaleza diferente. Argentina y Brasil reemplazaron sus sistemas de votación indirecta por votación directa. Bolivia cambió la segunda vuelta (decidida en el Congreso) de forma tal que sólo los dos candidatos –en lugar de tres– con mayor número de votos sean elegibles para participar en ella.

Cuadro 1. América Latina: Sistemas de elección presidencial

| País | Mayoritario a dos vueltas | Dos vueltas con umbral rebajado | Mayoría relativa a una vuelta | Año del cambio | Descripción del cambio |
|----------------------|---------------------------|---------------------------------|-------------------------------|----------------|--|
| Argentina | | X | | 1994 | De pluralidad a dos vueltas con umbral reducido (45% o 40% y ventaja de 10% sobre el contendiente más cercano); también de indirecta a directa. |
| Bolivia | X* | | | 1990 | En lugar de escoger entre los tres candidatos con mayor número de votos en primera ronda, en la segunda el Congreso escoge sólo entre los dos candidatos en esa condición. |
| Brasil | X | | | 1988 | De votación indirecta a directa. |
| Chile | X | | | | |
| Colombia | X | | | 1991 | De pluralidad al de mayoría a dos vueltas. |
| Costa Rica | | X | | | |
| Ecuador | | X | | 1998 | De mayoría a dos vueltas, a dos vueltas con umbral reducido (50% + 1 o 40% y ventaja de 10% sobre el contendiente más cercano). |
| El Salvador | X | | | | |
| Guatemala | X | | | | |
| Honduras | | | X | | |
| México | | | X | | |
| Nicaragua | | X | | 1995 1999 | De pluralidad a dos vueltas con umbral reducido de 45%; luego el umbral se redujo aún más a 40% o 35% con una ventaja de 5% sobre el contendiente más cercano. |
| Panamá | | | X | | |
| Paraguay | | | X | | |
| Perú | X | | | | |
| República Dominicana | X | | | 1994 | De pluralidad al de mayoría a dos vueltas. |
| Uruguay | X | | | 1997 | De pluralidad al de mayoría a dos vueltas. |
| Venezuela | | | X | | |
| Total | 9 | 4 | 5 | | |

El sistema electoral: balotaje y elecciones concurrentes

Durante el período de estudio hubo un uso importante del mecanismo del balotaje o segunda vuelta para elegir al presidente. Sobre este sistema existen

posiciones a favor y en contra. Sus defensores destacan dos ventajas fundamentales: 1) se argumenta que fortalece la legitimidad electoral del presidente, no sólo porque garantiza la superación de un umbral electoral mínimo sino también porque permite que sea

* Si ninguno de los candidatos obtiene una mayoría absoluta, la Legislatura selecciona un presidente entre los candidatos que terminen en primero y segundo lugar durante la primera vuelta.

el electorado el que dirima la contienda en caso de que ningún candidato supere ese umbral en la primera vuelta, y 2) como consecuencia de lo anterior, el sistema tendería a fortalecer la gobernabilidad democrática, al garantizar un presidente con amplio respaldo popular y promover coaliciones electorales entre la primera y la segunda vuelta que fácilmente podrían luego transformarse en coaliciones de gobierno.

Los críticos del balotaje sostienen que la segunda vuelta rara vez cumple con estas promesas ya que, en primer lugar, la supuesta legitimidad derivada del amplio respaldo electoral puede ser artificial e inestable y, en segundo lugar, han sostenido que la segunda vuelta genera menos incentivos para el voto estratégico, dado que los electores pueden votar por su candidato favorito en la primera ronda, aunque con escasa probabilidad de triunfo, sin preocuparse demasiado por la posible victoria de un candidato indeseable, ya que este problema se pospone en la mente del elector para la segunda ronda. Según este punto de vista, el sistema de segunda vuelta favorece un aumento en el número de partidos, lo que en el largo plazo tenderá a fragmentar al electorado. Más allá de este debate, el balotaje se ha incorporado en la legislación de la mayoría de los países de la región. Trece países lo han regulado: Argentina, Bolivia¹, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El

Salvador, Guatemala, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Uruguay, aunque con diferencias importantes entre sí. Sólo cinco países carecen de este sistema: Honduras, México, Panamá, Paraguay y Venezuela.

De las once elecciones presidenciales realizadas, ocho se hicieron con el sistema de balotaje. De éstas, en un 50% fue necesario ir a una segunda vuelta (Brasil, Ecuador, Chile y Perú), mientras que en las otras cuatro el resultado se definió en la primera ronda (Bolivia, Costa Rica, Colombia y Nicaragua). En los casos de Costa Rica y Nicaragua, el sistema electoral establece márgenes reducidos para ganar en la primera vuelta (40% de los votos en ambos casos, o bien 35% con una diferencia de 5% sobre el segundo lugar en Nicaragua), lo que facilitó el triunfo de Arias y Ortega en la primera elección. De lo contrario, con un sistema de balotaje clásico (50 más uno) en ambos países debería haberse ido a una segunda vuelta.

Como se observa en el cuadro 6, de los cuatro casos en que fue necesario ir a una segunda vuelta, el resultado se revirtió en dos. En Perú, el candidato que quedó en segundo lugar en la primera vuelta (Alan García) obtuvo la victoria y lo mismo sucedió en Ecuador, donde Rafael Correa triunfó sobre Álvaro Noboa, quien había ocupado el primer lugar en la primera vuelta.

Cuadro 6. América Latina: Balotaje en elecciones 2005-2006

| País | Regla electoral | Resultado elecciones 2005-2006 | |
|------------|------------------------------|---|----------------------|
| | | Primera vuelta | Segunda vuelta |
| Bolivia | Balotaje con mayoría | Evo Morales | – |
| Brasil | Balotaje con mayoría | 1. Luiz Inácio da Silva 2. Geraldo Alckmin | Luiz Inácio da Silva |
| Chile | Balotaje con mayoría | 1. Michelle Bachelet 2. Sebastián Piñera | Michelle Bachelet |
| Colombia | Balotaje con mayoría | Álvaro Uribe | – |
| Perú | Balotaje con mayoría | 1. Ollanta Humala 2. Alan García | Alan García |
| Costa Rica | Balotaje con umbral reducido | Oscar Arias | – |
| Ecuador | Balotaje con umbral reducido | 1. Álvaro Noboa 2. Rafael Correa | Rafael Correa |
| Nicaragua | Balotaje con umbral reducido | Daniel Ortega | – |
| Honduras | Mayoría simple | Manuel Zelaya | n/a |
| México | Mayoría simple | Felipe Calderón | n/a |
| Venezuela | Mayoría simple | Hugo Chávez | n/a |

n/a: no aplica

Fuente: elaboración propia

¹ En Bolivia, la segunda vuelta se efectúa en el Congreso. Ésta se realiza si ningún candidato obtuvo la mayoría absoluta en la primera vuelta. De esta forma “la segunda vuelta congresual” exige una mayoría absoluta de los miembros presentes del Congreso para elegir al nuevo presidente.

COLABORACIONES

NOVEDADES EN EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

por TERESA DOLORES SILVA¹

...más allá de que los británicos, holandeses y franceses hayan insistido en eliminar la referencia a la palabra Constitución, el nuevo tratado aún contiene todos los elementos de una constitución...

VALÉRY GISCARD D'ESTAING²

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La aprobación del Nuevo Tratado Europeo. 3. El proceso de integración y constitucionalización de la UE.

1. Introducción

A partir de la aprobación del Nuevo Tratado Europeo llevado a cabo durante la Conferencia Intergubernamental celebrada durante los días 17 y 18 de octubre de 2007, los representantes de los Estados miembros de la UE dieron comienzo a una nueva etapa en el proceso de constitucionalización de la UE. Este acontecimiento traerá aparejadas importantes consecuencias legales y políticas para la integración y constitucionalización europea, las cuales serán desarrolladas a continuación.

2. La aprobación del Nuevo Tratado Europeo

Durante la cumbre de los representantes de los Estados miembros de la UE que se celebró durante los

días 21 y 22 de junio de 2007 se llegó a la determinación de paralizar el proceso de ratificación del *Tratado por el cual se instituye una constitución para Europa* (Tratado Constitucional Europeo)³ y se propuso la firma de un nuevo tratado que contendrá los puntos sobresalientes del anterior.

Esta decisión fue tomada como consecuencia de la crisis política que trajeron aparejados los resultados negativos de los referéndums constitucionales en Francia y los Países Bajos durante el año 2005 y frente a la necesidad de implementar ciertos cambios en el ámbito de la Unión Europea como consecuencia de las últimas ampliaciones de los años 2006 y 2007.

De esta manera, los representantes de los Estados miembros decidieron elaborar un nuevo tratado que contenga los puntos relevantes del Tratado Constitu-

¹ Abogada, profesora de Derecho Constitucional en cursos de grado y postgrado y especialista en Derecho Constitucional de la Unión Europea. A cargo de la columna mensual sobre Derecho Constitucional Europeo del Suplemento de Derecho Constitucional de *El Derecho*. Visiting Fellow en Derecho Constitucional en la Universidad de Warwick (Reino Unido de Gran Bretaña). Ganadora del Premio Accedit en Derecho Constitucional del 2001 otorgado por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y del Premio Estímulo del 2006, otorgado por la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Actualmente se encuentra realizando tareas de investigación doctoral en el Reino Unido de Gran Bretaña.

² HALLIGAN, Liam; WATTS, Robert y STARES, Justin, *New treaty is just constitution in disguise*, publicado el 2 de julio de 2007, en el *Telegraph.co.uk*, disponible en la página web: www.telegraph.co.uk/news/main.jhtml?xml=/news/2007/07/01.

³ El 18 de junio del 2004, los 25 jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea se reunieron en asamblea para adoptar la histórica decisión de aprobar el Tratado Constitucional Europeo. Para que el tratado que establecía una constitución europea entrara en vigencia debía ser ratificado por cada Estado miembro. En algunos países la ratificación se realizó por medio de un referéndum y en otros por medio del voto de sus parlamentos nacionales. Los países que han ratificado el Tratado Constitucional Europeo son: Finlandia, Lituania, Hungría, Eslovenia, España, Italia, Grecia, Eslovaquia, Austria, Alemania, Letonia, Chipre, Malta, Luxemburgo, Bélgica, Estonia, Rumania y Bulgaria. Mientras que Francia y los Países Bajos lo han rechazado por medio de referéndums.

cional Europeo, el cual fue aprobado en la Conferencia Intergubernamental que se llevó a cabo entre los días 17 y 18 de octubre de 2007. Se presume que será suscripto por los representantes de los países miembros en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y con posterioridad a ello deberá ser sometido al proceso de ratificación por parte de los Estados miembros⁴.

Básicamente, este nuevo tratado mantiene la estructura del Tratado Constitucional Europeo y el 90% de su contenido, pero introduce ciertas modificaciones⁵. Entre otras podemos mencionar:

1. Reforma el Tratado de la Comunidad Europea y el Tratado de la Unión Europea.
2. Cambia el título del tratado, dejando de lado la palabra constitución. Asimismo, en vez de tener la UE un solo tratado, pasará a tener el “Tratado de la UE” y el “Tratado sobre el funcionamiento de la UE”.
3. Desaparecen los símbolos de la UE, como ser el himno, bandera y lema.
4. Se demora la aplicación del nuevo sistema de voto por doble mayoría hasta el 1º de noviembre de 2014.

5. Se crea la figura de “Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y la Política de Seguridad”.

6. La Carta de los Derechos Fundamentales dejará de ocupar la segunda del tratado y en su lugar se incluirá una mención que determinará su carácter vinculante. Cabe mencionar que el Reino Unido de Gran Bretaña ha logrado introducir limitaciones al efecto que dicha carta tendrá en el derecho interno de ese país.

7. Se aumenta el papel de los Parlamentos nacionales en el proceso de elaboración de legislación europea.

8. La UE tendrá personería jurídica propia.

9. Se implementa la figura de la iniciativa popular, por la cual un millón de ciudadanos pueden solicitar a la Comisión Europea que proponga una medida legislativa.

En el siguiente cuadro se establecen a grandes rasgos las semejanzas y diferencias entre el Tratado Constitucional Europeo y el Nuevo Tratado Europeo.

| El Tratado Constitucional Europeo | El Nuevo Tratado Europeo |
|--|--|
| Las funciones del Alto Representante de Asuntos Externos y el Comisionado de Relaciones Exteriores se unificaban y simplificaban en la figura del Ministro de Asuntos Exteriores | Se mantiene la fusión de ambos cargos, pero se ha cambiado la figura del Ministro de Asuntos Exteriores por la del Alto Representante de la Unión en Asuntos Externos y Políticas de Seguridad. Asimismo, cumplirá las funciones de ser el vicepresidente de la Comisión Europea |
| Nuevo sistema de votación en el Consejo de Ministros, con una mayoría calificada, que necesita de la doble mayoría de por lo menos el 55% de los países y que al mismo tiempo represente al menos el 65% de la población de la UE | Se mantiene el sistema, pero como resultado de la presión ejercida por Polonia se aplicará recién a partir del año 2014 |
| Se ampliaba la cantidad de asuntos que requerirán mayoría calificada de votos en el Consejo de Ministros. Salvo casos en que las soberanías de los Estados miembros estén involucradas, como cuestiones impositivas, seguridad social, políticas de defensa y seguridad, que seguirán necesitando unanimidad | No produce modificaciones |
| Mayor flexibilidad, en casos en que no todos los Estados miembros quieran aplicar en nuevas políticas o decisiones, se aceptaba que algunos las acepten y otros no. El Reino Unido se reservó la posibilidad de aceptar o no políticas | Refuerza la flexibilidad |

⁴ SILVA, Teresa Dolores, *El Nuevo Proyecto de Tratado de la Unión Europea*, en E. D. Suplemento de Derecho Constitucional, julio de 2007.

⁵ Al respecto, entre otros artículos ver: PALMER, John, *The European Union Treaty and prospects for institutional reform*, en *The European Newsletter*, mayo de 2007, The Federal Trust; *Should there be a referendum on the next European Treaty?*, publicado por Federal Union, disponible en la página web: www.federalunion.org.uk/news/2007/070620referendumbriefing.shtml; *What is at stake at the European Summit*, disponible en la página web: www.taurillon.org/What-is-at-stake-at-the-European-summit, etc.

NOVEDADES EN EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

| El Tratado Constitucional Europeo | El Nuevo Tratado Europeo |
|---|---|
| concernientes a temas de fronteras, asilo y de cooperación policial y judicial | |
| Se reducía el número de representantes en la Comisión Europea | No produce modificaciones |
| La presidencia del Consejo Europeo tenía una duración de 2 años y medio | No produce modificaciones |
| La composición del Parlamento Europeo podía ser alterada | El Parlamento Europeo (PE) tendrá 750 diputados más el presidente y la distribución definitiva la acordará el PE en los próximos meses. Italia logró tener un diputado más, igualando su representación al Reino Unido de Gran Bretaña |
| La adopción de la legislación de la UE estaba sujeta a la decisión de los Parlamentos nacionales y a la doble aprobación por parte de los gobiernos nacionales en el Consejo de Ministros y por los miembros del Parlamento Europeo | No produce modificaciones |
| Los Parlamentos nacionales recibían las propuestas de la UE en tiempo para que sus representantes puedan asimilarlas antes de las reuniones del Consejo Europeo y puedan ganar el derecho de objetar directamente el proyecto de legislación si consideran que va más allá de los preceptos de la UE | Se incrementa el tiempo que se le otorga a los Parlamentos nacionales para revisar los proyectos de legislación. Pasarían a tener 8 semanas en vez de 6 |
| El Parlamento Europeo elegía al Presidente de la Comisión Europea, a propuesta del Consejo Europeo | No produce modificaciones |
| Se establecía un nuevo procedimiento para aprobar el presupuesto, ya que se necesitará la aprobación de todos los gastos de la UE, tanto por parte del Consejo de Ministros como por el Parlamento Europeo | No produce modificaciones |
| Cualquier ley o acción adoptada por las instituciones de la UE dejaba de tener efecto por decisión de los Tribunales, si contradice lo determinado por el Capítulo de los Derechos Fundamentales que fue aprobado por todos los Estados miembros en el año 2000 | Se le otorga fuerza legal al Capítulo de los Derechos Fundamentales de la UE, pero sólo en lo que respecta a las leyes o acciones emanadas de las Instituciones de la UE dentro del marco de los tratados de la UE. El Reino Unido hizo una reserva especial por la cual no se aplicará dicha normativa al derecho local inglés |
| El ejercicio de la delegación de poderes por parte de la Comisión Europea se llevaría a cabo por medio de la supervisión conjunta del Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros | No produce modificaciones |
| Cuando el Consejo de Ministros realizaba tareas legislativas sus reuniones deberían ser públicas | No produce modificaciones |
| Se garantizaba que la Unión nunca centralizará todos los poderes creando un súper Estado, dejando de lado las identidades nacionales de los Estados miembros, determinadas por sus estructuras fundamentales, políticas y constituciones. Como tampoco se dejará de lado el principio de atribución de poderes por parte de los Estados miembros a la UE, subsidiariedad, participación y unidad ante la diversidad | Se refuerza |
| Se unificaba el concepto de comunidad europea y unión europea en una estructura legal con identidad propia | No produce modificaciones |
| Se establecería claramente la delimitación de competencias de la UE, sin conferir ninguna que no se haya establecido | Una declaración adicional fue incluida para enfatizar las limitaciones de las competencias de la UE |

| El Tratado Constitucional Europeo | El Nuevo Tratado Europeo |
|--|---|
| El Tratado Constitucional Europeo contenía y reemplazaba los tratados existentes, creando un único documento que determine claramente los poderes y límites de la UE | El Nuevo Tratado Europeo será considerado como un tratado enmendador, que Reforma el Tratado de la Comunidad Europea y el Tratado de la Unión Europea |
| Se simplificaban los instrumentos y terminologías de la UE, estableciendo términos claros y comprensibles | Se mantiene la terminología anterior |
| Se mantenían las normas y poderes sobre políticas de competencia de la UE | No produce modificaciones |

Entre las opiniones críticas del Nuevo Tratado Europeo encontramos, entre otras, la del miembro del Parlamento danés, Jens-Peter Bonde, quien dice: "...El nombre es diferente, pero el contenido es el mismo. Si debiera elegir entre uno de los dos, preferiría el original. Por lo menos fue honesto y contenía 560 páginas. Ahora se ha convertido en 288 páginas de modificaciones que deben ser incluidas en 17 tratados diferentes que suman 2.800 páginas..."⁶ Asimismo, Valéry Giscard d'Estaing se expresó al respecto al decir que "...más allá de que los británicos, holandeses y franceses hayan insistido en eliminar la referencia a la palabra Constitución, el nuevo tratado aún contiene todos los elementos de una constitución..."⁷

3. El proceso de integración y constitucionalización de la UE

Para analizar esos temas tomamos como punto de partida para la conceptualización de una Constitución Europea, la idea de que el Tratado Constitucional y el Nuevo Tratado Europeo son diferentes etapas del proceso de constitucionalización europeo.

Para ello es necesario determinar que la Unión Europea (UE) nació como una organización internacional a partir de la *unión entre los pueblos de Europa*, instrumentada por medio de tratados internacionales celebrados entre los Estados miembros⁸. Estos Estados soberanos y democráticos, voluntariamente delegaron el ejercicio parcial de sus derechos soberanos,

pero no sus soberanías en sí mismas⁹. La finalidad de ello ha sido establecer un ordenamiento supranacional, por el cual los Estados miembros limitaron sus soberanías a un campo determinado, creando un cuerpo normativo que obliga tanto a las naciones como a la UE¹⁰, otorgándole de esta manera cierta peculiaridad al sistema. Los Estados ceden parte de sus derechos soberanos a instituciones independientes que representan a la vez los intereses comunitarios, los nacionales y de los ciudadanos. Asimismo, por medio de la representación que los Estados miembros tienen en las diferentes instituciones de la UE, ejercen el debido control de las cesiones de soberanía realizadas.

La tendencia de la UE a ampliarse es un proceso estructural. Es la consecuencia necesaria del proceso de integración instaurado desde la firma del Tratado de Maastricht de 1992, como búsqueda de la perfección de la UE¹¹. Tanto el Tratado de la Unión Europea como el Tratado que estableció la Comunidad Europea hicieron referencia expresa en sus preámbulos al proceso de ampliación de la UE. De esta manera, se dio origen a una comunidad con una duración ilimitada, compuesta por sus propias instituciones.

Asimismo, la evolución de la integración europea se caracteriza por la interacción entre varios procesos. Por un lado la creación y mejoras en sus instituciones y por otro lado las ampliaciones. Como producto de estos procesos, surgió la necesidad de crear una Constitución con la finalidad de otorgarle personería jurídica a la UE¹² y organizar los instrumentos legales

⁶ BONDE, Jens-Peter, *New EU treaty must be put to referendum*, publicado el 18 de octubre de 2007 en euobserver.com, disponible en la página web: www.euobserver.com/9/24997.

⁷ HALLIGAN, WATTS y STARES, ob. cit.

⁸ MANCINI, G. F., *Democracy and Constitutionalism in the European Union*, Oxford-Portland-Oregon, 2000, p. 1.

⁹ WOJCIECH SADURSKI, *Constitutionalization of the EU and the sovereignty concerns of the new accession states: The role of the Charter of Rights*, en *EU1 working papers law* N° 2003/11, Department of Law, European University Institute, Florence, p. 18.

¹⁰ DE WITTE, Bruno, *The Impact of Enlargement on the Constitution of the European Union*, en el libro *The Enlargement of the European Union*, Oxford University Press, 2003.

¹¹ RUBIO LLORENTE, Francisco, *El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 48, Madrid, 1996.

¹² Como surge del informe CONV 305/02 del Presidente del Grupo III, *Personería Jurídica*, de la Convención Europea, de fecha 1-10-2002, p. 6: "...La atribución explícita de una personalidad jurídica de la Unión refuerza su notoriedad en el mundo. De

existentes, a fin de fortalecer la estructura legal europea ante el proceso de ampliación de la UE.

Es de destacar que el proceso de ampliación y el de constitucionalización constituyen el punto estratégico básico para el futuro de la UE. Estos procesos no siempre se han ido desarrollando en forma conjunta, ni son necesarios uno para la existencia del otro. El proceso constitucional es un proceso dinámico que constantemente invita a realizar cambios, a dar opiniones e intercambio de roles normativos, que tiene una finalidad orientada y abierta. En dicho proceso, las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹³ han ido creando antecedentes que dejaron asentada la naturaleza constitucional de los Tratados constitutivos de la UE. Mientras que la ampliación es un proceso condicionado¹⁴, donde las reglas de adhesión son congeladas en un momento particular de la historia, en el cual significa “entrar o salir” de la UE¹⁵.

Pero estos sucesos no son coincidencias, ya que podemos considerar que la ampliación de la UE ha sido una de las razones de mayor influencia para que se produzca la constitucionalización de la UE. Como manifestó Bruno de Witte: “...la ampliación fue la que armó la agenda constitucional de la Unión Europea...”¹⁶

El paralelismo entre la constitucionalización de los derechos y la ampliación le otorgó a la UE la posibilidad de ser lo que es, brindándole la oportunidad de incrementar su importancia y aumentar su legitimación. Los verdaderos ideales constitucionales que facilitaron el proceso de ampliación han sido cruciales para la estructura de la UE, creando una identidad y valores comunes. Como ejemplo de estos valores e ideales comunes podemos hacer referencia al discurso de la Presidencia Irlandesa de la UE del 1º de mayo de 2004, que fue el día oficial de la integración a la UE

de los 10 nuevos miembros (República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia). Del texto de dicho discurso destacamos: “...El día en que demos la bienvenida a nuestra Unión Europea a diez nuevos miembros [...] no debemos olvidar nunca que: De la guerra hemos creado paz. Del odio hemos creado respeto [...] Estos valiosos logros no se consiguieron sin esfuerzo. Europa ha sufrido terriblemente de la tiranía y la guerra [...] Pero la destrucción, la división y el dolor han inspirado la búsqueda de una fórmula mejor. Y esta fórmula ha conducido a la creación de la Unión Europea [...] Nuestra Unión Europea es verdaderamente única. No puede compararse con nada de lo que la haya precedido [...] Nuestros Estados Nación son democracias fuertes. Nos hemos unido libremente. Actuamos unos con otros en cooperación y solidaridad [...] La ampliación de hoy es el mejor testimonio del éxito que representa la Unión Europea...”¹⁷

A ello se le suma la idea de que el proceso de integración europea se basa en el deseo comunitario de la unión de pueblos (*demos*) y Estados, como también en el respeto y cumplimiento de su estructura legal (*acquis communautaire*). Este proceso necesita la ratificación de los Tratados Constitucionales, para darle personería jurídica propia a la UE, simplificar la compleja estructura legal existente y mejorar el sistema democrático comunitario (ej., otorgándole mayor participación al PE; la implementación de sesiones públicas del Consejo cuando actúe en su función legislativa; un papel más relevante para los Parlamentos nacionales ejerciendo el control del principio de subsidiariedad; reducción del derecho de veto en la toma de decisiones en el ámbito institucional, etc.).

Por lo expuesto, consideramos apropiado darle

esta manera, se convierte en sujeto de derecho internacional junto a los Estados miembros y sin perjudicar el propio carácter de sujetos de derecho internacional de éstos. Con ello la Unión podrá servirse del conjunto de medios de acción internacional y asumir su propia responsabilidad internacional [...] La atribución explícita de la personalidad jurídica única de la Unión no conlleva en sí ninguna modificación del reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, ni sobre el reparto de competencias entre la Unión y las Comunidades actuales...”

¹³ Entre otros, ver sentencia de julio de 1964 en los autos “Costa vs. ENEL”, declarando la supremacía del derecho comunitario, y sentencia de abril de 1986 en los autos “Los Verdes”, C294/83 y Dictamen 1/91 del 14 de diciembre de 1991 sobre “Espacio Económico Europeo”, que dejaron centrada la naturaleza constitucional de los Tratados constitutivos de la UE.

¹⁴ En 1993 los Jefes de Gobierno de los Estados miembros reunidos en Copenhague determinaron los requisitos básicos que deberían cumplir aquellos países que deseen ingresar a la UE. Éstos son: 1) Instituciones estables que garanticen el sistema democrático. 2) Estado de Derecho, respeto y protección de los derechos humanos y las minorías. 3) Economías de mercado en funcionamiento. 4) Capacidad para hacer frente a las fuerzas del mercado y a las presiones de la competencia dentro de la UE. 5) Capacidad para hacer frente a las obligaciones que lleva consigo la condición de miembro de la UE.

¹⁵ WOJCIECH SADURSKI, ob. cit., p. 1.

¹⁶ DE WITTE, ob. cit., ps. 209-28.

¹⁷ Discurso de la Presidencia Irlandesa titulado *Declaración para una jornada de bienvenidas*, con motivo de la incorporación de 10 nuevos países a la UE, Dublín, 1º de mayo de 2004.

tiempo a la UE para adaptarse a los cambios que produce contar con una Constitución Supranacional. La historia comunitaria europea ha demostrado que frente a la diversidad y a las crisis, ellos encuentran la forma de unirse y crecer. Quizás el proceso de constitucionalización tome más tiempo que el previsto o el tiempo le dé una forma diferente, pero es claro que esta piedra en su camino no es la ruptura de un sistema que lleva más de cincuenta años. Es por ello que sostenemos que el Tratado Constitucional y el Nuevo Tratado de la UE deben ser considerados como diferentes etapas del proceso de constitucionalización de la UE. Al hacer mención a la Constitución Suprana-

cional que se viene gestando a través de este proceso, nos referimos a la idea que hay detrás de ambos proyectos de tratados y de sus futuras modificaciones, como la esencia misma de dicho proceso, más allá de la forma definitiva que vaya adquiriendo con el tiempo, ya que en este momento el proceso de constitucionalización de la UE no se encuentra cerrado. De esta manera, el Tratado Constitucional fue el primer eslabón del proceso de constitucionalización de la UE, proceso que continúa con el Nuevo Tratado Europeo y que seguirá haciendo camino al andar hacia la puesta en vigencia de una Constitución Supranacional en el seno de la UE¹⁸.

¹⁸ Al respecto ver: SILVA, Teresa Dolores, *Nueva etapa en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea: La aprobación del Nuevo Tratado Europeo*, en E. D. Suplemento de Derecho Constitucional, diciembre de 2007.

SEGURIDAD JURÍDICA Y SISTEMA FINANCIERO

por ADRIÁN VENTURA

SUMARIO: La situación de la Argentina. Conclusiones.

La seguridad jurídica sienta las bases de un crecimiento acompañado de desarrollo.

La Argentina es una economía en crecimiento, pero el Estado tiene serias deficiencias en materia de seguridad jurídica, por lo cual considero que mi país, si aspira a convertir su crecimiento en prosperidad sustentable, debería buscar bases más sólidas de apoyo en la seguridad jurídica.

Esto es principalmente una crítica a la Argentina y a la responsabilidad de sus autoridades, sobre las que un buen sector de la prensa independiente ejerce una adecuada tarea de control. Pero también es una invitación para que la UE contribuya al fortalecimiento de la seguridad jurídica, ayudando a los países de América latina –que comparten muchas debilidades similares– a desarrollarse dentro de marcos jurídicos y económicos estables.

Como punto de partida adopto la definición que la American Bar Association elaboró sobre *Rule of Law*¹. Resumiendo el entramado de pautas que propone la entidad, podría decir que el *Rule of Law* –quizá un concepto más difundido y universal que la seguridad jurídica pero virtualmente similar– se puede medir por la adhesión que los Estados hacen al cumplimiento de cuatro principios: 1) sometimiento de los gobernantes a la Constitución y a las leyes y responsabilidad ante ellas –lo que incluye la amplia provisión de información de los gobiernos a los medios–; 2) las leyes deben ser claras, publicadas, estables y justas y proteger los derechos fundamentales, incluyendo la seguridad de las personas –también la libertad de prensa– y de la propiedad; 3) la transparencia y eficiencia del proceso de elaboración de las leyes y su

independencia respecto de intereses políticos particulares o de intereses económicos; 4) el grado de acceso a la justicia y de observancia de las normas. Propongo esta definición porque, por su amplitud, creo que todos podemos estar de acuerdo en ella.

No es mi objetivo, sin embargo, abundar en conceptos jurídicos, sino compatibilizarlos con datos económicos y financieros para analizar su contraste y describir las causas de las debilidades.

La historia argentina acostumbró a sus ciudadanos a una política pendular de confiscaciones de propiedades; monopolios estatales y privatizaciones; privatizaciones y regreso al régimen público (por ejemplo, en los '90, retiros en manos de las aseguradoras de pensiones; en 2006, invitación a los ciudadanos a regresar al régimen público); incentivo y penalizaciones de las mismas actividades económicas que se incentivan; indexación y desindexación de la economía; inflación, recesión e hiperinflación; ahorros obligatorios e indisponibilidad de los depósitos (corralitos); monedas con muchos ceros y cambios de moneda (en 30 años hubo que quitar nueve ceros al peso); creación de regímenes promocionales por zonas, que conviven con excesivas cargas impositivas sobre la generalidad de las actividades y sectores; leyes, decretos-leyes (decretos de necesidad y urgencia) que las modifican y decretos que ejercen funciones legislativas delegadas por el Congreso (reglamentos delegados); libertad de precios y control de precios, todo en forma simultánea e incongruente, etcétera.

La situación de la Argentina

Ésa es la historia económica y legal argentina. Es

¹ La American Bar Association está avanzando en la confección de un índice a nivel mundial, como parte de la agenda del World Justice Project.

inegable y no se puede cambiar de un día para otro. Veamos, entonces, cómo estamos ahora.

- Después de la emergencia económica que provocó la incautación de los depósitos, el PBI creció. Mientras que en 2004 era de 141.000 millones de dólares, en 2007 fue de 260.000 millones de dólares². Producto básicamente de la producción agrícola y de la construcción.
- El PBI per cápita, en igual período, pasó de 3.900 a 6.600 dólares.
- Muchos sabrán que en 2001, cuando la crisis económica era inevitable, el Congreso sancionó una ley para garantizar la intangibilidad de los depósitos bancarios y, apenas tres meses después de la sanción de esa norma, otra ley ordenó la indisponibilidad de los mismos. Desde el punto de vista legal, la Justicia ordenó miles de medidas cautelares disponiendo su devolución y la Corte Suprema de Justicia, luego de cambiar en tres años varias

veces de rumbo y de composición, finalmente en 2006 dictó un fallo que ordenaba a los bancos que devuelvan suficiente cantidad de pesos como para comprar el monto original de moneda extranjera. Pero los fallos nunca dijeron nada sobre una ley de intangibilidad de los depósitos.

- En cuanto a las demandas que presentaron empresas y accionistas extranjeros contra al país ante el CIADI y Uncitral por expropiación o por otros asuntos incluso anteriores a 2001, son 45 y han tenido suerte diversa, según las partes hayan llegado a una renegociación o no: A partir de una información de la Procuración del Tesoro de la Nación sobre el estado de esas causas, se puede afirmar que: a) se desistieron 5 demandas; b) hubo suspensión del procedimiento en 14; c) se dictaron laudos de condena en 7 casos; d) otros 7 casos están a la espera de laudo arbitral y, las demás, están en etapas previas del procedimiento arbitral³.

² Banco Central de la República Argentina, noviembre de 2007.

³ El estado de las causas es el siguiente: Se desistió del procedimiento en las causas: 1) “Camuzzi International SA c/República Argentina” (ARB/03/7); 2) “Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources Argentina SA y Pioneer Natural Resources Tierra del Fuego SA c/República Argentina” (ARB/03/12); 3) “France Telecom c/República Argentina” (ARB/04/18); 4) “RGA Reinsurance Company c/República Argentina” (ARB/04/20); 5) “United Utilities International Limited (UUIL) c/República Argentina ante Uncitral”. Se encuentran suspendidos: 1) “Enron Corporation and Ponderosa Assets. LP c/República Argentina” (ARB/01/3); 2) “AES Corporation (EDEN, EDES y EDELAP; AES Paraná SCA, AES Paraná Gas SA, AES Paraná Propieda des SA, AES Paraná Operations SRL, Shazia SRL, Central Térmica San Nicolás SA, Hidroeléctrica Alicurá SA, Hidroeléctrica Río Juramento SA, Central Dique SA, Hidrotérmica San Juan SA, Termoandes SA y AES Caracoles SRL) c/República Argentina” (ARB/02/17); 3) “Camuzzi International SA (Gas) c/República Argentina” (ARB/03/2); 4) “Gas Natural SDG SA c/República Argentina” (ARB/03/10); 5) “Pan American Energy LLC (PAE) y BP Argentina Exploration Company (BP) c/República Argentina” (ARB/03/13); 6) “BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fuego SRL y Pan American Continental SRL c/República Argentina” (ARB/04/8); 7) “Aguas Cordobesas SA (AC), Suez (Francia) y Sociedad General de Aguas de Barcelona SA (AGBAR) (España) c/República Argentina” (ARB/03/18); 8) “Telefónica SA c/República Argentina” (ARB/03/20); 9) “Enersis SA, Chilectra SA, Empresa Nacional de Electricidad SA y Elesur SA (Grupo Enersis y Elesur) c/República Argentina” (ARB/03/21); 10) “EDF International SA y Electricidad Argentina SA c/República Argentina” (ARB/03/22); 11) “Unisys Corporation c/República Argentina” (ARB/03/27), 1-8-2007; 12) “Saur International c/República Argentina” (ARB/04/4); 13) “Asset Recovery Trust SA c/República Argentina” (ARB/05/11); 14) “Bank of Nova Scotia c/República Argentina ante Uncitral”. Se dictó laudo de condena contra la Argentina en: 1) “Enron PPI y Emergencia” (ARB/01/3) (tarifas), 22-5-2007; 2) “Azurix Corp. c/República Argentina” (ARB/01/12); 3) “CMS Gas Transmission Company c/República Argentina” (ARB/01/8) (tarifas), 12-5-2005; 4) “LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c/República Argentina” (ARB/02/1); 5) “Siemens AG c/República Argentina” (ARB/02/8); 6) “Sempra Energy International c/República Argentina” (ARB/02/16); 7) “Compañía de Aguas del Aconquija SA & Vivendi Universal c/República Argentina” (ARB/97/03); 8) “Deutsche Ruck Chilmington c/CNAS, Tesoro Nacional, Instituto Nacional de Reaseguros” (se debate su anulación). Están pendientes de laudo arbitral: 1) “Metalpar SA y Buen Aire SA c/República Argentina” (ARB/03/5); 2) “Continental Casualty Company c/República Argentina” (ARB/03/9); 3) “El Paso Energy International Company c/República Argentina” (ARB/03/15); 4) “Aguas Provinciales de Santa Fe SA (APSF), Suez (Francia), Sociedad General de Aguas de Barcelona SA (AGBAR) (España) e Interagua Servicios Integrales del Agua SA (Interagua) (España) c/República Argentina” (ARB/03/17); 5) “Aguas Argentinas SA (AA), Suez (Francia), Vivendi Universal SA (Francia) y Sociedad General de Aguas de Barcelona SA (AGBAR) (España) c/República Argentina” (ARB/03/19); 6) “BG Group c/República Argentina (en Uncitral)”; 7) “Anglian Water Limited (AWG) c/República Argentina”. El resto está en etapas anteriores del procedimiento: 1) “National Grid PLC c/República Argentina”; 2) “EDF International SA (EDFI), Saur International SA y León Participaciones Argentinas SA c/República Argentina” (ARB/03/23); 3) “Azurix Corp. (Azurix Mendoza SA) c/República Argentina” (ARB/03/30); 4) “Total SA c/República Argentina” (ARB/04/1); 5) “Cit Group Inc. c/República Argentina” (ARB/04/9); 6) “Wintershall AG y Wintershall Energía SA c/República Argentina” (ARB/04/14); 7) “Mobil Argentina Sociedad Anónima (MASA), Mobil Exploration and Development Argentina Inc. Suc. Argentina (MEDA) c/República Argentina” (ARB/04/16); 8) “Daimlerchrysler Services AG (DCS) c/República Argentina” (ARB/05/1); 9) “Compañía General de Electricidad SA (CGESA) y CGE Argentina SA c/República Argentina” (ARB/05/2); 10) “Giovanna A. Beccara y otros c/República Argentina” (caso CIADI N° ARB/07/5); 11) “Impregilo s. p. a. c/República Argentina” (caso CIADI N° ARB/07/15); 12) “Urbaser SA y Consorcio de Aguas Bilbao Biskania, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c/República Argentina” (caso CIADI N° ARB/07/26).

- A pesar de las altas tasas de crecimiento de la economía, en diciembre de 2007 el Congreso prorrogó por otro año la ley de emergencia de 2002, lo cual le da al Poder Ejecutivo fuertes atribuciones para negociar con las empresas y una gran dosis de discrecionalidad.
- En un informe presentado en abril de 2007, el World Economic Forum⁴ señaló las pobres condiciones que se presentan en la Argentina para realizar inversiones en el área de infraestructura –igual que en el índice anterior, compartimos el problema con Venezuela y Bolivia, entre otros países de otras regiones–. El WEF señaló que el país tiene uno de los porcentajes más altos (44%) de proyectos que son cancelados y señaló el hábito del Gobierno de terminar contratos sin compensaciones razonables. Los países más atractivos entre los doce de la región resultaron ser Chile, Brasil, Colombia y Perú. Miden peor que la Argentina Venezuela, Bolivia y República Dominicana. En estos países, las mejores áreas para la inversión, según ese informe, son aquellas en que los beneficios son directamente capturados por los inversores (minería, petróleo y gas).
- El WEF midió que en el período 2005-2006 la Argentina cayó 15 puestos en el Índice de Competitividad Global (GCI), quedando ubicada en el lugar 69 sobre 127 países, aunque no tan lejos de Brasil (66) ni de México (58). Chile se destaca en el puesto 27. Pero el índice, que adjudica el mal desempeño a la mala gestión macroeconómica y retrasos en inversión en infraestructura, también señala el vasto potencial y gran riqueza en recursos humanos que tiene el país. Un año después, para el período 2006-2007, el WEF midió otra caída de la Argentina al puesto 83 –Brasil también cayó al puesto 72; México ascendió al 52 y Chile ocupa el lugar 26, el primero de la región–. Una vez más, el informe señala que nuestro país “se ha recuperado indiscutiblemente de la crisis de 2001”, pero refleja sus dudas sobre la continuidad de las políticas económicas, la burocracia y la falta de transparencia del sector público.
- La banca cerró en 2007 el tercer año consecutivo con ganancias, tiene un adecuado nivel de liquidez y se expandió el crédito al sector privado pero en un contexto de riesgo crediticio acotado. Y si bien los plazos fijos fueron una inversión atractiva, ya dejaron de serlo, por la alta inflación real de nuestra economía –muy superior a la que registran los datos oficiales del Indec–. La banca también continúa acentuando su independencia respecto de las necesidades de financiamiento del sector público (inferior al 16% del activo total). El financiamiento a la inversión, a mediano y largo plazo, es muy tímido y las pocas empresas que se animan a tomarlo lo hacen en moneda nacional⁵. Desde 2001 a la fecha, se retiraron varios bancos extranjeros (Crédit Agricole, por ejemplo), fueron reemplazados por capitales locales y tan sólo ingresó el Standardbank (sudafricano).
- Calculado a fin de año, el sistema financiero brindó una asistencia al sector privado, en pesos, equivalente a 42.000 millones de dólares, un monto equivalente al 16% del PBI. De ese monto, el 40% fue destinado a préstamos para el consumo o créditos hipotecarios para vivienda (la cartera de consumo y vivienda se forma con préstamos por montos menores de 170.000 dólares).
- La Argentina tiene un muy bajo nivel de monetización. Si se comparan las series de los últimos 10 años de M3 (total de circulante más depósitos) como porcentaje del PBI, al 31-12 de cada año, surge que: Chile, con 76,7/81,4/83,8/84,1/87,22/87,5/88,5/88,5/93,1/93,2/93,5, muestra una tendencia creciente y muy buen grado de monetización, que alcanza el 93,5% del PBI, en cambio, la Argentina, con 14,2/15,7/16,1/15,8/13,6/24,4/25,6/27,4/27,9/27,7/26,5, muestra una tendencia oscilante y un nivel de monetización bajo, del 26,5% del PBI. En los países desarrollados en general, nunca es inferior al 80%. Las conclusiones son más que claras: inseguridad jurídica = desconfianza = fuga de capitales. Este mínimo nivel de ahorro del 26,5% es absolutamente insuficiente para financiar la inversión indispensable para lograr un crecimiento sostenido; de ahí la necesidad vital para nuestro país de lograr ingreso de capitales en formas de inversión extranjera directa (IED), pero se entra en un círculo vicioso, pues la IED también le huye a la inseguridad.
- En 2007 se anunciaron proyectos privados, tan sólo, por US\$ 22.427 millones, superando en apenas 2,9% los de 2006. En este período cambió fundamentalmente la composición de la torta inversora: los anuncios de empresas argentinas fue-

⁴ *Benchmarking National Attractiveness for Private Investment in Latin American Infrastructure* (IPIAI).

⁵ Informe sobre Bancos, elaborado por el Banco Central de la República Argentina, noviembre de 2007.

- ron más voluminosos, representando el 35% del total. Mientras en 2006 los anuncios se concentraron en el sector primario, de los commodities, el mismo cayó al 12%; en cambio, el sector servicios fue el que más creció, 52% respecto de 2006, con 277 proyectos por US\$ 12.052 millones, de los cuales Telefónica anunció planes de inversión por US\$ 2.000 millones y Edenor, para el área energética, anunció US\$ 1.000 millones para los próximos 10 años. La composición en 2007 de los anuncios se volcó: industria, 21%; construcción, 17%; primario, 12%; servicios, 49,8%⁶. Después de las empresas argentinas, invirtieron las norteamericanas (13,6%), básicamente en el sector industrial (combustibles y automóviles) y servicios (hoteles y comercios minoristas).
- La Inversión Extranjera Directa (IED), por cierto, no parece orientarse a la región. Según el informe sobre la materia elaborado por la CEPAL y Naciones Unidas⁷, el flujo de inversiones hacia AL fue de US\$ 72.440 millones, de los cuales US\$ 18.939 fueron a México y US\$ 18.782 a Brasil; Chile recibió US\$ 8.053; Colombia, US\$ 6.200 y la Argentina, tan sólo US\$ 4.867.
 - La ley de subversión económica está derogada en su casi integridad, pero subsisten algunos incisos marginales que el Gobierno erige para presionar a algunas empresas (por ejemplo, Shell, que se negó a retrotraer los precios de las naftas a los márgenes estipulados por el Gobierno, porque los precios son libres).
 - Mientras el ministro de Economía confirmó la continuidad de las retenciones a las exportaciones y el impuesto a las transacciones, el estudio *Paying Taxes 2008*, realizado por el Banco Mundial y Pricewaterhouse Coopers, consideró que la Argentina posee un deficiente sistema impositivo: 1) respecto de la facilidad u obstáculos para pagar impuestos, la Argentina se ubica en el puesto 147, de un ranking de 178 países, y 2) respecto de la carga fiscal total sobre las empresas nacionales, medida sobre utilidades y márgenes comerciales, la Argentina está en el puesto 172, con una carga fiscal del 112,9%. Eso no justifica, pero sí explica, el alto grado de evasión o la tendencia a la evasión. El mayor peso lo provee el Impuesto sobre Ingresos Brutos (53%), seguridad social (26%), Impuesto al cheque (18%), Ganancias (6%).
 - El ingreso y egreso de divisas está sometido a regulaciones complejas del Banco Central.
 - Del mismo modo en que el titular del Banco Central de México, Guillermo Ortiz, dijo en Davos que América latina “no podrá escapar de las consecuencias de una recesión en Estados Unidos”, pero “las economías de la región están mejor posicionadas que nunca para capear la tormenta”, se puede prever que la Argentina, por su poca vinculación con el sistema financiero internacional, por su superávit fiscal alto –aunque el gasto público aumentó considerablemente– y por haber atado su crecimiento al sector primario (soja), podrá sortear la crisis, en la medida en que se mantengan los precios de los commodities. Pero esto, que parece una fortaleza a corto plazo, también señala una tendencia de la economía argentina al aislamiento. También es previsible que el acceso de la Argentina al crédito se encarezca en los mercados internacionales, continuando la relación que, para ese efecto, entabló el Gobierno argentino con el Gobierno de Venezuela, a cargo de Hugo Chávez.
 - Nuestro país, sí, dio algunos pasos decisivos en la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. En 2007, a instancias del Grupo de Acción Financiera Internacional (FATF-GAFI), el Gobierno nacional logró en el Congreso nacional la sanción de la ley que reprime el financiamiento del terrorismo. También existen en el sistema financiero controles contra ese flagelo. Así, la Argentina aprobó la segunda evaluación del GAFI. En cambio, es necesario darle mayor fuerza a la Justicia, que nunca aplicó condena alguna por lavado de dinero. Pero el Gobierno, inesperadamente, reemplazó al coordinador nacional de lucha contra esos delitos.
 - El Informe de Transparencia Internacional 2006 calificó como país más transparente a Dinamarca (9,4 puntos); Chile, en el puesto 22 (7 puntos); Uruguay, en el puesto 25 (6,7 puntos); Costa Rica, en el puesto 46 (5 puntos); Colombia, en el 68 (3,8 puntos); Brasil, México y Perú, en el puesto 72 (3,5 puntos); Argentina, muy por debajo de la media, con 2,9 puntos.
 - El muy reciente Índice de Libertad Económica de la Heritage Foundation/Wall Street Journal 2008, que mide la libertad económica a partir de estándares de libertad de negocios, de comercio, fiscal,

⁶ Informe elaborado por Abeceb.com.

⁷ *La inversión extranjera en América Latina y Caribe, 2006*, del 3 de mayo de 2007.

laboral, monetaria, para inversiones, financiera, el peso del Gobierno en el gasto, el derecho de propiedad y la inexistencia de corrupción, llega a conclusiones importantes: los países asiáticos ex colonias británicas lideran el ranking; la mitad de las veinte economías más libres son europeas; hay una relación fuerte entre libertad económica y buen desempeño económico; la libertad económica y la política económica son igualmente importantes para perseguir la prosperidad sustentable. Y, como resultado del ranking, aparecen: 1º) Hong Kong (score general 90,3%; respecto del derecho de propiedad, 90%); 3º) Irlanda; 4º) Estados Unidos; 8º) Chile (79,8%; 90%); 9º) Suiza; 10) Reino Unido; 33) El Salvador (69,2%; 50%); 40) Uruguay (68,3%; 70%); 44) México (66,4%; 50%); 55) Perú (63,5%; 40%); 67) Colombia (61,9%; 40%); 101) Brasil (55,9%; 50% respecto del derecho de propiedad, por encima del promedio de 45,6%); 108) Argentina (55% de score; 30% en derecho de propiedad, bastante por debajo del promedio que es de 45,6%); 126) China; 148) Venezuela; 156) Cuba; 157) Corea del Norte. Argentina, en el informe 2006-2007, ocupaba el lugar 107.

Conclusiones

De todo lo dicho hasta aquí se pueden extraer algunas conclusiones:

- 1) Si bien en América latina los países tienen un desempeño muy diferente y Brasil parece ser la gran economía emergente de la región, todos los países de la zona comparten muchos problemas comunes relativos a la inseguridad jurídica. Chile parece ser la gran excepción, según todos los indicadores.
- 2) La situación de la Argentina, tanto por su historia pendular como por su actualidad, especialmente por los instrumentos jurídicos que dotan de un amplio margen de discrecionalidad al Gobierno (decretos de necesidad y urgencia, decretos delegados, ley de administración financiera, emergencia económica, etcétera), parece acentuar esos márgenes de inseguridad.
- 3) La responsabilidad es del Gobierno, pero también de algunas empresas que aprovechan esos amplios márgenes de negociación en lugar de reclamar por la aplicación objetiva de las leyes.
- 4) La inseguridad jurídica de la región y, en particular de la Argentina, parece ser la causa central que ahuyenta las inversiones, mantiene en niveles bajos la tasa de monetización de la economía y dificulta el acceso al crédito.
- 5) La libertad de prensa, para señalar esas deficiencias e intentar señalar un rumbo que las corrija; el respeto al derecho de propiedad y la libertad económica –salvo excepciones, como China– parecen rasgos centrales de la prosperidad económica sostenida.
- 6) Existe una diferencia entre riesgos y peligros. Los riesgos son las incertidumbres que podemos calcular y prever, intentando reducir su margen; los peligros son incertidumbres que no podemos calcular ni prever⁸.
- 7) Hablar de seguridad jurídica es hacer referencia a las condiciones jurídicas y económicas que hacen previsible a un país y, por lo tanto, convierten los peligros en riesgos calculables.
- 8) La Argentina atravesó una crisis financiera, de la que salió y está creciendo a un ritmo sostenido. Sin embargo, se necesita recuperar el esqueleto de la seguridad jurídica para recuperar la confianza de los inversores y esto depende, no de decisiones financieras, sino eminentemente políticas.
- 9) Por sus deficiencias y su bajo grado de inversión, si se soluciona ese problema, la Argentina también tiene mucha potencialidad de crecimiento y áreas para invertir. El desafío está en lograr vínculos birregionales y binacionales que afiancen la seguridad jurídica, sin la cual no se lograrán las inversiones necesarias.

⁸ BARMAN, Zygmunt, *Miedo líquido*, Paidós, Barcelona, 2007.

EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 1863-2007

por PABLO MANILI¹

SUMARIO: *Capítulo I. Presentación.* I. Introducción. II. Los manoseos a la corte. III. La integración de la corte. IV. Objetivo de este libro. V. Líneas de análisis. VI. Aclaraciones finales.

Capítulo I – Presentación

I. Introducción

Es tan paradójica la historia argentina que el único tribunal creado por la constitución nacional sancionada en 1853 recién comenzó a funcionar diez años más tarde.

Pero allí no terminan las curiosidades, ya que su instalación fue realizada por un gobierno cuyo origen primigenio era *de facto*: el del General Bartolomé Mitre, que llegó al poder por resultar triunfante en la batalla de Pavón, aun cuando luego fue confirmado en elecciones (viciadas, pero elecciones al fin).

Asimismo, mientras la propia constitución prohibía su reforma durante los primeros diez años, fue reformada a los siete años de su promulgación para permitir la incorporación de Buenos Aires luego del Pacto de San José de Flores².

Y, por último, digamos que hasta la sanción del código civil y del código de comercio –varios años después del comienzo de sus funciones– la corte se vio obligada a aplicar las leyes de indias. En otras palabras, un país que tenía constitución, que tenía corte suprema y que tenía derecho federal (ya que en 1862 se sancionó la ley N° 27 y en 1863 la ley N° 48), no tenía derecho común.

II. Los manoseos a la corte

Fue tan azarosa la vida de nuestro máximo tribu-

nal, que sufrió más invasiones, a lo largo de la historia, que los poderes políticos. En efecto: mientras el Poder Ejecutivo y el Congreso sólo fueron usurpados o clausurados por gobiernos *de facto*, la corte fue invadida y manoseada por gobiernos *de facto* y por gobiernos *de iure*.

Hasta 1946 todos los gobiernos respetaron la renovación natural de la corte, producida siempre en forma parcial, por muerte o retiro de sus magistrados, sin sobresaltos y sin alterarse la mayoría: podría hablarse de una *decantación* en la composición de la corte. Desde ese año en adelante todos los gobiernos, sean de facto o civiles, designaron su propia corte, con la única excepción de los encabezados por los doctores José María Guido, Arturo Illia y Fernando de la Rúa. En el caso de los gobiernos de Héctor Cámpora y Raúl Alfonsín, la decisión de cambiar la integración de la corte no presenta caracteres disvaliosos, ya que sucedieron a gobiernos militares, por lo cual el carácter espurio de las designaciones hechas por éstos y las renunciaciones de los ministros así nombrados los obligaron a designar nuevos integrantes. Arturo Frondizi, en cambio, mantuvo la corte designada por el gobierno *de facto* con pequeñas variantes que le permitieron contar con una mayoría afín a sus políticas.

Sólo los presidentes Mitre, Roca, Yrigoyen y Alfonsín tuvieron la decencia y el gesto republicano de ofrecer cargos en la corte a sus adversarios políticos (Alsina, Bermejo, Figueroa Alcorta y Luder, respectivamente)³.

¹ Éste es un capítulo de presentación del libro recientemente publicado por Pablo Manili en editorial Universidad, sobre los fallos más trascendentes de cada período de la Corte nacional (2007, 385 ps.).

² Un siglo más tarde, Germán Bidart Campos elaboraría la teoría del poder constituyente abierto, que comenzó en 1853 y se completó en 1860, con lo cual ésta no sería una reforma sino una continuidad con el poder constituyente originario ejercido en 1853.

³ Los Dres. Alsina y Luder declinaron el ofrecimiento. El Dr. Figueroa Alcorta ya era ministro de la corte cuando el presidente Yrigoyen lo designó presidente del tribunal.

III. La integración de la corte

También resulta paradójico –y lamentable– que un tribunal federal, que funciona como un tribunal constitucional y que –según su propia jurisprudencia– es “el intérprete final de la Constitución” (según viene sosteniendo desde 1864)⁴ y el “supremo custodio de las garantías constitucionales”⁵, haya tenido un ínfimo porcentaje de constitucionalistas entre sus miembros. En efecto: a lo largo de su historia, y habiendo pasado por ella decenas de ministros, sólo tenían estudios especializados en materia constitucional menos del cinco por ciento de ellos. Si a ese número le restamos aquellos que no fueron convocados por sus dotes de constitucionalistas sino por su adhesión a un determinado movimiento político, el número se reduce más aún. En efecto, no pueden desconocerse, por citar sólo un ejemplo, los antecedentes académicos del doctor Pablo Ramella (integrante de la corte entre 1975 y 1976), pero tampoco puede ignorarse que éste había sido senador nacional en 1946 en representación del mismo partido que gobernaba cuando fue designado miembro de la corte, y, a mayor abundamiento, había votado por la destitución de los doctores Sagarna, Nazar Anchorena y Ramos Mejía en el infame juicio político llevado a cabo ese año contra los integrantes de la corte que no respondían al nuevo gobierno.

Los más grandes constitucionalistas que pisaron estas tierras fallecieron sin haber integrado el máximo tribunal, y privándonos a todos los argentinos de las enseñanzas que en ese alto magisterio pudieron haber aportado: ni Manuel Montes de Oca, ni Joaquín V. González, ni Juan González Calderón, ni Carlos Sánchez Viamonte, ni Germán Bidart Campos pudieron dejar allí su huella. Y esas ausencias, inevitablemente, repercuten en la calidad de las sentencias: no se puede interpretar la constitución con criterios civilistas o penalistas, ya que una interpretación constitucional encarada desde la óptica del derecho infraconstitucional necesariamente conduce a resultados inexactos. La constitución es derecho público, es de orden público y contiene normas que son reflejo de la historia política argentina y de la sangre derramada para lograr su organización institucional: desde las guerras de la independencia, pasando por el fusilamiento de Dorre-

go (uno de cuyos instigadores fue, paradójicamente también, uno de los integrantes de la primera corte) y los muertos por las persecuciones políticas de Juan Manuel de Rosas, hasta los miles de muertos, desaparecidos y perseguidos por las dictaduras –militares o civiles– del siglo veinte. Toda esa historia está reflejada en las normas constitucionales: ¿qué tiene que ver, entonces, el derecho civil, o el derecho penal, o el derecho comercial con eso?

Lo antedicho no implica afirmar que no deba haber civilistas, penalistas o comercialistas en la corte, sino solamente que debería haber más constitucionalistas en ella.

Ya lo decía Hamilton: “serán pocos los hombres en cada sociedad suficientemente versados en materia de leyes para estar capacitados para las funciones judiciales”⁶. Y esa escasez se multiplica cuando del máximo tribunal se trata.

IV. Objetivo de este libro

El presente trabajo consiste en un estudio de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en temas de relevancia constitucional. A ese fin, hemos dividido el análisis en los períodos que clásicamente la doctrina ha distinguido a lo largo de su historia. Respecto de su última integración, producto de los juicios políticos promovidos a partir de mediados de 2003 con la asunción del presidente Kirchner, emplearemos una metodología distinta a la aplicada en otros períodos, por cuanto consideramos que aún no podemos tener la suficiente perspectiva histórica de lo actuado por esa corte. Lamentablemente, en esa oportunidad se repitió la historia que venimos señalando: el gobierno quiso designar a la mayoría de los integrantes de la corte para asegurarse, principalmente, la convalidación de su política económica (“pesificación”)⁷ y de derechos humanos⁸ (reapertura de causas contra militares). Para esta última etapa, en vez de realizar un análisis global de su jurisprudencia, nos hemos limitado a comentar algunos de los fallos dictados entre 2003 y 2007.

Dentro de cada período hemos agrupado los fallos según las materias a que se refieren, para luego volver

⁴ Fallos: 1:340.

⁵ Fallos: 297:338.

⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John, *El Federalista*, N° 78.

⁷ Casos “Cabrera” (327:2905), “Bustos” (327:4495), “Yacuiba” (327:5384), “Galli” (328:690) y “Massa” (27-12-2006, aún inédito).

⁸ Casos “Arancibia Clavel” (327:3294 y 3312), “Lariz Iriondo” (328:1268) y “Simón” (328:2056).

sobre esas materias en períodos subsiguientes y poder así mostrar las variaciones o continuidades de la jurisprudencia en cada período.

Nos hemos concentrado en la jurisprudencia de cada corte desde un punto de vista jurídico, con escasas referencias a las circunstancias históricas y políticas que rodearon a cada etapa, salvo cuando éstas tuvieron una notoria influencia en la corte. Ello no implica en modo alguno renunciar al estudio de la influencia política que los sucesivos gobiernos ejercieron sobre ella, ni de la repercusión de los fallos más paradigmáticos del tribunal, pero ambos extremos fueron utilizados al solo efecto de explicar el porqué o el para qué de la jurisprudencia. En cada capítulo hemos expresado, asimismo, nuestra opinión, a modo de balance final, sobre la independencia que demostró –o no– cada una de las distintas composiciones de la corte estudiadas y sobre el respeto que guardó –o no– respecto de los precedentes del tribunal.

Hemos incluido, asimismo, las biografías de los ministros que la integraron, las cuales –creemos– son elocuentes en cuanto a la indeseable influencia política –cuando no de parentescos– de las designaciones realizadas. Sólo escapan a ese juicio las designaciones realizadas en los primeros tiempos del tribunal, en que los antecedentes políticos de los ministros eran inevitables en virtud de la escasa cantidad de abogados existentes en Argentina. Oyhanarte, desde una óptica distinta, intenta presentar esas designaciones del primer período como una prueba de su afirmación de que los ministros de la corte siempre fueron elegidos por su pertenencia política, y que, además, *deben* ser elegidos con ese criterio. Afirma ese autor: “los ministros de la Corte Suprema, aparte de su capacidad estrictamente profesional, deben tener sensibilidad política, mentalidad de estadistas y *pensamiento afín con el de los que gobiernan*. Afín, no sumiso, esto es, deben aceptar la misma ‘*fórmula política*’...”⁹ (énfasis agregado). En contra de ello, Bidart Campos, en tesis que compartimos, esbozó el brocárdico con el que iniciamos este libro: “el peor defecto de nuestra tradición política es creer que los jueces [...] deben dar respuestas propicias y favorables al gobierno de turno: cuando lo que deben hacer es analizar con la lupa de la Constitución cada caso que les toque resolver”¹⁰.

V. Líneas de análisis

Dos han sido las ideas-fuerza de nuestro trabajo y la preocupación permanente al momento de analizar la jurisprudencia de cada etapa: a) la independencia de la corte respecto de los poderes políticos, y b) el respeto por sus propios precedentes (doctrina del *Stare Decisis*, al que la doctrina también llama *efecto horizontal* de la jurisprudencia). Hemos utilizado estos dos valores como tamicas para analizar los fallos analizados por los siguientes motivos:

a) *La independencia*: De acuerdo a lo expresado más arriba, la mayoría de los gobiernos que pasaron por la historia argentina quisieron tener una corte “amiga” y no escatimaron esfuerzos para designar a ministros que le respondieran: sea a través de juicios políticos a sus integrantes (Perón en 1946 y Kirchner en 2003, sin olvidar el intento fallido de Duhalde en 2002), o de aumentos del número de miembros (Fron-dizi en 1958 y Menem en 1990), o más sencillamente, mediante presiones para obtener renunciaciones o jubilaciones.

¿Eso está mal? Es claro que está mal, pero lo que más nos preocupa es que generalmente los gobernantes que colocaron a sus amigos en la corte tuvieron éxito, y las cortes así modificadas (o las mayorías así conformadas) cumplieron con lo que ellos esperaban. Así, la mayoría de las cortes (afortunadamente no todas), en vez de fallar aplicando la constitución, fallaron a favor del gobierno, o, en caso de duda, privilegiaron los intereses de las mayorías que coyunturalmente gobernaban al país: una especie de *in dubio pro gobierno*, que es susceptible de ser constatado en varios períodos de la vida del tribunal.

Por eso creemos que, además del valor jurídico que pueda tener un fallo, de la erudición demostrada por los ministros, de la lógica aplicada, de los principios constitucionales que el fallo sienta (todo ello muy valioso); consideramos que lo importante, en un estudio de la evolución de la jurisprudencia de la corte a través del tiempo, es analizar cuán independiente se mantuvo del poder político.

La pretensión de “asepsia” y de independencia en los fallos de la corte no implica, en modo alguno, negar el carácter político de la corte como cabeza del Poder Judicial. Lo que pretendemos es que esa política no sea partidista y no esté orientada por los humores o las tendencias, o la “fórmula política” (siempre

⁹ OYHANARTE, Julio, ob. cit., p. 90.

¹⁰ Germán Bidart Campos, reportaje en la revista *Abogados*, publicada por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, N° 67, julio de 2003, p. 11.

pasajeros) de una mayoría momentánea. Los gobiernos pasan, las mayorías políticas o electorales vuelven a ser minorías, pero la jurisprudencia de la corte permanece y será estudiada por las jóvenes generaciones de argentinos. Con ese criterio hemos juzgado la jurisprudencia de los distintos períodos. Discrepamos, respetuosamente, con aquellos autores que hacen referencia a la existencia de un supuesto “rol institucional” o una “función política” de la corte más allá del rol fundamental que la constitución le asigna: ejercer el control de constitucionalidad¹¹. Consideramos que ambas expresiones pueden dar pie a justificar el acompañamiento que algunas cortes hicieron de las mayorías políticas circunstanciales. La corte no está diseñada institucionalmente para acompañar, sino para controlar la constitucionalidad de los actos de los poderes políticos. No está para *hacer* política sino para *controlar* a la política y encauzarla dentro de la constitución.

b) *La doctrina del “Stare Decisis”*: La credibilidad de un tribunal, el prestigio de sus integrantes, y la seguridad jurídica de toda la nación, reposan en ciertos principios básicos, dentro de los cuales se encuentra el *stare decisis*. Según este principio, un tribunal debe sentirse obligado a fallar conforme a sus propios precedentes.

En ese sentido, la Corte Suprema norteamericana ha decidido reiteradamente que “no era posible apartarse de los principios sentados en casos anteriores sin provocar un grave daño a la credibilidad de esta Corte”¹² ya que “un cambio básico en la jurisprudencia vigente [...] invita a la concepción popular errada según la cual esta institución es apenas diferente de las dos ramas políticas del gobierno. Ninguna idea tan equivocada podría causar un daño más duradero a esta Corte y al sistema jurídico...”¹³

Nótese que nuestro derecho constitucional se ha inspirado en un país donde rige el *common law*, mientras que el derecho infraconstitucional se ha inspirado en el derecho escrito de los países que siguen la tradición romanista. En ese sentido, el profesor Alberto A.

Spota sostenía que el derecho constitucional es: en un veinte por ciento derecho escrito y en un ochenta por ciento, *common law*. Por lo tanto, si en los países donde se ha inspirado nuestro constituyente se aplica esa última tradición, y si dentro de ella se encuentra el principio de *stare decisis*, entendemos que éste debe aplicarse también en Argentina. Los siguientes valores así lo exigen: la credibilidad del tribunal, la previsibilidad en las decisiones, la autorrestricción de los integrantes del tribunal (en el sentido de sentirse vinculados por la jurisprudencia anterior y no libres de cambiar las tradiciones jurídicas del país) y –sobre todo– la seguridad jurídica.

Consideramos que no existen garantías de que sea seguida por los tribunales inferiores la jurisprudencia de una corte que no se sigue a sí misma, y sus fallos no serán respetados como interpretación final de la constitución por los demás poderes constituidos, si ella misma no los respeta. La suprema corte bonaerense lo ha dicho claramente: “Respecto de la doctrina de la obligatoriedad general de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esta Corte se ha expedido en el sentido de negarle la calidad de vinculante [...] Sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de que las partes lleven a la Corte Suprema de la Nación toda interpretación de otros tribunales que no coincida con sus doctrinas y así puedan obtener –si la Corte Suprema no cambiara su integración ni modificara tales doctrinas– en el caso concreto, la reiteración de sus criterios...”¹⁴

En definitiva, creemos que un tribunal que no respeta sus propios precedentes no se respeta a sí mismo. Y eso es así en cualquier sistema jurídico del mundo, sea del *common law* o del derecho escrito. El fallo recién transcrito demuestra que cuando un tribunal no respeta sus propios precedentes, sus fallos no serán acatados por los tribunales inferiores¹⁵. En otras palabras: el efecto horizontal de la jurisprudencia de la corte (es decir la continuidad de la jurisprudencia, o *stare decisis*) influye en el efecto vertical (o sea, el acatamiento por los tribunales inferiores).

¹¹ OYHANARTE, ob. cit., pássim; BIANCHI, Alberto, *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema*, en *Suplemento La Ley de la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, N° 25, mayo-junio de 2003, ps. 5 y ss.; SANTIAGO, Alfonso, *La Corte Suprema y el control político*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, ps. 140 y ss.

¹² Voto del ministro Harry Blackmun en “Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. vs. Casey” del 29-6-92; conf. GARAY, Alberto, *La independencia intelectual y funcional de tres jueces de la Corte Suprema norteamericana*, en E. D. 159-887, esp. p. 889. Puede verse, asimismo, un análisis del caso en DWORKIN, Ronald, *Freedom’s Law*, New Haven, 1992, ps. 117 y ss.

¹³ Cita de un caso de 1961: “Mapp vs. Ohio”, 367 US 643.

¹⁴ SCJBA, “Olivera, Enrique”, en J. A. 1993-II-208.

¹⁵ Conf. MONAGHAN, Henry P., *Las sentencias de la Corte Suprema deben ser tomadas en serio*, trad. de Alberto Garay, en J. A. 2004-I-965.

VI. Aclaraciones finales

El lector seguramente pensará que algunos juicios que en este libro emitimos respecto de ciertos períodos de la corte, o de algunos de sus integrantes, o de algunos de sus fallos son demasiado duros. Incluso, a algunos fallos los hemos calificados de “funestos”, tomando el vocablo de la jurisprudencia de la propia corte¹⁶. Es verdad. Creemos que todo juicio crítico que se realice sobre la actividad de la corte debe ser hecho con la mayor exigencia, sin contemplaciones y sin medias tintas. Desde ese punto de vista, este modesto trabajo resultará discordante con el estilo que vienen siguiendo los constitucionalistas argentinos desde hace más de un siglo: el de ser complacientes a la hora de juzgar a la corte. Es dable apreciar, en otros países, juicios durísimos (aunque leales) acerca de la tarea del máximo tribunal, lo cual enriquece y mejora a la administración de justicia. Pero en Argentina, los trabajos doctrinarios, salvo contadas excepciones¹⁷, son, a nuestro criterio, demasiado condescendientes con el tribunal. Quizás ello se deba a que los constitucionalistas argentinos que se desempeñan en la justicia le temen a su superior jerárquico, y los que ejercen liberalmente la profesión le temen a quien, en definitiva, debe fallar en las causas en que ellos intervienen; pero lo cierto es que las críticas frontales y directas brillan por su ausencia.

Quienes llegan a ocupar la más alta magistratura son (o deberían ser) juristas de la más alta talla técnica y moral, y deben (o deberían) estar preparados para soportar las más fuertes presiones a que puedan ser sometidos por el poder político o por los grupos de presión. Nótese que la palabra “magistrado” proviene de “maestro” y se relaciona con “magistral”, lo que equivale a decir que quienes tienen el honor de pisar el cuarto piso del palacio de tribunales tienen el deber

de comportarse como verdaderos maestros y demostrar un virtuosismo técnico y ético susceptible de aprobar los exámenes más exigentes.

No hay ni puede haber excusas: ni el entorno, ni el momento político, ni las recurrentes crisis económicas, ni la necesidad de sostener a un gobierno, ni mucho menos favores personales o solidaridad con quien los designó. La constitución y su recta interpretación deben primar siempre, sin atenuantes. Sinceramente, no soportamos que la corte nos diga que en época de emergencia la constitución puede ser puesta entre paréntesis: primero –y principal– porque la propia constitución fue redactada en época de grave emergencia, tal como expresó la propia corte en la década de 1920¹⁸, y segundo porque la República Argentina siempre estuvo en emergencia: ya en 1865 se convalidó un gobierno *de facto* porque era una emergencia *política*¹⁹; en 1922 se convalidó una restricción al derecho de propiedad porque había emergencia *habitacional*²⁰; en 1934 ocurrió lo mismo porque había emergencia *financiera*²¹; en 1958 se restringió la libertad de expresión porque existía emergencia *política*²²; en 1960 se limitó la libertad de contratación porque había emergencia *ocupacional*²³; entre 1976 y 1983 se restringieron todos los derechos personales porque había emergencia *político-militar* y la corte guardó silencio²⁴; en 1990 se vuelve a convalidar la restricción del derecho de propiedad porque había emergencia *fiscal*²⁵; con esa misma excusa se convalida en 2000 el recorte de salarios del sector público²⁶; y entre 2004 y 2006 se vuelven a convalidar violaciones al derecho de propiedad porque había *fuga de capitales y default*²⁷. Las excusas van cambiando pero la restricción de los derechos fundamentales es continuada y la emergencia es la regla y no la excepción²⁸.

Por todo ello es que hemos formulado nuestros

¹⁶ Voto de los Dres. Maqueda y Belluscio en “Bustos”, ya citado.

¹⁷ La década de los '90 y los fallos funestos de esa corte dieron pie a que algunos autores ejercieran el rol de control que la doctrina debe ejercer respecto de la jurisprudencia, por ejemplo: BIDART CAMPOS, Germán, *El atropello a la Constitución Federal consumado en el Senado y en la Corte Suprema*, en L. L. 1998-F-510 y *El amparo: airoso; la propiedad: desprotegida; la Constitución: entre paréntesis*, en E. D. 141-519 y QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Réquiem al amparo colectivo*, en L. L. 1998-C-1337.

¹⁸ Vid. *Fallos*: 150:150, que se analizará más abajo, en el capítulo correspondiente a esa etapa.

¹⁹ “Martínez c/Otero”, ver su análisis en el capítulo correspondiente a esa etapa.

²⁰ “Ercolano c/Lanteri”, ver su análisis en el capítulo correspondiente a esa etapa.

²¹ “Avico c/De la Pesa”, ver su análisis en el capítulo correspondiente a esa etapa.

²² “Bustos Núñez”, ver su análisis en el capítulo correspondiente a esa etapa.

²³ “Cine Callao”, ver su análisis en el capítulo correspondiente a esa etapa.

²⁴ Sin perjuicio de algunos pedidos de informes (en “Pérez de Smith” y otros casos que se analizan en el capítulo correspondiente a esa etapa).

²⁵ “Peralta”, ver su análisis en el capítulo correspondiente a esa etapa.

²⁶ “Guida”, ver su análisis en el capítulo correspondiente a esa etapa.

²⁷ “Bustos”, “Galli” y “Massa”, ver su análisis en el capítulo correspondiente a esa etapa.

²⁸ En una nota titulada *Las emergencias que todavía nos faltan* (L. L. del 9-2-2007), el profesor Mario Midón propone irónicamente

juicios con la mayor estrictez, sin preocuparnos por quedar bien con nadie, ya que no fue para ganar amigos ni para congraciarnos con nadie que hemos escrito estas líneas. Pedimos disculpas adelantadas si

nuestras opiniones molestan a alguien. No es éste nuestro objetivo, sino simplemente formular un pequeño aporte en la lucha por vivir en un Estado Social y Democrático de Derecho.

crear la emergencia intelectual (para convalidar la falta de materia gris de algunos gobernantes), la ética (para dispensar los actos de los gobernantes que declaran la guerra bajo los efluvios del alcohol), la electoral (para homologar cuartelazos que impiden ejercer derechos electorales), la estética (para favorecer a los menos agraciados) y la sentimental (para ayudar a quienes necesitan afecto). Más allá de la broma, creemos que es necesario que el máximo tribunal recorte los alcances de la doctrina de la emergencia. Especialmente después de los tres fallos citados en la nota anterior.

LA EXPERIENCIA MONÁRQUICA AMERICANA: BRASIL Y MÉXICO

por FÉLIX ALBERTO MONTILLA ZAVALÍA*

SUMARIO: *Capítulo I. El Imperio del Brasil.* § 1. La monarquía lusitana en el Brasil. § 2. La independencia brasilera. El Imperio del Brasil. § 3. Constitución Política Imperial de 1824. § 4. El Emperador don Pedro I de Braganza y Borbón. § 5. Regencias. § 6. El Emperador don Pedro II de Braganza y Habsburgo. § 7. El legado imperial. *Capítulo II. El Imperio mexicano.* § 8. La independencia y el Imperio de Iturbide. § 9. Los conflictos financieros internacionales mexicanos y la intervención de Napoleón III. § 10. El II Imperio mexicano. § 11. El Emperador Maximiliano de Habsburgo. § 12. Conclusión.

Capítulo I – El Imperio del Brasil¹

§ 1. La monarquía lusitana en el Brasil

Las guerras napoleónicas marcaron profundamente el curso de la historia brasileña. Desde noviembre de 1807, Bonaparte atravesó con su ejército, gracias a la complicidad de Carlos IV de España, la frontera hispano-portuguesa. Sin esperar la llegada de los franceses, el príncipe Juan, regente de Portugal por la enfermedad de su madre la Reina María, y su Corte en pleno embarcaron en Lisboa con destino a Brasil. El gobierno real de Portugal se instaló entonces, el 7 de marzo de 1808, en la ciudad de Río de Janeiro.

De este modo Juan de Braganza lograba burlar, en cierto modo, a Napoleón, e instalado ya en Brasil se atrevía a desafiarlo al ocupar por la fuerza la colonia francesa de Guyana.

Iniciado el movimiento independentista en la América hispánica, el monarca portugués se puso en

contacto con las autoridades revolucionarias rioplatenses, que veían con agrado –en un primer momento– la instalación de la monarquía con la figura de la infanta Carlota Joaquina de Borbón –hija del Rey de España Carlos IV y mujer del príncipe Juan regente de Portugal–. La intención lusitana de acrecentar sus dominios en desmedro de los de España había sido política de Estado desde la firma del Tratado de Tordesillas, y no renunciarían a ella hasta haber obtenido la Banda Oriental (actual República Oriental del Uruguay). No obstante ello, al poco tiempo el intento monárquico rioplatense quedó eclipsado por un profundo sentimiento republicano.

En marzo de 1816, el príncipe Juan devino Rey de Portugal bajo el nombre de Juan VI el Clemente. El monarca debió intervenir activamente para lograr su objetivo de ocupar la Banda Oriental, ya por medio de la diplomacia o por la fuerza.

Esa ansia de apoderarse de los otrora dominios

* Abogado. Secretario Letrado de Presidencia de la Corte de Tucumán. Profesor en la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Católica de Tucumán. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; del Instituto de Historia Militar Argentina y del Instituto de Investigaciones Históricas General Justo José de Urquiza. E-mail: fmontilla@justucuman.gov.ar.

¹ Bibliografía: ALENCAR, F., *História da sociedade brasileira*, Rio de Janeiro, 1979; ALGRANTI, L. M., *D. João VI: os bastidores da independência*, San Pablo, 1987; ARAUJO, L. A. y JUNIOR, V. S. N., *Curso de Direito Constitucional*, San Pablo, 1998; BARBEIRO, H., *História do Brasil*, San Pablo, 1984; BESOUCHET, L., *Exílio e morte do imperador*, Rio de Janeiro, 1975; CALMON, P., *Fundación del Imperio del Brasil*, en *Historia de América*, dirigida por R. Levene, Buenos Aires, 1944, t. VIII; FAZOLI, A., *O período Regencial*, San Pablo, 1990; FRANCO, A. A. de M., *Curso de Direito Constitucional brasileiro*, San Pablo, 1958, vol. 1; FREIRE, F., *Historia Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*, Brasilia, 1983; FUGUIER, A., *La Revolución Francesa y el Imperio Napoleónico*, Madrid, 1967; GORENDEER, J., *O escravismo colonial*, San Pablo, 1988; MATTOS, I. R., *O império da boa sociedade: a consolidação do Estado imperial brasileiro*, San Pablo, 1991; NORTON, L., *A Corte de Portugal no Brasil*, San Pablo, 1938; XAVIER, L. V., *Revivendo o Brasil-Império*, San Pablo, 1991.

hispanicos dio lugar a un largo período de luchas entre los portugueses, algunos españoles acantonados, rio-platenses, argentinos y orientales, hasta que, por fin, lograron anexar Montevideo a Brasil bajo el nombre de Provincia Cisplatina (1821-1825).

§ 2. La independencia brasilera. El Imperio del Brasil

En Portugal se había formado una viva oposición contra las reformas emprendidas en el antiguo virreinato. La asamblea portuguesa, las Cortes, votó una serie de leyes destinadas a devolver a Brasil su antiguo estatus de colonia. Esta situación generó la indignación de los brasileros y produjo rápidamente la cohesión de dos facciones antagónicas: la de los portugueses afincados en Brasil –la mayoría militares– partidarios de la Corte de Lisboa y la de los patricios –hacendados e industriales nativos– influenciados por las ideas revolucionarias francesas y americanas y partidarios de la independencia de todo poder portugués.

Mientras tanto Bonaparte había sido vencido definitivamente, el Rey Juan VI era reclamado en Portugal y la Corte ansiaba marcharse, por lo que se decidió el regreso a Lisboa. El monarca, ante la inminencia del viaje a su tierra natal, nombró a su segundo hijo, Pedro, “Regente del Brasil”.

Las Cortes –ya en Portugal– aprobaron las medidas que devolvían el estatuto anterior a Brasil y obligaron a regresar a Europa al príncipe Pedro. En 1822, ante las demandas y la indignación de los brasileños partidarios de la independencia, don Pedro anunció su rechazo a dejar el país. En junio de 1822 hizo convocar una Asamblea Constituyente. En septiembre de 1822, mientras los enviados de Portugal revelaban que las Cortes no harían ninguna concesión a los nacionalistas brasileros, don Pedro proclamaba la independencia de Brasil.

Poco después, el 12 de octubre, el príncipe fue aclamado como Emperador del Brasil bajo el nombre de Pedro I. Coronado por el Obispo de Río de Janeiro el 1° de diciembre de 1822.

Durante una decena de meses Pedro I debió sofocar a los partidarios de Lisboa, y a fines de 1823, todas las tropas portuguesas en Brasil debieron rendirse al nuevo régimen.

Inmediatamente el Emperador procuró, con el infaltable apoyo británico, el reconocimiento internacional del nuevo Estado que al poco tiempo llegó, incluso, por parte de Portugal.

Luego comenzarían los conflictos internos alimentados por los individualismos oportunistas de algunos políticos.

§ 3. Constitución Política Imperial de 1824

Pedro I había convocado a la Asamblea Constituyente a efectos de formular una Constitución para el Imperio. La Asamblea se alejó demasiado de su cometido, la fiebre republicana comenzó a recrudecer y a generar conflictos con el Emperador, lo que llevó a éste a disolverla, ya que éste exigía de la Constituyente la preservación del poder monárquico por encima de los poderes legislativo y judicial.

Inmediatamente el Emperador ordenó a su Consejo de Estado la redacción de una Constitución “digna de Él y del Brasil”. La tarea fue llevada, casi exclusivamente, por el consejero José Joaquín Carneiro de Campos, ayudado por su hermano Francisco, e integraron el Consejo de Estado, redactor del proyecto, Joao Severiano Maciel da Costa, Luis José de Carvalho e Melo, Clemente Ferreira Franca, Mariano José Perereira da Fonseca, Joao Gomes da Silveira Mendoza, Francisco Vilela Barbosa, Barón de Santo Amaro, Antonio Luis Pereira da Cunha, Manuel Jacinto Nogueira da Gama y José Joaquín Carneiro de Campos.

La Carta Magna fue concluida el 11 de diciembre de 1823, puesta a consideración y aprobación de las Cámaras Municipales y sancionada por don Pedro I el día 25 de marzo de 1824. Esta medida sirvió, en gran parte, para pacificar al Brasil.

La Constitución Imperial constaba de 179 artículos distribuidos en ocho títulos. En tres de éstos se resumía la parte dogmática de la Constitución –los artículos 1° a 5° legislaban sobre el Imperio del Brasil, su territorio, gobierno, la dinastía y la religión (Título 1°), los artículos 6° a 8° estipulaban sobre la ciudadanía brasilera (Título 2°), y los extensos artículos 173 a 179 sobre los derechos civiles y políticos de los brasileros (Título 8°)–.

En tanto la estructuración jurídica del poder imperial estaba contenida en los Títulos 3° a 7° (Título 3°, *De los poderes y la Representación Nacional*; Título 4°, *Del Poder Legislativo*; Título 5°, *Del Emperador*, y Título 6°, *Del Poder Judicial*).

La Constitución mostraba la clara inspiración liberal del Monarca, muy a despecho de su familia política –los Habsburgo–, propulsores del restablecimiento del absolutismo prenapoleónico europeo, y reconocía su fundamento filosófico en las doctrinas jurídico-políticas de Montesquieu y Constant.

Creaba un poder imperial moderador y ejecutivo, organizado y poderoso, en el cual el Emperador resultaba ser irresponsable políticamente (art. 99). El Poder Ejecutivo imperial lo ejercería a través de los Ministros de Estado (arts. 102 y 131 y ss.).

El Poder Legislativo se encontraba conformado por dos Cámaras, la de Senadores y la de Diputados. La primera, integrada en un cuerpo de personas con mandato vitalicio y representantes de las Provincias, del Emperador y de la Familia Imperial –los Príncipes eran senadores *ipso iure* al cumplir 25 años– (arts. 40 a 51), y diputados electos por voto indirecto y calificado y con mandatos temporarios de cuatro años (arts. 35 a 39).

El Poder Judicial imperial, formado por jueces independientes e inamovibles, estaba presidido por una Corte Suprema de Justicia (arts. 151 a 163 y 179, inc. 12). Entre las normas constitucionales que muestran el gran espíritu monárquico se encuentran las que permiten, propician y obligan a utilizar los procedimientos alternativos de resolución de conflictos (arts. 160 a 162). Se estipuló una acción popular y pública para iniciar la destitución de los jueces imperiales (art. 157).

La autonomía provincial se encontraba limitada ya que el Emperador era el encargado de designar al jefe ejecutivo de ésta (denominado “Presidente”) (arts. 165 y 166). En tanto en el parlamento, desempeñado por los “Consejos Generales”, era el pueblo quien decidía, por voto, su integración (arts. 71 a 89).

La religión oficial del Imperio era la Católica Apostólica Romana (art. 5º), no obstante ello existía la libertad de cultos (art. 179, inc. 5º). La relación jurídica con la Iglesia estaba en cabeza del Poder Ejecutivo imperial, quien ejercía el derecho de patronato al “nominar Obispos y proveer los beneficios eclesiásticos” (art. 102, inc. 2º), “conceder o negar beneplácito a los decretos de los Concilios y Letras Apostólicas, y cualquier otras constituciones eclesiásticas...” (art. 102, inc. 14).

En cuanto a la parte orgánica de la Constitución Imperial encontramos normas de profunda filosofía liberal: como la de libertad de prensa, de cultos, la libre circulación de personas y bienes, la inviolabilidad del domicilio privado, la igualdad ante la ley, la idoneidad como requisito de acceso a los cargos públicos, la abolición de las penas crueles, el derecho de propiedad, la libertad laboral, los derechos de propiedad intelectual, la inviolabilidad de la correspondencia privada, el derecho de petición ante las autorida-

des públicas, la instrucción primaria y otros derechos y garantías más (art. 179).

En suma, de la Constitución Imperial trasuntaba la verdadera intención monárquica de gobernar para el progreso moral y material del pueblo brasileiro, por lo que ésta fue muy bien recibida en los círculos políticos provinciales, salvo algunas revueltas creadas por republicanos radicales que sentían lesionadas las autonomías provinciales, cuestión que originó una campaña militar para sofocar a los insurrectos.

§ 4. El Emperador don Pedro I de Braganza y Borbón

Dictada la Constitución, mientras la política económica imperial traía gran prosperidad por la alianza comercial con Inglaterra, don Pedro I se preparaba para luchar con las tropas argentinas y orientales que pretendían la independencia de la Provincia Cisplatina –arrebataada por los portugueses a los patriotas rioplatenses en 1821 que servía con fines estratégicos como puesto de avanzada a los efectos del control de la navegación del Río Paraná–.

A la muerte de su padre Juan VI, en marzo de 1826, el Emperador brasileño Pedro I regresó a su patria y se convirtió en Pedro IV de Portugal, pero abdicó en favor de su hija María de Gloria y, tras prometerla en matrimonio a su hermano Miguel, designó a éste regente del reino. Sin embargo, la situación se complicó a raíz de la guerra con Argentina, que concluyó en 1828 con la derrota brasileña y la pérdida de la Provincia Cisplatina, que se convirtió en la República Oriental del Uruguay. A más de ello su hermano Miguel había usurpado el trono portugués. Estas circunstancias, junto con la escasa autonomía provincial en Brasil, así como los escándalos de la vida privada del emperador, fueron el origen de una sucesión de revueltas que llevaron a Pedro I, el 7 de abril de 1831, a renunciar a la Corona imperial en favor de su hijo Pedro II, de cinco años de edad.

Regresó entonces a Europa y en Francia, con la ayuda de los liberales, organizó la expedición de Bella Vista, al frente de la cual, tras hacer escala en Azores, tomó Oporto y, en 1833, derrotó definitivamente a las fuerzas de su hermano Miguel en la batalla librada en el cabo de San Vicente. Poco más tarde entró en Lisboa, restituyó a María II en el trono y obligó a Miguel a firmar el Tratado de Évora-Montes por el que renunciaba a sus pretensiones. Desde entonces y hasta su muerte, rigió Portugal en nombre de su hija.

Durante su mandato el Brasil se consolidó interna y externamente ayudado por el creciente intercambio comercial con Inglaterra.

§ 5. Regencias

Luego de la abdicación de don Pedro I, siendo menor de edad su hijo Pedro II, se inició un período de 9 años en el cual se sucedieron cuatro regencias designadas por la Asamblea General del Imperio conforme al artículo 15, inciso 2º de la Constitución Imperial.

La primera regencia, provisoria y temporaria (1831), se integró con los senadores imperiales Joaquín Carneiro de Campos Marqués de Caravelas, Nicolás Pereira de Campos Vergueiro, y por el brigadier Francisco de Lima e Silva.

Al poco tiempo se nombró una regencia permanente que cumplió sus funciones durante cuatro años formada por los diputados imperiales José da Costa Carvalho, Juan Bráulio Muñiz y por el Brigadier Francisco de Lima e Silva.

Posteriormente, y por tres años más (1835-1838), se designaron como regentes del emperador Pedro II a los senadores padre Diego Antonio Feijó y Pedro de Araujo Lima, siendo este último quien ejerció de regente durante los últimos dos años (1838-1840).

La crisis política desatada durante los últimos años del reinado de don Pedro I había profundizado las divisiones entre las facciones políticas opuestas: liberales exaltados y conservadores y liberales moderados. Los primeros pugnaban por mayor autonomía para las provincias, los segundos apoyaban al Imperio.

Durante el período de regencia apareció en la escena política brasilera un tercer grupo, que bregaba por la restauración de Pedro I en el trono imperial.

La Regencia permanente elegida en 1831 gobernó reflejando los intereses regionales de la aristocracia agraria y de las facciones políticas urbanas.

En 1834 se produjeron una serie de reformas de la Constitución Imperial por medio de un “Acta Adicional” con el objeto de satisfacer reclamos regionales –instados por los liberales exaltados– de mayor autonomía provincial.

El padre Feijó, Ministro de Justicia Imperial, de tendencia liberal moderada y regente de Pedro II, fue testigo del inicio de las grandes revueltas republicanas que se extendieron por las Provincias de Rio Grande do Sul y Santa Catarina con el apoyo del corsario italiano José Garibaldi. Recién en 1842, gracias a la acción de Luis Alves de Lima e Silva (futuro duque de

Caxias), los insurrectos fueron depuestos luego de un par de años de luchas políticas y militares (febrero de 1845). De ese modo se conseguía la consolidación definitiva del Imperio.

§ 6. El Emperador don Pedro II de Braganza y Habsburgo

El primogénito de Pedro I y Leopoldina Carolina de Habsburgo, subido al trono a la edad de cinco años, fue emancipado y proclamado Emperador por la Asamblea Legislativa en 1840, a los catorce años de edad.

En 1843 contrajo matrimonio con Teresa Cristina de Borbón de Nápoles. Hombre de esmerada educación, se relacionó con numerosos intelectuales europeos, pero las ideas aprendidas no se reflejaron en su actuación, y su escaso talento político ante los asuntos de Estado le hizo optar por el papel de moderador entre los dos partidos tradicionales.

Bajo su reinado, que duró casi medio siglo, el crecimiento económico y demográfico de Brasil fue excepcional. La producción nacional fue multiplicada por diez y el país comenzó a dotarse de una red ferroviaria considerable.

La política exterior del gobierno imperial era abiertamente hostil a las dictaduras vecinas. De 1851 a 1852 Brasil sostuvo entonces la lucha revolucionaria que combatía al general argentino Juan Manuel de Rosas.

De 1865 a 1870, aliado a la Argentina y a Uruguay, combatió victoriosamente al Paraguay.

La cuestión de la esclavitud acuciaba al Emperador, que en 1853 tomó medidas para prohibir el tráfico de estos cautivos por el suelo brasileño. Algunos años más tarde, una campaña en favor de la emancipación fue lanzada por todo el país. En esta época, Brasil contaba con 2,5 millones de esclavos. Los abolicionistas tuvieron su primera victoria en 1871, cuando el Parlamento aprobó una ley dando la libertad a los niños nacidos de una madre esclava.

En 1888 abolió la esclavitud, decisión que le granjeó la enemistad de los hacendados, en quienes se había apoyado durante mucho tiempo. Desde los inicios de la colonia portuguesa de Brasil en el siglo XVI y durante todo el período imperial, el trabajo de los esclavos había sido elemento determinante en las grandes propiedades agrícolas, lo cual explica que la introducción del trabajo libre erosionara de forma irreversible los cimientos políticos de la monarquía.

La relación de Pedro II con la Iglesia Católica se vio ensombrecida por su vinculación a la masonería, lo que produjo durante varios años de la década de 1870 innumerables inconvenientes con la alta jerarquía eclesiástica y con los emisarios vaticanenses.

Luego de un tiempo el ejército, temeroso de la influencia de las monarquías europeas emparentadas con la familia imperial, también manifestó su recelo con respecto al emperador. Totalmente aislado, Pedro II formó un gobierno de conservadurismo avanzado, pero la iniciativa no funcionó. En noviembre de 1889, una revuelta militar dirigida por el general Manuel Deodoro da Fonseca obligó a Pedro II a abdicar y exiliarse en París. La república fue proclamada entonces bajo la autoridad de un gobierno provisorio dirigido por Fonseca. En seguida, un cierto número de reformas de inspiración republicana fueron decretadas, entre ellas, la separación de la Iglesia y el Estado.

La redacción de una constitución fue acabada en junio de 1890. Inspirada por la Constitución de los Estados Unidos, fue adoptada en febrero de 1891, haciendo de Brasil una República Federal, bajo el título oficial de Estados Unidos del Brasil. Fonseca fue el primer presidente electo.

De este modo se ponía fin a 67 años de monarquía imperial.

§ 7. El legado imperial

No puede pasar desapercibida la tarea aglutinante y homogeneizante cumplida por la monarquía en Brasil. Gracias a ella la otrora colonia portuguesa se cohesionó mientras el resto de los insipientes Estados sudamericanos comenzaban una difícil lucha –interna y externa– en procura de sus cimientos.

La monarquía imperial intentó gobernar procurando el engrandecimiento material y cultural brasilero, logrado –ciertamente– con la ayuda inglesa y por las vinculaciones familiares que los emperadores tuvieron con los monarcas más importantes de Europa –principalmente con los dominios habsburgos y borbones–.

En este hito la Constitución Imperial de 1824, con

su reforma de 1834, tuvo un papel protagónico. Fue una Constitución moderna pero conservadora que supo regir durante 65 años mientras gran parte de los Estados del viejo y nuevo mundo seguían experimentando proyectos de leyes supremas.

La experiencia imperial sigue viva en el Brasil debido a la activa participación política de grupos monárquicos, por lo tanto el debate no ha sido cerrado definitivamente.

Capítulo II – El Imperio mexicano²

§ 8. La independencia y el I Imperio de Iturbide

La Revolución Francesa de 1789 llevó a muchos de los habitantes de la Nueva España a soñar con la independencia. Las cruentas guerras en Europa sólo hacían crecer este sueño. Tras el ascenso de Napoleón al poder en Francia y su invasión a España, el Rey Carlos IV abdicó en favor de su hijo, Fernando VII, quien a su vez fue forzado a dejar el trono en manos del hermano de Napoleón, José.

Estos hechos llevaron al patriota mexicano Primo de Verdad a dar un discurso en la Asamblea donde decía que un usurpador había tomado el trono de España y la gente de la Nueva España debía, por consiguiente, gobernarse a sí misma. Su propuesta fue desechada, pero el movimiento hacia la independencia había comenzado. El estandarte extendido por Verdad fue tomado por el sacerdote Miguel Hidalgo, cura del pueblo de Dolores. Él y el capitán Ignacio Allende se levantaron en armas en la provincia de Jalisco en 1810.

Las batallas entre rebeldes y el gobierno continuaron. En 1811 las dos fuerzas se enfrentaron en la batalla del Puente de Calderón en donde los rebeldes fueron vencidos. Hidalgo fue tomado prisionero y el 30 de julio de 1811 fue fusilado. Después de la muerte de Hidalgo, varios rebeldes siguieron la lucha pero sin mucho éxito. El movimiento estuvo largo tiempo sin líder hasta 1821, cuando Agustín de Iturbide, un oficial realista, adoptó la causa de la independencia.

Iturbide provenía de una posicionada familia que

² Bibliografía: ALAMAN, L., *Historia de México*, México, 1968; BALDERRAMA, L. C., *El clero y el gobierno de México*, México, 1927; BOCANEGRA, J. M., *Memorias para la historia de México Independiente 1822-1846*, México, 1892; BULNES, F., *La guerra de la independencia. Hidalgo-Iturbide*, México, 1910; *El verdadero Juárez y la verdad sobre la intervención y el imperio*, México, 1904; BURGOS, I., *Derecho Constitucional mexicano*, México, 1982; CORTI, E. C., *Maximilian und Charlotte von México*, Leipzig, 1924, 2 ts.; ESQUIVEL OBREGÓN, T., *Apuntes para la historia del Derecho en México*, México, 1943; GAMBOA, J. M., *Leyes Constitucionales de México durante el siglo XIX*, México, 1901; PAULA ARRANGOIS, F. de, *Apuntes para la historia del Segundo Imperio Mexicano*, Madrid, 1869; TORO, A., *Compendio de Historia de México*, México, 1926; *La Iglesia y el Estado en México*, México, 1927.

tuvo sus arraigadas raíces en el México hispánico y en el reino ibérico de Navarra. Sus ancestros: don José de Iturbide y Álvarez de Eulate casado con doña María Josefada Arregui de Gastelu, cuyo hijo, José Joaquín de Iturbide, fue bautizado el día 6 de febrero de 1739. En 1766 emigró a México y se estableció en la ciudad pueblo de Valladolid (hoy Morelia). Hacia 1786 don José Joaquín era miembro del Consulado Municipal y dueño de una hacienda en Quirio. Se casó en 1772 con doña Josefa de Arramburu y Carillo de Figueroa. El 27 de septiembre de 1783 nació su hijo Agustín Cosme de Iturbide en la ciudad de Valladolid.

Agustín fue educado en el Colegio de San Nicolás y en la Academia de Oficiales. En 1797 fue nombrado subteniente. En 1805 se casó con la noble española Ana María Josefa de Huarte Muñiz, nieta del Marqués de Altamira.

En 1806 don Agustín de Iturbide fue promovido a teniente y en 1810 a capitán. Entre 1811 y 1816 Agustín se distinguió por sofocar varias insurrecciones de rebeldes que luchaban por la independencia de México. Hacia 1813 el Virrey General Félix María Calleja promovió a Iturbide a coronel y lo hizo comandante del regimiento en Celaya. En 1814 Agustín fue nombrado comandante conjunto de las fuerzas realistas que vencieron al mayor ejército rebelde bajo las órdenes de José María Morelos en Puruarán.

Entre 1816 y 1820 Iturbide comenzó a incrementar su simpatía por la causa de la independencia de México hasta que en 1821 mantuvo una serie de conferencias con el único comandante rebelde que quedaba sin sofocar en México, Vicente Guerrero. Después de esas conversaciones Iturbide se convenció de que la independencia era la única forma en la que México progresaría y así acordó con Guerrero el “Plan de Iguala”. Los puntos principales del acuerdo fueron conocidos como las tres garantías, éstas eran: religión, independencia y unión a España a través de la creación de un reino mexicano en manos de Fernando VII.

Un nuevo ejército denominado de las “Tres Garantías” se creó para proteger el orden e implementar este plan. Don Agustín fue designado comandante supremo de esa milicia.

Mientras tanto México continuaría siendo gobernado por el virrey pero ahora bajo los términos del Plan de Iguala y con la ayuda del ejército de Iturbide.

El Rey Fernando VII, enterado de los sucesos, desaprobó la actuación e inmediatamente designó a Juan de O’Donoju como nuevo virrey de México. El propósito del nuevo funcionario fue lograr un acuerdo alter-

nativo con los libertarios en el cual se mantuviera el *status quo* y se asegurara la fidelidad a España y sus monarcas.

Mientras tanto la demanda de independencia había obtenido mucha fuerza y no podía ser revertida. Luego de muchas negociaciones O’Donoju accedió a un acuerdo que resultaba perjudicial a los intereses de España. Al tomar razón de ello el Rey Fernando VII rehusó a su aprobación –aunque le había dado al virrey plena libertad, la metrópoli nunca pensó que las cosas pudieran llegar tan lejos–.

Simultáneamente el Rey rehusó el ofrecimiento de la corona de un México Independiente y prohibió a toda su familia que aceptase esta proposición (como estaba ocurriendo en el Brasil).

El virrey ya había aceptado el tratado y el 27 de septiembre en 1821 México fue declarado un estado independiente. Entonces se generó un movimiento popular para agradecer a Iturbide la libertad de México y le ofrecieron el trono vacante. Iturbide se negó argumentando que aún reconocía al Rey Fernando VII como monarca.

Durante los siguientes meses se hizo obvio que no existía un candidato borbón que estuviera dispuesto a ceñirse la corona de México, por lo que la figura de Iturbide cobró notoria simpatía para ocupar el trono.

En la noche del 18 de mayo de 1822 una demostración popular masiva llevada por el regimiento de Celaya, cuyo comandante era don Agustín, marchó por las calles y demandó a su comandante en jefe aceptar el trono.

Al mismo tiempo se instalaba un Congreso para organizar al país. Esta asamblea lo proclamó Emperador de México “Por la divina providencia y por el congreso de la nación”. El emperador fue llamado al trono no sólo por elección popular sino también por el voto democrático del congreso.

La coronación de don Agustín como emperador y su esposa doña María como emperatriz se realizó el 21 de julio de 1822 en la Catedral de la ciudad de México. El arzobispo Fonte presidió el acto.

La Corte Imperial absorbió casi todos los nobles mexicanos creados por los reyes de España. Casi todos habían votado a favor de don Agustín como emperador; como resultado el marqués de Aguayo fue designado cabeza de la casa imperial, el Conde de Regla fue hecho jefe ABC para el emperador, el marqués de Salvatierre, capitán de la guardia imperial. Los condes y marqueses Valle de Orizaba, Jaral, Guardiola, Cadena, Uluapa, Torre Cosío, Rul, Rayas, Peñasco, Casta-

niza, Miraflores, Vivanco, Alamo y Tagle fueron hechos oficiales de la nueva corte.

Después de la coronación de Iturbide la inestabilidad política y financiera continuó golpeando al México independiente. Don Agustín fue acusado de absolutista por Antonio López de Santa Anna.

A principios de la primavera de 1823 Iturbide, cansado por las desavenencias generadas por sus crímenes, presentó su renuncia, la que fue aceptada el 19 de mayo. Iturbide marchó, entonces, al exilio en Italia y luego en Inglaterra.

Al cabo de unos meses, mientras México se sumía en el caos, Iturbide regresó. Desembarcado en su patria fue arrestado y sin juicio alguno fue pasado por las armas (1823).

§ 9. Los conflictos financieros internacionales mexicanos y la intervención de Napoleón III

Luego de la caída de Iturbide, México se convirtió en una república (con la sanción de la Constitución de 1824) en la que dos bandos antagónicos –los conservadores y los radicales– pelearon por el poder y tomaron de él como si fuera botín de guerra, dirigiendo sin rumbo a México y produciendo la desmembración territorial a manos de los norteamericanos (1836, Texas; 1846, California; 1853, Nuevo México y Arizona). Luego de algunos mandatos presidenciales, efímeros y hasta desastrosos para los intereses nacionales, Santa Anna, el gran detractor de Iturbide, fue elegido presidente (1853) comenzando una dictadura de triste memoria que concluyó en 1855 con la destitución de Santa Anna. No obstante ello la suerte de México no mejoraría.

En 1857 una Asamblea dictó una nueva Constitución, se decretó la separación del Estado y la Iglesia Católica, se confiscaron los bienes del clero y se estableció el Registro Civil.

En 1860 después de otra guerra civil, con el apoyo de los Estados Unidos, el abogado de tendencia radical Benito Juárez tomó el poder. Juárez continuó con la política anticlerical y continuó con la expoliación de los bienes de la Iglesia, dispuso la expulsión del nuncio papal, y luego la de los representantes diplomáticos de España, Guatemala y Ecuador.

A sus instancias el Congreso de la República de México dictó una ley por la cual se suspendía el pago de la deuda externa (1861), con excepción de las originadas por empréstitos estadounidenses. La suspensión unilateral del pago llevó a los principales prestamistas, Gran Bretaña, Francia y España, a que

decidieran enviar fuerzas conjuntas de expedición a México, que ocuparon el Puerto de Veracruz en diciembre de 1861.

Juárez, temiendo lo peor, accedió a pagar las deudas. Gran Bretaña y España se retiraron saciadas sus demandas. Pero Francia continuó la guerra marchando y ocupando la Ciudad de México.

Napoleón III tuvo metas más ambiciosas que simplemente recuperar sus deudas. El emperador francés, influenciado fuertemente por su romántica esposa, la emperatriz Eugenia, fue tentado a revivir la monarquía mexicana. Quería restablecer un monarca en el trono que pudiera promover los intereses de Francia. Esta idea no era nueva pero tenía nuevos ímpetus.

Antes de 1861 la más mínima interferencia en México por parte de cualquier poder europeo hubiera sido visto como un reto a la política exterior de Estados Unidos de América, y nadie quería provocar un conflicto con ellos, pero justamente Napoleón III aprovechó que en el país norteamericano se sucedía el sangriento conflicto de la guerra civil que no permitió a Lincoln intervenir en México; de esta forma el gallo tomó ventaja de la situación.

§ 10. El II Imperio mexicano

La idea imperial no sólo tenía como antecedente a la fugaz monarquía de Iturbide, sino además al Brasil, que había demostrado claramente la viabilidad de tal sistema de gobierno en América.

El candidato escogido por el emperador francés era el archiduque Fernando Maximiliano de Habsburgo, hermano del soberano austriaco Francisco José, y primo hermano del Emperador del Brasil don Pedro II.

La idea monárquica entusiasmó a los políticos conservadores mexicanos, vinculados a las tradiciones criollas de raíz española y al clero que el 10 de julio de 1863 aprobó la instauración del sistema imperial con un príncipe católico, manifiesto que logró la adhesión de una gran mayoría de mexicanos.

En octubre de 1863, Napoleón III concertó con la delegación azteca encabezada por Gutiérrez de Estrada para ofrecer formalmente la corona imperial de México a Fernando Maximiliano. El archiduque aceptó, y fijó como condición el dictado de una Constitución liberal que fijara límites a la monarquía y solicitó que Napoleón III prestara colaboración hasta la formación de un ejército disciplinado, imperial y mexicano.

Ante ello el gobierno de los Estados Unidos protestó enérgicamente en lo que parecía ser una violación a la *doctrina Monroe* pero la guerra civil entre sus Estados le impidió tomar acciones directas en el asunto.

El emperador y la emperatriz llegaron al Puerto de Veracruz el 29 de mayo de 1864. En México, la población los recibió con mucho entusiasmo y comenzó una larga fiesta.

§ 11. El Emperador Maximiliano de Habsburgo

Teniendo 30 años en ese entonces, la figura de Maximiliano de Habsburgo había demostrado su capacidad para la estrategia militar y gobierno civil ya que en 1857 el emperador Francisco José lo había designado gobernador general en las provincias ocupadas por Austria en el Norte de Italia —el reino de Lombarda Venecia— hasta que en 1859 fue relevado del puesto por aplicar una política de relativa inspiración liberal, lo cual quedaría de manifiesto al ejercer el gobierno de México.

Al iniciar su magistratura la pareja imperial registró una fuerte impresión al observar las condiciones de vida de los pobres en contraste con las magníficas haciendas de la clase alta. Los monarcas se horrorizaron más al descubrir que su reino se encontraba envuelto en una guerra civil liderada por los liberales partidarios de Benito Juárez.

A más de eso las finanzas de México estaban en un estado caótico. Empeoradas por el hecho de que Maximiliano había incurrido en nuevas deudas con Francia —las que incluían el mantenimiento de tropas galas en México—. A ello se le sumaron considerables sumas de pesos invertidas en embellecer la ciudad, el palacio imperial de Chapultepec y una casa de campo en Cuernavaca.

Formó su gabinete, mayoritariamente, con liberales moderados, lo cual le granjeó el recelo de la curia mexicana que pretendía la restauración de los privilegios arrancados por la Constitución de 1857 y por las arbitrarias medidas de Juárez. El Emperador, preocupado por la cuestión, tomó cartas en el asunto eclesástico restableciendo algunas garantías a la Iglesia, no obstante ello Maximiliano mantuvo la libertad de cultos.

Los emperadores se habían enamorado de su reino. Mientras las tropas francesas continuaban peleando con los rebeldes. Maximiliano comenzó a edificar museos y trató de conservar la cultura mexicana —cual fue la mayor y más duradera contribución del Emperador a su patria mexicana—.

La pareja para este entonces había aceptado el hecho de que no podrían tener hijos propios. Por lo tanto adoptaron a dos herederos de la dinastía imperial Iturbide. De este modo no sólo aseguraban la sucesión monárquica, sino que también legitimaban su posición ante los ojos de los que apoyaban a Iturbide. Estos príncipes mexicanos adoptados sucederían a Maximiliano bajo el nombre de Habsburgo-Iturbide.

La legislación imperial del monarca Habsburgo demuestra la preocupación por la generación de la justicia social en México. Entre sus primeros actos de gobierno se dispuso la restricción de la jornada de trabajo a la que estaban sometidos los indios y prohibió las labores de los menores de edad. El Emperador dispuso, también, la remisión de las deudas campesinas que excedieran los 10 pesos; restauró la propiedad común y prohibió todas las formas de castigo corporal. Estas medidas, y otras más, generaron una fuerte reacción al Imperio por parte de los hacendados. En tanto los liberales radicales lo vieron, únicamente, como una marioneta de los franceses.

El fin de la monarquía se produjo al concluir el año 1865. Napoleón retiró sus tropas y abandonó a Maximiliano a su suerte, mientras Benito Juárez, que había establecido una república itinerante, lograba el apoyo norteamericano y marchaba a recuperar el poder.

Ante ello, a principios de 1866, la emperatriz Carlota fue embarcada a Francia para intentar hacer cumplir la promesa de apoyo al Imperio mexicano dada por el monarca francés, lo que fue en vano. La emperatriz se trasladó, entonces, a la Santa Sede para entrevistarse con el Pontífice Pío IX, que la escuchó con simpatía pero explicó que no había nada que él pudiera hacer.

Al marcharse las tropas galas solicitaron al Emperador que abandonara México. Maximiliano interpretaba que tal actitud no era digna de un monarca. A pesar de conocer el peligro que corría se rehusó a dejar su país y a su gente. No podía marcharse, debía defender su gobierno y su honor.

Maximiliano peleó valientemente a la cabeza de su Ejército Imperial de ocho mil hombres —muchos de los cuales no tenían ninguna experiencia castrense—. Dejando la ciudad de México, el 13 de febrero de 1867, Maximiliano marchó a Querétaro hostigado por las fuerzas de Benito Juárez.

En Querétaro las tropas imperiales lucharon con ardiente heroísmo. El 15 de mayo de 1867 uno de sus más cercanos oficiales, el coronel López, lo traicionaba y entregaba el pueblo a las tropas republicanas.

Maximiliano y sus leales generales Miramón y Mejía fueron llevados ante un tribunal militar y condenados a muerte ante la súplica de casi todas las potencias europeas de clemencia con los vencidos; Juárez ordenó la ejecución de la sentencia.

El emperador enfrentó su muerte con valor. Maximiliano, luego de recibir los auxilios espirituales, en la mañana del 19 de junio de 1867, fue fusilado en el cerro de las Campanas. Sus últimas palabras fueron: “Yo perdono a todos, y pido a todos que me perdonen. Que mi sangre la cual está a punto de ser vertida, sea para bien de este país ¡Viva México! ¡Viva la independencia!”

Los generales Miramón y Mejía fueron ejecutados después. Murieron gritando “Viva el emperador”.

Después de la muerte de Maximiliano, Carlota con el corazón roto se volvió completamente loca y tuvo que ser encerrada hasta sus últimos días.

De esta forma se ponía fin al efímero II Imperio mexicano.

§ 12. Conclusión

La historia política mexicana se identifica, más que con la de Brasil, con la del resto de América hispana. Una independencia lograda con mucho sacrificio y luego las luchas intestinas de las distintas facciones políticas lideradas por caudillos ansiosos de hacerse del poder político para beneficio propio.

La experiencia monárquica mexicana, ejercida por buenos gobernantes según creemos, terminó en el fracaso por la falta de visión de una clase política vil. La acción y la intención que de ella brotan demuestran que los emperadores Iturbide y Habsburgo intentaron instaurar un sistema político libre, justo y respetuoso de la nacionalidad mexicana, más allá de los desaciertos políticos cometidos.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL: CONEXIONES E INTERFERENCIAS EN EL CASO ARGENTINO

por EVE RIMOLDI DE LADMANN

SUMARIO: Introducción. El contexto internacional. 1. La celeridad con que se producen los cambios una vez desaparecido el sistema bipolar en que se estructuró el mundo desde 1945 hasta 1989. 2. La modificación del concepto de soberanía. 3. La transnacionalización de problemas. 4. La cooperación internacional. 5. La transnacionalización de la información. 6. El intercambio comercial como eje del desarrollo. La Constitución y el Derecho Internacional. 1. La incorporación de los tratados internacionales. 2. La regionalización. 3. El reconocimiento de facultades a las provincias para celebrar convenios internacionales. Conclusiones.

Introducción

En el análisis del tema al que me referiré no puedo dejar de considerar la realidad en que se desenvuelve la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional.

Como afirmaba ya Hermann Heller en su *Teoría del Estado*, “Sólo se comprende cabalmente la ordenación normativa si se considera y da por supuesto que el ser y el deber ser no se encuentran aislados y en una antidualéctica ausencia de relación, sino por el contrario, en una correlación coordinada por el acto de voluntad que da positividad al derecho”.

Por otra parte, “Los estudios e investigaciones sobre las implicancias de los cambios revelan la perplejidad de quienes abordan los temas y la incertidumbre sobre los efectos que producirán esos cambios. Torna así más difícil cumplir con las funciones predictiva y heurística de un modelo de conocimiento para pronosticar nuevas regularidades o extrapolar provisionalmente una pauta para proyectarla hacia el futuro”.

“Las realidades son diferentes de las cuestiones en que políticos, economistas, estudiosos, hombres de empresa y líderes sindicales fijan todavía su atención, sobre las que aún escriben libros y pronuncian discursos. La prueba convincente de esto es el profundo sentido de irrealidad que caracteriza a muchos de los políticos y economistas de hoy” (Druker, Peter, *Las nuevas realidades*, Buenos Aires, Sudamericana, 1990).

Advertimos entonces que el escenario actual es complejo y las modificaciones son tan profundas que quienes se dedican a su estudio e investigación consideran que se ha producido un cambio de civilización.

El Derecho Constitucional creó marcos formales que fueron eficaces para la organización de los Estados nacionales durante los trescientos años de la civilización industrial. No obstante, desde mediados del siglo pasado, tanto el Derecho Internacional como las nuevas categorías jurídicas (el Derecho Comunitario por ejemplo) modifican los compartimentos conceptuales estancos de las diversas disciplinas jurídicas, interrelacionándolas¹.

Identificaré cuáles son las características del escenario actual que me interesa destacar con relación al tema que me ocupa.

El contexto internacional

1. *La celeridad con que se producen los cambios una vez desaparecido el sistema bipolar en que se estructuró el mundo desde 1945 hasta 1989*

A pesar de no existir coincidencias sobre la existencia de “un nuevo orden mundial”² ni si éste es unipolar o multipolar³, encontramos nuevos actores principales que necesariamente deben tenerse en cuenta en las relaciones internacionales. El caso de los países de creciente desarrollo económico, como Brasil, Rusia, India y China (los BRICS) son un ejemplo.

¹ RIMOLDI DE LADMANN, Eve, *Derecho de la integración económica y Derecho Constitucional*, en *Cuadernos de Investigaciones*, N° 20, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, UBA, 1991.

² La frase la acuñó el ex Presidente de los Estados Unidos, George Bush.

³ RUSSELL, Roberto, *El contexto externo de la política exterior argentina: notas sobre el nuevo orden mundial*, en *La política exterior argentina y el nuevo orden mundial*, Flacso y GEL, Buenos Aires, 1992.

Podría afirmarse entonces que aquella estructura política bipolar que acordaron Estados Unidos y Rusia una vez finalizada la II Guerra Mundial ha sido sustituida por una estructura política y económica multipolar que va superando las limitaciones tecnológicas, impulsando la investigación que le asegure su desarrollo.

Se produce un desplazamiento del enfrentamiento ideológico y sus interminables polémicas, hacia la solución de problemas que permitan satisfacer necesidades y den respuestas eficaces a esas necesidades. Asistimos entonces a paradojas como el reconocimiento del derecho de propiedad privada por parte de un régimen comunista como el chino; a su incorporación a la Organización Mundial de Comercio y a su esfuerzo para lograr que países latinoamericanos (Argentina y Brasil, entre otros) le reconozcan la vigencia en su territorio de un sistema de libertad de mercado.

¿Han traído esos cambios mejor seguridad? ¿Han producido un equilibrio de poderes? Podríamos concluir que por el contrario, hay un mayor grado de incertidumbre en la toma de decisiones y en los alineamientos. En el mundo bipolar, el concepto de seguridad se basaba en la hipótesis de un conflicto bélico con el enemigo. La capacidad de respuesta con armas nucleares tornaba estable el sistema y la distancia existente entre esos Estados hacía que ninguno tuviese posibilidades de alcanzarlos⁴. Hoy, a pesar de su superioridad militar, Estados Unidos no logra un control político efectivo que asegure la estabilidad del sistema. Se plantean interrogantes de difícil respuesta: China, Rusia, Pakistán, India, Corea del Norte han realizado pruebas nucleares. ¿Con quién unirse? ¿Quién resultaría una amenaza? ¿Cómo mantener la supervivencia de cada uno y la estabilidad del sistema? El aumento de la interdependencia entre las partes ¿significa que son mutuamente vulnerables?⁵

2. *La modificación del concepto de soberanía*

En el orden nacional, el reconocimiento de la existencia de diferentes centros de poder como forma de preservar la libertad individual y local al mismo tiempo que existe la unión en organismos centrales es una de las bases del sistema constitucional que modeló la

creación de los Estados federales respondiendo a necesidades de aquella civilización industrial.

Esa estructura exige la cooperación de individuos e instituciones que al mismo tiempo sostienen una firme convicción sobre sus respectivas integridades. La concepción dual y ambigua de la estructura federal ya la encontramos en la antigüedad⁶ y las teorías que se desarrollaron en el siglo XVI –recordemos a Jean Bodin y a Samuel von Puffendorf, uno desde el enfoque del Estado y el otro desde el Derecho Internacional– que ya consideraban la estructura federal, aunque para rechazarla como incompatible con la soberanía indivisible dentro del Estado. Posteriormente, el jurista holandés Hugo Grotius también examina los acuerdos federales como aspectos de la ley internacional, pero admite su coexistencia con la soberanía estatal.

La soberanía es un concepto jurídico por el cual se reconoce a la estructura del Estado el ejercicio del poder político en un territorio determinado, reitero, respondiendo a las necesidades de una civilización industrial cuyos comienzos podemos ubicar a mediados del siglo XVII en Europa. Los atributos de supremacía, absoluta, indivisible, inalienable con los que se la calificaba, para llegar a una apología sin reserva del interés y el arbitrio del Estado-Nación en la concepción ideológica del nacional-socialismo, pierden su prestigio político al ser derrotado Hitler. Se plantea entonces la necesidad de una revisión de los contenidos del concepto de soberanía, sobre los cuales el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional creían haber llegado a una coincidencia de criterios.

El principio de la exclusividad de jurisdicción de los Estados en sus respectivos territorios como atributo esencial de la soberanía comenzó a erosionarse no sólo por los cambios que introdujo la tecnología, a los que me referiré más adelante, sino por la injerencia de un Estado en las decisiones de otro Estado legitimada por la intervención de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos⁷ con el objetivo de proteger derechos humanos, principio que se aceptó que trasciende la soberanía estatal y habilita su defensa por parte de la comunidad internacional.

Advertimos entonces que los Estados no pueden

⁴ WALTZ, Kenneth, *Teoría de la política internacional*, GEL, Colección Estudios Internacionales, Buenos Aires, 1988.

⁵ RUSSELL, Roberto, *La política exterior argentina y el nuevo orden mundial*, 1992.

⁶ Las ligas comerciales de las ciudades medievales de Europa central formadas para su asistencia y defensa mutua pueden considerarse un antecedente, así como la Confederación Suiza de 1291.

⁷ Algunos ejemplos: la resolución 688 del Consejo de Seguridad de la ONU que autorizó la intervención en Irak, una vez finalizada la Guerra del Golfo, para prestar protección a la minoría kurda perseguida por el Gobierno de aquel país; en Haití, la OEA presionó para reponer al Presidente Aristide.

oponerse a que dentro de sus fronteras otros Estados, organizaciones o grupos tomen decisiones que los afectan. El concepto de territorio como elemento sustancial del Estado al que se refería Heller, y por ende el de frontera, y soberanía deben ser revisados. Incluso la superioridad de armamentos no es la solución para mantener el control.

3. *La transnacionalización de problemas*

Veamos algunos problemas para los cuales las fronteras convencionales no sirven como límite para impedir el avance de situaciones que sólo pueden solucionarse mediante la cooperación transnacional. Resulta así manifiesto que cada vez con más frecuencia esos planteos son más dispersos y superan el nivel nacional.

Son ejemplo de esas situaciones:

a) Todo lo que se relaciona con el medio ambiente, su protección y control de la polución y la necesidad de procesamiento de los desechos industriales.

Hace cuatro décadas, ni los gobiernos consideraban el problema como importante ni los pueblos reclamaban soluciones.

En 1972 se publica un trabajo de investigación realizado por un grupo encabezado por Meadows y convocado por el Club de Roma⁸ donde señalan los límites del crecimiento. Sostienen que el optimismo de la civilización industrial en el desarrollo infinito de la humanidad podía ser un error de concepción. En el trabajo se alerta sobre los peligros de la explotación del planeta sin tener en cuenta la conservación del medio ambiente, temas que hoy forman parte de la agenda de todas las reuniones internacionales: la contaminación, el cambio climático, la escasez en la provisión de agua, entre otros.

b) La lucha contra el terrorismo internacional. El fin de las ideologías no ha significado la desaparición de enfrentamientos que no se producen ya entre Estados sino frente a grupos, obligando a reconsiderar las nuevas amenazas a la seguridad y las estructuras de las alianzas.

Las amenazas provienen no sólo de enfrentamientos en que se disputa el control geopolítico de las fronteras o de los elementos bélicos, sino por las nuevas circunstancias que resultan un desafío al Estado y al concepto mismo de frontera, para las cuales como afirmé anteriormente, la superioridad de armamentos no es la solución. El control en las aduanas

internacionales por los imprevisibles ataques terroristas sorpresivos que se producen ha generado un temor en la población sin que se hayan encontrado los medios para evitar esos ataques.

c) La delincuencia transnacional que mediante eficaces organizaciones, asesoramiento profesional y contactos en los niveles de gobiernos corruptos desarrolla sus actividades exitosamente, tanto en el narcotráfico como en áreas de las finanzas, la banca, las inversiones y el lavado de dinero.

d) Las amenazas a la salud como la gripe aviar o el sida o aun el dengue o los accidentes incontrolados como el de Chernobil, que afectan a poblaciones enteras, no siendo los límites nacionales convencionales un freno, ponen también a prueba la capacidad de los Estados para darles una solución.

e) Las migraciones masivas y los asentamientos periféricos en las grandes ciudades. Es una preocupación de los países desarrollados que no encontraron aún una respuesta a un problema que se agrava ante el crecimiento de grupos que son introducidos mediante redes que obtienen ingresos importantes de su actividad ilegal. La Comunidad Europea asiste con preocupación al crecimiento del ingreso indiscriminado de grupos de inmigrantes ilegales que buscan mejores condiciones de vida trasladándose desde países de África y del Este asiático a su territorio. Algo similar ocurre en Estados Unidos y aunque en menor escala, en Argentina. Los asentamientos periféricos en los centros urbanos más importantes como Buenos Aires, Rosario, Córdoba son un desafío a la prestación de los servicios de educación, capacitación, salud, vivienda y trabajo.

4. *La cooperación internacional*

No sería realista pretender que se trabaje para el bien común, pero si existe interdependencia compleja entre las partes por la cual cualquiera de sus actos afecta a las otras a pesar de las soberanías nacionales, debiera intentarse la adopción de acciones y normas concertadas.

No está claro aún cómo llegar a mantener el equilibrio y el control, pero aparecen algunos medios: el reconocimiento de la jurisdicción transnacional de los Tribunales de Derechos Humanos y el Tribunal Internacional Penal, ante quienes no sólo se admiten las controversias entre Estados, sino también la presentación de particulares en reclamo de sus derechos; las

⁸ MEADOWS, Donella y otros, *Los límites del crecimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1972.

reuniones “cumbres” de presidentes y jefes de gobierno, cada vez más frecuentes especialmente para resolver cuestiones geopolíticas y económicas; los planes de asistencia europeos a países del Magreb.

Una prueba del crecimiento de las relaciones concertadas entre los países la encontramos en el aumento de los tratados internacionales. Desde 1864 hasta 1914 se identificaron 257 instrumentos multilaterales; desde 1946 a 1967, la United Nations Treaty Series incluyó 8.887 instrumentos bilaterales y multilaterales; hoy son más de 38.000 los que se han incorporado a sus listas⁹.

La realidad nos demuestra que no son una solución única y definitiva para los problemas que existen pero representan un aporte y un avance en la concepción de soluciones pacíficas que deben tener en cuenta quienes toman decisiones políticas. La política internacional es también –según Raymond Aron–, el producto de ideas y emociones que influyen en los líderes políticos y quizá ése puede ser un aporte del mundo académico.

5. *La transnacionalización de la información*

Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han producido el tránsito de las “sociedades de la producción” a las “sociedades del conocimiento”. Las dificultades que afrontan el Estado-Nación y los líderes políticos para dar respuesta a las nuevas necesidades van mucho más allá de las que percibimos en nuestro país. Son un fenómeno que se advierte tanto en los países desarrollados como en los que están en procesos de desarrollo.

Como expresa Nicholas Negroponte en *Ser digital*¹⁰, diversos tipos de circunstancias afectan las metas de los líderes políticos. Las innovaciones tecnológicas pueden incluso modificar los conceptos espaciales, el valor estratégico de posiciones geográficas y la importancia económica de ciertos recursos naturales y humanos. No hay aún una respuesta adecuada a esos cambios.

La facilidad y bajo costo de la comunicación producto de los avances tecnológicos permiten por su parte un rápido acceso a la información, por lo cual lo que ocurre en cualquier parte del mundo es conocido de inmediato no solamente a través de la noticia transmitida por los medios gráficos sino mediante la imagen que permite un conocimiento de la realidad que no transmite la palabra escrita.

La imagen es protagonista de la historia actual porque no solamente tienen acceso a ella los periodistas y camarógrafos profesionales, sino también el común de la gente a través de las cámaras de sus celulares que luego pueden hacer llegar por medio de los correos electrónicos o vía Internet en una difusión incontrolable, aun bajo regímenes no democráticos. Las prohibiciones que intentan éstos no alcanzan a las transmisiones vía satélite, que recorren el mundo por encima de las fronteras.

La aparición en 1995 de la denominada por los especialistas “convergencia” permite una interacción de todos los medios –textos, videos, bases de datos digitales–, a partir del programa web y de los nuevos que se disputan el dominio tecnológico. Inclusive la gente comienza a comprender que “el espacio cibernético se ha convertido en una región que puede afectar significativamente las estructuras políticas, económicas, el desarrollo de nuestras comunidades, la protección de nuestros derechos y nuestra intimidad”¹¹.

Ocurre asimismo que este acceso a los medios de comunicación ha producido la aparición de una opinión pública internacional. Las personas en general tienen oportunidad de conocer lo que ocurre en regiones lejanas a través de la imagen que nos ubica con mayor fidelidad en el escenario de los acontecimientos, a pesar del manipuleo que pueda hacerse, y nos revela los hechos que podemos presenciar en tiempo real, como ha ocurrido con los enfrentamientos bélicos en Irak.

Esa opinión se ha manifestado públicamente en contra de decisiones tomadas en otros países, por ejemplo, la incursión norteamericana en ese territorio. Si bien los líderes políticos no desisten de las decisiones que han tomado, deben al menos justificar su legitimidad dando explicaciones no sólo a los ciudadanos de su país, sino también a esa opinión pública internacional. No ocurría así en décadas anteriores a este siglo.

6. *El intercambio comercial como eje del desarrollo*

Deben considerarse también como parte del escenario internacional los procesos de regionalización, tanto la constitución de zonas de libre comercio, la formación de uniones aduaneras, como los más complejos: los mercados comunes como el europeo. Estas

⁹ En www.un.org/treaties.

¹⁰ NEGROPONTE, Nicholas, *Ser digital*, Atlántida, Buenos Aires, 1995.

¹¹ EVERETT-GREEN, Robert, *Cyberspace*, en *Book of the Year*, Encyclopedia Britannica, 1996.

estructuras políticas y económicas tienen diferentes grados de desarrollo, partiendo de la eliminación progresiva de tratamientos diferenciales entre distintos espacios económicos hasta sus formas más avanzadas, es decir, la libre circulación de los factores económicos (bienes, servicios, capitales y personas) que conduce a una integración política y jurídica amplia.

Hoy asistimos a la escala global de la economía como un proceso tecnológico y no ideológico¹². Aparecen así los megamercados, constituyendo el intercambio comercial a través de los procesos de regionalización, el eje del desarrollo.

En la Reunión de Líderes Económicos del Foro de Cooperación Económica de Asia-Pacífico que tuvo lugar en Corea los días 18 y 19 de noviembre de 2005, los países que lo integran¹³ afirmaron su propósito de lograr estabilidad, seguridad y prosperidad para sus pueblos. Los procesos de integración favorecen ese propósito porque permiten la simplificación y armonización de los procedimientos aduaneros, facilitando el alineamiento de los estándares domésticos con los internacionales, permitiendo un crecimiento sostenido hacia una zona de prosperidad colectiva como lo demuestran los países del Este asiático.

La integración de un territorio jurídico único mediante la aprobación de normas que obligan internacionalmente a los Estados en sus relaciones con otros países ofrece mayor confiabilidad y seguridad a esas relaciones.

La Constitución y el Derecho Internacional¹⁴

La reforma constitucional de 1994 introdujo modificaciones que permiten afirmar que los constituyentes que la aprobaron comprendieron que no podían prescindir del contexto que les marcaba profundos cambios.

Así, contempla novedades que representan un aporte de las normas a nuevas necesidades que supe-

ran las fronteras territoriales del Estado nacional. Señalaré tres que merecen destacarse por su importancia:

1. El reconocimiento de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes –un tema debatido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia– y la jerarquía constitucional que se reconoce a los Tratados sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22). Autoriza asimismo al Congreso, con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, a otorgar esa jerarquía constitucional a otros tratados y convenciones sobre derechos humanos.
2. La aceptación de normas regionales de integración, inclusive con preeminencia sobre las leyes nacionales, en la medida que sean el resultado de tratados que “deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos” (art. 75, inc. 24).
3. El reconocimiento de facultades a las provincias para celebrar convenios internacionales siempre que sean compatibles con la política exterior de la Nación, no comprometan su crédito público ni afecten facultades delegadas al Gobierno federal (art. 124).

Analizaré brevemente y por lo tanto en forma parcial, estos tres aspectos de las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional.

1. *La incorporación de los tratados internacionales*

Como acto complejo, regido tanto por el primero como por el segundo, los tratados pueden generar conflictos en cuanto a los efectos y vigencia de los mismos¹⁵. Un tratado puede ser válido para el Derecho Internacional, pero no tener validez bajo el Derecho Constitucional de uno de los países firmantes, por ejemplo porque sus representantes hayan actuado *ultra vires* o bien sea inconsistente con alguna cláusula constitucional.

¹² Puede discutirse si la globalización es una ideología o un proceso material impulsado por los gobiernos y las elites económicas que facilitan la movilidad internacional de capitales e información. Pero no puede negarse que es una realidad. Ver STIGLITZ, J., *Asymmetric Information and the New Theory of the Firm: Financial Constraints and Risk Behaviour*, en NBER paper N° 1849, 1994; POTTER, Man B., *Rethinking Efficiency and Institutional Capacity. Globalization and the Challenge of Selective Adaptation*, en *Cultural Factors in International Relations*, editado por Yu Xintian, Shanghai Institute of International Studies, 2004.

¹³ Constituido en Canberra en 1989 como foro intergubernamental para consulta y cooperación en materia económica. Ver RIMOLDI DE LADMANN, Eve, *El regionalismo en el Asia-Pacífico y en el Mercosur*, en *Integración y cooperación Atlántico-Pacífico*, Cátedra Andrés Bello/Argentina, Universidad de Rosario, 2002.

¹⁴ RIMOLDI DE LADMANN, Eve, *El Derecho Internacional y el Derecho Constitucional*, en *Política exterior y tratados. Argentina. Chile. Mercosur*, Ciudad Argentina, 1999.

¹⁵ JACKSON, John H., *Status of treaties in domestic legal systems*, en *American Journal of International Law*, vol. 86, N° 2, abril de 1992.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁶ consagra en su artículo 27 la primacía del Derecho Internacional al disponer que no puede invocarse el derecho interno de cada país para fundar el incumplimiento de las disposiciones del tratado.

Sin embargo admite que si bien no puede alegarse la violación de la competencia para celebrar tratados para evitar la responsabilidad originada por su incumplimiento, sí puede hacerse en el caso que la violación fuese manifiesta y afectase una norma fundamental de su derecho interno. Se considera manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe (art. 46 de la Convención). Sería un ejemplo, en mi opinión, el tratado parcial de carácter político firmado por alguna de las provincias violando el artículo 126 de la Constitución Nacional¹⁷.

La celebración de tratados es un acto complejo que importa la intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Bidart Campos sostiene que nuestro sistema es monista porque la aprobación por parte del Congreso es una declaración autorizando al Presidente a ratificar el tratado y no una “internalización” del mismo.

Sólo en el caso en que el tratado no fuese directamente operativo, se requeriría un acto legislativo posterior a su ratificación¹⁸. En este aspecto, la reforma de 1994 no resuelve el problema, pero la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, a partir del conocido caso “Ekmekdjian”¹⁹, admite su aplicación directa y su violación se produce tanto por la sanción de una ley posterior contraria como por falta de su regulación interna que imposibilite su cumplimiento.

La Constitución acepta un sistema que resulta más complejo que el anterior porque identifica varias categorías de tratados:

a) Los tratados de derechos humanos enumerados en el artículo 75, inciso 22 a los que reconoce jerarquía constitucional, como complementarios de los derechos y garantías que la propia Constitución protege, en un proceso que podríamos denominar de “constitucionalización del Derecho Internacional”, exigiendo para su denuncia la conformidad de las dos terceras partes de la *totalidad* de los

miembros de cada Cámara. Estas disposiciones obligan al Estado con mayor severidad, imponiéndole un encuadre más rígido a sus decisiones.

- b) Los demás tratados sobre derechos humanos que, una vez aprobados por el Congreso, éste decide por el voto de las dos terceras partes de la *totalidad* de los miembros de cada Cámara otorgarles jerarquía constitucional.
- c) Los tratados de integración con países latinoamericanos que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, que exigen ser aprobados por mayoría absoluta de la *totalidad* de los miembros de cada Cámara.
- d) Los tratados de integración con otros Estados, que requieren una declaración sobre la conveniencia de su aprobación, efectuada por la *mayoría absoluta de los miembros presentes* en cada Cámara y ciento veinte días después deben ser aprobados por la *mayoría absoluta de la totalidad* de los miembros de cada Cámara. Se exigen dos votaciones y un tiempo de espera, como para dar lugar a una mayor reflexión y debate de la negociación.
- e) Los demás tratados que no quedan incluidos en las categorías anteriores y que se aprueban según el trámite correspondiente a las leyes (arts. 78/84, CN).

Un tema importante a considerar es quién puede invocar el tratado. Ese enfoque permite distinguir cuatro categorías de tratados que tienen diferente relevancia para el derecho interno:

- a) Los tratados cuyo propósito y sustancia están fuera de la esfera de la ley nacional (por ejemplo, acuerdos de paz en disputas internacionales);
- b) los que afectan la esfera administrativa de derechos y deberes de varias autoridades públicas y no están relacionados con los particulares;
- c) los que resultan relevantes para las relaciones entre las autoridades y los particulares;

¹⁶ Fue firmada el 23-5-69 y aprobada en nuestro país por ley 19.865 del 3-10-72. Entró en vigor el 27-1-80.

¹⁷ RIMOLDI DE LADMANN, Eve, *Los tratados, la Constitución y el nuevo orden constitucional*, en BIDART CAMPOS, G. y otros, *Estudios sobre la reforma constitucional de 1994*, edición conjunta Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja y Depalma, Buenos Aires, 1995.

¹⁸ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, 1992, t. II.

¹⁹ CSJN, 7-7-92, “Ekmekdjian, Miguel c/Sofovich, Gerardo y otros”.

d) los referidos a las relaciones entre individuos u otros sujetos del Derecho Privado²⁰.

Son las dos últimas categorías las que tienen vinculación directa con la jerarquía de las normas y pueden plantearse ante los tribunales.

La aprobación del tratado por el Congreso se hace mediante una ley, según lo que podríamos llamar una “convención constitucional” ya que el texto de la Constitución nada dice al respecto. Aunque carece de interés práctico, en doctrina se ha debatido si podía hacerlo mediante una declaración puesto que esa aprobación constituye un acto político y no un acto legislativo, según lo expresa Bidart Campos, quien agrega que el Poder Ejecutivo no podría vetar la ley²¹.

Luego de la intervención del Congreso, corresponde al Poder Ejecutivo completar el proceso ratificando el instrumento y mediante decreto ordenar su publicación en el Boletín Oficial, incluyendo el texto del instrumento de ratificación con las reservas formuladas por las partes signatarias; el texto del propio tratado con su aprobación legislativa; la fecha del depósito o canje de los instrumentos de adhesión o ratificación y la fecha de la suspensión en su aplicación o denuncia si la hubo. La publicación debe efectuarse dentro de los 15 días hábiles posteriores a cada hecho o acto (ley 24.080).

La Corte Suprema ha interpretado que el Estado se obliga legalmente al compromiso contraído en el tratado desde la fecha de su publicación (no desde su ratificación) o desde la fecha que se estableció en el mismo (caso “Ferreira, Pedro c/Gobierno Nacional”) y la propia ley 24.080 dispone que la obligatoriedad del tratado surge a partir de su publicación en el caso que afecte a los particulares y pueda ser invocado por éstos (art. 2°).

Si el Presidente no ratifica un tratado convertido en ley ¿tiene vigencia? Si se considera que la aprobación e implementación de un tratado es una cuestión constitucional y no del Derecho Internacional, cada país como acto de ejercicio de su soberanía puede disponer los procedimientos que considere necesarios para cumplir con sus obligaciones aunque se contradiga el principio de aplicación directa sin una justificación. En el caso de la intervención del Congreso en su aprobación el argumento es la democratización del procedimiento.

La reforma, como ya mencioné, reconoce en el artículo 75, inciso 22, diez Declaraciones Internacio-

nales de Derechos. Para comprender la importancia que tienen, sólo señalaré el reconocimiento de derechos que no estaban mencionados en la Constitución y que tienen hoy jerarquía constitucional, como el derecho a la salud que incluyen expresamente seis de los diez tratados incorporados:

a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en 1948 en su artículo 11: derecho a la preservación de la salud por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

b) La Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas –NU–, 1948). En su artículo 25 además de incluir el derecho a cuidados y asistencia especiales para la maternidad y la infancia, reconoce en general el “derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

c) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado por la Asamblea General de las NU en 1966 (Resolución 2200 A XXI) que incluye en su artículo 12 una amplia mención del tema salud con relación a la especial protección de las madres durante el período de embarazo y lactancia; de los niños y adolescentes que no deben ser empleados en trabajos nocivos para su moral y salud (art. 10.3); el derecho a tener una alimentación adecuada (art. 11.1 y 2); el derecho de disfrutar del más alto nivel de salud física y mental. En el artículo 16 los Estados que lo firmaron asumen el compromiso de informar al Secretario General de las Naciones Unidas las medidas que adopten con el objeto de asegurar el respeto a los derechos que han reconocido.

d) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Asamblea General de NU, Resolución 2106 A XX de 1965, que entró en vigor el 4 de enero de 1969). Los Estados se comprometen a garantizar el derecho de las personas a la igualdad ante la ley, particularmente en el goce de los derechos que se relacionan con el tema que estamos tratando, el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales (art. 5° e - IV).

e) Convención sobre la Eliminación de todas las

²⁰ Clasificación que pertenece a Max Sorensen, citado por John Jackson, nota 15.

²¹ Ob. cit. en nota 18, p. 286.

Formas de Discriminación contra la Mujer (Resolución 34/180 de NU de 1981) que se refiere al derecho a la protección de la salud y a la seguridad en su artículo 11.1 F. Lo reconoce respecto a las condiciones de trabajo, incluyendo la salvaguardia de la función de reproducción, debiendo los Estados Partes proporcionar servicios gratuitos cuando fuere necesario, asegurándole a la mujer una nutrición adecuada durante ese período y el posterior de la lactancia.

f) Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de NU, 1989). Proclama en su Preámbulo que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, siendo *la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños* la que debe recibir la protección y asistencia necesarias para cumplir con sus responsabilidades. En el artículo 24 se reconoce el *derecho que tiene al más alto nivel posible de salud y la obligación de los Estados Partes de asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de los servicios sanitarios*.

Me ha parecido que la inclusión de estos tratados en la Constitución no ha merecido la importancia que revisten ni aquellos que toman decisiones políticas han asumido la obligación de darles cumplimiento.

A diferencia de épocas anteriores a 1945, en las que la firma de los tratados afectaba casi exclusivamente a los Estados, la mayoría de los que se acuerdan actualmente envuelven derechos y obligaciones que afectan a los particulares, ampliando así la participación del Derecho Internacional en el Derecho interno.

2. La regionalización

Los procesos de integración en bloques económicos son una realidad en el mundo actual. Su aceptación en la reforma constitucional permite dar respuesta a nuevas necesidades, avanzando inclusive hasta otorgarle a las normas regionales preeminencia sobre las leyes nacionales si se han delegado en los tratados firmados por las partes “competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos” (art. 75, inc. 24).

Como sabemos, el Tratado de Asunción que suscribieron Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay el 26

de marzo de 1991, inscripto en ALADI como Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica N° 18, tiene como objetivo constituir un mercado común, objetivo que se ratifica el 17 de diciembre de 1994 en el Protocolo de Ouro Preto (POP).

No obstante la voluntad política de los Presidentes de los cuatro países manifestada reiteradamente en los Comunicados Conjuntos que se dan a conocer, aún no se ha conformado un mercado común con las características del europeo, es decir, no se admitió el principio de supranacionalidad. Los órganos del Mercosur son intergubernamentales y las decisiones se toman por unanimidad con la presencia de los representantes de todos los Estados Partes. Aun así, las decisiones son obligatorias y los Estados Partes se han comprometido a incorporarlas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país (art. 42 del POP)²².

Los acuerdos firmados han modificado inclusive disposiciones constitucionales. Dos ejemplos ilustran el tema: la Constitución dispone en su artículo 75, inciso 1°, que “Corresponde al Congreso legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación”.

Las normas regionales han creado un arancel externo común, aplicable en el Mercosur sobre productos de terceros países que ingresen al territorio de cualquiera de los Estados Partes, así como aprobaron el programa de liberación comercial reconociendo un arancel cero para gran parte de los productos elaborados íntegramente en el territorio regional, incluyendo hoy a Venezuela como quinto socio. Ese arancel no puede modificarse unilateralmente por el Congreso Nacional.

Otro ejemplo es el artículo 116 de la Constitución, que adjudica la competencia federal a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación en todos los asuntos en que la Nación sea parte. Sin embargo las causas que se plantean contra el Estado Nacional por interpretación, aplicación o incumplimiento de las normas de los acuerdos firmados en el Mercosur o las Decisiones, Resoluciones y Directivas de sus órganos son resueltas por tribunales ad hoc o bien, en caso que los Estados Partes lo decidan, directamente por el

²² En Brasil, por ejemplo, todos los tratados, acuerdos o *actos* internacionales que acarreen compromisos *gravosos* al patrimonio nacional no se incorporan si no los aprueba el Congreso (art. 49, apartado I). Se refiere a cualquier compromiso de carácter internacional, aun los acuerdos ejecutivos, lo cual incluye los que se adoptan en el Mercosur. Esta interpretación condice con la jurisprudencia de su Supremo Tribunal Federal.

Tribunal Permanente de Revisión creado por el Protocolo de Olivos. Su decisión será obligatoria para los Estados Partes sin recurso de revisión.

Se admite así un órgano jurisdiccional supranacional estable integrado por jueces, a quienes se les reconoce además la facultad de emitir opiniones consultivas.

3. *El reconocimiento de facultades a las provincias para celebrar convenios internacionales*

He tratado el tema con mayor profundidad en otras oportunidades. Dada la extensión adjudicada a los trabajos que se presentan en esta ocasión, haré sólo una breve referencia²³.

El federalismo plantea una continua tensión entre Nación y Provincias, que debe resolverse frente a los cambios cuya aceleración es una característica de estos tiempos que nos tocan vivir. En la Constitución de 1853, en el Capítulo Primero, 11 artículos sobre 35 se ocupaban de cuestiones relacionadas con aspectos económicos y al enumerar las atribuciones del Congreso 12 incisos sobre 28 (42,85%) trataban cuestiones referidas a temas económicos, evidenciando así el acuerdo de aquellos constituyentes con el criterio alberdiano en el sentido de que la Constitución no sólo establecía un sistema político sino también económico, cuya elección permitiría el progreso y felicidad de los pueblos²⁴. En su actual redacción, el artículo 75 dedica a las atribuciones relacionadas con el área de la economía 15 incisos sobre 32 (46,87%), lo que ratifica esa concepción.

Las disposiciones constitucionales acuerdan al Gobierno Federal una supremacía en la conducción de las relaciones internacionales (arts. 27, 75, incs. 13, 22, 24 y 25; 99, incs. 7º, 11 y 15), que impediría a las provincias ejercer aquellas facultades. Sin embargo, en el texto constitucional de 1994 se les reconoce lo que ya anticipaba Pedro Frías²⁵: “El dinamismo de la vida internacional, la interdependencia creciente, y sobre todo, la integración fronteriza han suscitado ya cierta participación de las provincias, dado que el sector privado y el público manifiestan una misma voluntad en concertar intereses con Estados limítrofes

o en ocasión de acontecimientos internacionales: integración física, relaciones económicas, cooperación cultural son la materia; visitas de delegaciones más o menos oficiales, declaraciones, aun convenios, son las formas que revisten importancia. Es previsible que esta tendencia se fortalecerá”.

Con aguda percepción señala Frías: “Se distingue, pues, la política exterior de la gestión internacional en turismo, exportación, radicación de capitales, integración fronteriza, en la medida en que no afecta dicha política exterior”²⁶. Es decir, corresponde al nivel federal establecer los lineamientos generales de la política exterior y la firma de tratados que obliguen a la Nación, pero dentro de esos marcos político y jurídico, las provincias podrán realizar los actos o gestiones que satisfagan sus propios intereses, mediante una actividad que sólo puede practicarse en la medida en que funcionen canales de comunicación adecuados y acceso a la información.

Los constituyentes de 1994 comprendieron los cambios que ya habían aceptado algunas de las constituciones provinciales. Incorporan el artículo 124, que les reconoce la facultad de celebrar convenios internacionales, legitimando así su amplia intervención en la promoción de su comercio exterior, de las inversiones y de su cultura como un aspecto de las relaciones económicas internacionales, en forma coordinada con la iniciativa privada.

La reforma constitucional no innova en cuanto a la comunicación que las provincias deben efectuar al Congreso, se trate tanto de la firma de un convenio internacional o de tratados parciales, es decir, no aclara si el Congreso toma conocimiento *ex ante* o *ex post* ni corrige la ambigüedad del texto anterior.

Conclusiones

Comprender el contexto internacional y los cambios que se han producido es una condición necesaria para analizar la Constitución en su aplicación en el escenario actual.

El texto jurídico nos dice poco sobre el sistema político vigente si no incorporamos en su examen los datos de la realidad. El reconocimiento de esa interre-

²³ RIMOLDI DE LADMANN, Eve, *Las provincias y las relaciones económicas internacionales*, en E. D. 165-925. Ver también *Reforma y relaciones económicas internacionales*, en *La reforma constitucional argentina*, editado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1994.

²⁴ ALBERDI, Juan B., *Sistema económico y rentístico de la Constitución Federal Argentina* (Introducción), en *Organización de la Confederación*, Buenos Aires, 1929, t. II.

²⁵ FRÍAS, Pedro J. y otros, *Las nuevas constituciones provinciales*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 10.

²⁶ FRÍAS, Pedro J. y otros, *La nueva Constitución de Córdoba*, Marcos Lerner, Córdoba, 1988, p. 18.

lación permite un análisis que integra las variables del sistema social en el cual está inmerso el sistema político y al mismo tiempo propone los medios para que resulte más eficaz la aplicación del texto constitucional.

Sin integrar la realidad del ser en el deber ser, caemos en el error recurrente de modificar la norma para solucionar el problema. Y el problema subsiste.

¿Cuáles son esos datos de la realidad que debieran considerarse y que he analizado?

1. La celeridad con que se producen los cambios una vez desaparecido el sistema bipolar en que se estructuró el mundo desde 1945 hasta 1989.
2. La modificación del concepto de soberanía.
3. La transnacionalización de problemas.
4. La cooperación internacional.
5. La transnacionalización de la información.
6. El intercambio comercial como eje del desarrollo.

Teniendo en cuenta ese contexto, me referí luego a la “constitucionalización” del Derecho Internacio-

nal en tres aspectos que la Reforma de 1994 ha tomado en consideración:

1. El reconocimiento de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes, la jerarquía constitucional que se adjudica a los Tratados sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22) y la incorporación de nuevos derechos.
2. La aceptación de normas regionales de integración, inclusive con preeminencia sobre las leyes nacionales, en la medida que sean el resultado de tratados que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales (art. 75, inc. 24).
3. El reconocimiento de facultades a las Provincias para celebrar convenios internacionales siempre que sean compatibles con la política exterior de la Nación, no comprometan su crédito público ni afecten facultades delegadas al Gobierno federal (art. 124).

Se actualiza así el texto de 1853 dando respuesta a las nuevas exigencias del proceso actual de mundialización.

LA CONSTITUCIÓN NACIONAL COMO FUNDAMENTO DE LA CREACIÓN NORMATIVA

por MARIELA UBERTI

SUMARIO: Introducción. La Constitución como norma fundamental. Antecedentes. La supremacía de la Constitución: Jerarquía de las normas y actos nacionales. Supremacía del orden federal sobre el derecho local. Supremacía del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos. La jurisprudencia internacional como fuente del derecho. Influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en nuestra CSJN. Control de constitucionalidad: diversos sistemas. Control judicial argentino. Evolución de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Bibliografía.

Introducción

La moderna concepción del derecho denomina como origen de la creación normativa lo que conocemos tradicionalmente como las fuentes del derecho.

Un breve análisis semántico de los términos que se utilizan en el presente trabajo nos permitirá comprender con mayor elasticidad por qué se sostendrá que la Constitución es el origen o la génesis de la creación normativa en el moderno Estado de Derecho o, como corresponde en nuestros días denominarlo: Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho¹.

Así, abandonando la clásica distinción entre *fuentes formales y materiales*, coincidimos en que el término debe dar cuenta del origen de la creación normativa con referencia a la autoridad u órgano competente y el modo o la forma de su producción.

Sin perjuicio de ello, la doctrina moderna ha interpretado de diferente manera el término *fuentes*. En tal sentido, puede aludirse al origen del Derecho, a sus causas; a la manifestación del derecho como la expresión visible y concreta del Derecho mismo; a la autoridad de la que emana el Derecho; al fundamento de validez de las normas jurídicas.

Por lo tanto, las fuentes serían las normas jurídicas

superiores en las que se subsumen otras de menor jerarquía para ganar validez formal.

Son los criterios de objetividad de que disponen jueces, abogados y juristas para alcanzar respuestas a los interrogantes de la vida social que sean susceptibles de ser compartidos por los integrantes del núcleo, facilitando el entendimiento colectivo².

Todas las fuentes son hechos sociales, susceptibles de verificación directa, en los que se traduce un determinado criterio para la solución de los conflictos de intereses.

En las leyes, sentencias y obras doctrinarias se encuentran expresados, mediante conceptos, los sentidos de conducta que legisladores, jueces y juristas (órganos los primeros y voceros los últimos de la comunidad) han atribuido a determinadas realidades de conducta, definidas de una manera más o menos esquemática³.

El término *constitución* fue inicialmente un concepto empírico, que pasó del lenguaje de la naturaleza al lenguaje jurídico-político para referir a la situación de un país en cuanto a su organización de acuerdo a los elementos que lo componen, tales como el territorio, la población y el gobierno⁴.

A fines del siglo XVIII, es la norma que define en un instrumento único o codificado desde ciertos supuestos y con específico contenido la estructura polí-

¹ UBERTI, Mariela, *El Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*, Anexo.

² CUETO RÚA, Julio, *Fuentes del Derecho*, Abeledo-Perrot, p. 18.

³ Ob. cit., p. 22.

⁴ GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, p. 27.

tica superior de un Estado con un determinado contenido que radica en su origen popular —expresado en la doctrina del pacto social— y en la autoorganización como fuente de legitimidad del poder y del derecho consagrado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879⁵.

La Constitución como norma fundamental

Es conteste la doctrina en sostener que la Constitución configura y ordena los poderes del Estado, que ella constituye y establece los límites de su ejercicio en el ámbito de las libertades, los derechos fundamentales, los objetivos positivos y las prestaciones que el Estado debe cumplir en beneficio de la comunidad.

Todos estos contenidos configuran un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía en su función constituyente.

La doctrina del Estado de Derecho (cuyo origen se remonta al siglo XVIII) es definida por Ihering como “la fuerza vinculante bilateral de la norma”, es decir que “vincula” a la vez a las autoridades y a los habitantes del Estado⁶.

Con acierto se ha dicho que el gran lema del Estado Constitucional ha sido la exigencia de que el arbitrario gobierno del hombre debe disolverse en un jurídico gobierno de las leyes.

La Constitución no sólo es una norma sino que es la primera de las normas del ordenamiento, la norma fundamental, *lex superior*, porque define el sistema de fuentes formales del derecho. Así las leyes dictadas por el órgano constituido por la Constitución y con arreglo a los procedimientos y disposiciones en ella contenidas son válidas; es la primera de las “normas de producción”.

Por lo demás, como expresión de una intención fundacional, tiene una pretensión de permanencia o duración que la diferencia del resto del ordenamiento jurídico que está destinado a satisfacer objetivos más concretos o singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución le ha establecido.

Ello se vincula, por ejemplo, con la clasificación doctrinaria de las normas operativas y programáticas;

estas últimas constituyen el marco globalizador referido, son atemporales, tienden a establecer programas o cursos de acción que posibiliten a las autoridades constituidas fijar un plan de gobierno conforme a las condiciones sociológicas, políticas, económicas, etcétera, en un determinado momento histórico.

Es decir que no sólo tiene las características de superlegalidad formal, sino también de superlegalidad material que le asegura una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente.

En el análisis de congruencia de la norma inferior deberá, además, tenerse en cuenta el cumplimiento del sistema formal de producción normativa como el plejo de valores y limitaciones del poder que en la Constitución se consagran.

La fórmula de la “fuerza normativa”⁷ menta que la Constitución es un *derecho* (derecho de la Constitución); que sus normas son *normas jurídicas*; que están investidas de *vigor y de fuerza*; que resultan directa e inmediatamente *aplicables* por su propio imperio, aun cuando les falte el necesario desarrollo reglamentario por parte de la ley u otras normas inferiores, porque en tal caso también poseen como mínimo un *contenido esencial* que siempre debe hacerse efectivo.

El constitucionalismo moderno, caracterizado por la constitución formal o escrita, suprema y rígida, tiene como presupuesto el ser esa constitución la *superley* de garantías para las personas y para todo el ordenamiento jurídico, dotada del carácter de norma jurídica con fuerza vinculante y exigible.

Al erigir a la Constitución suprema hasta el vértice del orden nomológico se le atribuye valor superior, carácter de fuente y de normativa primaria, fuerza vinculante, aplicabilidad directa e inmediata; “...lo hacemos porque aspiramos a que alcance encarnadura y fenomenización en el orden de conductas (dimensión sociológica), a que no se esterilice en el orden de normas escritas, a que funcione y actúe como derecho positivo, a que tenga eficacia [...] la noción de fuerza normativa de la constitución escrita tiende a que las normas que la integran adquieran tal vigencia socioló-

⁵ Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución”.

⁶ Considero que corresponde emplear la expresión “habitantes” pues es comprensiva del universo de personas que conforman el elemento humano del Estado en contraposición a la de “ciudadano” que, en nuestro derecho, se utiliza para una categoría de habitantes, los mayores de 18 años, que pueden ejercer los derechos electorales.

⁷ La fórmula fue acuñada por la doctrina española y por el Tribunal Constitucional para referirse a la Constitución de 1978.

gica en la constitución material o real, para que ésta no contenga contradicciones a su respecto”⁸.

La fuerza normativa de la Constitución suprema responde al principio fundacional del constitucionalismo moderno: la constitución escrita, como superley de garantías, tiene la finalidad de limitar el poder del Estado y de asegurar la libertad y los derechos personales.

En tal sentido sostiene Häberle, con criterio que comparto, que el Estado constitucional se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural, por la soberanía popular y la división de

funciones, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de partidos y la independencia de los tribunales, lo que lo define como una democracia pluralista o como sociedad abierta. Su constitución, como orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, posee una validez jurídica formal de naturaleza superior, es creadora de la estabilidad y de la permanencia. Repárese el caso de EE. UU. que, con más de dos siglos de vigencia y muy escasas enmiendas, conoce el procedimiento del cambio especialmente a través de la jurisprudencia constitucional.

Antecedentes

| La creación del constitucionalismo americano | La justicia constitucional en el sistema austriaco-kelseniano | El caso español |
|--|--|---|
| El constituyente norteamericano aporta al constitucionalismo mundial, entre otros, la creación del concepto de control de constitucionalidad: técnica que atribuye a la Constitución el valor normativo superior que determina la validez de las leyes ordinarias | En sus orígenes la Constitución se ve relegada por la prevalencia del “principio monárquico” como fuente formal, que la reducía a un simple código formal de articulación de los poderes del Estado | La Constitución de 1931 consagra el sistema austriaco al implementar el Tribunal de Garantías Constitucionales. A partir de la de 1978 es Tribunal Constitucional –no integra el Poder Judicial– |
| La idea de un derecho fundamental era tributaria de la concepción del Derecho natural como superior al Derecho positivo e inderogable por éste, argumento que es usado por los colonos americanos contra la Corona inglesa | El poder monárquico, titular de la burocracia y del Ejército, es un poder preconstitucional respecto del cual la Constitución podrá ser un cuadro de limitaciones a posteriori pero nunca la fuente originaria de competencias y del Derecho | El juicio que este TC se reserva de eliminar las leyes inconstitucionales no llega a expresar una relación de jerarquía normativa de la Const. sobre la ley, porque la Const. no es aplicada como norma superior; la eliminación de la ley inconstitucional es una expresión de la relación entre Constitución y legislador |
| Coke y Locke influyen con su concepción de tradición iusnaturalista europea de un parámetro normativo superior a las leyes positivas: el Derecho natural | La recepción constitucional se da en Europa luego de la posguerra: 1919 Constitución alemana de Weimar y el sistema austriaco-kelseniano | La invalidez de la ley no es el efecto de la Constitución sino de la decisión del “legislador negativo” |
| Se convierte el abstracto Derecho natural en los derechos del hombre. El supremo poder de la comunidad para preservar las libertades y propiedades de los ciudadanos frente a cualquiera, aun el legislador, por lo que el Derecho natural pasa a ser el último test de validez de las leyes positivas | La Constitución de Weimar monta un Tribunal al que se confían los conflictos entre los poderes constitucionales, en especial, entre los distintos entes territoriales del Estado federal | La Constitución no es una norma verdaderamente justiciable pues el TC concentra toda relación posible de la Constitución con las normas; al hacerlo al margen del proceso aplicativo de éstas pierde su naturaleza judicial |
| Técnica jurídica concreta: el <i>common law</i> –en su aspecto de Derecho natu- | Constitución austriaca de 1920 reformada en 1929. <i>Control concentrado</i> | Los verdaderos órganos judiciales quedan separados, con un vigor formal |

⁸ BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, 2004, ps. 58 y ss. En el mismo sentido CATENACCI, *Introducción al Derecho*, Astrea, cita a PECES-BARBA, *El concepto del derecho*, p. 24, quien alude al derecho como norma, en su carácter normativo, como expresión del deber ser, por lo que se considera a ciertas conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas; el derecho es un hecho, refiere en su definición al fenómeno jurídico existente en la sociedad y el derecho tiene una dimensión valorativa como resultado de opciones axiológicas de determinados criterios de valoración.

| La creación del constitucionalismo americano | La justicia constitucional en el sistema austriaco-kelseniano | El caso español |
|--|---|---|
| ral– controla las leyes del Parlamento y en ocasiones las declara nulas. El juez controla el Parlamento. <i>Control difuso</i> | en el Tribunal Constitucional | mantenido sin debilidades de la Constitución y de su fuerza normativa y vinculados sólo por las Leyes y Reglamentos que el “legislador negativo” va depurando |
| El gran aporte será plasmar en una constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las Leyes del Parlamento | Denominado por Kelsen de “legislación negativa”, porque el TC no enjuicia un hecho singular sino el problema abstracto de compatibilidad lógica entre el pronunciamiento abstracto de una ley la norma abstracta de la Constitución | La Constitución es una norma jurídica efectiva, aplicable por sí misma, a la vez que hace inválidas las normas inferiores que se le opongan desde su origen |
| <i>Judicial review</i> : facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes | No es una actividad judicial, se trata de la anulabilidad; las sentencias tienen naturaleza constitutiva; Kelsen quiso evitar el “gobierno de los jueces” | Están presentes en el sistema constitucional elementos del principio americano de supremacía constitucional por debajo de la apariencia formal de un sistema de jurisdicción constitucional concentrada |
| Se forja la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución y la instrumentación en su favor del principio de la <i>judicial review</i> que reconoce el poder de los tribunales de declarar nulas las leyes que contradigan la Constitución | El TC es un complemento lógico del Parlamento –“legislador positivo”–, actuando como “legislador negativo” | |
| <i>Leading case</i> : “Marbury vs. Madison”, 1803 | | |

La supremacía de la Constitución: Jerarquía de las normas y actos nacionales

Kelsen ha descrito con acierto la gradación jerárquica del orden jurídico positivo, en el que la CN ocupa un lugar eminente, es la ley fundamental que organiza la competencia de los órganos “constituidos” y les fija los procedimientos a que deben ceñirse e incluso limita el contenido de sus actos, subordinando a leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas, sentencias, respecto a lo dispuesto en la constitución escrita. Sólo puede ejercer el control cuando pueda basar su decisión en principios de largo plazo⁹. Formalmente la CN, desde el preámbulo hasta el artículo 129, es *normativa*. No obstante, algunas de esas normas propo-

nen, consignan principios –expresos: los artículos 5º, 27, 28, 33– y valores –implícitos: los perseguidos por el preámbulo–.

Para Vanossi¹⁰ todas las normas constitucionales son normas de competencia en cuanto importan deberes y/o limitaciones por los órganos del Poder –hacer, dar, omitir, en relación con los titulares de derechos y garantías–, lo que resulta obvio respecto de las que instituyen los poderes y sus funciones.

La constitución formal mantiene su vigencia nominal en tanto no es reformada por el procedimiento establecido; una *mutación*¹¹, por prolongada que sea, no significa asimilarla a la pérdida de su vigencia.

⁹ “...un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación –y en consecuencia la validez de una norma– de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto (KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, Eudeba, Buenos Aires, 1960, p. 147).

¹⁰ VANOSSO, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, Depalma.

¹¹ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 165. Las inevitables acomodaciones del Derecho

Tal el caso de las denominadas *cláusulas programáticas*: directivas a los poderes constituidos (arts. 118; 24, juicio por jurado; 75, inc. 18, cláusula de la prosperidad, inc. 19, y 125, cláusula del desarrollo humano y progreso económico, etc.).

Otras imponen el deber de reglamentación inmediata, es decir, tienen fuerza *operativa* como la consagrada en el artículo 14 bis¹² e *inmediata*, ya consagrada por la CSJN a partir del caso “Siri”¹³.

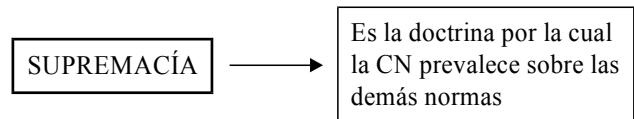
En nuestro ordenamiento, la jerarquía está dada por la regla contenida en el artículo 31 de la CN que trasunta dos principios sustantivos: la supremacía constitucional y la jerarquía de las fuentes del derecho.

El derecho positivo de un Estado se articula en torno a normas nutridas de los valores de esa comunidad y materializadas en los hechos sociales. Ese conjunto de normas se estructuran en torno a un principio rector y, emanando de diversas fuentes, se subordinan a la *norma de base* del sistema o *constitución*¹⁴.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, como cabeza del Poder Judicial, es la intérprete final de la CN fundada en la aplicación armoniosa de los artículos 28, 29, 31 y 116. Su rol más importante es su responsabilidad como guardiana del proceso político, es el “último forum de principios”. Según la doctrina, si es resorte del Poder Judicial conocer en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la CN y ésta es la ley suprema de la Nación, entonces, el Poder Judicial debe tener la facultad de declarar inconstitucionales leyes del Congreso y actos del Poder Ejecutivo y de las provincias cuando entienda que han excedido el ámbito de poder conferido por la Constitución.

La autoridad del Poder Judicial ha sido un barómetro del Estado de Derecho en la Argentina en el curso de su historia, dado que la jurisprudencia del Máximo Tribunal es obligatoria para los tribunales inferiores cuando se encuentran ante casos similares (en la medida que sus integrantes gocen del respeto por la autoridad de sus fallos)¹⁵. Uno de los vehículos que canalizan las convicciones morales, políticas, económicas

y jurídicas es el control de constitucionalidad; por medio de él, los jueces hacen el test de las leyes bajo lo que entienden es y debe ser la Constitución. El control se convierte así en la herramienta que más modela el sistema político y los derechos de los individuos.



Supremacía del orden federal sobre el derecho local

La Constitución Argentina consagra la supremacía en un doble orden: 1º supremacía de la CN sobre todo el ordenamiento jurídico (legal y provincial), y 2º supremacía del orden jurídico federal (tratados, leyes, reglamentos, decretos, sentencias y demás manifestaciones lícitas de los órganos del gobierno federal) sobre los ordenamientos jurídicos provinciales. Esto se relaciona con la forma de Estado Federal adoptada, pues las provincias deben garantizar las instituciones al organizar sus propios estrados judiciales.

Supremacía del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos

La jurisprudencia internacional como fuente del derecho

La cita de los precedentes jurisprudenciales es habitual tanto en los tribunales nacionales como en los internacionales, especialmente en los fallos propios de cada órgano judicial, dando así cohesión a la interpretación, la que variará en la medida en que el tribunal cambie su enfoque. Esa concatenación de fallos, opiniones consultivas o dictámenes hace que en el sistema el derecho sea predecible, porque forma parte de la

Constitucional a la realidad constitucional son tenidas en cuenta sólo de dos maneras, a las que la Teoría General del Estado denomina *reforma constitucional* y *mutación constitucional* (conf.: Jellinek). En la mutación constitucional se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional.

¹² CSJN, 8-8-2006, “Badaro c/Anses s/Reajustes varios”; 3-5-2007, “Madorrán”.

¹³ “Siri, Ángel s/Interpone recurso de hábeas corpus”, *Fallos*: 239:459.

¹⁴ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, 2005, p. 366.

¹⁵ Muestra de que tal carácter no es una regla de cumplimiento obligatorio para los Tribunales Inferiores son los fallos relacionados con la constitucionalidad de las leyes de emergencia económica tales como “Peralta”, *Fallos*: 313:1513; “Bustos”, publicado en Suplemento Especial de la Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 28-10-2004, o más recientemente en “Massa”, etc.

coherencia del mismo y de la interpretación de los órganos que dicen que el derecho es lo que es.

Si bien para el Derecho Internacional la jurisprudencia tiene un valor relativo como fuente del derecho¹⁶, ello está remarcado por la importancia que le ha dado al precedente tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional como su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, al decir que es el “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”¹⁷.

En cambio, con relación a la CIDH, algunos autores se refieren a ella destacando su “ultraactividad” o “extraterritorialidad” al considerar que la jurisprudencia de la CI es fuente o guía para la hermenéutica de los convenios y tratados sobre Derechos Humanos, “...y al formar parte éstos de la propia Carta Fundamental, es válida también para interpretar la Constitución Nacional”¹⁸.

Se ha consolidado así el derecho judicial o *usus fori*, construido con las Opiniones Consultivas¹⁹ o dictámenes, los fallos de la CIDH y la jerarquización de los Tratados Internacionales a partir de 1994²⁰.

Así lo sostuvo la CSJN en autos “Boico, Roberto J. K.” (12-12-2000), al considerar que si bien no son vinculantes para el Estado Argentino los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el principio de buena fe obliga a tener en cuenta su contenido, razón por la cual es obligación de los poderes públicos tutelar y reparar satisfactoriamente una lesión a un derecho fundamental –en el caso, a la doble instancia en materia penal– que sigue siendo actual (del voto en disidencia del Dr. Petracchi).

En síntesis, el deber del Estado Argentino de tomar en consideración las recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se extiende a todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero, quienes, aun ante la inexistencia de reglamentación legislativa indicativa del curso judicial a seguir, están obligados a atender a su contenido con el fin de procurar la protección de los derechos humanos involucrados (conf.: CSJN, 22-12-98, E. D. 185-340).

Influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en nuestra CSJN

Nuestra CSJN ha dado una amplia recepción a las decisiones de la CIDH que merecen destacarse en tanto ésta ha acompañado el progresivo desarrollo del Derecho Internacional en general y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en particular.

Así ha sostenido en “Ekmekdjian c/Sofovich” (1992) y en “Servini de Cubría” (1992) que la CIDH es la que tiene a su cargo la interpretación de la Convención Americana y que ése es uno de sus objetivos²¹.

En tanto en “Giroldi” (1995) –al disponer la reforma de 1994 la jerarquía constitucional del PSJCR “...en las condiciones de su vigencia...” (art. 75, inc. 22, párr. 2)– alude también a las opiniones consultivas como guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado Argentino reconoció la competencia de la CIDH para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana²².

¹⁶ Arts. 38, inc. 1, d) y 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁷ CSJN, 23-11-95, “Viaña, Roberto s/Hábeas corpus”. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en su caso, de la Corte Europea de Derechos Humanos, constituye una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (Adla XLIV-B-1250)” (disidencia parcial de los Dres. Fayt y Petracchi).

¹⁸ HITTERS, Juan Carlos, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana como guía para la interpretación de la Constitución*, en E. D. 164-1238.

¹⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en la OC 1/82 que a través de las mismas puede interpretar toda disposición concerniente a la protección de los Derechos Humanos, de cualquier tratado internacional aplicable a los Estados Americanos, sea bilateral o multilateral, con independencia de cuál sea su objeto principal o que sean o puedan ser parte del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.

²⁰ TRAVIESO, Juan Antonio, *Derechos humanos y jurisprudencia*, ps. 21 y ss. Refiere que el paradigma había comenzado con el caso “Cabrera, Washington c/Salto Grande” (1983), extrayendo del voto de los Dres. Gabrielli y Guastavino las siguientes conclusiones: “...si la cuestión planteada ante los estrados judiciales, queda resuelta por aplicación exclusiva de normas jurídicas internacionales vigentes, tanto consuetudinarias como convencionales, cabe prescindir del análisis de constitucionalidad de las normas invocadas”.

²¹ Entre otros fallos, en el sentido indicado, pueden citarse: “Bramajo, Hernán s/Incidente de excarcelación”, *Fallos*: 318:1840; “Arce, Jorge s/Rso. de casación”, *Fallos*: 320:2145; “Sánchez Reise, Leandro A.”, *Fallos*: 321:1328; “Portal de Belén. Asoc. Civil sin fines de Lucro c/Minist. S. y A. S.”, *Fallos*: 325:292; “Acosta, Claudia B. y otros s/H. corpus”, *Fallos*: 321:3555; “Felicetti, Roberto y otros” (La Tablada), *Fallos*: 323:4130, etc.

²² “Giroldi, Horacio s/Recurso de casación” (1995), consid. 12: “...a esta Corte [...] le corresponde –en la medida de su jurisdicción– aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la Comunidad Internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del art. 1 de la Convención, en cuanto a los Estados partes deben no solamente ‘respetar los derechos y libertades reconocidos

La importancia de la recepción de la referida jurisprudencia internacional radica en que la CIDH ha construido varios conceptos jurídicos por medio de la jurisprudencia, estructurándose un esquema de interpretación que guarda coherencia en el conjunto, consolidando la seguridad jurídica, aun cuando su composición varíe.

Ello es así por cuanto también permite que sus criterios se apliquen, más o menos uniformemente, en todos los países que han adherido a la CADH.

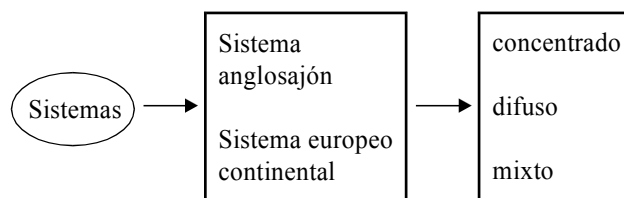
Los órganos supraestatales sólo se limitan a comprobar si en verdad el Estado acusado cometió o no la violación que se le imputa y, por ende, si transgredió el tratado –de modo tal que no se analiza si hubo o no una violación al derecho interno del Estado–, aplicándose, en este nuevo e independiente proceso, el Derecho Internacional.

Recientemente, tras una segunda audiencia realizada en Brasilia el 30 de marzo próximo pasado, la CIDH solicitó al Estado Argentino “...adopte en forma inmediata e inexcusable las medidas provisionales que sean necesarias y efectivas para proteger eficazmente la vida y la integridad de las personas privadas de libertad, así como de todas las personas que se encuentran en el interior de éstas” (causa: “Penitenciaría de Mendoza. Salinas Ares”).

La duplicidad de fuentes (interna, comenzando por la Constitución, e internacional de los derechos humanos) confiere completitud al Sistema posibilitando al operador, en cada caso concreto, realizar una interpretación aplicativa del derecho, buscando lo que cada fuente aporta respecto de la otra²³.

Control de constitucionalidad: diversos sistemas

Del carácter supremo de la CN se deriva la ineficacia o invalidez de los actos contrarios a ella que se denominan “inconstitucionales”; dada la posibilidad de actos de grado inferior contrarios a la norma positiva suprema, se requiere de un control de constitucionalidad que por medio de un procedimiento analice la congruencia o no de la norma inferior respecto de la CN para resolver en consecuencia.



El *Sistema anglosajón* posee premisas básicas y se denomina *judicial review*:

a) El *rule of law* o la supremacía o gobierno de la ley, que se explica en que nadie puede ser penado sino en virtud de una disposición legal regularmente sancionada y aplicada por un tribunal de justicia ordinario; que todos están sometidos a los tribunales ordinarios y los principios generales de la Constitución son el resultado de las decisiones de los tribunales que han determinado los derechos de las personas en casos particulares llevados ante la justicia.

b) El *stare decisis* es la regla jurídica según la cual los jueces están obligados a seguir en sus decisiones lo resuelto en las sentencias anteriores dictadas por los magistrados de su misma jurisdicción de jerarquía igual o superior. Supone que un tribunal al fallar un caso debe seguir obligatoriamente lo decidido en aquel en el cual se estableció la regla general de derecho aplicable en la medida en que entre el caso a decidir y el precedente exista una identidad sustancial de hechos.

c) Las sentencias se dividen en *holding* o *ratio decidendi* (es el conjunto de principios jurídicos en los que se funda el fallo y puede ser obligatorio –*binding*– o persuasivo –*persuasive*–) y *obiter dictum* (comentarios de los que podría prescindirse para la solución del caso).

d) Las reglas de Brandeis (juez de la CSJ de EE. UU.): a) la CSJ no puede declarar la inconstitucionalidad en un procedimiento voluntario y no contencioso; b) no se puede anticipar una decisión de inconstitucionalidad a la necesidad de decidirla; c) no se puede formular una regla de constitucionalidad más amplia que la requerida por los hechos a los cuales ha de aplicarse; d) si el caso puede ser resuelto de dos formas diferentes: la primera involucrando una

en ella’, sino además, garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”. Según dicha Corte “garantizar” implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos constituye una violación del art. 1.1 de la Convención (Opinión Consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1990. *Excepciones del agotamiento de los recursos internos*, párr. 34).

²³ La OC 5/85 sentó el principio de que si a una situación le son aplicables el PSJCR y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.

cuestión constitucional, y la segunda una meramente legal, debe optarse por la segunda solución; e) no se puede apreciar la constitucionalidad de una ley a instancia de una parte que no ha podido probar que la aplicación de ésta le ocasionaba perjuicio; f) la CSJ no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley a instancia de una parte que se ha beneficiado con ésta, y g) una ley siempre debe ser interpretada de manera que se evite su declaración de inconstitucionalidad.

Alexis de Tocqueville ha dicho que los jueces norteamericanos están revestidos de un inmenso poder político, porque les han reconocido el derecho de fundar sus decisiones sobre la Constitución más bien que sobre las leyes.

Cuando Marshall elaboró su voto en “Marbury vs. Madison”²⁴ –primera declaración de inconstitucionalidad del PJ– no contaba con antecedentes de un texto constitucional claro, y tampoco había sido debatido por la Convención en 1789; el apoyo histórico se lo dio *El Federalista*, cuyo valor histórico está dado porque presenta todos los problemas que rodean al control de constitucionalidad ejercido por el PJ, en especial la relación entre lo jurídico y lo político.

Formulación de la doctrina del control judicial en “Marbury vs. Madison” (1803):

- 1) La Constitución es suprema siendo limitadas las facultades de los órganos gubernativos; no puede reformarla la legislatura por una ley ordinaria.
- 2) Es función de los jueces decidir sobre la aplicabilidad de la ley y si aplica la ley o la Constitución.
- 3) Si la Constitución es superior a la ley ordinaria, la Constitución debe regir el caso.
- 4) Una ley repugnante a la Constitución es inválida y los tribunales están obligados a aplicar la Constitución.

El Sistema europeo continental: los franceses fracasan en el intento de instalar un sistema constitucional efectivo y duradero; se aísla al Poder Judicial llevando a Napoleón a crear el Consejo de Estado para atender las necesidades de los particulares frente a la Administración, facultad que le es concedida en 1872; nace el llamado contencioso administrativo.

Se trata de un *poder concentrado* en un tribunal constitucional, hay un control previo y abstracto, asu-

me un rol explícito y se torna en una función jurisdiccional autónoma en cabeza de órganos especialmente dotados al efecto. El primero fue Suiza (1874) y luego hay cuatro clasificaciones: a) Austria (1918-33); b) República Alemana de Weimar; c) Checoslovaquia (1918-38) y d) II República Española (1931-39).

En *América* una gran mayoría adoptó el sistema de *control concentrado*: a) Tribunal Constitucional (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador); b) Corte Suprema (Panamá y Uruguay); c) Sala de la Corte Suprema (Costa Rica, El Salvador, Paraguay); es *mixto*: a) Tribunal Constitucional (Perú y Venezuela), sin tribunal constitucional (Brasil, Guatemala, Honduras, México) y *difuso* (Argentina, EE. UU. y Canadá).

Control judicial argentino

El derecho argentino es tributario de una gran diversidad de fuentes, así toma de la Constitución norteamericana todo lo relativo al control de constitucionalidad, pero excepto en esta rama, todas las demás son tomadas del sistema administrativo francés, procesal español, penal alemán y comercial italiano.

La Constitución adopta expresamente el principio de supremacía en los artículos 31 y 116; ley 27 (organización de la Justicia Federal, “es obligación sostener la observancia de la CN”); ley 48 (recurso extraordinario, “...la Corte como intérprete final”); la preeminencia de los tratados internacionales sobre las leyes (“Ekmekdjian c/Sofovich”; “Fibraca”; “Haguelin”; “Cafés La Virginia”; “Giroldi”), constitucionalizados en el artículo 75, inciso 22, etcétera; supremacía entre la nación y las provincias (art. 121) sobre la base de los poderes no delegados; a lo que se agrega la Ciudad de Buenos Aires y los municipios autónomos (“Rivademar”).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se instaló el 15 de enero de 1862, resolviendo la inconstitucionalidad de actos del Poder Ejecutivo, de los tribunales inferiores y de los gobiernos provinciales recién en 1887 en el caso “Sojo”²⁵.

En 1988 en “Municipalidad de la Capital c/Elortondo” analizó la conveniencia de la “utilidad pública” de una expropiación para construir la Av. de Mayo –cuestión que luego fue excluida del control judicial–.

²⁴ “Marbury vs. Madison”, Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803), traducción y notas críticas en MILLER, GELLI y CAYUSO, *Constitución y poder político*, Astrea, Buenos Aires, 1987, t. I, ps. 5 y ss.

²⁵ En este primer caso interpretó que la norma legal no autorizaba la interposición del hábeas corpus ante ella a favor de un periodista detenido por orden de la Cámara de Diputados, estableciendo que para ampliar su competencia originaria era necesaria una reforma de la Constitución –se pronunció sobre una ley del Congreso–.

Características:

- 1) Su ejercicio corresponde a todos los jueces, nacionales, provinciales, de cualquier fuero y jurisdicción, pero la CSJN es la intérprete final cuando ejerce su competencia originaria o en grado de apelación (ordinaria y extraordinaria);
- 2) el control se aplica a las leyes y actos de los poderes públicos federales y provinciales, tratados y actos particulares;
- 3) es una función judicial y no política; reclama que los jueces decidan cuál es el derecho aplicable al caso concreto sometido a su decisión;
- 4) no es una función de control directo de los actos públicos y particulares frente a la CN; se ejerce:
 - a) Por vía de excepción o de defensa en litigios comunes por quien se vería perjudicado por la aplicación en el caso de la norma impugnada;
 - b) a pedido de parte interesada: los jueces no pueden de oficio declarar la inconstitucionalidad, salvo cuando se trate de la tutela de la Corte u otro tribunal de su propia jurisdicción o competencia o de otras cuestiones que comprometan la autonomía funcional del PJ;
 - c) debe plantearse en una causa;
 - d) debe ser judicial;e)
 - e) los efectos se limitan a la causa fallada.

En tanto corresponde al intérprete verificar el grado de concordancia de la norma en pugna con la Constitución Nacional, la doctrina constitucional ha clasificado diferentes criterios de interpretación normativa:

1. *La interpretación puede ser sistemática u orgánica*: ninguna norma de la CN puede interpretarse en forma aislada, cuidando de no alterar el equilibrio de su conjunto.

La doctrina imperante de la “interpretación sistemática” propone entonces una exégesis coordinada, anticonflictiva, equilibrada y útil de la CN.

El intérprete debe tener en cuenta que una constitución puede tener contradicciones normativas, redundancias normativas (arts. 75, inc. 12 y 126) o contradicciones ideológicas.

2. *La interpretación literal, gramatical o la histórica* (voluntad del constituyente): en procura de las

fuentes que orientaron la voluntad del legislador la Corte comienza por la lectura de la norma, pero también ve la exposición de motivos, los despachos de comisiones parlamentarias, los debates en el Congreso, etcétera.

3. *La interpretación extensiva y la restrictiva*: la norma dice menos de lo que el constituyente quiso decir, es obligación del intérprete ampliar el texto para hacerlo coincidir con el espíritu de aquél (por ej., el art. 33 –derechos no enumerados o que importan negación de otros emergentes de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno–).

4. *Interpretación estática o dinámica*: la primera es la extrema, la interpretación histórica, resistiéndose a incorporar las normas de derecho consuetudinario. La segunda, o evolutiva, postula una adaptación de la Constitución a las realidades que les toca vivir y resolver.

Evolución de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Hasta los años '30 el método interpretativo fue *exegético*, había que estarse a la literalidad del texto de la norma, el juez hacía un silogismo lógico (v. gr., en el Código Penal), frente a la norma la comisión de tal conducta requiere de determinada sanción, lo único que tenía un plexo sancionatorio donde moverse. Hoy la mayoría de las normas no se agotan en una interpretación *literal* salvo, por ejemplo, las que fijan la duración de un mandato, la posibilidad de reelección, etcétera.

Si no bastaba con la literalidad se acudía a la *voluntad del legislador que sancionó la norma*. Esto presentaba el inconveniente de un desajuste entre la sociedad del legislador y la sociedad actual en que debía regir la norma en cuestión objeto de interpretación (v. gr., otorgar patentes de corso, facultades del presidente, la propiedad del subsuelo)²⁶.

Este método es demasiado estrecho, atando a las generaciones futuras al sentir, actuar y convicciones del que sancionó la norma.

En el año 1934, en el caso “Avico c/De la Pesa” se modifica el criterio hacia la interpretación *dinámica*²⁷, además de la literalidad y voluntad del legislador

²⁶ Para el legislador constituyente no tenía trascendencia desde el punto de vista jurídico porque no generaba riqueza, que recién comienza a tener trascendencia con el descubrimiento del petróleo, resolviéndolo el constituyente del '94 en el art. 123. En realidad, en “YPF c/Pcia. de Mendoza”, *Fallos*: 301:357 (1979), el voto de la mayoría sostiene la postura contraria, en cambio, en minoría el Dr. Pedro J. Frías interpretó que las Provincias son las propietarias del subsuelo.

²⁷ En EE. UU., luego de la crisis económica del viernes negro de Wall Street, Roosevelt aplica la doctrina keynesiana –intervención del Estado acentuada principalmente en lo económico–, las normas jurídicas sancionadas se encontraban con una valla insuperable,

constituyente, debía trasladarse a la realidad de nuestros días, interpretándose a partir de normas programáticas (como el derecho de propiedad, no hay derechos absolutos sino conformes a las leyes que reglamentan su ejercicio, el codificador –convencional constituyente en los '60– en el Código Civil posibilitaba a su dueño hasta la degradación); la Corte admite serias limitaciones al derecho de la propiedad y sin decirlo le está dando contenido social, haciendo jugar ciertos valores –los generales– sobre los individuales, leyes de locación en materia rural y urbana y posteriormente sólo la urbana.

A mediados de los años '80 la Corte no plasma una decisión que represente la opinión general de la sociedad, aun cuando en numerosos precedentes se ha referido al bienestar general equiparándolo al bien común de la doctrina social de la iglesia católica. Así, por ejemplo, al decidirse los casos “Bazterrica” (1986) y “Montalvo” (1990)²⁸ el voto del doctor Petracchi (que adhería a la doctrina estructuralista americana) parece virar el rumbo. Poco después, por un cambio de composición de la misma, opta por el peor sistema: la mayoría y la minoría automáticas. Resulta cuando menos inapropiado porque se resuelve no atendiendo al interés general sino a cuestiones partidarias.

Sin embargo dictó pronunciamientos trascendentes, como la incorporación de los derechos emergentes

de los tratados internacionales con antelación a su introducción en el artículo 75, inciso 22 por la reforma constitucional de 1994²⁹. Así lo hace expresamente en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich”³⁰, plasmando que las normas emergentes de los tratados son, en principio, directamente operativas, independientemente de que exista o no una ley que reglamente el instituto, legitimación activa cuando detrás de ese derecho hay un interés colectivo, en este caso la titularidad corresponde a quien primero lo ejerce.

Bibliografía

- ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización nacional*.
- BIDART CAMPOS, Germán, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, 2004.
- CATENACCI, Imerio Jorge, *Introducción al Derecho*, Astrea, 2001.
- CUETO RÚA, Julio, *Fuentes del Derecho*, Abeledo-Perrot, 1994.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, Universidad, 2005.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2002.
- GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas.

la Corte Suprema las declaraba inconstitucionales por 5 votos contra 4, Roosevelt puso jueces adjuntos tratando que influyeran ante los venerables juristas; a través de un legislador presenta un proyecto de ley modificando la integración del número de ministros a 12 para poder nombrar 3 que le fueran adeptos; en el interregno se produce su primera reelección por una mayoría muy amplia; el Juez Roberts entonces decide modificar su voto respecto de las cláusulas constitucionales, frente a la decisión soberana del pueblo de los EE. UU. dejando a salvo su criterio en contra del intervencionista, consagrando aquí el *método dinámico*.

Se da un fenómeno de reinterpretación de las normas en un amplio nivel consagrando las normas del bienestar general, termina un gran debate en materia de derechos individuales, la igualdad independientemente del color de la piel (enmienda VII); a principios de los años '50 la presión social le hace decir a la Corte que todos somos iguales pero diferentes; con el advenimiento de Kennedy se logra la sanción de una ley de derechos civiles donde se consagra la igualdad, la política del gobierno es la de intercomunicar a la población para asimilar y no discriminar, esa Corte progresista dictó una serie de fallos, por ejemplo, declaró inconstitucional la pena de muerte, los que la admitían violaban la ley suprema –los códigos de fondo son dictados por los Estados de la Unión–; ahora con un integración mucho más conservadora producto de muchos años de gobierno republicano a partir de Reagan, ha llegado a la conclusión contraria, sosteniendo que los Estados que admiten la pena de muerte no violan la Constitución Nacional, hoy examina distintos criterios vinculados con la organización social (en los '60 se reconoció el derecho de la mujer a planificar su familia y se constitucionalizó el aborto, ahora se reedita); la Corte de EE. UU. tiene varias virtudes: no se producen cambios traumáticos por lo tanto la modificación de la jurisprudencia es paulatina, se pronuncia en los casos concretos sin variar su criterio, toma decisiones por *vías paralelas sin entrar al fondo de la cuestión*, tiene consenso social.

²⁸ “Bazterrica, Gustavo”, *Fallos*: 308:1392 (1986) y “Montalvo, Ernesto Alfredo”, *Fallos*: 313:1333 (1990), ambos vinculados con tenencia de estupefacientes para consumo personal y la relación con el principio de reserva consagrado en el art. 19, CN.

²⁹ “Ekmekdjian c/Neustadt”: el derecho de réplica –art. 14, PSJ Costa Rica– no era directamente operativo y por lo tanto no aplicable porque no se había dictado una ley que lo reglamentara; lo falla la Corte por 3 a 2 –Belluscio, Caballero y Baqué, en disidencia: Petracchi y Fayt–.

³⁰ “Ekmekdjian c/Sofovich”, *Fallos*: 315:1492 (1992), L. L. 1992-C-543. Se vincula a los arts. 14, libertad de expresión; 27, el gobierno federal y los tratados internacionales; 31, supremacía de la CN; 42, defensa de consumidores y usuarios; 43, garantía procesal del amparo; 65, inicio y finalización simultáneas de las sesiones de las cámaras; 75, inc. 22, tratados internacionales. En este caso la Corte ampliada con Barra, Moliné O'Connor, Levene, Cabaña Martínez, Nazareno y Oyhanarte. Baqué renuncia en disidencia con la ampliación y Caballero se va de embajador; luego del Pacto de Olivos renuncian Barra y C. Martínez, ingresando López y Bossert, luego Vázquez por Levene.

- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *La regla de reconocimiento constitucional argentina*, Ediar, 2007.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Astrea, 2007.
- HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976.
- PECES-BARBA, Gregorio, *La Constitución y los derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Librería Cervantes, Salamanca.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *Estudios sobre la Constitución española*, Homenaje al profesor Eduardo García de Entrerría, Civitas, 1991.
- *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales.
- SUÁREZ, Eloy Emiliano, *Introducción al Derecho*, Centro de Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2002.
- Teoría del Derecho*, Obra colectiva, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2003.
- TERRILE, Ricardo Alejandro, *Interpretación constitucional y control de constitucionalidad*, Juris, 2001.
- TORICELLI, Maximiliano, *El sistema de control constitucional argentino*, LexisNexis Depalma, 2003.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *Teoría constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 2000, t. II.

DERECHOS FUNDAMENTALES E INTERPRETACIÓN: UNA MIRADA DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE*

por FERNANDO M. MACHADO PELLONI

*A mis amigos
FABIO ROBERTO DÁVILA,
JORGE ORGAZ y RENATO SELAYARAM*

SUMARIO: I. Razón del tema y metodología. II. Consideraciones básicas: la relación en la interpretación, el tiempo, comportamiento del intérprete y resultado. III. Punto de partida en la interpretación: la preferencia en pos de los Derechos Fundamentales. IV. Los métodos de interpretación a la luz de la preferencia por los Derechos Fundamentales (I). V. Los métodos de interpretación a la luz de la preferencia por los Derechos Fundamentales (II). VI. Los métodos de interpretación a la luz de la preferencia por los Derechos Fundamentales (III). VII. Impacto en la jurisprudencia y la dogmática. A la vez, hacia una cultura por los Derechos Fundamentales, por intermedio de la Constitución y los fundamentos de la materia pen al. VIII. Balance. IX. Bibliografía.

I. Razón del tema y metodología

El presente trabajo ha despertado mi interés por mucho tiempo. No lo he volcado con prontitud en la escritura porque he querido discutirlo primero. Pero al hacerlo ahora no debo llevar al lector a grandes expectativas. Cargo con las ideas que arrastraba entonces y que no he podido modificar, lo cual, probablemente, debe ser un llamado de atención, a título de ser tomadas con cierta precaución.

El plan para abordar el tema fue pensado en dos partes elementales, que corren paralelamente. De un lado, desde un enfoque constitucional. Esto porque en la medida en que el Derecho Internacional penetró en los ordenamientos internos de cada Estado, justamente, estos últimos se vieron en la necesidad de trazar una suerte de correspondencia, comenzar una adaptación o, mejor, desarrollar una armonización con las proposiciones surgidas desde *afuera*. Tal transformación repercute en dos niveles: en la función de quien cuenta con la facultad institucional de dictar las leyes, pero también en aquella cuya misión es aplicarlas. El punto es que, si acaso la primera omitiera dar cumpli-

miento a su compromiso, todavía la segunda se encontraría en situación de proceder en el compás de los Derechos Fundamentales.

Por otra parte, la perspectiva recoge una visión penal. Cabe aclarar que yo no estimo que esto sea algo diferente de la materia constitucional: realmente comparto que la asignatura es un apéndice de lo constitucional o, como popularmente se ha dicho, es su más expresiva aplicación. Ahora, la idea de separar las esferas en esta reflexión obedece a que creo que las características que alimentan los Derechos Fundamentales en cuanto a su interpretación, en uno y otro lado, no son iguales. Dicho de otro modo, bajo una idea común, que es la defensa o la protección de aquéllos, el desarrollo me parece opuesto, aunque parten y terminan en un espacio compartido. Por esta razón, expositiva hasta cierto grado, el trato de aquéllo será en torno a derechos económicos, sociales y culturales; en tanto, la referencia a lo punitivo se limitará a los derechos civiles.

La noción que me he formado del asunto y la que pasaré *ut infra* a exponer, impacta a nivel dogmático. Con ello quiero aclarar que la interpretación desde el

* El presente trabajo hace a la disertación del autor en el III^{er} Seminario Xavier Gorostiaga sobre Derechos Humanos, en la sede de la Universidad Ritter Dois Reis, Porto Alegre, Brasil, en junio de 2007. Agradezco la invitación cursada para ello, como también al Prof. André Bencke, por abrir su cátedra de Teoría del Delito y posibilitar una clase de Derecho Penal Comparado allí. Sin la gestión de Rodrigo Valin de Oliveira, Decano de la Facultad de Derecho, no habría sido posible.

Derecho Internacional de los Derechos Fundamentales alentará o rechazará ciertas concepciones, ideas o herramientas que puedan brindarse para el dominio del campo constitucional o penal.

Las concentraciones en torno a ambas áreas del Derecho, con sensible prescindencia de lo que está fuera de ellas, es una metodología que puede acarrear, según mi visión –e incluyéndome en las consecuencias–, interpretaciones que van a contramano de lo que serían las apropiadas para la defensa o la protección de los Derechos Fundamentales. Las anotaciones siguientes pueden o pretenden precisar esta cuestión.

II. Consideraciones básicas: la relación en la interpretación, el tiempo, comportamiento del intérprete y resultado

Del concepto de interpretar debe destacarse el aspecto *relacional* que lo envuelve. En efecto, sujeto y objeto, intérprete y texto cuyo sentido se persigue conocer, aplicar, no hacen sino a un diálogo con una realidad que los excede y es lo que termina dando, como producto, una interpretación que tenga vida, que sea real. De ahí que la palabra de quien habla debe conformar el lenguaje de quien lo ha de escuchar¹. Una concentración que deje a un lado el ámbito de los Derechos Fundamentales, que cubre una importante posición en la materia constitucional –derechos y garantías, nada menos–, como también hace a la esencia de lo que se protege y –a su vez– lo que se afecta por la imposición de una reacción penal, podría traer como consecuencia la pérdida del respeto por el valor que respalda el universal reconocimiento de aquéllos.

No me parece el momento conveniente de dar nada por sentado, de ahí que también cabe aclarar cuáles son los peligros y también dónde está el punto de partida o foco de aquéllos. Las interpretaciones que resultan a contramano con los fundamentos del Dere-

cho Internacional Humanitario son resultados. Éstos son efectos, cuyo origen estará en la actividad específica y puntual de quien tiene que encarar la delicada tarea de dotar de sentido a una disposición jurídica². Es clave, entonces, que la disposición del intérprete y la relación que mantenga, no ya con textos ni con la teoría constitucional o penal, sino con los atributos esenciales reconocidos a la persona, es una explicación *per se* frente a determinada posición en la factura de una ley o reglamento, o en la inspección de la jurisprudencia.

De los términos previamente expuestos se desprende que interpretar implica en algún punto decidir³. O se toma partido por una posición u otra. Una conciliatoria con los Derechos Fundamentales u opuesta a ellos. No obstante, esto no implica perder de vista que actividad y resultado conforman un espacio complejo en el que palpita el hecho de tomar partido en algún sentido.

Desde los tiempos, la interpretación y la aplicación no necesariamente van temporalmente unidas. Puede que no sea así. La distinción se ha reconocido en la medida en que la primera envuelve a un proceso eminentemente abstracto, que gira en torno al autor de la legislación u objeto a interpretar. La segunda, en cambio, descontado lo previo, hace al encuadre de la disposición en el hecho histórico, o sea la relación entre premisa mayor y menor, respectivamente⁴.

Aunque ambos momentos importen, en la medida que conducen a una decisión, la cuestión del enlace entre sujeto y objeto, intérprete y texto a interpretar, hace también a la relación de este diálogo con el valor que en ella se asigne a los Derechos Fundamentales. Ocurre que si enfrentamos una situación que esté más allá de la máxima *in claris non fit interpretatio* –la que también supone un marco para analizar⁵–, debemos seguir una entre varias alternativas posibles, sea que ésa prevalezca o, descartada, luego adoptemos otra. Y aquí se está parado en un terreno de estricta interpre-

¹ Cfr. VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Diritto e Interpretazione*, Editori Laterza, Bari-Roma, 1999, pp. 106-107; SAVARESE, Paolo, *Appunti per una logica del diritto umani*, Aracne, Roma, 2006, p. 31.

² Cfr. GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. del italiano por Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 201.

³ Cfr. GUASTINI, ob. cit., p. 203. El art. 12 del CCI, con utilidad incluso para el campo penal, expresa como criterio de interpretación la letra de la ley con el significado de sus palabras y la intención del legislador, pero no lo hace con un orden jerárquico, de modo que el operador, si se enfrentaran, tiene un área de discreción; esto moviliza en lo sancionatorio a pulir las herramientas. Cfr. FIANDACA, G. y MUSCO, E., *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2001, p. 103.

⁴ Cfr. CRISAFULLI, Vezio, *I principi costituzionali sull'interpretazione e applicazione delle leggi*, en VV. AA., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1939, p. 670.

⁵ Pueden darse dos situaciones: una que la claridad de la ley sea más que objetiva, subjetiva de quien la interpreta, esto es que dependerá de este último su sentido; la otra es que el sentido más superficial o notorio no sea en rigor el que mejor controle la situación, en cuyo caso deberá el que la aplica sumergirse para alcanzar su real significado. Cfr. ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale*, a cura di L. Conti, Giuffrè, Milano, 2000, p. 86.

tación⁶. El que una opción sobreviva o no lo haga no es ya un tema recludo en los límites de la Constitución o el Código Penal. Ese balance con atención a los diques normativos internos, además, debe contener una adecuada respuesta al orden internacional humanitario. De lo contrario, la aplicación será insostenible, desde una aproximación a su validez.

Recordando una advertencia formulada a un comienzo, puede que desde las fuentes internas no quepa interpretar. En tal sentido, la aplicación será creativa. No obstante, se tendrá en cuenta el producto con pinzas. Asumiendo que parte del problema sea la coherencia y unidad de un sistema compuesto por disposiciones con orígenes diferentes, dependerá de la materia y de las consecuencias en ella que progrese o se rechace el resultado.

En disposiciones programáticas puede notarse la diferencia de alcance práctico. Si, tomando en consideración el aspecto relacional, el intérprete analiza datos objetivos respecto de un conflicto de intereses, el hacerlo en un momento anterior y luego en otro sucesivo puede llevarlo a que una de aquéllas tenga una pluralidad de normas individuales y técnicamente no es una falla que ello sea así⁷. Lo que debe preocupar, en cualquier caso, es que un intérprete resuelva distinguiendo, en una hora común, casos iguales. Sin embargo, no es más que uno de los problemas –el primero– que se afrontan a la hora de interpretar⁸.

Aunque se sabe que son posibles tantas interpretaciones como intérpretes puedan existir, la nota que sobresale aquí es que cualquiera, no importa el color que lo caracterice del resto, debe compatibilizar con los fundamentos de los Derechos Fundamentales. En

un sentido de definición: una será aceptable y otra inaceptable, lo que no es igual a razonable o irrazonable.

Un sistema jurídico normalmente contiene diversas razones, capaces ellas de llevar a varios resultados, lo que puede ser transportado, a su vez, por varios métodos interpretativos⁹. El que aquéllos sean compatibles o incompatibles hace a una cuestión valorativa, muchas veces sin que las normas “ayuden”, debiendo recurrir a principios que las pueden “orientar”, lo que funciona también, o se traduce más bien, en una “guía” del intérprete¹⁰: desde el ángulo enfocado, asumen protagonismo el *pro persona e in dubio pro persona*¹¹.

III. Punto de partida en la interpretación: la preferencia en pos de los Derechos Fundamentales

Básicamente, existen dos tipos de interpretaciones: las “fieles” o “infieles” a un documento. Desde la actividad, hay una posición de respeto o defensa de la letra de un texto y otra menos inflexible. También conocidas como “literales” o “correctoras”, son excluyentes entre sí, exhaustivas e interdependientes: el resultado no puede responder a ambas, es como producto el efecto de un método u otro, y se pasa a la segunda si la primera no cierra¹². Desde esta esencial división, la metodología, prácticamente, ya no puede más tarde coincidir, con alguna excepción: apostados en una disposición y en el caso que se pretende subsistir en ella, es factible –para graficarlo– recurrir a la “voluntad” o “intención” del “autor” para terminar por asumir un seguimiento puntual de aquélla, o para no hacerlo, lo cual generalmente acontece, más si se cae en la cuenta que no siempre existe la correspondencia entre sujeto y objeto¹³.

⁶ Cfr. CRISAFULLI, *I principi costituzionali...* cit., pp. 671-672.

⁷ Cfr. CRISAFULLI, Vezio, *Le norme programmatiche della Costituzione*, en VV. AA., *Studi di Diritto Costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, p. 208.

⁸ Cfr. BONGIOVANNI, Giorgio, *Costituzionalismo e teoria del Diritto*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2005, p. 152.

⁹ Cfr. BONGIOVANNI, ob. cit., pp. 153-154.

¹⁰ Ampliar en ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il Diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 148; con profundidad entre *definitive Gebote* y *Optimierungsgebote*, ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte* (hay traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002), Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986, pp. 75 y ss.

¹¹ Cfr. BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Las decisiones judiciales como fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en VV. AA., *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, vol. I, p. 439.

¹² Cfr. GUASTINI, ob. cit., p. 211.

¹³ Cfr. GUASTINI, ob. cit., p. 217. Para agregarle un rápido ejemplo, téngase presente la afirmación de un integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a la ley 25.561, sobre Emergencia Económica, y el efecto en el derecho constitucional de propiedad, bajo la cobertura de la ley 25.466 de intangibilidad de depósitos en el sistema bancario: “...una ley que asegura esa intangibilidad casi en vísperas del agotamiento de un proceso traducido en insolvencia y cuya situación no podía ser desconocida para los técnicos que intervenían, aunque la desconocieran los legos en materia económica, se aproxima mucho a la preparación de una defraudación de proporciones colosales. Todo indica que buscaba el efecto de mantener y reforzar la confianza en un sistema

Ahora bien, resulta también elemental apreciar que las interpretaciones deben atender a que, por una parte, hacen una lectura constitucional, y por la otra, a una específicamente penal. Con el punto en común, marcado por los Derechos Fundamentales, la naturaleza distintiva entre las áreas del campo jurídico han de tener incidencia para que se encaren los respectivos desafíos, tanto como las ideas que subyacen en ellas.

Algunos autores creen que una Constitución es producto de un proceso histórico y evolutivo. Incluso, pueden agregarle cuotas de valor moral y jurídico como la dignidad humana, o político, como que apuntan hacia la consagración democrática¹⁴. Otros, por el contrario, estiman que la Ley Fundamental es justamente lo que los constituyentes dieron como tal. En términos comparativos con aquella primera posición sería algo así como la preservación de la propia historia constitucional¹⁵. Detrás de la intención de los *Framers* –Padres del texto–, no se saldrán de eso y tal comportamiento interpretativo será *interpretativismo*. En cambio, perseguir la actualización con otros factores implicará, por más que no deje de ser interpretación, *no-interpretativismo*¹⁶.

Téngase en consideración sino la actuación de la Corte Suprema, concedora de que existen conflictos que tienen directa vinculación con la ambigüedad del lenguaje, para tomar uno u otro atajo. Para ella, la facultad de la función legislativa federal para regular el “comercio” estuvo *ex ante* en la Constitución (inc. 1º del art. 67, CN) y se trasladó igual a la versión reformada de 1994 (inc. 13, art. 75, íd. *ex post*). Pero nótese que en 1853 esto no podría jamás abarcar a la telefonía, aunque sí debía hacerlo en la primera mitad del siglo, cuestión que el Alto Tribunal así entendió¹⁷. Pero otros problemas son más complejos si el texto organizativo literalmente no admite previas restricciones, como en el derecho de libertad de expresión (art. 14, íbid.) y otro de Derecho Internacional Humanitario sí, si la información afecta intereses de personas menores de edad (arts. 3º y 16, Convención sobre los Derechos del Niño, entre otras, inc. 22, art. 75, íbidem).

Al parecer de la Corte, la interpretación superó la base constitucional aunque comprendió que podría prohibirse la difusión de datos que afectara a un niño, y esa “corrección” fuera positiva en definitiva para aquél¹⁸. Sin embargo, no se sigue del ejemplo que la salida interpretativa sea el *no-interpretativismo*, sino tan simplemente que *ad casum* funcionó como tal.

La ley penal –menos complejo que lo anterior– es el resultado del ejercicio del Poder del Estado e interpretarla es determinar simplemente su contenido¹⁹. Pero no se da aquí un supuesto de reevaluación de intereses como en otros componentes del Derecho infraconstitucional. Ajustes al Código Civil de 1900 en el siglo XXI es algo sostenible en la medida en que también se le da el propio peso específico a la regulación en cuestión. Pero este proceso denominado en Alemania *Wertungsjurisprudenz* no es extensible a la punibilidad.

Al decir de nuestro máximo intérprete de la Constitución, la legalidad penal requiere de la *previa* determinación del acto y su sanción por puntuales instituciones –función legislativa–, siendo de su competencia la expresión de los intereses que deben ser protegidos por la espada del ordenamiento e igual énfasis no se encuentra a la hora de leer la Ley Fundamental. Por ello, la tutela de la propiedad intelectual de una ley de 1933 no puede –aunque resultara coincidente con su finalidad o con acuerdos internacionales no humanitarios– atrapar al fin de la centuria la reproducción no autorizada de *software*²⁰.

El lector podrá advertir que, a simple vista, el modo de intentar interpretar la ley penal no admite tomar partido por posiciones “infieles” a ella. Ello no significa que coincida con los fundamentos que orientan la tesis del *interpretativismo* en materia constitucional, algo que luego aclararé. Implica, en rigor, que detrás del principio de legalidad se ordena una extraordinaria limitación del Poder punitivo del Estado, medio con aptitud o validez, para con certidumbre, previsibilidad y, con algo de fortuna, también seguridad, evitar la manipulación de las penas, no por la

bancario que estaba al borde del colapso” (consid. 4º, voto del juez E. R. Zaffaroni, *in re* “Bustos, Alberto Roque y otros c/EN y otros s/Amparo”, B.139.XXXIX, 26-10-2004).

¹⁴ Cfr. HÄBERLE, Peter, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1995, vol. I, p. 817.

¹⁵ Enérgicos defensores de esta posición, algunos autores norteamericanos como BERGER, Raoul, *Government by Judiciary*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1977.

¹⁶ Cfr. DWORKIN, Ronald, *A matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1985, pp. 34-35.

¹⁷ Cfr. *Fallos*: 154:104.

¹⁸ Cfr. *Fallos*: 324:975.

¹⁹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 36.

²⁰ Cfr. *Fallos*: 320:2948, consid. 6º. La ley en cuestión es la 11.723.

ejecución de ciertos actos, sino por la imputación de aquéllos a puntuales personas.

El Derecho Internacional Humanitario acoge favorablemente el valor en cuestión (arts. 9º, CADH y 15, PIDCyP). Puede que, como acontece en el Derecho argentino, la Constitución a su vez exprese con una exacta redacción una fórmula que lo contenga (art. 18, CN)²¹ y hasta se extienda en la tipicidad (art. 19, *in fine*, *id.*)²². Sin embargo, si acaso ello no sucediera, una interpretación “fiel” a la Norma básica todavía sería inaceptable: intentar la aplicación de una disposición dictada con posteridad al hecho (ahora punible, antes impune) o incompatible en sus elementos con la identificación del caso sería lesionar el Derecho Fundamental de una persona.

Se cae en la cuenta, entonces, que si el problema interpretativo se resumiera a la jerarquía de las fuentes del Derecho y el asunto llevara a desencuentros en virtud de colisiones entre aquéllas, la proposición de una puntual escala sólo sería un modo de resolverlas. Sin embargo no creo que esto sea suficiente: se persigue razonar sobre la prevalencia de la presente área del Derecho Internacional sobre el interno²³.

Por ello puede que todavía con aquella propuesta de solución afrontemos casos con varios resultados posibles, derivados de tomas de posición en el tema o de sintagmas o expresiones poco claras. La fórmula del inciso 22 del artículo 75 de la CN, por citar un ejemplo, es todo un desafío en la materia y según se traten los Derechos Fundamentales que se vean amenazados, pueden darse múltiples lecturas de la Constitución o del ordenamiento penal²⁴. Tanto más delicado si acaso una Constitución contuviera disposiciones contrarias a los esenciales atributos de una persona e incluso relegara un trato preferente al Derecho Internacional Humanitario, en su consideración normativa.

De todo cuanto llevo aquí me permito concluir que aunque los resultados impacten a nivel de la letra constitucional o de la legislación penal, lo realmente trascendente en la tarea interpretativa es que el desarrollo de la actividad y el horizonte que se persiga, evidentemente, sean “fieles” al fundamento de los Derechos Humanos y es este eje el que habilitará el recurso a la metodología de la interpretación, según los casos²⁵.

IV. Los métodos de interpretación a la luz de la preferencia por los Derechos Fundamentales (I)

Hasta el momento, la interpretación en lo metodológico no sufrió los ajustes pertinentes. En lo constitucional, los partidarios de la “literal” aplicación de la Constitución no contrapesan que esa fidelidad podría amenazar o directamente hacer peligrar la eficacia de los Derechos Fundamentales. Pero es de ahí, entonces, que tampoco cabe hacer una libre lectura si conduce a igual resultado, y es esta alternativa de aplicación del Derecho la que naturalmente los interpretativistas critican.

La literalidad como prioridad a la hora de aplicarle un dato normativo a otro fáctico es algo elemental: hay disposiciones y situaciones que por fortuna no dejan espacio a dudas. Pero dotar de sentido a la letra de un texto ante un supuesto que en principio no le cabe ya es más discutible y hacerlo por la vía “histórica”, en lo que hace al origen de la Constitución o de la ley, o en la “voluntad” o “intención” del constituyente o el legislador, es una salida muy común.

Por la vía apuntada se entiende –y en un lugar, esto está bien– que un enunciado constitucional o el de una ley es un acto de voluntad²⁶. Este enfoque, *imperativista*, implica que el Derecho es acatar aquélla²⁷. Darle su lugar lleva a un orden: es diferente a la idea

²¹ Éste es pues el fundamento normativo que utiliza la mayoría de la Corte Federal en el caso de referencia, *ob. cit.*

²² Éste es, en cambio, el argumento –más detallado– que utiliza en su voto el juez E. Petracchi, también en fallo citado *ut supra*, consid. 8º, 2º párrafo.

²³ Como se ha dicho, el perfil de un Estado dualista es irrelevante para tribunales internacionales, sólo le podría importar a la jurisdicción interna. Cfr. MONTIEL ARGÜELLO, Alejandro, *El Derecho interno y los tribunales internacionales de Derechos Humanos*, en VV. AA., *Liber Amicorum...* cit., p. 493.

²⁴ El encabezar el ordenamiento jurídico argentino, cuestión que hace al Derecho Internacional Humanitario, como tema eminentemente valorativo, se ve afectado con el enunciado por el que (los tratados) “...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

²⁵ Con cita del caso “Wemhoff vs. República Federal de Alemania” (1968), calificada doctrina recuerda el carácter objetivo de las obligaciones convencionales de protección, olvidado por el legislador o el operador judicial tantas veces. En efecto, Antonio Cancado Trincade dice: “...[en] los tratados de derechos humanos [...] se busca sobre todo la interpretación más apropiada para la realización de su objeto y propósito, evitándose además inconsistencias con la interpretación y aplicación de otros tratados de derechos humanos”. Cfr. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 23.

²⁶ Cfr. VIOLA y ZACCARIA, *ob. cit.*, p. 123.

²⁷ Es algo así como entender la actividad jurisprudencial como concretizar la letra de la ley en vista al caso concreto, lo que

que de la norma se forman las personas, que pueden no coincidir con el autor. Sin embargo, el enfoque relacional de la disposición y del lenguaje complica el panorama. Ello en la medida, al menos, en que tiene que existir una correspondencia entre quien hace un texto, quien lo tiene que interpretar y los destinatarios²⁸.

La razón que suma a la hora de los méritos en la tesis histórica es también la que quita. Ocurre que los antecedentes tenidos en cuenta a la hora de dictarse una Constitución o una ley, no cabe dudarlos, son parte de un registro o una referencia puntual, susceptible de estudio y con un potencial para guiar las interpretaciones de ambas; y como Derecho, el objeto está pensado para sobrevivir a los actores que tuvieron participación en él, de forma tal que acudir a este auxilio puede colaborar en su estabilización y solidificación²⁹.

No obstante, el tiempo no es algo que le pase desapercibido al orden jurídico. La permanencia de un núcleo de ideas puede también demandar una actualización o un cambio continuo, de cara a distintos períodos y al protagonista de estos últimos, que es la propia comunidad, que comparte aquel material, reconociéndolo³⁰.

Tal vez por lo último, la alternativa no es, como algunos pueden creer, la mejor. Además del dato no menor en cuanto a que la “voluntad” del autor no es ni la Constitución vigente ni la ley sancionada³¹, existe por otra parte, con ella, la adicional dificultad de encontrar una base lo suficientemente objetiva en una Institución colegiada, como la que normalmente encara la función legislativa, o la que da vida nada menos que a una Constitución³².

En mi opinión, las voces en favor y también en contra del recurso de acudir al autor deben atender, a su vez, a qué tan compatible es aquella (su) “voluntad” o (su) “intención” con los Derechos Fundamentales. Esto repercute en el lenguaje ambiguo, flexible o

abierto de una Constitución, en forma tal que si descubrir el sentido de una disposición por remisión a sus antecedentes, o sea, cómo se llega desde la actividad del artífice al resultado, importaría sostener la proyección de posturas enfrentadas al fundamento del orden internacional humanitario, no es defendible la interpretación en cuestión. De modo adverso, si del conjunto de opiniones tenidas en cuenta para la aprobación de un documento –cuya aplicación se persigue concretar– se ajusta al valor de los Derechos Humanos, será apropiado escogerla.

La Corte Suprema se ha visto involucrada en el análisis de un texto infraconstitucional cuya personal subsunción al caso ponía en serio riesgo la libertad individual en tanto se sustanciara un proceso criminal, que tiene resguardo en el artículo 18 de la CN. Sobre el particular, hay que decir que una ley (24.410) incrementó las penas de delitos que afectaban la supresión y suposición del estado civil de las personas, estableciendo el *quantum* de las escalas fuera de los criterios procesales que, *iuris tantum*, autorizan como regla general la recuperación del ejercicio del derecho, o bien su tutela anticipada (arts. 316 y 317, CPPN). En hora de resolver el conflicto, el Alto Tribunal reproduce en su sentencia que el parlamentario informante de la reforma al Código Penal había puesto acento en que se reforzaba la protección del bien jurídico pues el plus tendía a la obstaculización de la excarcelación o exención de prisión³³. Esta segmentación, sostuvo después, quebraba la igualdad y desatendía las guías en la interpretación del Derecho Internacional Humanitario (arts. 8.2, CADH; 9.1 y 3, PIDCyP, y 75, inc. 22, CN) aportado por la Corte Interamericana: en efecto, la función legislativa se había apartado de su prerrogativa en precisar los hechos y sus consecuencias, para prisionizar a título cautelar a sospechosos o imputados de los delitos, cuya inocencia no se ha reprobado con la declaración de culpabilidad³⁴.

supone “reglas exactas de transferencia”, en el transporte del contenido al hecho a decidir. Cfr. HASSEMER, Winfred, *Juristische System und Kodifizierung*, en AA. VV., KAUFMANN, Arthur/HASSEMER, Winfried (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg, 1994, p. 282.

²⁸ Naturalmente, esta cuestión también lleva a pensar en la claridad de las definiciones de la ley, lo cual las más de las veces hacen a apreciaciones de su concreta aplicación. En penal sucede así, por ej., si se piensa en la concurrencia de una circunstancia que agrava un tipo básico, hasta qué punto es posible sostener que el legislador tuvo voluntad de contenerlo en esa situación de hecho es imposible. Cfr. ANTOLISEI, ob. cit., p. 87.

²⁹ Cfr. VIOLA y ZACCARIA, ob. cit., p. 122.

³⁰ Cfr. VIOLA y ZACCARIA, ob. cit., p. 123.

³¹ Cfr. DWORKIN, ob. cit., p. 36.

³² Cfr. VIOLA y ZACCARIA, ob. cit., p. 123; DWORKIN, ob. cit., p. 38 y del autor con crítica al constructivismo de la intención, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1995, pp. 49 y ss.; ANTOLISEI, ob. cit., p. 88.

³³ Cfr. *Fallos*: 321:3630, consid. 12.

³⁴ Cfr. ob. cit., consid. 18 con remisión a la sentencia interamericana en el caso “Suárez Rosero”, rta. 12-11-97, parágrafo 77.

No cualquier “voluntad” es “aceptable”, entonces, en términos de interpretación histórica. Al menos, en sintonía a lo penal, deberá ser siempre restrictiva en lo que hace a la expansión del Poder sobre la libertad y ello puede asumir que la intención sea “más” restrictiva en lo que al primero se refiere, que la ley cuya aplicación se persigue e, incluso, cláusula de la Constitución que queda aclarar respecto de un supuesto de hecho³⁵. Es apropiado recordar, a propósito de la tesis, lo atinente a la inviolabilidad del domicilio, donde el artículo 18 de la CN deja delegado al legislador ordinario la reglamentación de sus excepciones. No obstante, la Corte Suprema sostuvo que no era esto una apertura para debilitar el reconocimiento de ese derecho a la intimidad: que no resultara de expresa mención constitucional, que la regla para proceder a un registro domiciliario resultara de la previa orden de autoridad jurisdiccional, no asumía –sino descontaba– que el constituyente tuviera en cuenta que desde 1811, al menos formalmente, tal diligencia *debía* de ser así³⁶. Conclusión pues, compatible con el fundamento del orden internacional humanitario (arts. 17, PIDCyP y 75, inc. 22, CN) e incompatible –como criterio general– con el “libre” (o sospechosamente espontáneo) consentimiento de una persona frente a una requisitoria de autoridad pública.

V. Los métodos de interpretación a la luz de la preferencia por los Derechos Fundamentales (II)

Los partidarios del interpretativismo no reconocen más autoridad que la “letra” de la Constitución y ante una disposición que cabe interpretar, de generarse una duda sobre su alcance, casi la única receta que existe en su cocina quedó explicada en el apartado anterior: tan sólo resta agregar el valor de los precedentes que entendieron los autores, y cuanto más lejanos y tradicionales en el tiempo, mejor.

La importancia asignada a la literalidad es, como tal, la más elemental o la principal interpretación conocida desde Friedrich Carl von Savigny. En la esfera penal, tampoco pasa desapercibida, aunque la corriente norteamericana que le rinde honores en lo constitu-

cional no considera este ángulo por más que tenga resultados directos aquí, derivados del sentido dado a la Norma Fundamental. Sostengo con esto que la dogmática continental tiene su propio aporte sobre el método.

Si se practicara una concentración sobre el texto del artículo 18 de la CN se advierte, desde la letra, que, sin traspasar ese límite, se admite la posibilidad de implantación de la pena capital para hechos punibles –antijurídicamente muy graves por remisión a otras disposiciones (arts. 16 y 28, id.)– que no tengan conexión con causas políticas. La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en sus años de mayor juventud avaló este alcance, en la medida que estaba contenida en la ley³⁷. Códigos o proyectos hasta el todavía en curso la contemplaron. Pero la idea formada sobre la naturaleza de esta sanción y su grado de adecuación en respuesta al delito han variado. En la primera mitad del siglo XX ya impedía la extradición de requeridos que podían sufrirla en los Estados requirentes³⁸, lo que luego debe analizarse a la luz de los Tratados de Derechos Fundamentales. Literalmente, éstos no derogaron cláusulas de la Constitución en su parte dogmática (inc. 22 *in fine* del art. 75), pero el valor del orden internacional humanitario obstaculizaría de modo definitivo la apertura de esa puerta, de cara a la sanción. La muerte queda prohibida desde *afuera* y aun los Estados que la contengan dentro de sus respuestas a la infracción penal deben de tender a suprimirla; como erradicada, también tienen prohibida su reimplantación con acuerdo al derecho *interno* (arts. 4.2 y 4.3, CADH y 6, PIDCyP).

Un interpretativista no estaría de acuerdo pero sus fundamentos se enfrentan al que gira sobre el Derecho Internacional Humanitario. En mi concepto, que no quepa prescindir de la tradición y la influencia del pasado en proyección al presente no es óbice para la actualización del texto a interpretar³⁹. Sin embargo esto tampoco sirve de pretexto para desconocer la letra e historia constitucional. Es perfectamente posible encontrar interpretaciones que por implicar no-interpretativismo erosionan Derechos Fundamentales de libertad, como disponer de la propiedad, que es resultado del ejercicio de trabajar, tan elemental éste como

³⁵ Una intención –por más inequívoca que resulte– no autoriza, por el contrario, quebrar la legalidad e ir más allá de ley penal, como con prontitud aclarásemos *ut supra*.

³⁶ Cfr. *Fallos*: 306:1752, consid. 8º del voto del juez Petracchi.

³⁷ Cfr. *Fallos*: 1:386, 5:297 y 7:356.

³⁸ Cfr. *Fallos*: 164:42.

³⁹ Cfr. CARDOZO, Benjamin N., *The nature of the Judicial Process*, en VV. AA., *The great legal philosophers*, C. Morris-University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1997, p. 516.

aquella. En emergencia económica –casi una regla argentina, antes que una excepción⁴⁰– se ha relativizado tanto la consistencia de la atribución, que se podría advertir sin temor a equívocos que no se la garantiza en su defensa y protección. Se la trata como a restos de un naufragio, en lo que a reconocimiento hace. Desde 1922⁴¹ a nuestros días⁴², el no-interpretativismo ha contribuido en demasía a la pérdida del Derecho, con la reserva nacional al orden internacional humanitario del artículo 21 de la CADH⁴³.

Ahora, sí se puede adoptar una posición interpretativista y una no-interpretativista que, según las circunstancias, resulten ajustadas a los Derechos Fundamentales, e indudablemente, también todo lo contrario, en un limitado campo penal, la literalidad *siempre* se presenta –como regla– compatible con ellos⁴⁴. Cobra tanta trascendencia la limitación del Poder coercitivo frente a la libertad personal que la Corte Suprema y la dogmática continental se encargan de remarcar proscipciones a cualquier tendencia interpretativa (analógica o expansiva), capaz de abrir la ventana por la que ingrese, final y fatalmente, la arbitrariedad que viene a estar cubierta por la legalidad y, más puntualmente, por la tipicidad⁴⁵. Está probado históricamente: la ley (con la puntualidad penalmente exigible) es un remedio contra la tiranía, incluso como doctrina puede trepar hasta en lo concerniente a la ejecución de la pena⁴⁶.

Por lo tanto, la posición en contra de un lugar para el *in dubio mitius* o *in dubio pro libertate* se rechaza por los comportamientos y los resultados que pueden originar: bajo el pretexto de que la disposición –y naturalmente la interpretación de esta última– autoriza “esa” lectura, se puede alcanzar un producto “insostenible”⁴⁷.

Aunque luzca ocioso, la distinción es útil para despejar algunas denominaciones que pueden llevar a cierta confusión. Suele emplearse como sinónimo del grupo interpretativista el término “restrictivos”, aplicándose a los no-interpretativistas el correspondiente de “activistas”⁴⁸. A mi modo de ver, el que le rinde tributo a la literalidad penal es “activista” en la firme defensa de la libertad personal frente al Poder. De igual modo, el que se rinde al texto ambiguo, conector de que por otros métodos puede llegar a un resultado “sostenible” desde los Derechos Fundamentales, es un “restriccionista”⁴⁹. Lo propio ocurre a nivel constitucional⁵⁰. Con el rigor de esta aclaración, la tipología de sentencias –exhortativas, de inconstitucionalidad, interpretativas, normativas y desaplicativas (con sus subtipos)– será más “defendible” o “indefendible”⁵¹.

⁴⁰ Ésta es la “cuestión”: la admisión de excepciones razonables para situaciones sumamente especiales no puede conducir a la “ordinarización” de la reglamentación del asunto.

⁴¹ Cfr. *Fallos*: 136:161.

⁴² Cfr. 27-12-2006, *in re* “Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional. Dto. 1570/01 y otro s/Amparo ley 16.986”, M.2771.XLI.

⁴³ El gobierno argentino no concede que por la Convención se ingrese a las bases que guían la política económica, neutralizando la disposición 21, CADH que tutela el uso y goce de la propiedad, con restricciones que deben atender a una justa compensación. Esto parece implicar una “licencia” para elaborar productos jurídicos y económicos “insostenibles” desde el orden internacional humanitario.

⁴⁴ Excepción dada por la analogía *in bonam partem*. Este punto, aunque dogmáticamente controvertido, pues de la ley puede llegarse a una interpretación –no prohibida– que atrape o depare peores consecuencias para la persona cuyo caso queda gobernado por ella. Sin embargo, y tiene razón, Gimbernat Ordeig dice que es una derivación de la legalidad, pues entre el Estado y el reo, con puntos que sustenten una determinada aplicación en mejora de la posición del último, esto es preferible. Dicho de otro modo: si la “letra” de la ley penal es para beneficio de la persona, hay rigurosos casos en que se puede prescindir del “significado posible”, en lo que le perjudique (cfr. ob. cit., pp. 46-49).

⁴⁵ Cfr. *Fallos*: 314:1451. Más allá de cierta ineptitud en la función legislativa –cuestión que los autores sitúan en el caso italiano–, la interpretación política-criminalmente orientada no puede ignorar la separación de las áreas de gobierno entre quien crea la norma y quien la aplica, estandarte del Estado de Derecho. Cfr. FIANDACA y MUSCO, ob. cit., pp. 102-103.

⁴⁶ Cfr. *Fallos*: 327:388. La conclusión se sostiene de hechos notorios o evidentes. Los Tribunales Constitucionales y nuestra propia Corte Suprema dicen que éstos no requieren prueba, de ahí que voy a “saltearme” las citas de jurisprudencia donde se verifica la tesis.

⁴⁷ No lo comparte JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general (Lehrbuch Strafrecht All. Teil*, trad. de J. L. Manzanares Samaniego), Comares, Granada, 1993, pp. 137 y 141.

⁴⁸ Ampliar en BELTRÁN, Miguel, *Originalismo e interpretación*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1989, p. 46.

⁴⁹ Es indudable que hay que tomar seria nota de la rama del Derecho que se trata y lo que implica. Cfr. ANTOLISEI, ob. cit., p. 90.

⁵⁰ Cfr. *Fallos*: 323:1339 para la expansión de la salud, en el plano personal y también para el diagrama de políticas que hacen a la salud pública.

⁵¹ Para las sentencias, me remito a HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Escritos sobre Justicia Constitucional*, Dike, Bogotá, 1997, pp. 93 y ss.

VI. Los métodos de interpretación a la luz de la preferencia por los Derechos Fundamentales (III)

También los restantes métodos interpretativos deben acusar el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El enfoque sistemático y el teleológico no son inmunes a la influencia que describimos. Aquél tiene en consideración el contexto general en el que el lenguaje es utilizado y no fuera de ese marco, que podría arrojar un resultado completamente distinto; y el último toma en cuenta los fines que orientan el entendimiento de un dispositivo, lo que aconseja desechar el comportamiento que los dificulta o neutraliza.

En materia penal, la Corte Suprema sostuvo que en lo que hace al delito tipo de defraudación por no restituir (art. 173, inc. 2º, CPA), ello llevaba a tener presente la regulación jurídica de una obligación de devolución, por ejemplo. O sea, dependía de una entrega con un título con ese deber. Ese enfoque es eminentemente sistemático⁵². El Alto Tribunal igual recurrió a esta herramienta cuando se cuestionó la validez de la entonces Ley del Servicio Militar 17.531, frente a un caso de objeción de conciencia. En aquel precedente, se entendió que la Constitución en su artículo 21 no disponía un deber absoluto para armarse en defensa del Estado, relegando la libertad de fe (arts. 14 y 19). Pero tampoco ésta podía verse como absoluta: de ahí que se concluyera que se podría cumplir con el servicio, dejando a salvo las ideas religiosas con otro tipo de cargas⁵³. Ambas citas dan cuenta de “compatibilidad” con los Derechos Fundamentales. La sistematicidad sería improponible si las coordenadas de restitución del delito contra la propiedad comprendieran la retribución de un “favor” –por indeterminación de la norma de comportamiento en un horizonte moral– o si el rumbo de prescripción penal tributario –que depende de la previa aceptación del imputado de la determinación del Fisco– asumiera facultades de este último para imponer un monto fuera del parámetro de

razonabilidad y exento de ponderación jurisdiccional⁵⁴. Tal arbitrariedad estatal también está proscripta a la luz del orden internacional humanitario aunque, legalmente, tenga una de sus instituciones obligatoria asistencia en el procedimiento legal que se trata y sea, *prima facie*, inobjetable su actuación. Las últimas menciones serían supuestos de sistematicidad insostenible a la luz del Derecho Internacional Humanitario⁵⁵.

Desde una aproximación teleológica, la atención a los fines de la ley, por ejemplo, fue bien receptada en un reciente caso que modificó la competencia apelada (ordinaria) de la Corte. En tal ocasión se explicó la hermenéutica así: “...el Tribunal ve comprometida su misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales lo que lo lleva a ponderar cuidadosamente las circunstancias, evitando que por aplicación mecánica e indiscriminada de la norma se vulneren derechos fundamentales de la persona y se prescinda de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto, lo que iría en desmedro del propósito de ‘afianzar la justicia’, enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, propósito liminar que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad. La misión judicial, ha dicho esta Corte, no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma; ello por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial”⁵⁶. Tal análisis llevó a tener por inválida la apelación regular al Alto Tribunal, sostenida por el artículo 19 de la ley 24.463 de (ninguna) solidaridad previsional, que trababa la solución final a conflictos de indudable naturaleza alimentaria, en personas mayores de edad, hasta tanto el supremo intérprete constitucional –con su carga de trabajo a costas– resolvie-

⁵² Cfr. *Fallos*: 311:2751. Es sistemático porque el ordenamiento no se compone por disposiciones independientes; ellas configuran un todo complejo y en líneas esenciales, unitario y orgánico. Cfr. ANTOLISEI, ob. cit., p. 90.

⁵³ Cfr. *Fallos*: 312:496.

⁵⁴ Cfr. *Fallos*: 324:81, consid. 9º.

⁵⁵ Podrían existir problemas de sistematicidad en el alcance dado a los Tratados atinentes a los Derechos Fundamentales y otros derivados del cumplimiento de otros Instrumentos de Cooperación Internacional entre Estados; cfr. *in re* “Andréev, Andrey s/Extradición”, A.208.XXXVIII, 22-12-2004, disidencia de los jueces Belluscio y Boggiano, consid. 6º. Luego haré una consideración aparte pero tengo por ahora que el valor específico de los primeros prima por sobre la sistematicidad de los segundos.

⁵⁶ Cfr. 29-3-2005, *in re* “Itzcovich, Mabel c/Anses s/Reajustes varios”, I.349.XXXIX, consid. 8º del juez Lorenzetti.

⁵⁷ Cfr. ob. cit., consid. 14 de la mayoría con cita de Corte Interamericana, 6-12-2001, *in re* “Las Palmeras”, serie C, Nº 90, párrafos 58 y ss.

ra las controversias, siendo el fin último de la impugnación, únicamente, la dilación en alcanzar el punto culminante a las demandas contra el Estado, lo que vulneraba también la exigencia internacional de llegar a rápido término en estas acciones (art. 25, CADH)⁵⁷.

Del modo en que esta última aplicación es “aceptable”, puede que otra no⁵⁸. Si una palabra es susceptible de caer en tantos sentidos como intérpretes existen, extraer su significado dependerá tanto del caso como de las valoraciones a las que conduzca, marea bastante traicionera en lo que a la esfera penal toca y su adecuación a enunciados de importancia capital en Derechos Fundamentales sería difícil de defender. No obstante, por remisión a esta salida hermenéutica, la Corte entendió que el ex artículo 128 del CPA en lo que hace a la prohibición de difusión de obscenidad⁵⁹, lo que auténticamente quedaba vedado era de toda evidencia⁶⁰. Sin embargo con esa conclusión estaba realmente en jaque la legalidad (tipicidad) previa: la reprobación normativa podía en la práctica ser creada por la jurisdicción y su resultado podía ser retroactivamente imputado al autor⁶¹. En tal sentido, aunque se enfrenta un problema en términos de interpretación y aplicación del Derecho, es altamente recomendable que el autor (de cualquier texto) evite el empleo de voces que no guardan ningún equilibrio entre precisión y elasticidad⁶².

VII. Impacto en la jurisprudencia y la dogmática. A la vez, hacia una cultura por los Derechos Fundamentales, por intermedio de la Constitución y los fundamentos de la materia penal

El desarrollo de la jurisprudencia con todos los niveles de análisis puede ser positivo o negativo, según los elementos tenidos a la vista y las consecuencias que arrojan para los Derechos Fundamentales⁶³. En tal sentido, según mi opinión, lo que marca el traspaso de la Segunda Guerra es la influencia del Derecho Internacional Humanitario, positivo o no según los Estados lo plasmen en atención a su ordenamiento interno, para cuando menos la conformación de una generalizada idea de su valor e importancia: es el ciclo de su irradiación y proyección⁶⁴. Considero que la recepción de los fundamentos en la interpretación hace, efectivamente, a la concreción de aquéllos.

Sin embargo, debo decir que la construcción de políticas por los más esenciales y básicos atributos de la persona, desde el quehacer judicial, cuenta con algunos puntos negativos. De un lado la dificultad contramayoritaria cuando viene a contramano de la decisión de la función legislativa –colegiada– o de la ejecutiva –la más brutal expresión democrática, aunque yo no lo vea así⁶⁵– y esta cuestión puede impactar a la hora de hacer un balance sobre su logro, desde una cultura en pos de los Derechos Fundamentales: no es igual que una ley implemente operatividad al Derecho, con un generalizado consenso de distintas fuerzas, que lo haga una sentencia de uno, tres o siete

⁵⁸ Si el enfoque es teleológico desde los Tratados de Derechos Humanos, por el carácter tuitivo y el sentido autónomo de sus términos, no puede haber problema para la persona titular de aquéllos. Cfr. CANCELEDO TRINCADE, ob. cit., p. 27.

⁵⁹ Palabra muy compleja al saber jurídico-penal. Todavía se la emplea en el art. 129, ley 25.087 para la represión de exhibiciones obscenas. El tema de la difusión en el art. 128 ya habla de “pornográfico”, lo que limita hasta cierto grado el problema. El asunto se planteó igual con 181.1, StGB según Hassemmer y a su criterio era parte de la relación en la experiencia que marcaba el hilo entre codificación y jurisprudencia. Cfr. ob. cit., en AA. VV., KAUFMANN/HASSEMER (Hrsg.), *Einführung in...* cit., p. 283.

⁶⁰ Cfr. Fallos: 310:1909, consids. 6° y 7°.

⁶¹ Sobre lo inaceptable de la retroactividad de la libre decisión del juez para decidir el caso concreto, en general, DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1997, pp. 15 y ss., y 80 y ss. (hay traducción de Ariel, Barcelona).

⁶² Cfr. FIANDACA y MUSCO, ob. cit., p. 101. De otra parte, quizás también ello requiere estar atento a un núcleo de términos, inamovibles, y una aureola de conceptos, más permeable. Cfr. BAUMANN, *Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht*, en MDR (1958), pp. 394 y ss.; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., 1991, pp. 322 y ss., ambos citados por HASSEMER, ob. cit., p. 284, nota 8.

⁶³ Efectivamente hay buena y mala interpretación. Cfr. VIOLA y ZACCARIA, ob. cit., pp. 175 y ss.

⁶⁴ Sobre el tiempo y la filosofía del Derecho, KAUFMANN, Arthur, *Einführung*, en AA. VV., KAUFMANN/HASSEMER (Hrsg.), *Einführung in...* cit., p. 43.

⁶⁵ Se dijo en el 1º Encuentro Interuniversitario de Profesores de Derecho Constitucional, U. de Concepción del Uruguay, Entre Ríos, octubre de 2005, al intentar hacer una armonización entre delegación legislativa –art. 76, CN– y decretos de necesidad y urgencia –art. 99, inc. 3º, id.–, que el PEN es también antidemocrático: la conducción del Estado la encara una persona que debe obrar, no sólo para quienes la votaron, sino también para quienes no lo han hecho, mientras que la función judicial responde parejamente en su cometido ante la sociedad. Ampliar en LINZ, *The Failure of Presidential Democracy*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1994.

Hércules. Por el otro, porque la función judicial no puede materialmente ocuparse de la efectiva realización o goce de todos los derechos a todas las personas, apenas de los que litigan, con variable fortuna, insumo de tiempo y un sinfín de circunstancias. Esto último además deja asomar un enorme déficit institucional: si la rama en cuestión es la que resuelve individualmente problemas masivos, colabora a que las otras no atiendan su misión, de adoptar una solución macro, para hacer lugar y enfocarse en sus microasuntos.

Con excepción de algunas bases de indubitable importancia y gravitación en lo penal, como la prohibición de analogía y la irretroactividad de la ley, hay libertad como hay vinculación a la ley⁶⁶. La adopción de ciertas medidas legales tendientes a precisar la actuación del Poder frente a la Libertad –positiva o negativa– ayudará a pronosticar un comportamiento y un resultado en la decisión judicial más exacta de frente a los Derechos Fundamentales, lo que a su vez repercutirá en un efecto social –en mi opinión, lo llamaré cultura por los Derechos Humanos– tendiente a tener precisión sobre las consecuencias de las acciones, o ante la falta de éstas. Si las restantes Instituciones no se hicieran cargo de su rol, la función judicial podría creerse con *total* libertad para asumir la realización de los atributos de una persona y en algún momento eso podría ser capitalizado en detrimento de aquéllos: la regla metodológica para obrar aunque sea de un modo puede concebir la excepción que supone un resultado en otro totalmente opuesto.

Es menester además dar otras precisiones. Aunque Hassemer tiene razón al afirmar que ni aun la letra del tipo penal es vinculante para la judicatura que lo tiene que interpretar, dando como ejemplo que la descripción de dar muerte puede encontrarse con múltiples casos para quitar la vida, no hay que conceder –él no lo hace– que cualquiera o todos ellos resulten homicidio⁶⁷. Con otras características, algo parecido acontece en lo constitucional. Quiero decir: para algo existe un encabezamiento normativo en un determinado Es-

tado. La tarea interpretativa tiene una barrera, una frontera en su orientación hacia el valor de los Derechos Fundamentales, pero si esto no está en crisis, habrá que tomar con seriedad a la Constitución y a la ley para dar con la herramienta más apta a la hora de aplicarlas.

Existe vinculación con el dato normativo como dominio de la interpretación y de la dogmática existente⁶⁸. Vale puntualizar que la última, como la jurisprudencia, como los propios métodos de (racionalidad en la)⁶⁹ aplicación, tienden a colaborar en el tratamiento o sistematización de problemas, para resolver, no para crearlos o agravarlos. De modo que aferrarse a una idea matemático-formalista de una Constitución, si ella desconoce los Derechos Fundamentales –más allá de cuál sería el tratamiento que le deparara a las fuentes del Derecho Internacional–, sería reflejo de un positivismo aséptico cuya prolijidad llevaría a una intranquilizante interpretación de ella. Neutralizar tal peligro por reglas de reconocimiento –como se dicta hartianamente, por ejemplo– es ya flexibilizar el enfoque.

Tampoco una Constitución es un saco donde caben las más insospechadas apetencias de quienes jurisdiccionalmente deben leerla. Más: ¿hasta qué punto esa lectura es mejor que la de la sociedad?⁷⁰ Sin embargo toda la polémica supone una cultura –no veo otra denominación que no sea constitucional– que hace las veces de escenario para su desarrollo.

Desde la esquina penal, también cabe sumarse puesto que sus desajustes son insoportables al ordenamiento internacional humanitario: una idea objetivista conspira contra la responsabilidad en orden a una culpabilidad personal; e intentar un abordaje subjetivista puede sembrar desde la adivinación hasta un régimen de anticipación del castigo capaz de reducir la libertad individual a cero. Una y otra son incompatibles con los Derechos Humanos. Como son dos extremos, hay que ver cuánto de sus (muy) matizadas versiones encajan o no con aquéllos.

⁶⁶ Cfr. HASSEMER, ob. cit., en AA. VV., KAUFMANN/HASSEMER (Hrsg.), *Einführung in...* cit., pp. 290 y ss. con fundamento en el art. 103.II GG y 1, StGB.

⁶⁷ Cfr. HASSEMER, ob. cit., en AA. VV., KAUFMANN/HASSEMER (Hrsg.), *Einführung in...* cit., p. 292 con fundamento en el art. 20.III GG. Como dice Gimbernat, apreciar los distintos casos no es nunca analogía. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, ob. cit., pp. 61 y ss.

⁶⁸ Cfr. HASSEMER, ob. cit., en AA.VV., KAUFMANN/HASSEMER (Hrsg.), *Einführung in...* cit., p. 294.

⁶⁹ Cfr. BONGIOVANNI, ob. cit., pp. 160 y ss., donde se asume la elección valorativa en el método.

⁷⁰ Cfr. HÄBERLE, Peter, *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales*, en *Constitución como Cultura* (trad. de Ana María Montoya), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 111 y ss.: “...no existe ningún *numeros clausus* de los intérpretes constitucionales”. Va asumido que una Corte puede aplicar *bad law* y cualquiera puede tener una opinión mejor que ella. Como me dijo un querido amigo y profesor: “...no me interesa lo que diga el Tribunal si yo sé que la Constitución es opuesta a lo que dice que es”.

Si el fundamento del orden penal se extrae del mundo de las cosas, se abre camino al peligro de que tal aprehensión (volátil) se identifique con la idea de alguien; si, al contrario, el Derecho orienta sus propios fines, se evita la indeterminación, pero la determinación igual ha llevado a productos normativos insostenibles (o “injustos”), cuyo análisis agregó condimentos a la polémica sobre cuál ha de ser la sustancia de la disciplina.

Por otra parte, si la finalidad que guía indudablemente al autor de un hecho punible es el eje preponderante a la hora de la reacción estatal, al tratarse de una etapa necesariamente anterior a la de la ejecución, se puede dar ingreso a un recorte de libertad, por consuetudines anticipadas que precisamente adelantan la intervención penal⁷¹. Esto último, que *per se* no sería de desechar, arrastra peligro ante cursos de acciones que solamente por consideraciones dogmáticas —el lenguaje de los juristas— podrían encajar con el comienzo del delito en sí.

También las estimaciones en torno a la pena tienen que ver sobre aspectos que influyen en el Derecho Internacional Humanitario: en nuestro bombardeo medio latinoamericano, la sanción es apreciada como retribución o merecimiento de cara al injusto típico, siendo que casi ni una vez es compensada con la necesidad de imposición sobre una persona. Esto también me convence para sostener que falta también una cultura sobre la materia, capaz de inculcar los *costos y sacrificios* para los Derechos Fundamentales respecto de la potenciación de la *ultima ratio* del orden jurídico.

VIII. Balance

Las anotaciones precedentes me llevan a pensar que (la columna más sobresaliente de) nuestro Dere-

cho Público interno debe ser matizado desde otro lugar:

La naturaleza especial de los tratados de derechos humanos tiene incidencia, como no podría dejar de ser, en su proceso de interpretación. Tales tratados, efectivamente —tal como lo han advertido las Corte Europea e Interamericana de Derechos Humanos—, no son interpretados a la luz de concesiones recíprocas, como en los tratados clásicos, pero sí en la búsqueda de la realización del propósito último de la protección de los Derechos Fundamentales del ser humano⁷².

Generalmente, sea en lo constitucional o en lo penal, las interpretaciones siempre se han entendido (en lo primordial desde Europa continental, Alemania, Italia y España) conforme a la Constitución (*verfassungskonforme Auslegung*). De modo que el ejercicio del operador era tratar de salvar una contradicción de una disposición del área del orden público en general, o de la esfera criminal en particular contra aquélla, intentando una armonización que por la explicación que motiva esta comunicación no es suficiente: el método es intentar la salvación de la contradicción, desde los Derechos Fundamentales.

En mi opinión, esto se vincula directamente con la dignidad personal, que en su debilidad frente al Estado no puede ser degradada u objeto de injerencias abusivas por éste o sus instituciones⁷³, entre las que califica —amén del ejecutivo o del legislador— la función judicial por recurso a pautas interpretativas que especialmente minan o son perjudiciales a los individuos, cuando otra (u otras) la(s) favorece(n). Considero que el balance toma nota de los comportamientos y resultados que pueden ser nocivos a los Derechos Fundamentales y que, justamente, por prescindir de pautas de corrección, poco favor hacen en pos de una cultura en torno de aquéllos⁷⁴. Quiero decir, cuando recorro a este término, de un saber y un reconocimiento en el

⁷¹ Respecto del Derecho Penal como *ultima ratio*, es recomendable el trabajo de reciente aparición del Profesor de Direito Penal de Porto Alegre, don Fabio Roberto D’Avila: *O Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário*, en VV. AA., *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*, Coimbra Editora, Coimbra-Portugal, 2005.

⁷² Cfr. CACADO TRINCADE, ob. cit., pp. 24-25.

⁷³ Pautas recogidas, por ejemplo, en la jurisprudencia al art. 1.III GG del Tribunal alemán BverfGE 9, 89 (95); BverfGE 57, 250 (275) y que se relacionan con la máxima que encabeza la Constitución de ese país, que proclama la dignidad (*Menschenwürde*) como recordatorio del nacionalsocialismo alemán.

⁷⁴ Hay que tomar nota de que escoger una *mala* alternativa puede ser lenguaje de violencia. Cfr. SAVARESE, ob. cit., p. 38.

⁷⁵ La *dignitas* supone una circulación no automatizada, en el diálogo por los Derechos. Cfr. SAVARESE, ob. cit., p. 34; también del citado autor, *Il Diritto nella relazione*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 207 y ss. donde propone un encuentro por el Derecho para escucharse y ser escuchado. En tal sentido, cabe sumarse a la idea de la relación, que está dada como presupuesto en la interpretación —*ut supra* II—: el lugar donde la palabra es el vehículo, en Derechos Fundamentales, es permanentemente tergiversada. Se le asigna permanentemente un sentido estipulativo distinto: los medios de comunicación (o algunos de ellos) los asignan como impunidad, la Universidad como necesarios a la realización de la persona, etc.

tejido social; no me detengo a reclamar por la magistral disertación de un académico universitario –que no es mi caso–, o el de la notable pluma de un juez de Corte, a la sazón, disidente. Hablo del lenguaje y de un canal de reconocimiento e identificación entre los que institucionalmente están destinados a obedecer –por eso son mandatarios– y los que han de mandar –titulares irrenunciables de esos atributos⁷⁵–.

De la interpretación en sí, no tengo duda alguna que el rodeo dado a las distintas variantes, en definitiva, colabora con la armonización entre el Derecho interno y el orden internacional humanitario⁷⁶. De darse ese golpe de timón, esto también elevará, merced a propias pautas de algunos instrumentos, el número de derechos, como hace al juego del artículo 29 de la CADH y su facticidad⁷⁷.

Tras un repaso de las páginas, caigo en que de uno u otro modo, entiendo a los métodos como mecanismos de garantías. Éstas –como sabemos– son técnicas provistas por el ordenamiento para suplir falta de plenitud de los Derechos o incoherencia, imputables en forma cruzada a las funciones del Poder⁷⁸. A ello puede sumársele el conocimiento de hermenéutica y dogmática, con proa en la defensa de aquéllos. La única dificultad que se observa es que un amplio sector del ámbito político y jurídico no lo ven, o no lo

quieren ver así, y lograr el (o los) cambio(s) cultural(es) con interlocutores que dominan otro lenguaje es una empresa improbable⁷⁹.

IX. Bibliografía

- BONGIOVANNI, Giorgio (2005), *Costituzionalismo e teoria del Diritto*, Editori Laterza, Bari-Roma.
- CANCADO TRINCADE, Antonio (2006), *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- CARDOZO, Benjamin N. (1997), *The nature of the Judicial Process*, en VV. AA., *The great legal philosophers*, C. Morris-University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1997.
- DWORKIN, Ronald (1985), *A matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts.
- FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo (2001), *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1999), *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid.
- GUASTINI, Ricardo (1999), *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. del italiano por Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona.
- VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe (1999), *Diritto e Interpretazione*, Editori Laterza, Bari-Roma.

⁷⁶ Con fundamento en los arts. 2, CADH y 2.2, PIDCyP –inc. 22, art. 75, CN–. Cfr. CANCADO TRINCADE, ob. cit., p. 25.

⁷⁷ El operador tiene una carga desde los Derechos Fundamentales: ha de seleccionar y aplicar la disposición que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional, porque ésa es una explícita regla de interpretación. Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, *Las fuentes del Derecho Constitucional y el “principio pro homine”*, en VV. AA., *El Derecho Constitucional del siglo XXI* (Bidart Campos y Gil Domínguez, coordinadores), Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 13. Si el art. 29, CADH se combina con el art. 33, CN, por ejemplo, la proyección de Derechos y Garantías es reconfortante.

⁷⁸ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. A. Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2001, p. 25.

⁷⁹ Como sostuve, se trata de poner en la mesa el tema de los Derechos Fundamentales, su pilar axiológico, lo que entendemos por Constitución y lo que es el Derecho Penal.

LOS LLAMADOS SUPERPODERES DEL JEFE DE GABINETE: SISTEMA CONSTITUCIONAL Y RUPTURA CONSTITUCIONAL

por PABLO LEONEL LIBERMAN

SUMARIO: Introducción. El Poder Ejecutivo en la Constitución y la figura del jefe de gabinete. El presupuesto nacional. La ley de administración financiera. El contexto de esta norma: el acrecentamiento del Poder Ejecutivo en detrimento del Legislativo.

Introducción

El 3 de agosto de 2006 los principales diarios de Argentina daban cuenta, tras un duro debate, de la aprobación por parte del Congreso de la reforma al artículo 37 de la ley 24.156 conocida como ley de administración financiera –en adelante LAF–.

Los diarios referían en sus titulares que *Consigue el gobierno los superpoderes permanentes*¹, *En Diputados hacían ley los superpoderes*².

El objeto de este trabajo es analizar los denominados “superpoderes”³ del jefe de gabinete en el contexto del sistema constitucional y su incidencia sobre las rupturas constitucionales en el marco del régimen constitucional argentino.

El Poder Ejecutivo en la Constitución y la figura del jefe de gabinete

El Poder Ejecutivo argentino estructurado en la Constitución histórica siguió un esquema presidencial⁴. El diseño se caracteriza por los siguientes rasgos:

- El Poder Ejecutivo es jefe de gobierno y jefe de Estado⁵.
- Es unipersonal⁶.
- Se rodea de ministros que vienen a ser colaboradores del presidente al asesorarlo en determinadas materias (salud, seguridad, economía, etc.).
- En las relaciones con el Congreso se nota la acentuación de la división de poderes: ni el Congreso puede derribar al PE ni éste puede disolver el Congreso⁷.

Frente a este Poder Ejecutivo, encontramos un Congreso compuesto por varios miembros⁸, cuya toma de decisiones es más lenta con relación a las decisiones que pueda adoptar el Poder Ejecutivo dado su carácter unipersonal. Ésta ha sido una de las causas que legitimó la concentración de facultades legislativas en el PE a través del dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia y decretos provenientes de delegación legislativa. En tal sentido Nino afirmaba que el abuso de los institutos de emergencia ha derivado en la práctica en

¹ Diario *La Nación*.

² Diario *Clarín*.

³ Resulta paradójico que en un régimen constitucional se hable de que un funcionario tenga “superpoderes”.

⁴ Sin embargo al decir del Dr. Sabsay ese Poder Ejecutivo tenía “embriones” del sistema parlamentario a través de mecanismos como interpelación parlamentaria, la incorporación de la figura de ministros del Poder Ejecutivo, etc.

⁵ Como jefe de Estado el Presidente es el encargado de representar al país dentro de la comunidad internacional. En ese contexto es que, por ejemplo, negocia tratados internacionales y los ratifica.

⁶ Art. 87 de la Constitución Nacional: “El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de presidente de la Nación Argentina”.

⁷ El art. 91 de la Constitución señala que “El presidente de la Nación cesa en el poder el mismo día en que expira su período de cuatro años; sin que evento alguno que lo haya interrumpido, pueda ser motivo de que se le complete más tarde”.

⁸ En efecto, se trata de un órgano complejo y colegiado. Complejo debido a su carácter bicameral: el Congreso está compuesto por una cámara de diputados y otra de senadores; y obedece al principio de participación en la toma de decisiones nacionales que tienen las provincias. Colegiado porque está compuesto por varias personas.

un hiperpresidencialismo que significó el avance del Poder Ejecutivo sobre los otros poderes.

Así las cosas en el año 1993 el Congreso declaró conforme al artículo 30⁹ de la Constitución Nacional la necesidad de reformar la Constitución con el objetivo de consolidar y perfeccionar el sistema democrático, “generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder del Estado –Legislativo, Ejecutivo y Judicial–”.

Se puede decir, siguiendo con el razonamiento de Bidart Campos, que la letra de la Constitución atenuó el sistema presidencial en base a lo siguiente:

- Prohibición de que el PE ejerza facultades delegadas por el Congreso.
- Prohibición de que el presidente dicte decretos de necesidad y urgencia.
- Incorporación de la figura del jefe de gabinete.

La figura del jefe de gabinete fue incorporada con la reforma constitucional de 1994 con el objetivo de clarado de atenuar el sistema presidencialista desde dos puntos de vista:

1. Que sea esta figura quien ejerza la administración pública del país. Desde la Constitución formal se puede destacar que el artículo 100 establece que al jefe de gabinete le corresponde “ejercer la administración general del país”, “efectúa los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente” (inc. 3^o), hace recaudar las rentas de la Nación y ejecuta la ley de presupuesto.
2. Que sea un fusible en los casos en que existan crisis políticas y de gobernabilidad para así resguardar la figura presidencial.

Sin embargo el sistema institucional argentino sigue siendo presidencialista:

- Desde lo normativo tenemos que el jefe de gobierno en Argentina sigue siendo el presidente, el jefe de gabinete no es quien designa a los ministros y es elegido y removido por el Presidente. Tampoco hay que olvidar que la relación entre el presidente y el jefe de gabinete es una relación jerárquica¹⁰.

⁹ El art. 30 de la Constitución regula el proceso de reforma constitucional y el funcionamiento del poder constituyente derivado. La ley que declaró la necesidad de reforma constitucional estuvo precedida por un pacto político entre los dos partidos principales de aquel entonces: radicalismo y peronismo, y tuvo como fin declarado atenuar el sistema presidencialista.

¹⁰ El art. 99 de la Constitución reformada establece que el presidente de la Nación “Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país”. Por otro lado la relación jerárquica del presidente de la Nación hacia el jefe de gabinete se visualiza a través de las siguientes atribuciones: el presidente “por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros...”, “supervisa el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete de ministros respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de su inversión, con arreglo a la ley de presupuesto de gastos nacionales”.

¹¹ Así el Dr. Cassagne señala que “la idea de incorporar este órgano a la Constitución ha partido de sectores afines al sistema parlamentario que piensan que así se van a superar las crisis políticas que hemos padecido”.

— Desde lo fáctico la sociedad no percibió la importancia de la figura del jefe de gabinete con aquel funcionario encargado de ejecutar las políticas de gobierno. Cuando fue la crisis presidencial de 2001, la población exigió no el reemplazo del jefe de gabinete sino la renuncia de De la Rúa.

Es por ello que la doctrina ha realizado fuertes críticas a esta figura al tiempo que se destacó que en rigor no se ha podido atenuar el presidencialismo declamado por los antecedentes que precedieron a la reforma constitucional, siendo en consecuencia el jefe de gabinete un hombre del Poder Ejecutivo¹¹.

El presupuesto nacional

El artículo 75, inciso 8^o de la Constitución Nacional establece que es competencia del Congreso fijar “anualmente el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión”.

El esquema seguido por la Constitución es el establecido por casi todas las constituciones del mundo: el poder administrador elabora el proyecto del presupuesto y lo ejecuta y el Poder Legislativo aprueba el presupuesto como también su correcta ejecución (cuenta de inversión).

Ahora bien, el presupuesto tiene varios puntos de análisis:

- Se trata de una norma jurídica: una ley sancionada por el Congreso que establece un “cálculo previo y exacto de los ingresos o recursos y de los gastos fijados por el Poder Legislativo, para ser realizado en un período administrativo” (Rafael Bielsa).
- Desde lo social refleja la política general en los diversos aspectos de un Estado y sus prioridades: educación, salud, inversiones, pagos de deudas, etcétera.
- Implica uno de los controles más importantes que tiene el Congreso con relación al Poder Ejecutivo:

se trata, hablando en términos llanos, de lo que se conoce como el “poder de la bolsa” como atributo político del Poder Legislativo hacia el Poder Ejecutivo ya que a través del presupuesto el Legislativo autoriza al Poder Ejecutivo cuánto gastar y en qué gastar (partidas presupuestarias).

Es por ello que el presupuesto tiene dos grandes ítems:

1. Recursos: se refiere a los ingresos que serán incorporados al tesoro nacional provenientes de impuestos, empréstitos y los recursos señalados en el artículo 4° de la Constitución Nacional.
2. Gastos o egresos: son las autorizaciones para efectuar las erogaciones y se expresa en partidas presupuestarias.

Si los gastos superan a los ingresos, existe déficit; al tiempo que si los ingresos superan los gastos, se da una situación de superávit. Si están parejos, se dice que el presupuesto está equilibrado.

La ley de administración financiera

La ley 24.156 se refiere a la “Administración financiera y de los sistemas de control del Sector Público Nacional”.

Señala el artículo 5° de dicha ley que la administración financiera se encuentra integrada por los siguientes sistemas:

- Presupuestario.
- Crédito público.
- Tesorería.
- Contabilidad.

Además esta ley crea dos órganos de control de la administración pública: la Auditoría General de la Nación como control externo¹² y la Sindicatura General de la Nación como órgano de control interno de la administración pública¹³.

Los artículos que van del 19 al 55 se refieren a los distintos aspectos del sistema presupuestario: estructura de la ley, ejecución del presupuesto, cierre de cuentas, evaluación de la ejecución presupuestaria.

Ahora nos referiremos a la incidencia que tiene el artículo 37 de la LAF sobre el principio de división de poderes como eje cardinal de un régimen constitucional.

La versión original del artículo 37 establecía que “Quedarán reservadas al Congreso Nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto, así como los cambios que impliquen incrementar los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras, y los que impliquen un cambio en la distribución de las finalidades”.

Como se dijo anteriormente, tras un arduo debate el Congreso modificó la redacción de este artículo quedando de la siguiente manera: “...el jefe de gabinete de ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades. A tales fines, exceptuase al Jefe de Gabinete de Ministros de lo establecido en el artículo 15 de la ley número 25.917”.

Y las críticas no se hicieron esperar. Se calificó a esta ley como la “muerte de la República”.

Más allá de la prosa política descrita anteriormente, indudablemente se trata de una norma que rompe con la lógica constitucional del presupuesto como control político en manos del Congreso. Citando a Dalla Via al respecto, se puede coincidir en que “en un sistema de gobierno representativo y libre no se concede que el Poder Ejecutivo pueda gastar las rentas nacionales o invertir las a su capricho sin autorización alguna de los representantes directos del pueblo, que provee las fuentes de donde dimanan aquéllas”¹⁴.

Se trata, en definitiva, de una clara ruptura constitucional en la medida en que no se adecua a los parámetros exigidos por la Constitución para pautar qué y cuánto puede gastar la administración pública ya que a través de este mecanismo el Ejecutivo puede

¹² La norma originaria establecía que la Auditoría General de la Nación es un órgano dependiente del Congreso Nacional (art. 116, LAF). Ahora bien, esta norma hay que interpretarla a la luz del art. 85 de la Constitución Nacional que le dio rango constitucional a la Auditoría General de la Nación. Hay que recordar que la reforma constitucional fue posterior al dictado de la LAF. El texto constitucional, a diferencia de la ley 24.156, define a la Auditoría General de la Nación como un organismo “de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional”. Son sus funciones: elabora dictámenes para que el Congreso pueda ejercer su control del sector público nacional, control de legalidad, gestión y auditoría. Asimismo “intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos”.

¹³ El art. 96 de la LAF define a la Sindicatura General de la Nación como un “órgano de control interno del Poder Ejecutivo”.

¹⁴ Hay que recordar que con anterioridad a dicha reforma del art. 37 de la LAF las distintas leyes de presupuesto autorizaban a título de excepción modificar el destino de las partidas presupuestarias.

distorsionar las finalidades del Legislativo a la hora de aprobar el presupuesto¹⁵.

El contexto de esta norma: el acrecentamiento del Poder Ejecutivo en detrimento del Legislativo

Sería incompleto analizar esta norma y las conductas que a partir de ella se generan sin un marco teórico que explique la expansión de la figura del Poder Ejecutivo.

Esta expansión se dio a través de la concentración de poder derivado de las facultades legislativas del presidente y me refiero a:

- Decretos delegados.
- Decretos de Necesidad y Urgencia.
- Promulgación parcial de las leyes.
- Abuso de la doctrina de las emergencias económicas.

Resulta siempre útil analizar la dicotomía que existe entre lo político y lo jurídico.

Según Spota, “el ámbito de lo jurídico se caracte-

riza por la exigencia permanente del cumplimiento del principio de la lógica de los antecedentes”, mientras que “el ámbito de lo político se caracteriza fundamentalmente por el principio de arbitrio”, entendiéndose por esto “respuestas de eficacia, permitiendo frente a situaciones iguales o semejantes respuestas que puedan parecer o sean realmente contradictorias, pero que se justifican en el ámbito de la decisión política por razones de eficiencia o eficacia”.

Indudablemente el derecho constitucional parte de una premisa política toda vez que trata de encauzar jurídicamente el fenómeno del poder político en el marco de la relación gobernante-gobernado. Ahora bien, en la medida que lo político supere los cauces normativos estaremos en presencia de rupturas constitucionales en detrimento de lo que se denomina la “fuerza normativa de la Constitución”. Es que la Constitución no es un documento en el cual estén condensados deseos o consejos: la Constitución es una norma jurídica y por tal vinculante tanto para los gobernantes como para los gobernados.

¹⁵ El 27 de enero de este año el diario *La Nación* informaba que los intendentes del conurbano bonaerense ya tienen los “superpoderes”. En efecto, señalaba la nota que “en 2008, los jefes comunales de los 25 distritos de la región política de mayor peso en el país podrán reasignar partidas presupuestarias sin pedir permiso a los concejos deliberantes. La excepción se transformó en una norma: ya no hay municipio sin superpoderes”.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

SÍNTESIS DE LOS PRINCIPALES FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MATERIA CONSTITUCIONAL DEL AÑO 2006

por PABLO GUSTAVO HIRSCHMANN*

El transcurso del año 2006 puso de manifiesto, en la vida del Alto Tribunal, que la prolongada transición iniciada con la sustitución de algunos de sus integrantes concluyó. Se ha situado en el primer plano una tendencia que venía desarrollándose en paralelo y que está encaminada a aproximar –en la mayor medida posible– la actividad de la Corte –cabeza de un Poder del Estado– a la vida del ciudadano, artífice y destinatario de las instituciones en un sistema democrático y republicano.

Varias son las líneas que pueden identificarse y que van en ese sentido.

En primer lugar, la Corte adoptó decisiones relacionadas con su actividad jurisdiccional, que continuando con la línea fijada en el caso “Itzcovich” (sentencia del 29 de marzo de 2005) tienden a concentrar el trabajo del Tribunal en aquellas decisiones judiciales de importancia institucional. De esa manera se despejan sus estrados de asuntos cuya naturaleza está alejada de dicha calidad. Un ejemplo de ello ha sido la resolución adoptada en el caso “Barreto” (*Fallos*: 329:259).

¿Continuará la Corte este proceso estableciendo también limitaciones en el ejercicio de su jurisdicción apelada? ¿Llevará esto a que el Tribunal revise los criterios hasta ahora vigentes en materia de admisibilidad de recursos extraordinarios por arbitrariedad de sentencias o gravedad institucional? Es temprano aún para señalar una tendencia, más todavía para intentar una conclusión. Será necesario seguir con minuciosidad y detalle la jurisprudencia del Alto Tribunal en los próximos años, examinar con cuidado las sentencias, los votos concurrentes y las disidencias para observar un cambio que, de producirse, modificará sustancialmente no sólo la actividad jurisdiccional de la Corte y su rol institucional, sino también nuestra cultura jurídica. Llevando la apuesta al máximo –audacia indebi-

da en un trabajo de esta naturaleza– podría formularse una pregunta al estilo de Nietzsche: ¿Estaremos en condiciones de vivir con un recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencias más restringido o sin él? Afortunadamente las instituciones no han sido concebidas sólo para responder preguntas filosóficas, sino, más bien, para actuar todos los días imbuidas de sentido práctico.

Otra línea que puede observarse deriva de lo actuado en la primera Conferencia Nacional de Jueces que se realizó en Santa Fe los días 30, 31 de marzo y 1º de abril de 2006 y que se plasmó en las acordadas Nº 16 y 17 del año 2006 (*Fallos*: 329:2956 y 2957). La primera de ellas dispuso la creación de una Comisión Permanente de Protección de la Independencia Judicial “encargada de sistematizar actividades tendientes al fortalecimiento institucional del Poder Judicial”; la segunda creó el Centro de Información Judicial, que, entre otras funciones, deberá “promover la difusión de las decisiones judiciales con el objeto de permitir a la comunidad una comprensión más acabada del quehacer judicial”. Se trata, en suma, de caras distintas de una misma moneda cuyo valor esencial consiste en vertebrar, en beneficio recíproco, a la sociedad con sus instituciones. Complementando a esta corriente puede mencionarse al “Acuerdo Marco de Cooperación entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” de cuya suscripción da cuenta la acordada Nº 5/2006 (*Fallos*: 329:1361).

Dos medidas directas destinadas a facilitar el acceso a la justicia fueron dictadas por la Corte. La primera de ellas, exteriorizada mediante la acordada Nº 10/2006 (*Fallos*: 329:1367), dispone que todas las dependencias del Poder Judicial deben arbitrar los recaudos necesarios para brindar adecuada atención a las partes y a los profesionales con discapacidad a fin

* Con la colaboración de BETTINA MUGNAINI y RUBÉN GAITÁN.

de adoptar las medidas tendientes “a compensar las desventajas e inconvenientes que ella les genera (por ejemplo, facilitar la atención adecuada en cada Mesa de Entradas por parte de empleados asignados a tal fin, brindar comodidad suficiente, en la medida de lo posible, para la consulta de expedientes, etc.)”. La segunda, continuando un proceso iniciado en 2004, es la instalación de la Oficina para la Atención de Casos de Violencia Doméstica, de funcionamiento continuo y bajo la dependencia directa de la Presidencia del Tribunal.

También encontramos decisiones jurisdiccionales relacionadas con los Derechos Humanos, en situaciones muy concretas, cuya atención por parte de los poderes públicos no admite dilaciones, a riesgo de transformar en letra muerta a las normas constitucionales que los reconocen. Ello ha ocurrido en los casos “Badaro” (*Fallos*: 329:3089), sobre movilidad de los haberes provisionales; “Mendoza” (*Fallos*: 329:2316), relativo a la protección del medio ambiente, y “Lavado” (*Fallos*: 329:3863), sobre la situación carcelaria. Atento al rol asumido por la Corte en estos casos, quien los lea deberá poner atención no solamente en los argumentos en que la decisión se funda, sino también –y muy especialmente– en la parte dispositiva.

Finalmente, cabe mencionar la entrada en vigor de dos leyes relacionadas con la actividad del Tribunal. La ley 26.080, relacionada con la integración del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, en cuanto dispuso que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no integre más dicho cuerpo. El texto en vigor hasta el 16 de noviembre de 2006 establecía que el Presidente de la Corte era, a la vez, Presidente del Consejo.

La otra ley –de mayor trascendencia en relación con la composición y funcionamiento del Tribunal– es la 26.183, que redujo el número de integrantes del Tribunal, fijándolo en cinco jueces y, transitoriamente, estableció un mecanismo para adoptar decisiones en tanto se produzcan las vacantes necesarias hasta alcanzar el número de cinco integrantes de la Corte.

I. Derechos Humanos y Garantías

a) *Igualdad ante la ley. Acceso a los cargos públicos. Nacionalidad*

En el caso “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/Amparo”, resuelto el 8 de agosto de 2006, la

Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma que exigía para poder participar en un concurso para selección de secretarios de juzgados de la Ciudad de Buenos Aires que el postulante fuera de nacionalidad argentina.

Para decidir de esa manera, la mayoría –integrada por los Dres. Petracchi, Fayt, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay– acudió al criterio empleado en el caso “Hooft”, *Fallos*: 327:5118, a fin de establecer la validez constitucional de la restricción establecida. En efecto en el considerando 5º de la sentencia expresó: “Que a esta altura podría suponerse que lo único que procede en el caso es evaluar la mayor o menor razonabilidad del requisito de nacionalidad argentina impuesto por la normativa local. Sin embargo, esta Corte ha resuelto recientemente que, cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el ‘origen nacional’ –como sucede en el *sub lite*– corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar (conf. causa ‘Hooft’, *Fallos*: 327:5118, considerando 4 y sus citas)”. Después de señalar la inversión del *onus probandi* que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, el Tribunal puntualizó que aquella sólo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los *finés* que había intentado resguardar y sobre los *medios* que había utilizado al efecto. “En cuanto a los primeros –dijo la Corte–, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica ‘adecuación’ a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada (sentencia *in re* ‘Hooft’, considerando 68). Es evidente que el Tribunal ha adoptado, para casos como el *sub lite*, un criterio de ponderación más exigente que el de mera razonabilidad. Este último, que funciona cuando se trata de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad, resulta insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa. Aquí se requiere aplicar un escrutinio más severo, cuyas características esta Corte ha indicado en el precedente citado”.

A partir de esa premisa fijó cuáles eran los alcances de la restricción normativa, en orden a los fines que con ello se perseguía; en ese caso la demandada debió “acreditar que existían fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado –como es, por ejemplo, la jurisdicción– que requerían

que el cargo sólo podía ser cubierto por argentinos. Debía, además, disipar toda duda sobre si no existirían medidas alternativas (a la exigencia de nacionalidad argentina) que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado” (cons. 6°).

Seguidamente y tras enunciar las funciones que el artículo 31 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires confiere al Secretario (cargo al que aspiraba la actora), la mayoría concluyó que si bien ellas eran importantes, sus alcances, naturalmente, no importaban el ejercicio de la jurisdicción (reservada a los magistrados) y si pudieran llegar a comprometerla ello era “en áreas muy secundarias, sujetas siempre al control de los jueces”. Completó su evaluación en el considerando 9°, expresando: “Que, además, y ya con referencia a los *medios* aludidos en ‘Hooft’ –y a la necesidad de aplicar alternativas menos gravosas, cuando existieran– se advierte claramente que la demandada pudo instrumentar exigencias relativas, no a la nacionalidad –como hizo– sino a la extensión de la residencia en el país, o al lugar en el cual los estudios fueron efectuados, como modos de acreditar el arraigo al que la norma impugnada parece apuntar. Como nada de esto fue hecho, cabe concluir que tampoco se ha respetado la necesidad de elegir las alternativas menos restrictivas para los derechos del postulante”.

Los Dres. Highton y Maqueda llegaron a similar conclusión que la mayoría, no obstante considerar que era inaplicable en este caso el estándar de control empleado por el Tribunal en “Hooft” (*Fallos*: 329:2986).

b) *Derecho de asociación*

El 21 de noviembre de 2006 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó una sentencia en los autos “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual c/Inspección General de Justicia”, revocando la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había confirmado la resolución 1142/03 de la Inspección General de Justicia, que denegó la solicitud de autorización formulada por la actora para funcionar como persona jurídica, en los términos del artículo 33, inciso 1° del Código Civil.

En primer término, el Tribunal sostuvo que la decisión en cuestión –que no impedía a la entidad funcionar como una “simple asociación”, en los términos del artículo 46 del Código Civil– constituía una restricción del derecho de asociarse, reconocido por el

artículo 14 de la Constitución Nacional, atento a los diferentes alcances del reconocimiento de uno u otro status.

Seguidamente la Corte examinó si la decisión impugnada era compatible “...con los principios, valores y derechos humanos que la Constitución Nacional enuncia y manda respetar, proteger y realizar a todas las instituciones estatales”. En el sentido indicado la Corte precisa: “Si la esencia misma de nuestra carta de derechos –que con la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ha sido fortalecida y profundizada– es el respeto de la dignidad y libertad humanas, y si la regla estructural de un estilo de vida democrático reside en la capacidad de una sociedad para resolver sus conflictos mediante el debate público de las ideas, el umbral de utilidad exigido por la Ley Suprema es indiscutiblemente satisfecho por toda agrupación voluntaria de personas que, por vías pacíficas y sin incitación a la violencia, convenga en la obtención de cualquiera de los múltiples objetos o pretensiones que, respetando los principios del sistema democrático, no ofendan al orden, la moral pública ni perjudiquen –de modo cierto y concreto– bienes o intereses de un tercero.

”Que el ‘bien común’ no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere ‘común’ excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas, etcétera. Sea que se conciba a la sociedad como sistema o como equilibrio conflictivo, lo cierto es que en tanto las agrupaciones operen lícitamente facilitan la normalización de las demandas (desde perspectiva sistémica) o de reglas para zanjar los conflictos (desde visión conflictivista).

”Desde cualquiera de las interpretaciones –la normalización para unos o la estabilización para otros– produce un beneficio para la totalidad de las personas, o sea, para el ‘bien común’.

”En efecto, como dijo la Corte en *Fallos*: 312:496: ‘...es erróneo plantear el problema de la persona y el del bien común en términos de oposición, cuando en realidad se trata más bien de recíproca subordinación...’ En análogo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expresó en las opiniones con-

sultivas 5/85 del 13 de noviembre de 1985, punto 66 y 6/86 del 9 de mayo de 1986”.

A continuación el Tribunal precisó: “Que no es posible ignorar los prejuicios existentes respecto de las minorías sexuales, que reconocen antecedentes históricos universales con terribles consecuencias genocidas, basadas en ideologías racistas y falsas afirmaciones a las que no fue ajeno nuestro país, como tampoco actuales persecuciones de similar carácter en buena parte del mundo, y que han dado lugar a un creciente movimiento mundial de reclamo de derechos que hacen a la dignidad de la persona y al respeto elemental a la autonomía de la conciencia”.

Concretamente y en relación al interés defendido por la denunciante la Corte añadió: “...tampoco debe ignorarse que personas pertenecientes a la minoría a que se refiere la asociación apelante no sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios.

”Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo” (cons. 17).

Como consecuencia de ello y a juicio del Tribunal: “...resulta prácticamente imposible negar propósitos de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad social a un grupo de personas y fomentar la elevación de su calidad de vida, de sus niveles de salud física y mental, evitar la difusión de dolencias infecciosas, prolongarles la vida, abrir proyectos para que la única opción de vida deje de hallarse en los bordes de la legalidad o en el campo de arbitrariedad controladora y, en definitiva, evitar muertes, violencia y enfermedad. Ello implicaría desconocer el principio con arreglo al cual el bien colectivo tiene una esencia pluralista, pues sostener que ideales como el acceso a la salud, educación, trabajo, vivienda y beneficios sociales de determinados grupos, así como propender a la no discriminación, es sólo un beneficio propio de los miembros de esa agrupación, importa olvidar que esas prerrogativas son propósitos que hacen al interés del conjunto social como objetivo esencial y razón de ser del Estado de cimentar una sociedad

democrática, al amparo de los artículos 14 y 16 de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales incorporados en su artículo 75, inciso 22” (*Fallos*: 329:5266).

c) *Derecho de propiedad*

1. *Limitaciones. Poderes de emergencia*

En el caso “Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional. Dto. 1570/01 y otros s/Amparo ley 16.986”, sentencia del 27 de diciembre de 2006, la Corte convalidó las medidas de emergencia económica, dictadas como consecuencia de la crisis iniciada a fines del año 2001, por medio de las cuales se restringió la disponibilidad de los depósitos bancarios y se estableció la conversión a pesos de aquellos efectuados en moneda extranjera. El Tribunal decidió que el depósito en dólares debía devolverse abonando \$ 1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el coeficiente de estabilización de referencia (CER), cuya vigencia el Tribunal extendió para los casos en que los titulares “hubiesen iniciado acciones judiciales y éstas se encuentren pendientes de resolución”, fijando además una tasa de interés del 4% anual, aplicada desde “el momento en que comenzaron a regir las normas que dispusieron restricciones a la disponibilidad de los depósitos bancarios o desde la fecha del vencimiento del contrato en el caso de que esta última haya sido posterior a la entrada en vigencia de tales normas o a partir del 28 de febrero de 2002, en el supuesto de que el vencimiento de aquél hubiese operado con posterioridad a esa fecha”.

Es interesante observar que, tras calificar a la mencionada crisis financiera como “–de alcances nunca antes vistos en la historia de nuestro país– que no sólo afectó a las relaciones económico-financieras sino que trascendió a todos los ámbitos sociales e institucionales”, la Corte aludió a la necesidad de adoptar una respuesta institucional referida a la constitucionalidad de los dispositivos de emergencia adoptados durante la crisis. Dicha respuesta, afirmó el Tribunal, “...es el fruto de una decisión consensuada entre los ministros que integran esta Corte. La obtención de tal consenso, en aras del elevado propósito de poner fin a un litigio de indudable trascendencia institucional y social, determina que quienes la suscriben lo hagan sin perjuicio de las apreciaciones formuladas en conocidos precedentes sobre determinados aspectos de las cuestiones debatidas”. Como consecuencia de ello la sentencia constituye “...el corolario de un prolongado y fecundo debate entre los miembros de este Tribunal que, en pos

de dar una respuesta institucional a una controversia de inusitadas características, han dado prioridad a los puntos de coincidencia en cuanto a la ponderación de los resultados para lograr la paz social, que es la más alta función que le cabe a la Corte Suprema siguiendo los lineamientos fijados en el Preámbulo de la Constitución Nacional” (*Fallos*: 329:5913).

2. *Impuestos. Principio de legalidad*

Al decidir el caso “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones SA c/Santiago del Estero, Provincia de s/Acción declarativa”, resuelto el 7 de febrero de 2006, la Corte Suprema, en ejercicio de su competencia originaria, hizo lugar a una acción declarativa de certeza promovida por una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones que cuestionaba la validez de resoluciones y actos emanados de la Dirección General de Rentas de la Provincia de Santiago del Estero por medio de los cuales se pretendía, a los efectos de la percepción del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, aplicar a la AFJP la alícuota especial del 5% –vigente, según la normativa provincial, para las sociedades de capitalización y ahorro– en lugar de la de 4,5% fijada con carácter general para las actividades de comercialización, servicios y “cualquier otro servicio no clasificado en otra parte” (art. 2º de la ley provincial 5368, según la reforma introducida por la ley 6009).

Para admitir la acción y hacer lugar a la demanda la Corte, tras distinguir con precisión, a partir del diferente objeto y la diversa normativa que las rige, a las sociedades de capitalización y ahorro de las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones, hizo mérito de la vigencia del principio de legalidad en materia tributaria (arts. 4º, 17 y 75, inc. 2º de la Constitución Nacional) aplicando una de sus derivaciones, que es la prohibición de la utilización de la analogía como mecanismo para “extender el derecho o imponer obligaciones más allá de lo previsto por el legislador”.

“Si la provincia demandada –dijo el Alto Tribunal– considera, en ejercicio de una atribución de política económica y fiscal que le corresponde por no haber sido delegada a la Nación, que es conveniente equiparar la situación de las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones creadas por la ley 24.241 a la prevista en las leyes vigentes con respecto a las sociedades de capitalización y ahorro, debe proceder por la vía de su poder legislativo a introducir las reformas normativas que instrumenten esa decisión política,

pues no puede aceptarse que bajo el propósito de resguardar el principio de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) se intente satisfacer tan alto objetivo mediante una interpretación analógica de la legislación en vigencia llevada a cabo por la autoridad local de fiscalización y recaudación, vulnerando otro principio de igual raigambre como lo es el de reserva o legalidad” (*Fallos*: 329:59).

d) *Empleo público*

1. *Estabilidad. Incompatibilidades*

El decreto 894/01 dispuso la incompatibilidad de la percepción de beneficios previsionales con el desempeño de funciones en la Administración Pública Nacional. Asimismo estableció que el personal afectado por dicha incompatibilidad podía optar por: a) percibir el haber previsional y continuar desempeñando la función sin la contraprestación correspondiente; o b) solicitar la suspensión del haber previsional y percibir el sueldo o retribución correspondiente al cargo que se desempeña. Planteada la inconstitucionalidad de dicha norma, la Corte, en el caso “Saralegui, Francisco c/Estado Nacional. Poder Ejecutivo Nacional s/Amparo”, se pronunció a favor de su validez. Siguiendo lo dictaminado por el Procurador Fiscal, el Tribunal sostuvo que: “...la razonabilidad del decreto en cuestión se sustenta en que no impone una de las alternativas y deja librada a la voluntad del agente elegir por lo que más le convenga a sus intereses que podrían no ser meramente patrimoniales. La falta de obligatoriedad por la opción a), en el sentido de continuar trabajando sin el pago de la remuneración, no puede generar derecho a reparación alguna, en la medida que tal hipótesis sería producto de una decisión deliberada del agente y no una medida coactiva de la administración” (sentencia del 14 de febrero de 2006, publicada en *Fallos*: 329:123).

2. *Exoneración. Derecho a la intimidad*

En el caso “Spinosa Melo, Oscar Federico c/EN. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto”, resuelto el 5 de septiembre de 2006, la Corte –por mayoría– dejó sin efecto la exoneración de un embajador –que con anterioridad había sido pasado a situación de retiro– argumentado que la medida depurativa había sido fundada en hechos relativos a su conducta “observada por el embajador en la privacidad del recinto de su dormitorio en la residencia oficial [...] dicho comportamiento constituye una parte de los hábitos íntimos reservada a la conciencia

del individuo, protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional y, por tanto exenta de la vigilancia y el castigo por parte de las autoridades judiciales” (cons. 8º). La sentencia también tuvo presente que la medida expulsiva dispuesta resultaba desproporcionada porque ello implicaba además la pérdida de los haberes de retiro que según lo establece el artículo 14 bis de la Constitución Nacional tiene “el carácter de imprescriptible e irrenunciable y el Estado tiene el deber de asegurar su prestación” (*Fallos*: 329:3617).

e) *Derechos sociales. Jubilaciones y pensiones. Movilidad*

Grandes expectativas se generaron como consecuencia de la decisión adoptada por la Corte en el caso “Badaro, Adolfo Valentín c/Anses s/Reajustes varios”, sentencia del 8 de agosto de 2006, donde el Alto Tribunal consideró especialmente la vigencia del principio constitucional de movilidad de los haberes previsionales en el caso de aquellos beneficiarios que, como el actor, al cobrar un haber superior a los mil pesos, resultaban excluidos de la percepción de mejoras otorgadas a quienes cobraban un importe menor.

Según la Corte, “...la ausencia de aumentos en los haberes del demandante no aparece como el fruto de un sistema válido de movilidad, pues la finalidad de la garantía constitucional en juego es acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de actividad (*Fallos*: 307:2366). Se sigue de ello que la falta de corrección en una medida que guarde relación con el deterioro sufrido, como acontece en autos, configura un apartamiento del mandato del artículo 14 bis de la Constitución Nacional”.

A pesar de ello, la Corte agregó que no resulta “...apropiado que el Tribunal fije sin más la movilidad que cabe reconocer en la causa, pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas, debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer” (cons. 16). Y añadió “que en las condiciones reseñadas y habida cuenta de las relaciones que deben existir entre los departamentos de Estado, corresponde llevar a conocimiento de las autoridades que tienen asignadas las atribuciones para efectuar las correcciones necesarias que la omisión de disponer un ajuste por movilidad en el beneficio del actor ha llevado a privarlo de un derecho conferido por la Ley Fundamental. Por tal

causa, debe diferirse el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resulte suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes” (cons. 19, *Fallos*: 329:3089).

f) *Derechos políticos. Potestades de las asociaciones políticas*

La Corte, en el caso “Partido de la Revolución Democrática (PRD) s/Solicita reconocimiento. Capital Federal”, de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General de la Nación, confirmó una sentencia de la Cámara Nacional Electoral, mediante la cual se habían rechazado –ratificando la decisión de primera instancia– modificaciones propuestas a la carta orgánica del Partido de la Revolución Democrática que apuntaban a que los adherentes, además de los afiliados, eligieran a las primeras autoridades partidarias.

Teniendo en cuenta el importante rol que la Constitución Nacional reconoce a los partidos políticos como auxiliares del Estado y organizaciones de derecho público no estatal necesarias para el desenvolvimiento de la vida democrática, que condicionan los aspectos más íntimos de la vida política nacional e incluso, la acción de los poderes gubernamentales, el Alto Tribunal afirmó que su constitución, autoridades y cuerpos orgánicos deben ser transparente expresión de representatividad, a la vez que una clara manifestación programática de las corrientes de opinión que fluyan dentro de dichas organizaciones y que es función natural del Poder Judicial velar por que ello suceda. Por consiguiente estimó que resultaba ajustada a derecho la decisión de rechazar la modificación de la carta orgánica partidaria habilitando a votar en la primera elección de autoridades no sólo a los afiliados –como lo manda la ley– sino también a los adherentes a su constitución.

Además del diferente status y grado de compromiso con la nueva organización política que existe entre afiliados y adherentes, cabe tener presente que, en el caso, para la realización de los primeros comicios internos era necesario que la agrupación reuniese cuatro mil afiliados, sin embargo, a la fecha de la convocatoria a dichas elecciones sólo había presentado ciento ochenta y ocho fichas, de las cuales ciento veintisiete eran válidas, cuarenta y una estaban pendientes de la citación del afiliado y veinte habían sido observadas.

La decisión de la Corte lleva a suponer, aunque habrá que verlo en cada caso concreto, el rechazo –sustentado en los principios fundamentales que la

Constitución contiene en relación con el régimen democrático en los artículos 37 y 38— a cierta “flexibilización” de la normativa vigente en materia de partidos políticos y electoral, originada en las circunstancias críticas que se vivieron desde fines del año 2001 hasta fines de 2003, “precarización” cuya persistencia en tiempos de normalidad puede llevar a nuevas e injustificadas circunstancias críticas (sentencia del 21 de febrero de 2006, *Fallos*: 329:187).

g) *Protección del medio ambiente*

Diecisiete personas, con domicilio en la Provincia de Buenos Aires y en la Ciudad de Buenos Aires, por sí y en representación de sus hijos, promueven ante la Corte una demanda contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas que desarrollan sus actividades en la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, con el objeto de obtener el resarcimiento de los daños personales y patrimoniales, de cada uno de ellos, como consecuencia de la contaminación de dicha cuenca; que se repare el daño ocasionado por dichas actividades al ambiente y que se lo recomponga.

La Corte, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 41 de la Constitución Nacional, el artículo 7° de la ley 25.675 y el criterio jurisprudencial fijado en el caso “Barreto”, en cuanto a la caracterización de las “causas civiles” a los efectos de determinar su competencia originaria en razón de distinta vecindad o extranjería, deslindó las pretensiones, declaró que respecto de ellas no correspondía la acumulación subjetiva de pretensiones y concretó su jurisdicción a los reclamos relacionados con la tutela del ambiente como bien colectivo.

Para ello tuvo en cuenta que el artículo 7° de la ley 25.675 prevé la competencia federal cuando se trata, como en el caso, de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales y que la demanda persigue, en este aspecto, la recomposición y resarcimiento del daño de incidencia colectiva.

El rol que el Tribunal asume en este aspecto surge con claridad del considerando 7° de la sentencia donde la Corte afirmó que: “El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los

poderes públicos, federales y provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el artículo 31 de la Constitución Nacional y las competencias regladas en el artículo 116 de esta Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostienen la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los Estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna”.

En la misma causa la Corte admitió la participación como tercero interesado del Defensor del Pueblo de la Nación, aunque rechazó la solicitud de tal funcionario de que se extendiera la demanda contra catorce municipios bonaerenses tributarios de la Cuenca Riachuelo-Matanza (*Fallos*: 329:3445); también aceptó la intervención de Organizaciones no Gubernamentales cuyo objeto estatutario prevé la protección del medio ambiente, desestimando la solicitud de entidades que no estaban directamente vinculadas con esa finalidad (*Fallos*: 329:3528, donde también aprobó el reglamento para la audiencia que había sido convocada en la resolución de *Fallos*: 329:2316).

También de la parte dispositiva de la sentencia resulta evidente la traslación del mandato constitucional a la actividad del Tribunal en el ámbito del proceso, ello surge con claridad de los puntos IV, V y VI de la sentencia que seguidamente se transcriben: “IV. Requerir a las empresas demandadas para que en el plazo de treinta días informen sobre los siguientes puntos:

”1. Líquidos que arrojan al río, su volumen, cantidad y descripción.

”2. Si existen sistemas de tratamiento de los residuos.

”3. Si tienen seguros contratados en los términos del artículo 22 de la ley 25.675 (art. 22): ‘Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación’.

”V. Requerir al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad de Buenos Aires y al Cofema para que en el plazo de treinta días y en los

términos de la ley 25.675: Presenten un plan integrado (art. 5: ‘Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley’) basado en el principio de progresividad (art. 4) el que prevé que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal. Dicho plan deberá contemplar:

”1. Un ordenamiento ambiental del territorio (arts. 8, 9 y 10).

”2. El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas (art. 10: ‘teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y, promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable’).

”3. Estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas, y si no los tuviera, los requerirá en forma inmediata.

”4. Un programa de educación ambiental (art. 14: ‘La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población’).

”5. Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada (art. 16: ‘Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada’; art. 18: ‘Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y

evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional’).

”VI. Convocar a una audiencia pública a realizarse en la sede de esta Corte el día 5 de septiembre de 2006 a las once, en la cual las partes deberán informar en forma oral y pública al Tribunal sobre el contenido de lo solicitado en el punto anterior” (caso: “Beatriz Silvia Mendoza y otros c/Nación Argentina y otros”, resolución del 20 de junio de 2006, *Fallos*: 329:2316).

h) *Seguridad jurídica. Garantías procesales*

1. *Garantía de imparcialidad*

En el caso “Recurso de hecho deducido por la defensa de María Graciela Dieser en la causa Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/Homicidio calificado por el vínculo y por alevosía –causa N° 120/02–”, resuelta el 8 de agosto de 2006, la Corte entendió que resulta afectada la garantía de imparcialidad cuando la condena impuesta por un tribunal colegiado –compuesto por tres magistrados– ha sido suscripta por dos de ellos, que con anterioridad intervinieron resolviendo diversas apelaciones, especialmente la referida al auto de procesamiento y prisión preventiva que confirmaron, cuando ello implicó “...un estudio minucioso de la cuestión en cuanto a consideraciones de hecho, prueba, calificación legal y determinación de responsabilidad por la realización de conductas desde el punto de vista de la culpabilidad”.

2. *Defensa en juicio. Prohibición de la “reformatio in pejus”*

Si un tribunal superior anula –merced a un recurso deducido por la defensa– una sentencia condenatoria y la reenvía al tribunal de origen para que –con otra integración– sustancie un nuevo juicio y dicte sentencia, ¿Puede el tribunal reenviado imponer una pena más severa que la que se aplicó en la sentencia anulada?

Una respuesta negativa a dicha pregunta dio la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Olmos, José Horacio; De Guernica, Guillermo Augusto s/Estafa”, resuelto el 9 de mayo de 2006. El fallo, suscripto por los Dres. Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, entendió que imponer una condena más gravosa que la dispuesta por la sentencia anulada, merced a un recurso deducido por la defensa, importaba una violación del principio constitucional que veda la *reformatio in pejus*, dado que

“...resultaría ilógico concederle al imputado la facultad de impugnación, y, al mismo tiempo, exponerlo al riesgo de que por el ejercicio de esta potestad –en ausencia de recurso de la parte acusadora– su situación procesal se vea empeorada, puesto que de esta manera se lo colocaría en la disyuntiva de correr ese riesgo o consentir una sentencia que considera injusta”.

Se suma a ellos el voto concurrente del Presidente –Dr. Petracchi–, quien formuló, en respuesta al contenido del dictamen del Procurador General de la Nación y las disidencias, un examen riguroso de los alcances de la mencionada garantía cuando no sólo se ha anulado la sentencia, sino también, como sucedió en el caso, se dispuso la realización de un nuevo debate.

En la disidencia, firmada por la Dra. Highton y la conjueza Dra. Susana Najurieta, se propició la confirmación de la sentencia apelada remitiendo a los argumentos vertidos por el Procurador General de la Nación en su dictamen y teniendo en cuenta especialmente que la sentencia anulatoria trajo como consecuencia no sólo el dictado de una nueva sentencia, sino también la sustanciación de un nuevo proceso penal.

También disintieron la Dra. Argibay y el conjuer Dr. Pereyra González, quienes entendieron que no existía una lesión al derecho de defensa y que la aplicación de la *reformatio in pejus* no podía fundarse solamente en el riesgo del empeoramiento posterior de la situación del imputado. “Es que –sostuvieron– aun cuando el derecho de defensa debe ser a todas luces preservado, en el enjuiciamiento penal suelen existir situaciones –enuncian tres ejemplos concretos– en las que el imputado se halla ante diversas disyuntivas procesales que, dependiendo de la decisión tomada, pueden conducirlo a un cierto riesgo inmediato o mediano”. Tal es, según dicho voto, lo ocurrido en este caso, “...en que la propia defensa propugnara la anulación del primer juicio y la realización de uno nuevo, denotando justamente una decisión de arriesgarse en una nueva chance antes de conformarse con la condena. Nada arbitrario ni sorpresivo para la defensa puede surgir del hecho de que –tras la pertinente acusación fiscal– hubieran recaído penas de mayor gravedad para los enjuiciados” (*Fallos*: 329:1447).

3. Pruebas

¿Es válida una condena fundada en las declaraciones de testigos, obtenidas en la instrucción cuando el imputado aún no había sido habido, incorporadas por lectura al proceso penal debido a que no fue posible

que los testigos comparecieran en el debate? En el caso “Recurso de hecho deducido por la defensa de Aníbal Leonel Benítez en la causa Benítez, Aníbal Leonel s/Lesiones graves –causa N° 1524–”, resuelto el 12 de diciembre de 2006, la Corte decidió que es violatoria del derecho consagrado por los artículos 8.2.f, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3.e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos la condena que se fundó en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad de controlar y que la invocación de la imposibilidad de hacer comparecer al testigo no basta para subsanar la lesión al debido proceso que significa que, finalmente la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba, pues lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura (art. 391 del Código Procesal Penal de la Nación), el cual bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado (*Fallos*: 329:5566).

4. Garantías relativas a la aplicación de la ley penal

El artículo 95 del Código Penal establece que: “Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quienes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro años en caso de lesión”. ¿Cabe descalificar a dicha norma por considerar que atribuye, en forma global e indiscriminada, responsabilidad a quienes ejercieron violencia sobre la víctima y, en consecuencia, al soslayar un juicio individual de culpabilidad, lesiona la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*?

En el caso “Antiñir, Omar Manuel; Antiñir, Néstor Isidro; Parra Sánchez, Miguel Alex s/Homicidio en riña y lesiones leves en riña y en conc. real”, resuelto el 4 de julio de 2006, la Corte, por mayoría, compuesta por los Dres. Petracchi, Highton y Lorenzetti, con los votos concurrentes del Dr. Zaffaroni y de la Dra. Argibay, se pronunció –dentro de ciertos límites estrictos de aplicación– por la validez constitucional de dicha norma.

La mayoría sostuvo que en la sentencia impugnada el tipo penal había sido interpretado razonablemente

como un delito preterintencional “en el cual la conducta realizada (¡y probada!) ya representaba el riesgo previsible de producción del resultado” (cons. 6º). Añadió que: “Desde este punto de vista, se admite la constitucionalidad de los delitos preterintencionales en la medida en que se pueda establecer una conexión subjetiva entre la conducta efectivamente realizada con dolo y la consecuencia más grave producida, al menos, con imprudencia, como forma de satisfacer la exigencia del principio de culpabilidad relativa a que la acción punible le pueda ser atribuida al imputado tanto objetiva como subjetivamente” (cons. 7º), para concluir que “...la prohibición de ejercer violencia en el contexto de una riña o agresión, puede constituir una conducta perfectamente alcanzable por una pena, en tanto representa la creación de un riesgo cierto, previsible y cuyas consecuencias no pueden ser totalmente controladas por parte de quien interviene en ella” (cons. 12). De ello resulta que para la mayoría la norma penal en cuestión se ajusta a la Constitución en tanto se sujete su interpretación a límites estrictos “...que eviten que su aplicación se convierta en la mera atribución de responsabilidad objetiva y en un ‘delito de sospecha’ que invierta el *onus probandi*...”

Cabe remarcar el voto concurrente del Dr. Zaffaroni que contiene una amplia reseña de las características de la figura delictiva en cuestión –con una detallada mención de sus antecedentes legislativos y referencias a la doctrina y al derecho comparado–. Allí se afirma: “Que toda riña o agresión importa un peligro para la vida o la integridad física de las personas. La ley argentina, no obstante, no quiso crear un delito de peligro, sino sólo sancionar a los que incurren en conductas más peligrosas cuando ese peligro se concreta en una lesión: la conducta peligrosa es la participación en una riña o agresión ejerciendo violencia sobre una persona, y el peligro se concreta en la muerte o lesión de la persona. Del carácter tumultuario se deriva la imposibilidad de establecer autorías y participaciones. No se trata de una cuestión de prueba, de una presunción *juris*, sino de una imposibilidad material de establecer participaciones: cuando éstas se pueden establecer, la riña deja de ser tumultuaria, y, si pudiendo establecerse, esto no se logra en el caso concreto, esa insuficiencia de prueba cargosa no convierte en tumultuaria a la riña. Si mediase un concierto previo y un reparto de tareas para agredir, la tipicidad quedaría excluida aunque no pudiesen probarse los grados de participación, porque una agresión plural en la que no pueda probarse quién fue el autor y quién el partícipe no es una agresión tumultuaria. El carácter

tumultuario se da cuando no existe la posibilidad de determinar las participaciones y no cuando existiendo, éstas no logran acreditarse en el proceso. En definitiva, si alguna presunción *juris* existiese, sería la de que en el tumulto no se puede establecer participación conforme a las reglas generales, lo que tampoco es una verdadera presunción, sino el resultado de la experiencia común de los hechos...”

”Que, en consecuencia, no se está violando el principio de la duda: no hay duda alguna respecto de que el agente participó en una riña o agresión tumultuaria, que quiso hacerlo, que ejerció violencia sobre la persona que resultó muerta o lesionada, que el tumulto impide establecer la autoría y que la muerte o las lesiones fueron causadas por la violencia de la riña o de la agresión y no por cualquier factor externo. No se pone a su cargo el homicidio por presunción, sino su propia conducta de autoría de intervención en riña o agresión tumultuaria con violencia sobre quien resulta muerto o herido, que en lugar de ser abarcada por un mero tipo de peligro que llevaría la prohibición demasiado lejos e incluso invadiría terreno legislativo reservado a las provincias (como sería el caso de un tipo que penase la sola participación en riña tumultuaria), es abarcada por un tipo que sólo abarca la participación en riña tumultuaria cuando se produce muerte o lesiones y siempre que consista en violencia sobre la persona que resulta muerta o lesionada por la violencia de la propia riña”.

En idéntica posición se pronunció la Dra. Argibay.

En sentido contrario, el Dr. Fayt sostuvo que la norma vulneraba “los principios de inocencia y de responsabilidad penal personal o de culpabilidad por el hecho propio –como corolario de legalidad– amparados por nuestra Constitución con especial vigor”. A dicha conclusión llega tras un completo examen de la norma en cuestión, en una disidencia que, confrontada con el voto del Dr. Zaffaroni, pone de manifiesto un profundo debate –tanto desde la perspectiva del Derecho Constitucional, como del Derecho Penal– que generó el caso en el Alto Tribunal. Según el Dr. Fayt, “además de comprometerse seriamente el principio de inocencia, la figura enerva –como ya se señaló– los fundamentos de la responsabilidad personal, la cual, para mantenerse incólume, requiere que el hecho determinado por previa conminación legal e imputado en el proceso, sea atribuible al autor (art. 18 de la Constitución Nacional). Por el contrario, el criterio establecido en los tipos penales en cuestión ‘importa el peligro de hacer responder como autores a sujetos

que realmente no lo sean y que hayan ejercido solamente violencia sobre la víctima, que es la condición que la ley exige para imputar, por ficción de autoría, el resultado de la riña o agresión a todos' (Soler, ob. cit., p. 151). La norma contiene un elemento que niega la posibilidad en sí misma de imputar el resultado: la falta de individualización de aquellos que lo causaron, y la imposibilidad, consiguientemente, de referirse a su aspecto subjetivo, ya sea bajo la forma de coautoría dolosa, imprudencia o preterintencionalidad. Ello deja al descubierto un evidente contraste entre la previsión legal y nuestra Ley Fundamental" (*Fallos*: 329:2367).

Una cuestión muy interesante se planteó en el caso "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Marcelo Eduardo Gramajo en la causa Gramajo, Marcelo Eduardo s/Robo en grado de tentativa –causa N° 1573–", donde el Tribunal –variando el criterio que sostuvo en *Fallos*: 324:2153– se pronunció por la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena en los casos de reincidencia múltiple, según lo previsto por el artículo 52 del Código Penal.

La norma citada dispone: "Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1° Cuatro penas privativas de la libertad, siendo una de ellas mayor de tres años. 2° Cinco penas privativas de la libertad, de tres años o menores. Los tribunales podrán, por única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26". La Corte sostuvo "...que resulta menester analizar en primer lugar, si conceptualmente la reclusión por tiempo indeterminado que consagra se trata de una pena o de una medida de seguridad".

El considerando 30 del voto mayoritario –suscripto por los Dres. Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti– resume las conclusiones a las que se ha llegado mediante las argumentaciones contenidas y desarrolladas en los veintitrés considerandos que lo preceden, cuya lectura resulta particularmente aconsejable a quienes interesa, en especial el Derecho Penal. Dicho considerando expresa: "Que contra lo que esta Corte resolvió en el precedente 'Sosa' (*Fallos*: 324:2153), de lo expuesto en los considerandos anteriores, se concluye que dicha doctrina debe ser abandonada, en tanto se ha establecido que:

"a) La reclusión accesoria para multirreincidentes del artículo 52 del Código Penal es una pena;

"b) Las llamadas medidas de seguridad, pre o post-delictuales, que no tengan carácter curativo y que importen privación de libertad con sistema carcelario, son penas;

"c) Una privación de libertad que tiene todas las características de una pena, es una pena;

"d) La reclusión –como cualquiera de las otras penas del artículo 5° del Código Penal– no cambia su naturaleza de pena por ser impuesta por tiempo indeterminado;

"e) Tampoco la cambia por el hecho de que se la prevea como pena accesoria o como pena conjunta;

"f) La palabra penado del artículo 18 constitucional, abarca a todos los que sufren una pena como a los que sufren los mismos efectos con cualquier otro nombre;

"g) Históricamente, la pena del artículo 52 es la de delegación proveniente de la ley de deportación francesa de 1885 en la Guayana, que reemplazó a la ley de 1854 y ésta a la pena de galeras;

"h) Llegó a nuestra legislación en 1903 como complemento de la deportación a Ushuaia y de la llamada ley de residencia;

"i) Conserva carácter relegatorio porque federaliza a los condenados sustrayéndolos a la ejecución en la provincia respectiva;

"j) Es una clara manifestación de derecho penal de autor, pues pretende penar por lo que la persona es y no por lo que ha hecho;

"k) Si se la considera pena por el último hecho es desproporcionada y, por ende, cruel;

"l) Si se considera que se la impone por los hechos anteriores, está penando dos veces delitos que han sido juzgados y por los que la pena está agotada;

"m) Tampoco es posible fundarla en la peligrosidad, porque ésta responde a una probabilidad en grandes números, que en el caso concreto es siempre incierta;

"n) Como no existen investigaciones al respecto, la peligrosidad no responde en la práctica penal a criterios de grandes números, sino a juicios subjetivos arbitrarios;

"o) Se afirma que el legislador la presume, con lo cual se quiere decir que el legislador se vale de una peligrosidad inexistente o meramente inventada por él, para declarar una enemistad que priva a la persona de todos los derechos constitucionales;

"p) La pena prevista en el artículo 80 del Código Penal no está en cuestión en esta causa; lo que se

cuestiona es la pena para multirreincidencia por delitos menores del artículo 52;

”q) En el caso concreto se pretende penar un robo que merece la pena de dos años de prisión con una pena mínima de doce años;

”r) En estas condiciones la pena, en el caso concreto, viola el principio de proporcionalidad, constituye una clara muestra de derecho penal de autor, infringe el principio de humanidad y declara a Gramajo extraño al derecho”.

Tales contenidos de la sentencia se ven enriquecidos por los aportes provenientes de los votos del Presidente, Dr. Petracchi, y del Dr. Fayt. Más allá de lo referente a los aspectos penales del caso contemplados en profundidad en ambos votos, añade el primero consideraciones procedentes de la Filosofía y de la Teoría General del Derecho; como muestra basta mencionar la atinada cita de Hegel: “Como ser racional el delincuente es honrado con la pena, que es mantenida como continente de su derecho particular. Este honor no llega a él si el concepto y la norma de su pena no se toman de su mismo acto y si es considerado el delincuente como un animal dañino al que habría que hacer inofensivo, o a los fines de la intimidación y de la corrección”, que contiene el voto del Presidente y realiza un examen desde la óptica constitucional el segundo: “Que como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el artículo 19 de la Constitución Nacional, no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho; sólo puede penarse la conducta lesiva, no la personalidad. Lo contrario permitiría suponer que los delitos imputados en causas penales son sólo el fruto de la forma de vida o del carácter de las personas, posición que esta Corte no consiente, toda vez que lo único sancionable penalmente son las conductas de los individuos (conf. doctrina de *Fallos*: 308:2236, citado en *Fallos*: 324:4433, voto del juez Fayt). Asumir aquella posibilidad implicaría considerar al delito como síntoma de un estado del sujeto, siempre inferior al del resto de los ciudadanos; significaría, en última instancia, desconocer la doctrina según la cual ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana aunque su conducta haya sido reprobada (voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano en *Fallos*: 318:1874 y disidencia del juez Fayt en *Fallos*: 313:1262, citados en *Fallos*: 324:4433).

”La Constitución de un Estado de Derecho no

puede admitir que ese Estado se arrogue la facultad de juzgar la existencia de una persona, su proyecto de vida y su realización. Semejante proceder le está vedado a un Estado democrático que parte del principio republicano de gobierno” (*Fallos*: 329:2610).

5. Régimen carcelario

Continuando la línea iniciada en el caso “Verbitsky”, *Fallos*: 328:1146, respecto de la situación de las personas privadas de la libertad, la Corte en el caso “Diego Jorge Lavado y otros c/Provincia de Mendoza y otro” tomó conocimiento de la petición que varios internos alojados en dependencias carcelarias situadas en la Provincia de Mendoza habían dirigido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que, ante graves sucesos ocurridos en uno de dichos penales, petitionó y obtuvo el dictado de sucesivas “medidas provisionales” emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponiendo en la última de ellas, emitida el 30 de marzo de 2006, que el Estado Argentino “no puede alegar razones de derecho interno para dejar de tomar medidas firmes, concretas y efectivas en cumplimiento de las medidas ordenadas, de modo que no se produzca ninguna muerte más”.

Ante ello, y “aun cuando en el *sub lite* no existe una petición expresa de que la Corte requiera los informes que, tal como queda anticipado, se ordenarán; y resta aún, como ha sido señalado, definir la competencia, la gravedad de la situación sucintamente descripta, y la advertencia de la Corte Interamericana sobre las consecuencias que puede traer aparejadas el desconocimiento del carácter obligatorio de las ‘medidas provisionales’ adoptadas por ella, y el consiguiente incumplimiento (ver considerando 7º de esta decisión), imponen a esta Corte la obligación de adoptar medidas conducentes, que, sin menoscabar las atribuciones de otros poderes, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional.

”Por ello se resuelve: Requerir al Poder Ejecutivo Nacional y a la Provincia de Mendoza, que en el plazo de quince días, informen al Tribunal: a) qué decisiones concretas, y qué actos se han llevado a cabo, con posterioridad al 30 de marzo del corriente año, para impedir y superar la situación de riesgo e inseguridad que padecen los internos de la Penitenciaría Provincial de Mendoza y de la unidad Gustavo André, de Lavalle; b) si se han llevado a cabo las medidas tendientes a separar definitivamente a los ‘jóvenes-adultos’ de los ‘adultos’, y se ha definido y concretado la separación de quienes están detenidos y proce-

sados, de aquellos detenidos que han sido condenados” (*Fallos*: 329:3863).

6. *Amparo. Legitimación procesal*

En el caso “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Secretaría de Comunicaciones. Resol. 2926/99 s/Amparo ley 16.986”, resuelto el 31 de octubre de 2006, la Corte —por mayoría integrada por los Dres. Petracchi, Highton, Fayt, Maqueda y Argibay— negó legitimación procesal a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires para demandar la nulidad de una resolución de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación que autorizaba el cobro del servicio de informaciones “110” a los usuarios del servicio telefónico.

Sostuvo la Corte que “un órgano de control de la administración de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyas atribuciones derivan de la legislatura local y que no constituye el representante de aquélla, ni tiene la personería legal de los particulares afectados, ni constituye persona de existencia visible ni ideal, carece de competencia constitucional para objetar los actos de las autoridades nacionales, y eventualmente obtener su anulación”.

En cambio la disidencia de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti admite la legitimación procesal de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, y, entrando al fondo de la cuestión debatida, se pronuncia por la nulidad de la resolución 2926/99 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación por haber autorizado la onerosidad de un servicio hasta entonces gratuito, sin haber permitido que los usuarios pudieran participar mediante la convocatoria previa a una audiencia pública.

Es de mucho interés conocer lo manifestado por dichos jueces en relación con la legitimación procesal. En primer término, afirman que es necesario identificar con precisión los distintos supuestos que han sido contemplados por la jurisprudencia de la Corte, para ello habrán de prescindir de categorías imperantes en otros ordenamientos, como el español o el norteamericano, “ya que nuestra Carta Magna, si bien se nutre de las fuentes mencionadas, tiene una singularidad propia, derivada de la incorporación parcial de diferentes aspectos de cada una de ellas y de otras fuentes nacionales e internacionales. De tal modo se hace necesario indagar la configuración típica dentro del derecho vigente”.

El primer paso es, entonces, “delimitar con precisión si la pretensión concierne a derechos individua-

les, a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, o a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En todos ellos, la comprobación de la existencia de un caso es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y *Fallos*: 326:3007, considerandos 6° y 7°; 311:2580, considerando 3°; y 310:2342, considerando 7°, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el ‘caso’ tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo ello esencial para decidir sobre la procedencia, como se verá en los considerandos siguientes. También es relevante determinar si la controversia en cada uno de esos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible”.

Una vez delimitados los diferentes supuestos, establecen los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni en su disidencia que “la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ella no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trate de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. Esta regla tiene sustento en la Ley Fundamental, ya que el derecho de propiedad, la libertad de contratar, de trabajar o la de practicar el comercio, incluyen obligadamente la de ejercer de modo voluntario las acciones para su protección. Asimismo, su artículo 19 consagra una esfera de la individualidad personal, que comprende tanto derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, que presupone la disposición voluntaria y sin restricciones que la desnaturalicen”.

En relación con los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional), precisan que “son ejercidos por el defensor del pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes.

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

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

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

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

”Por todo lo expuesto, puede afirmarse que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al defensor del pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular”.

Seguidamente, la disidencia señala la existencia de una tercera categoría “conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, cuando hace alusión a los derechos de los consumidores y a la no discriminación en su artículo 43.

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

”Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que haya reglamentado el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta muy importante porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos. Esta ausencia de regulación constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Constitución ha instituido.

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

Señalan los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni que la procedencia de esta clase de acciones requiere la concurrencia de tres elementos: “El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

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

”El tercer elemento está dado por la constatación de una clara afectación del acceso a la justicia, en uno de sus aspectos, vinculado a las denominadas acciones de clase, cual es la existencia de un interés individual que, considerado aisladamente, no justifica la promoción de una demanda. En efecto, se trata de un grupo de personas para las cuales la defensa aislada de sus derechos no es eficaz, debido a que la medida de la lesión, individualmente considerada, es menos relevante que el costo de litigar por sí mismo (*Fallos*: 322:3008, considerando 14, disidencia del juez Petracchi”).

Para establecer si la actora estaba habilitada para promover la acción sostienen que: “Existe una norma que concede de modo general la legitimación (art. 137 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), la que es invocada en un caso vinculado a los derechos del consumidor (art. 43 de la Constitución Nacional) y por lo tanto es directamente operativa al vincularse con derechos humanos. La pretensión impugnativa, por falta de realización de la audiencia pública, se refiere a una decisión que afecta a una multiplicidad relevante de sujetos y por lo tanto hay una causa homogénea. Hay, además, una *causa petendi* enfocada en el elemento común, ya que la decisión que se tome afectará, inevitablemente, a todo el grupo. No se advierte una vulneración del derecho de defensa en juicio, ya que no hay ningún aspecto que vaya a interferir en la esfera privada de cada individuo. Está configurada una situación de amenaza directa y relevante de los derechos de los usuarios y consumidores (art. 43 de la Constitución Nacional), es decir, hay una causa o controversia en el sentido técnicamente expresado”.

A fin de admitir –a diferencia de la mayoría– la posibilidad de que la defensoría local impugne actos de autoridades nacionales afirman que: “La autorización para la protección de los derechos consagrados en la Ley Fundamental importa, claramente, la posibili-

dad de estar en juicio respecto de decisiones que los afecten, cualquiera sea su origen”.

Seguidamente, postulan que previo a la modificación de la normativa que rige la prestación del servicio debió convocarse a una audiencia pública. Ello teniendo en cuenta que: “la audiencia pública comporta un mecanismo de debate sobre diversos aspectos de la prestación de un servicio público y permite la democratización de las decisiones, formar consenso acerca de ellas y dar transparencia a los procedimientos, ya que en ella participan los usuarios, sus representantes y otros sujetos que puedan estar involucrados”.

De ello concluyen que: “La omisión –infundada, por lo demás– de otorgar a los usuarios la posibilidad de participar, con carácter previo y como requisito de validez, en la elaboración de la resolución 2926/99, resulta manifiestamente ilegal, lo que habilita la procedencia de la acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional y del artículo 1 de la ley 16.986” (*Fallos*: 329:4542).

La Corte, en el caso: “Mujeres por la Vida. Asociación Civil sin Fines de Lucro –filial Córdoba– c/EN. PEN. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/Amparo”, sentencia del 31 de octubre de 2006 –por mayoría integrada por los Dres. Petracchi, Highton, Fayt, Maqueda y Zaffaroni–, admitió el recurso extraordinario deducido por la actora y revocó la sentencia de la Cámara, por medio de la cual había sido rechazada por falta de legitimación la demanda de amparo promovida a fin de que se declare la inaplicabilidad en todo el territorio de la Nación de la ley 25.673 que creó el “Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”.

El Tribunal –de conformidad con lo dictaminado por el Procurador Fiscal– entendió que la actora se encontraba legitimada para demandar porque “...es una asociación entre cuyos fines se encuentra como surge de su estatuto organizativo promover y defender el establecimiento de condiciones sociales que posibiliten y favorezcan la efectiva prestación del derecho a la vida de la persona desde el momento de la concepción y el goce del respeto de su dignidad intrínseca a lo largo de la vida [...] circunstancia que permite concluir que aquélla se encuentra legitimada para demandar como lo ha hecho”. Resulta de sumo interés la lectura de la disidencia del Dr. Ricardo Lorenzetti, en particular si se la compara con la que suscribió junto al Dr. Zaffaroni en *Fallos*: 329:4542, dado que sobre una base argumental análoga, pero remarcando las diferencias existentes entre un caso y

otro, en aquel precedente sostuvo la legitimación de la actora, negada en este caso.

Según la disidencia, la diferencia sustancial de un caso y el otro estaría dada porque: "...la legitimación de la actora encuentra un límite insoslayable en la Constitución Nacional que, como se dijo protege de modo relevante la esfera de la individualidad personal (art. 19 de la Constitución Nacional). No se trata sólo del respeto a las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. Esa frontera construida sobre las bases históricas más memorables de la libertad humana, no puede ser atravesada por el Estado ni tampoco por quienes invocan una legitimación extraordinaria. Este poderoso reconocimiento de la libertad personal significa que toda limitación es de interpretación estricta y quien la invoca debe demostrar que hay una restricción razonable y fundada en la legalidad constitucional. En el presente caso no hay razón alguna para pensar que los ciudadanos de este país hayan delegado a una asociación la definición de sus estilos de vida en la materia que se trata".

A mayor abundamiento destaca el Dr. Lorenzetti que: "El reconocimiento de legitimación a la asociación actora conllevaría, además, la vulneración del derecho de defensa en juicio de quienes no han participado en este proceso, y serían afectados por una decisión sin que se haya escuchado su opinión (art. 18 de la Constitución Nacional)".

En función de lo expuesto concluye que en el caso no hay una causa o controversia en sentido técnico, conclusión que sustenta además afirmando que: "en lo que atañe a la alegada afectación del derecho a la vida de las personas por nacer, la ley expresamente contempla, en sentido contrario al que aduce la asociación demandante, que los métodos y elementos anticonceptivos que deben prescribirse y suministrarse serán 'no abortivos' (art. 6º, inc. b, de la ley 25.673), por lo que su pretendido cuestionamiento carece de todo sustento".

A similar conclusión llega la disidencia de la Dra. Argibay.

Ello es el resultado, en primer término, de un minucioso examen de las pretensiones de la actora, que la disidencia resume de la siguiente manera: "La acción de amparo que ha dado origen a este caso tiene por objeto que se declare la inaplicabilidad en todo el territorio de la Nación de la ley 25.673 que creó el 'Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación

Responsable', por considerar inconstitucionales algunos de sus artículos. La asociación manifiesta que tal petición se funda en la violación por parte de la norma mencionada de lo que llama 'derechos de incidencia colectiva a la vida, a la salud y a la patria potestad' (fojas 46). El daño al derecho a la vida afectaría a las personas por nacer y no surgiría directamente de la ley, sino de la delegación en el ANMAT de la facultad para establecer qué procedimientos anticonceptivos son abortivos y cuáles no. El derecho a la salud afectado es el de las mujeres quienes para evitar algo que no es una enfermedad (embarazo) se verían expuestas al riesgo de las enfermedades asociadas al uso de anticonceptivos. Por último, el derecho a la patria potestad de todos los padres sufriría perjuicio por el hecho de que la ley autoriza a brindar información y educación sexual y reproductiva a través de diversas instituciones públicas, particularmente escuelas y hospitales".

En segundo término, la disidencia califica a dichas pretensiones en orden a la eventual legitimación de los actores: "Creo —dice la Dra. Argibay— que tomar los derechos antes mencionados como si fuesen colectivos es un error; la utilización de sustantivos colectivos o abstractos (el derecho, la vida, la mujer) en lugar del plural (los derechos, etcétera) no tiene ninguna consecuencia jurídica, mucho menos la de colectivizar un derecho individual. Es cierto que son derechos relacionados con los intereses más elevados de las personas, pero eso no los transforma en colectivos, pues son perfectamente divisibles y ejercidos de diferente manera por cada titular, por cada ser humano.

"a) El uso de anticonceptivos, que para la parte actora afecta la salud de las mujeres que los usan, depende de una decisión individual sobre qué riesgos cada una de ellas prefiere evitar y cuáles afrontar, esto es, sobre el orden de prioridad de sus preferencias. Ninguna norma jurídica ha colectivizado la vida sexual ni las decisiones sobre el uso de anticonceptivos, de modo tal que el grupo social como tal pueda sustituir a los individuos en esas elecciones. Por esa razón es que el Estado se limita a poner cierta información y prestaciones a disposición de los particulares, pero aceptando siempre el consentimiento de éstos. Ello demuestra que, bajo la condición del artículo 19 de la Constitución Nacional, el ejercicio de las relaciones sexuales y el uso de anticonceptivos es un derecho que se mantiene todavía descentralizado y tales elecciones son aún competencia de sus titulares y no de la colectividad (Obsérvese que el éxito de la acción judicial promovida impondría a todos los habitantes un deter-

minado ordenamiento de las preferencias sobre las relaciones sexuales –evitar el riesgo de enfermedad sería preferible a evitar el riesgo de embarazo– que dejaría de ser privado para transformarse en un ordenamiento público; sería el Poder Judicial el que seleccionaría qué riesgos deben evitar y cuáles asumir en particular las mujeres en sus relaciones sexuales. De esta manera una determinada versión del derecho a la salud y de la vida sexual se transformaría en una imposición colectiva sobre las decisiones individuales, e incluso sobre las decisiones que ha tomado el Congreso a fin de articular el interés general en combatir ciertas enfermedades de transmisión sexual y los límites que surgen del respeto a la vida privada).

”b) En relación con la patria potestad el problema es más grave, pues si bien se trata de una institución fuertemente sujeta a una regulación legal imperativa en el Código Civil, la actora invoca un perjuicio no a los aspectos públicos o, si se quiere, colectivizados de la relación entre padres e hijos sino a aquellos otros que están predominantemente desregulados, a saber, la libertad de los padres para elegir la orientación de la educación de sus hijos. Por lo tanto, los actores pretenden colectivizar los aspectos privados de la patria potestad para así conseguir un pronunciamiento judicial que impida a los padres hacer algo que la ley civil les permite, por ejemplo, admitir que sus hijos reciban en la escuela información útil para su salud en materia sexual y reproductiva. Debe recordarse en este sentido que la actora no ha reclamado protección para su propia libertad de elegir la educación de sus hijos, es decir, para el ejercicio de sus eventuales derechos derivados de la patria potestad, sino que demandan la inaplicabilidad en todo el país de una ley que otros padres bien pueden desear que se aplique respecto de sus propios hijos”.

De allí, concluye la disidencia, que los derechos invocados en la demanda son de carácter individual y no colectivo y ello no habilita a la actora a invocar la legitimación conferida por el artículo 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional (*Fallos*: 329:4593).

7. *Hábeas data*

La Corte Suprema revocó la sentencia de la anterior instancia e hizo lugar a la acción promovida por un particular contra un banco, el Banco Central de la República Argentina y una entidad especializada en información crediticia a fin de que incorporen a sus bases de datos información complementaria acerca de su situación crediticia.

Los elementos del caso “Di Nunzio, Daniel F. c/The First National Bank of Boston y otro s/Hábeas data”, resuelto el 21 de noviembre de 2006, fueron los siguientes: El actor había pretendido adquirir cuatro vehículos en una concesionaria de automotores, para ello solicitó créditos al Banco de Boston, que fueron avalados por la concesionaria. No obstante que las solicitudes de crédito fueron rechazadas por el banco, los fondos requeridos se acreditaron a su nombre y se entregaron las chequeras de pago a la concesionaria. Esta última utilizó los fondos dándoles un destino diferente al previsto y entregando uno solo de los vehículos convenidos. Ello motivó que el actor formulase una denuncia penal por estafa ante la justicia de Bahía Blanca, dato cuya incorporación a las bases de datos respectivas pretende. Asimismo peticionó que se incorporase a dichas bases de datos un dictamen emitido por una dependencia del Banco Central en el cual se describe la operatoria reseñada y se precisa que la concesionaria automotriz aplicó a los fondos un destino distinto del previsto.

La Corte admitió el recurso porque se encontraban en discusión los alcances de la ley 25.326, reglamentaria del párrafo 3º del artículo 43 de la Constitución Nacional, según dicha ley: “...los datos relativos a la información crediticia deben ser exactos y completos [...] en tal sentido, lo expresado en el artículo 43 de la Constitución Nacional con relación al derecho del afectado a obtener la supresión o rectificación de toda información personal que incurra en ‘falsedad’ debe ser interpretado conforme a los términos de la respectiva ley reglamentaria. Según ésta, no basta con que lo registrado como verdadero sea tal si, al tomar razón de los datos relevantes al objeto y finalidad del registro de manera incompleta, la información registrada comporta una representación falsa. Al respecto, el artículo 33 de la ley 25.326 confiere la acción de protección de los datos personales toda vez que la información registrada sea incompleta o inexacta, por lo que su procedencia debe ser juzgada de acuerdo con estos parámetros (*Fallos*: 328:797)”.

Seguidamente el Tribunal deslindó con precisión los alcances de la acción promovida, diferenciándola de la cuestión de fondo de la cual la información incorporada a las bases de datos es una consecuencia, afirmando que: “...resulta claro que no corresponde en las presentes actuaciones decidir si la actora resulta efectivamente deudora del Banco de Boston a raíz de la operatoria comercial”.

De ello el Tribunal concluyó que “...no puede cali-

ficarse de ‘exacta’ o ‘actualizada’ una información que se limita a indicar –sin ninguna aclaración o salvedad– que la actora mantiene una deuda con la mencionada entidad bancaria. Y, por ende, de acuerdo con los principios enunciados en el considerando 3º, asiste a aquélla, el derecho a que tal información se actualice y complete a fin de que quede reflejado, del modo más preciso posible, el estado de litigiosidad suscitado respecto de los créditos a los que se ha hecho referencia.

”Que, sobre tales bases, y con el referido alcance, no se advierte que la inclusión en la base de datos de la existencia de la querrela penal aludida por la actora merezca las objeciones formuladas por el a quo. En efecto, los hechos allí investigados se relacionan de manera directa e inmediata ‘con datos personales de carácter patrimonial relativos a la solvencia económica y al crédito’ (art. 26, ap. 1, de la ley 25.326) de la actora. Ello es así, habida cuenta de que ésta alega que ha sido víctima de una estafa en la operatoria del otorgamiento de los préstamos, y niega el carácter de deudora que le atribuye la entidad bancaria. Es decir, se trata de datos relevantes para los fines previstos por la ley que reglamenta la acción de hábeas data, la cual, cabe recordarlo, tiene por objeto la protección de las personas a las que se refieren los datos, y no a las instituciones –públicas o privadas– que los registren o almacenen (*Fallos*: 321:1660).

”Que conforme con lo expuesto es regla vigente que, cuando la anotación de un dato cierto pero parcial pueda causar, de modo previsible, una falsa representación, la misma debe ser evitada incluyendo hechos relevantes directamente relacionados, y sin que ello signifique la necesidad de individualizar a terceros cuyos derechos puedan ser afectados.

”Esta interpretación encuentra adecuado sustento en la Constitución Nacional.

”En primer lugar, cabe señalar que el bien jurídico protegido es la privacidad en sentido amplio, contemplada en el artículo 19 de la Carta Magna. Se trata de la protección de la persona y de la esfera de la individualidad personal, que en nuestro derecho incluye a las personas de existencia ideal (art. 1 de la ley 25.326), la que se encuentra en un estado de vulnerabilidad cuando los datos que le pertenecen circulan sin su control. Quienes, por imperio legal, tienen el derecho de registrar esos datos y ejercer una industria lícita con ellos, tienen el deber de ser particularmente cuidadosos acerca de la identidad estática y dinámica de sus titulares.

”En segundo lugar, cuando la pretensión se rela-

ciona con derechos fundamentales, la interpretación de la ley debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación concreta perturba al ciudadano.

”Los jueces deben evitar interpretaciones que presenten como legítimas aquellas conductas que cumplen con la ley de modo aparente o parcial, causando el perjuicio que la norma quiere evitar.

”En tercer lugar, la regla señalada es consistente con los precedentes de esta Corte y coherente dentro del sistema legal argentino. Esto último resulta particularmente claro cuando se advierte que toda la regulación relativa a la información se propone un aumento en su circulación y es contraria a su restricción. Mayor información significa mayor transparencia y menos conflictos, lo cual en el caso es particularmente claro. No se advierte por qué razón existe una negativa a aclarar un dato, siendo que, a un costo bajo y razonable, se evitan conflictos para terceros”.

Sostuvo además la Corte: “Que el hábeas data es una especie de tutela preventiva que tiene el propósito de detener o postergar una acción previsiblemente lesiva de una garantía, confiriéndole autonomía típica a un proceso de carácter urgente. Por esta razón corresponde que esta Corte haga uso de la facultad conferida por el artículo 16, segunda parte, de la ley 48.

”En tales condiciones, corresponde disponer que el Bank Boston NA y la Organización Veraz SA deberán incorporar en sus bases de datos la información derivada del informe del Banco Central de la República Argentina y la existencia de la causa penal respecto de los créditos prendarios cuyo incumplimiento se atribuye a la actora” (*Fallos*: 329:5239).

II. Organización de los Poderes

a) Juicio político. Derecho de defensa

Con relación al cumplimiento de los recaudos constitucionales vinculados con la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en los procesos de remoción de magistrados y el control judicial de las decisiones que en ellos se adoptan, resulta insoslayable la lectura de los fallos dictados por la Corte como consecuencia de la remoción de Antonio Boggiano (*Fallos*: 329:3221 y 3235). Además, cabe destacar por dos motivos los dictámenes del Procurador General de la Nación. En primer término, por la enjundia y profundidad con que analiza y responde a cada uno de los agravios opuestos por el magistrado en su defensa. En

segundo lugar, porque su lectura permite vislumbrar el contenido y la forma de una defensa de singular brillo opuesta en un proceso constitucional.

Seleccionando una entre varias cuestiones de interés que son tratadas por la sentencia cabe examinar aquella que está relacionada con la validez de la configuración de la causal constitucional de remoción de “mal desempeño”, a partir del examen del contenido de las sentencias dictadas por los jueces.

La importancia de la cuestión queda expuesta en el voto disidente de los conjuces Prack y Müller, quienes para reforzar su postura contraria a dicho examen acuden a calificada doctrina: “...resulta adecuado –dijeron– destacar la trascendencia institucional que lleva aneja la decisión a adoptar en estos actuados. En tal sentido cabe recordar que se está poniendo en tela de juicio ‘quién es el intérprete final de la Constitución; si la Corte Suprema de Justicia, cuando emite una sentencia cualquiera, o el Senado, cuando en el fallo que pronuncia en el juicio político, descalifica a aquella sentencia de la Corte y remueve por mal desempeño al juez que la ha firmado. Si se entiende que el veredicto senatorial no es revisable después judicialmente por la Corte sobre el fondo de su razonamiento, por resultar facultad exclusiva de esa Sala del Congreso, la consecuencia es que dicha Cámara pasa en verdad a perfilarse como intérprete supremo de la Constitución...’ (conf. Néstor Pedro Sagüés, *Revisión Judicial de las Sentencias destitutorias dictadas en el juicio político*, La Ley, diario del 6 de junio de 2006, p. 4)”.

Sobre este punto el Procurador General de la Nación concluyó su dictamen afirmando: “V. E. puso de relieve en *Fallos*: 237:1914, que se debe reafirmar el principio de independencia del Poder Judicial que, en materia de enjuiciamientos políticos, se traduce en la imposibilidad de destituir a un magistrado por el contenido de sus sentencias. Pero en el *sub judice* la decisión destitutoria reposa en razones políticas que los representantes del pueblo debieron evaluar dentro del marco de sus atribuciones constitucionales, y con los márgenes de discrecionalidad con que deben cumplir la misión de que les ha conferido la Constitución Nacional (cons. 22, del voto de la mayoría). En efecto, aquéllos apreciaron la conducta del sometido a enjuiciamiento y concluyeron que era impropia de un juez de la Nación. Se trata, entonces, de una decisión de mérito sobre su actuación como magistrado –que, como ya se ha señalado varias veces, no puede ser

controlada en esta instancia– y no una condena por el contenido de las sentencias que suscribió.

”En tales condiciones, la destitución de un juez por la causal de mal desempeño, adoptada en un proceso conjunto entre la Cámara de Diputados, que votó su acusación por más de las dos terceras partes de sus miembros, y resuelta por el Senado de la Nación, también por una mayoría calificada de dos tercios de los legisladores presentes, pues ello sería tanto negar que la voluntad de tal abrumadora mayoría implica también un desconocimiento de la voluntad popular expresada por sus representantes, con menoscabo para las instituciones democráticas”.

La mayoría, integrada por los conjuces Luis Otero, Antonio Pacilio, Ángel A. Argañaraz, Graciela Fernández Vecino y Guillermo Enderle, juzgó que la decisión depuradora adoptada por el Senado de la Nación “...no estuvo vinculada al contenido de sus pronunciamientos, sino a la configuración de la causal de mal desempeño que el Senado tuvo por acreditada, estimación que no puede ser alcanzada por el poder de revisión conferido a esta Corte”. Para ello sostuvo: “...que se debe reafirmar el principio de independencia del Poder Judicial que, en materia de enjuiciamiento político, se traduce en la imposibilidad de destituir a un magistrado por el contenido de sus sentencias. Si bien tal es el argumento que expone el recurrente, el Tribunal considera que la decisión destitutoria reposa en razones políticas que los representantes del pueblo debieron evaluar dentro del marco de sus atribuciones constitucionales y en los márgenes de discrecionalidad con que deben cumplir la misión de que les ha conferido la Constitución Nacional. Para expresarlo sin rodeos, se considera que la destitución del recurrente no estuvo vinculada al contenido de sus pronunciamientos, sino a la configuración de la causal de mal desempeño que el Senado tuvo por acreditada, estimación que no puede ser alcanzada por el poder de revisión conferido a esta Corte.

”Esta conclusión hace pie en lo expresamente declarado por el Senado de la Nación en la decisión que se impugna en esta instancia, al precisar los hechos que subsumió en la causal constitucional de mal desempeño, que para una mejor comprensión, se transcribe: «Destituir al acusado, doctor Antonio Boggiano, del cargo de ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la causal del mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, en virtud de: Haber legitimado judicialmente un proceso administrativo fraudulento; Negar la vía judicial de revisión de una resolu-

ción del Tribunal Arbitral de Obras Públicas que puede perjudicar al Estado Nacional en cifras dinerarias millonarias, omitiendo el tratamiento de los graves planteos del caso, las disidencias, y la existencia del proceso penal por la misma causal, lo que hace presumir, ante lo manifiesto de las irregularidades y arbitrariedad del caso, que su voto no estuvo motivado por el cumplimiento de su función como juez sino por otros intereses; Haber abdicado de manera arbitraria a su responsabilidad de efectuar el control de constitucionalidad en los términos del artículo 14 de la ley 48; Haber tenido una conducta gravemente autocontradictoria al modificar su voto en el caso ‘Meller’ (*Fallos*: 325:2893), el 4 de noviembre de 2002, había firmado un proyecto donde: a) se hacía lugar al recurso del Estado; b) se dejaba sin efecto la sentencia que favorecía a Meller; c) se imponían las costas a Meller (*Fallos*: 325:2893); se declaraba revisable el caso por arbitrariedad; d) se ponderaba como precedente el caso ‘Aión’, que él mismo firmó al que luego calificó de resto indeliberado (sic); e) se ponderaban los ‘sólidos fundamentos del dictamen’ de la Procuración General del Tesoro en los que el Estado fundamentó su recurso; f) se adjetivaba de ‘dogmáticas’ y ‘abstractas’ las afirmaciones del Tribunal Arbitral de Obras Públicas; g) afirmaba que el Tribunal de Obras Públicas, en absoluto, no contempló ni decidió acerca de las causales de ilegitimidad de la resolución 146/96, suscripta por la ex liquidadora de ENTEL, María Julia Alsogaray; h) se calificaba al fallo del tribunal arbitral que favorecía a Meller de no constituir una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa, y que i) se ‘imponía su descalificación como acto jurisdiccional válido’, ‘haberse apartado, sin fundamentos, en el caso «Meller Comunicaciones SA UTE c/Empresa Nacional de Telecomunicaciones» de sus propios precedentes judiciales («Aión SAICyA y Natelco SAIC c/Empresa Nacional de Telecomunicaciones»), dejando expedita la vía para que la empresa ejecutara al Estado por una suma millonaria (\$ 28.942.839, 81, hoy más de \$ 400.000.000 en bonos de consolidación) por un supuesto crédito que resultaba inexistente’ y ‘la grave diferencia, en orden a la doctrina y resultados, entre lo que suscribió en septiembre de 2002 y lo que sentenció un mes después, demuestra que tenía plena representación y total conocimiento de la arbitrariedad, ilegalidad y daño contra el Estado, por lo que su voto no fue el de un juez imparcial, sino que estuvo motivado por otros intereses diferentes a los de la función judicial’»”.

Los Dres. Prack y Müller, en la disidencia efectúan

la misma cita del texto de la resolución del Senado (cons. 31), pero llegan a una conclusión diametralmente opuesta: “...a pesar de los esfuerzos desplegados por la acusación para demostrar que el contenido de las sentencias no es inmune a examen en el juzgamiento político, en el caso –sostuvieron los mencionados conjuces– no se verifica ninguna de las hipótesis en que la decisión emitida por el juez podría dar sustento constitucional a la causal de destitución. Para que ello fuese posible debería concurrir como en la totalidad de los casos citados por la acusación un elemento indicativo del mal desempeño que exceda el mero sentido u orientación jurídica del pronunciamiento implicado”.

b) *Jueces. Intangibilidad de sus remuneraciones*

Una decisión importante y complementaria de lo resuelto en *Fallos*: 307:2174 (caso “Bonorino Perú”) adoptó el Alto Tribunal respecto de la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces, en los autos “Chiara Díaz, Carlos Alberto c/Estado provincial s/Acción de ejecución”, sentencia del 7 de marzo de 2006, publicada en *Fallos*: 329:385.

Cabe recordar que en el pronunciamiento mencionado en primer término la Corte admitió que las remuneraciones de los jueces –por aplicación de la cláusula de intangibilidad contenida en el artículo 96 (hoy 110) de la Constitución Nacional– debían actualizarse “por medio de los índices de precios al consumidor”.

¿Cómo compatibilizar –dentro del marco de la previsión constitucional– dicho principio con normas contenidas en leyes que, de acuerdo con decisiones claramente direccionadas de política económica, establecen la prohibición de los mecanismos de actualización monetaria? Tal fue la cuestión de fondo que se planteó en el caso “Chiara Díaz”, donde algunos jueces de la Provincia de Entre Ríos, con fundamento en leyes locales, pretendían que sus haberes fueran actualizados aplicando el índice de precios al consumidor. Dicha cuestión fue resuelta por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, rechazando la pretensión con sustento en que los mecanismos de actualización previstos en las normas locales cuya aplicación se pretendía al caso se encontraban suspendidos por la ley 25.561 de emergencia pública, dictada por el Congreso de la Nación, que debía prevalecer sobre la legislación provincial que se le opusiera.

La Corte –por mayoría– confirmó tal decisión. El Presidente, Dr. Petracchi, y el Dr. Maqueda expresa-

ron que: "...es exacto lo sostenido en el pronunciamiento recurrido con respecto a que en el contexto de una economía 'indexada', en la que la generalidad de los precios y los salarios se actualiza periódicamente de manera automática, la omisión de reajustar las remuneraciones de los jueces equivale en la práctica a disminuirlas. De la misma manera, actualizar únicamente los haberes judiciales, exceptuándolos de la prohibición general vigente en la materia, equivaldría no a mantenerlos sino a incrementarlos respecto de las retribuciones que perciben los restantes asalariados. Al mismo tiempo, significaría traicionar el objetivo anti-inflacionario que se proponen alcanzar las leyes federales mencionadas (se trata de las leyes 23.928 y 25.561) mediante la prohibición genérica de la 'indexación', medida de política económica cuyo acierto no compete a esta Corte evaluar". Añadieron que "...la prohibición de indexar impuesta por las leyes federales aludidas procura evitar que el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía, al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores, contribuya de manera inercial a acelerar las alzas generalizadas de precios. Por tal motivo, la recomposición del valor adquisitivo ha de darse sector por sector y caso por caso". Entendieron que tal interpretación "...le ha otorgado a la garantía constitucional referida su justo alcance al aclarar que ella no instituye un privilegio a favor de los magistrados que los ponga a salvo de cualquier viento que sople". Es muy aconsejable la lectura del considerando 11 del voto concurrente de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti, en cuanto al examen que allí se realiza respecto de las circunstancias que llevan a que la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados judiciales resulte afectada y los criterios de razonabilidad sustantiva que han de emplearse para valorarlas adecuadamente. Entre ellos cabe resaltar –conjugándolo con el análisis que ambos jueces hacen en el considerando 10 de su voto concurrente– la afirmación de que "...la valoración que las provincias hagan del merecimiento salarial de sus jueces, no puede alejarse en forma grosera de las remuneraciones que perciben los demás jueces en las restantes jurisdicciones, tanto a nivel nacional como provincial. La prudencia a este respecto indica que, salvo circunstancias debidas a zonas inhóspitas o desfavorables, o con costos extraordinariamente altos, en que la vida austera, pero digna requiera mayores remuneraciones, todos los jueces provinciales deben percibir retribucio-

nes que observen una razonable relación con el promedio de las restantes jurisdicciones provinciales y nacional a efectos de no violar el mencionado artículo 5° de la Constitución Nacional y tampoco incurrir en una desigualdad discriminatoria que atentaría contra la garantía del artículo 16 del mismo texto supremo, y, de este modo, alcanzar una solución objetivamente justa". Coincidió con dichas conclusiones la Vicepresidenta, Dra. Highton, en su voto concurrente.

Tras un profundo examen de las normas constitucionales federales y locales y sus antecedentes doctrinarios en los fundadores del derecho constitucional estadounidense, el Dr. Fayt disintió afirmando que "la exégesis sistemática reclama que se concluya que las normas infraconstitucionales que constituyen un legítimo ejercicio de la potestad del Congreso de fijar la moneda en los términos del artículo 75, inciso 11 de la Constitución Nacional no revisten la entidad de impedir el legítimo ejercicio, por parte de los Estados locales, de garantizar la irreductibilidad de los salarios de los jueces, en aplicación del artículo 110 de la Constitución Nacional y la respectiva norma de la Constitución provincial".

La Dra. Argibay también efectuó una disidencia por entender que el recurso extraordinario federal –respecto de la validez de una norma local– no debió concederse por no existir una resolución contraria al derecho federal y que resultaba inoficioso que la Corte se pronunciara si había un decreto dictado por el gobernador provincial que contemplaba los reclamos de los demandantes.

La ley 24.631, B. O. del 27 de marzo de 1996, derogó la exención de tributar el Impuesto a las Ganancias que hasta entonces comprendía a las remuneraciones de los jueces. Poco después la Corte dictó la Acordada 20/96 mediante la cual declaró la inaplicabilidad de dicha derogación respecto de magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación. Luego, en el caso "Gaibisso", *Fallos* 324:1177, se dejó sentado que lo resuelto en dicha acordada comprendía a los jueces nacionales jubilados. La inaplicabilidad de la derogación de la exención del Impuesto a las Ganancias ¿comprende también a los haberes previsionales de los jueces provinciales jubilados?

La mayoría de los integrantes de la Corte respondió afirmativamente a dicha pregunta en el caso "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Gutiérrez, Oscar Eduardo c/Anses", resuelto el 11 de abril de 2006. Para ello tuvo presente que la vigencia del principio de intangibilidad de las remuneraciones

de los magistrados no puede ser desconocida en el orden provincial. Si la exención del pago del impuesto a las ganancias comprendía tanto a los jueces nacionales como provinciales, tanto en actividad como jubilados y su derogación –dispuesta por la ley 24.631– también los alcanzaba, lógico es inferir que la inaplicabilidad de tal derogación –decidida por la Corte mediante la acordada 20/96– por resultar incompatible con el principio de intangibilidad del artículo 110 de la Constitución Nacional –que no puede ser desconocido en el orden provincial– igualmente los comprende: “...los jueces locales –dicen los conjuces Chausovsky y Pereyra González– son, como los nacionales y federales, jueces de la Constitución, motivo por el cual cumplen, como los demás, idéntico ministerio y, por lo tanto, se hallan sujetos a parejas responsabilidades y deberes, y han de contar, a tal efecto, con similares garantías”.

Coincidieron con tal apreciación en voto concurrente los conjuces Ferro y Poclava Lafuente y los votos individuales del Dr. Schiffrin y el Dr. García Lema. En este último caso es importante destacar –atento a la participación y gravitación del Dr. García Lema en el proceso reformador de 1994– que dicho magistrado, en sentido concordante con lo expresado por la Corte en *Fallos*: 324:1177, afirmó que: “...la Convención Constituyente de 1994 tuvo explícitamente en vista la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces y no sólo consideró innecesario incorporar modificación alguna a su respecto, pese a la doctrina existente en esa materia desde el año 1936, sino que decidió extenderla al Ministerio Público”.

La jueza Carmen Argibay postuló en su disidencia parcial el rechazo de la queja por fundamentación insuficiente.

Es recomendable la lectura de las disidencias efectuadas por los conjuces Horacio Rosatti y Héctor Oscar Méndez. En el primer caso, por la originalidad de los planteos y las soluciones propuestas; en el segundo, tanto por la profunda y detallada mención de antecedentes –nacionales y estadounidenses– como también por las conclusiones que de su examen extrae dicho conjuce (*Fallos*: 329:1093).

c) *Competencia originaria de la Corte.
Provincias. Causas civiles*

Gran trascendencia tiene lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Alberto Damián Barreto y otra c/Provincia de Buenos Aires y otro”, sentencia del 21 de marzo de 2006 (*Fallos*:

329:759), respecto de los alcances del concepto de “causa civil” a los efectos de la determinación de la jurisdicción originaria de la Corte cuando una provincia es parte en un juicio en el que el otro litigante tiene su domicilio en otro Estado local o en el extranjero.

En el caso la Corte modificó la jurisprudencia vigente desde 1992 (*Fallos*: 315:2309), cuando se calificó –ampliando el criterio restrictivo que hasta entonces llevaba más de un siglo de vigencia– como causas de dicha naturaleza a todas aquellas en las que se promovieran pretensiones indemnizatorias de los daños y perjuicios originados por faltas de servicio imputables a cualquiera de los órganos de gobierno provincial, siempre que el reclamante se domiciliara en otra provincia o en el extranjero.

Cabe destacar que la mitad de la sentencia del Alto Tribunal está destinada a explicar con solidez que el principio funcional de la perdurabilidad de su jurisprudencia –derivado de las reglas que sustentan a la seguridad jurídica– cede cuando toca a la Corte ejercer los poderes que le corresponden para preservar el rol preeminente e insustituible que le ha reconocido la Constitución Nacional. Para ello sostiene la Corte que la amplitud del concepto de causa civil, derivado de la modificación jurisprudencial de 1992, afecta el funcionamiento del Tribunal y la autonomía de las provincias. Ello es así porque desde entonces se fue generando “...una significativa expansión en el ámbito de la competencia originaria del Tribunal de procesos de esta naturaleza, caracterizados por una gran diversidad de temas fácticos y jurídicos concernientes a la responsabilidad patrimonial de los Estados de provincia por la llamada falta de servicio, o regulados por el derecho común y el derecho público local, con la consecuente afectación de los siempre limitados recursos humanos y materiales existentes que en gran medida están siendo destinados al conocimiento y decisión de asuntos que, por su naturaleza y más allá de su fuente, son ajenos a la trascendente e insustituible atribución institucional de este Tribunal como intérprete final de la Constitución Nacional y custodio último de las garantías superiores reconocidas en dicha Ley Suprema”. En relación con la autonomía de los Estados locales concluyó que era necesario limitar el criterio vigente “...porque si todos los actos de sus poderes pudieran ser objeto de una demanda ante la Corte vendría a ser ella quien gobernase a las provincias desapareciendo los gobiernos locales”.

Corresponde transcribir el considerando 14 de la sentencia firmada por los Dres. Petracchi, Highton,

Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay, porque en él la Corte define los alcances de la nueva línea interpretativa que rige respecto de su competencia originaria. Dijo el Alto Tribunal: “Que el desarrollo argumentativo expresado impone entender por ‘causa civil’ a los efectos de determinar la competencia originaria de este Tribunal por razón de la distinta vecindad o de extranjería a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata, como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible.

”De igual modo al que esta Corte declina su competencia originaria para conocer de aquellos asuntos, cuando es parte una provincia, en que pese a estar en tela de juicio de modo predominante una cuestión federal la decisión del caso también impone el tratamiento de puntos del derecho público local, tampoco tomará intervención en esta sede cuando el examen de un caso que se califica como de responsabilidad civil de un Estado provincial se atribuya a la falta de servicio o remita al examen de materias no regladas por disposiciones dictadas por el Congreso de la Nación sino por las autoridades locales de gobierno, en ejercicio de una atribución no delegada a la Nación. Este concepto excluye, por lo tanto, todos aquellos casos en que, como el *sub examine*, quiera hacerse responsable patrimonialmente a una provincia por los daños y perjuicios que crean sufrir los ciudadanos de otro Estado local, o un extranjero, por la actuación o por la omisión de los órganos estatales en el ejercicio de sus funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales” (*Fallos*: 329:1311, criterio reiterado en *Fallos*: 329:1603 y 2074).

d) *Responsabilidad del Estado.*
Víctimas del terrorismo

La Corte confirmó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (confirmatoria de la sentencia de primera instancia) que denegó la percepción del beneficio previsto en la ley 24.411 a la hermana de un militante del “comando de organización”, quien falleció a manos de un grupo armado, hecho que se autoadjudicó la organización “Montoneros”. La decisión, que compartió

los fundamentos vertidos por el Procurador Fiscal, se basó en que la citada ley sólo reconoció el derecho a percibir la indemnización que ella prevé a los causahabientes de las personas que al momento de su promulgación se encontraban en situación de desaparición forzada o que hubieren fallecido como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas, de seguridad o de cualquier grupo paramilitar con anterioridad al 10 de diciembre de 1983. El decreto reglamentario respectivo precisó que “se entenderá por grupo paramilitar sólo aquellos que actuaron en la lucha antisubversiva sin identificación de su personal mediante uniformes o credenciales”. Al no encuadrar la situación expuesta por la peticionante en los alcances de la normativa indicada, no correspondía acordarle los beneficios allí previstos (sentencia dictada el 9 de mayo de 2006, en los autos “Sánchez, Dora Cristina c/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ley 24.411 [resol. 381/00]”, *Fallos*: 329:1473).

e) *Distribución de competencias*
en materia tributaria

En el caso “Massalin Particulares SA c/Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur”, sentencia del 21 de marzo de 2006, la Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma local que gravaba con una tasa la prestación de un servicio de verificación de la legitimidad y el origen de productos nocivos para la salud que ingresaran al territorio de la provincia. Según la Corte “es incontrastable que la misma actividad que se prestaría en jurisdicción provincial por el pago de la tasa impugnada es llevada a cabo en forma efectiva por la autoridad aduanera en el marco de la ley 19.640, con competencia específica y excluyente a ese efecto (arts. 9 y 126 de la Constitución Nacional), lo que invalida toda superposición que intenten las autoridades provinciales con abstracción al *nomen iuris* que asignen a la obligación”. “En estas condiciones –añadió el Tribunal– la tasa creada por la legislación provincial al igual que su resolución reglamentaria, avanza sobre un ámbito de competencia exclusiva del Estado Nacional, cual es la verificación del ingreso de los productos al área aduanera especial creada por la ley 19.640; y de ese modo debe ser privada de validez por el principio de supremacía federal contenido en el artículo 31 de la Constitución Nacional” (*Fallos*: 329:792).

INFORMACIÓN GENERAL

NUEVA PÁGINA WEB

A fines de diciembre de 2007, la AADC puso en la web su nueva página, para intentar profundizar la difusión de información relevante, la comunicación con nuestros asociados y la presencia de la entidad frente a especialistas de otras disciplinas y el público en general que pueda tener interés en nuestra actividad.

Lo invitamos a que visite el sitio oficial de la AADC, que lo revise con detenimiento y que nos haga llegar la información que allí le solicitamos (cursos que dicta, artículos y libros que haya publicado en 2006-2007, la tapa del último libro que haya publicado, para comunicar la novedad, etcétera) y, también, nos haga saber todas sus sugerencias para mejorar el sitio.

A la página se puede acceder tipiendo en el buscador el nombre completo de nuestra entidad o, bien, escribiendo el nuevo dominio, que es muy fácil de recordar: www.ccn.org.ar.

Como siempre, el sitio, igual que esta revista, estará inspirado por la mayor apertura a la participación de todos los asociados interesados en ayudar a profundizar nuestra disciplina.

AMICUS CURIAE

Como se anunció en la página web de la AADC, www.ccn.gov.ar, nuestra Asociación tomó la decisión de actuar como *amicus curiae*, conforme lo autoriza la Acordada 28/2004, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El propósito que anima a la institución es defender los valores de la Constitución Nacional y los derechos fundamentales. Pero sus autoridades también están animadas por evitar cualquier interpretación partidista que pretenda hacerse de esa participación de la AADC en algunos asuntos judiciales.

Por eso, en la ciudad de Mercedes, en diciembre de 2007, se aprobó un reglamento, que se aplicará para seleccionar casos con un carácter extremadamente excepcional, cuando la gravedad institucional de la si-

tuación justifique que la entidad, a todas luces, debe involucrarse en la salvaguarda de valores cuya custodia justifica la existencia de la AADC.

El reglamento aprobado por la AADC

En la ciudad de Mercedes, a los doce días del mes de diciembre de 2007, reunido el Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, en sesión especial conmemorativa del quincuagésimo aniversario del caso “Ángel Siri” pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dando creación pretoriana a la acción de amparo contra actos del poder público, *consideraron*:

1) Que el *amicus curiae*, “amigo del tribunal” o agente oficioso aparece como una figura idónea para posibilitar la participación de asociaciones civiles en las causas en que se traten asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, propiciando así un amplio debate como garantía esencial del sistema democrático.

2) Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante Acordada 28/2004 ha reglamentado la intervención de amigos del tribunal en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia original o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general, y en el mismo sentido la Cámara Nacional Electoral dictó la Acordada Extraordinaria N° 85/2007, reglamentando la actuación de amigos del tribunal, como también es de práctica en otros tribunales, toda vez que en muchos casos sus pronunciamientos exceden el interés de las partes y proyectan sus efectos sobre las instituciones democráticas de la República.

3) Que asimismo es admitida esa misma práctica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo que propender al fortalecimiento institucional, así como promover la participación ciudadana y la formación constitucional, forman parte del objeto de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional en el marco de sus estatutos.

Resolvieron:

I) Designar un listado de profesores entre los miembros del Consejo Consultivo y el Consejo Aca-

démico, que figuran en el Anexo I de esta Resolución, en carácter de *amicus curiæ* a solicitud del presidente de la Asociación.

II) El Comité Ejecutivo resolverá en qué casos podrá presentarse la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, fijando la posición de la misma en temas constitucionales de especial trascendencia y consenso y propondrá los juristas a designar conforme las características del caso a representar.

III) La actuación de los juristas que representen a la Asociación como *amicus curiæ* será a título honorario y no obligatorio, consultándose la disponibilidad de los mismos frente a cada caso.

IV) Los amigos del tribunal no revestirán carácter de partes. Su actuación se limitará a expresar opiniones fundadas en defensa del interés público o en una cuestión institucional relevante.

V) Hágase saber a los asociados y publíquese en el sitio web de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

Anexo I

Nómina de Asociados propuestos para actuar como *amicus curiæ*:

Segundo V. Linares Quintana

Carlos María Bidegain

Pedro José Frías

Jorge Reinaldo A. Vanossi

Néstor Pedro Sagüés

Augusto Mario Morello

Dardo Pérez Guilhou

Ricardo Haro

Iván J. M. Cullen

Humberto Quiroga Lavié

María Angélica Gelli

Gregorio Badeni

Beatriz Alice

Alberto Bianchi

Antonio María Hernández

Daniel Sabsay

LIBROS Y REVISTAS

DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Diritto Costituzionale Comparato*, séptima edición completamente revisada, Cedam, Padova, 2007, vol. I, 705 ps.

La referencia a una obra clásica, que ha alcanzado las siete ediciones en su idioma original y que ha sido traducida al español por la Universidad Nacional Autónoma de México, resulta necesaria porque este libro, actualizado y revisado –“aggiornado” en su lengua original– por la Casa Editorial Doctor Antonio Milani, de Padova, responde a un tronco común que en este caso es el Derecho Constitucional Comparado como disciplina que combina aspectos sustanciales y metodológicos contribuyendo notablemente al conocimiento científico del Derecho Constitucional.

Es bien sabido que Giuseppe de Vergottini, catedrático de Derecho Constitucional Comparado de la Universidad de Bologna, además de notable abogado, académico y directivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, es el comparatista más importante de nuestro tiempo y esta obra ocupa por ello un lugar de privilegiada referencia como años atrás tuvieron influencia entre nosotros las obras de Paolo Bicaretti di Ruffia, Manuel García Pelayo y Mirkine Gutzevich.

En este caso, la obra tiene el “valor agregado” de su actualización permanente, como en esta última edición se observa en cuanto a la metodología.

Asimismo, el autor ha reelaborado el capítulo referido a la forma de Estado y forma de gobierno, tema esencial que ha sufrido variaciones por el devenir político e institucional y ha realizado también importantes actualizaciones en los demás capítulos. Asimismo, esta nueva edición ha modificado las citas y notas bibliográficas que ahora se realizan dentro de cada capítulo, incluyendo la respectiva bibliografía.

En síntesis, podemos recomendar vivamente la consulta a esta nueva edición de esta obra clásica que constituye un sustantivo aporte al conocimiento y actualización del Derecho Constitucional Comparado.

ALBERTO RICARDO DALLA VIA

FERREYRA, Raúl Gustavo, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad* (tesis doctoral), Ediar, Buenos Aires, 2007, 654 ps.

Cuando un pueblo redacta su primera constitución establece para la posteridad un “antes” y un “después” no sólo cronológico sino también lógico, separando una especie de *estado de naturaleza* de un *estado de organización*. Esta distinción, trascendente en el mundo jurídico y palpable en el mundo existencial, explica que los autores de la constitución original adquieran un carácter mítico y fundacional, atributos que nunca habrán de tener sus reformadores.

Una ficción jurídica establece entre los reformadores (portadores del poder constituyente revisor) y los controladores de la legalidad (portadores del poder constituido revisor) una barrera ontológica abismal; se trata de una ficción tan necesaria desde lo jurídico como incomprensible desde lo existencial, pues en la práctica tanto un convencional constituyente reformador como un legislador ordinario o un juez son intermediarios del pueblo.

Despojados del carácter de “padres fundadores”, los reformadores se sitúan en un lugar incómodo, pues tienen el doble control que supone la existencia de aquéllos –que hicieron posible la organización– y la presencia de los poderes constituidos, dispuestos a juzgar su tarea reformista. Por ello, el tema de los límites del ejercicio del poder constituyente reformador y las modalidades de su eventual control ha sido objeto de una copiosa literatura jurídica.

En su libro *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, el Dr. Raúl Gustavo Ferreyra analiza el tema de la posible inconstitucionalidad de una reforma de la Constitución. No se trata de un libro más sobre la materia, pues en la medida en que constituye la publicación de su tesis doctoral, es posible hallar en la obra no sólo una investigación exhaustiva y rigurosa sino también una conclusión imaginativa.

Evadiendo el ceppo de la autorreferencia jurídica, aquella que circunscribe la respuesta de los problemas jurídico-políticos a los límites del derecho positivo,

Ferreya no cesa de preguntarse si es posible que una cuestión tan delicada como la reforma del pacto de convivencia sea dirimida por los representantes (del poder constituyente o del poder constituido) del pueblo, sin que actúe directamente el propio pueblo.

El análisis de los argumentos a favor y en contra de la intervención popular directa –en la medida en que remite a la vinculación entre derecho constitucional y sistema democrático– es asumido con la profundidad propia de una tesis doctoral, constituyendo el punto más saliente de este trabajo calificado por jurados de la talla de Vanossi, Dalla Via y Gargarella como “sobresaliente”.

Al proponer que el debate sobre los límites del ejercicio del poder constituyente derivado se cierre con la intervención del electorado, el autor expresa su confianza en el pueblo como protagonista activo de los cambios sociales y como guardián último de la herencia constitucional. En él deposita la sabiduría que supone distinguir entre tradición y modernidad, reforma y revolución, juridicidad y nación.

La respuesta de Ferreyra es la que se espera de un hombre que ve al derecho desde la realidad y no a la realidad desde el derecho. Es también la respuesta que se espera de alguien que ha estudiado el derecho bajo el prisma humanista del recordado maestro Germán Bidart Campos.

Algo más: en el libro que comentamos Ferreyra demuestra que es posible alcanzar la erudición sin caer en el aburrimiento y que se puede ser profundo y claro a la vez, algo que debiera intentarse más seguido en la literatura jurídica.

HORACIO ROSATTI

BOURBÓN, Héctor Pérez, *Manual de técnica legislativa* (elaboración de normas), Fundación Konrad Adenauer-Instituto de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires

Con la autoría de Héctor Pérez Bourbón nos llega este trabajo editado en forma conjunta por la Fundación Konrad Adenauer y el Instituto de Ciencias Polí-

ticas y Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Se adelanta aquí a aclarar que la obra es una versión ampliada y mejorada de la que le fuera encomendada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ante el requerimiento por parte de las entidades editoras de un trabajo que tuviera utilidad en el resto del país. Indudablemente, ese anhelo se ha logrado.

Cuatro partes componen este manual, a saber:

- Los objetivos del trabajo y el método a desarrollar para ello.
- La redacción del articulado o dispositivo normativo.
- La fundamentación.
- Las listas de verificación (*checklists*), que operan como una especie de control de calidad.

A todo lo cual se le agrega una

- Separata –de neto contenido práctico– que se conforma con un listado de reglas para optimizar la labor en cuestión.

Su lectura no es tediosa, producto de una redacción simple y concreta, que nos permite acceder a un cabal conocimiento del método para que una norma –en sentido amplio– logre un óptimo estándar de comprensión por parte no sólo de sus destinatarios, sino de los eventuales operadores de la misma.

Complementando ese fin, advertimos que –con buen criterio– el autor mecha el compartimiento teórico con remisiones prácticas a textos legales de distintos órdenes normativos de todo el país que no sólo ayudan a la mejor comprensión de lo expuesto, sino que también transforman su acceso en algo ameno y con adecuada ejemplificación.

En síntesis, nos encontramos en presencia de una obra de aconsejable consulta no sólo para quienes, en diversos niveles de participación, tienen en sus manos la labor legislativa –volvemos a insistir: en sentido amplio–, sino también para cualquier persona que deba hacer una interpretación o aplicación normativa, sin dejar de lado al común de la gente.

ARMANDO MARIO MÁRQUEZ

Corresponsal en Neuquén de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional