

ARTÍCULO 30. ALCANCE DE LAS RESTRICCIONES

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Concordancias: Arts. 4, 14, 17, 18, 75 incs. 1 y 2, 99 incs. 2 y 3 CN; art. 12.3, 19.3 PIDCP; art. 8.1, 8.2 PIDESC.

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

I.— Las restricciones permitidas

Frente a la dialéctica receptada en este artículo, una restricción sólo puede entenderse como permitida, en la medida en que se encuentre expresamente autorizada por esta Convención y siempre encontrará como límite las condiciones particulares que ella establezca (1656), lo que resulta una consecuencia lógica del principio expresamente receptado por su art. 32, en cuanto dispone que los derechos no son absolutos. Los derechos de una persona se encuentran limitados por los de las otras, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

1.— *Restricción del Goce y ejercicio de derechos y libertades*

El artículo 30 debe entenderse en consonancia con el art. 29 de la CADH que establece la terminante ilicitud de cualquier *supresión* al goce y ejercicio de los derechos reconocidos. Su art. 27, por otro lado, dispone que excepcionalmente, en los casos en que se den las graves situaciones allí descritas, podrán suspenderse algunos derechos, mientras que los otros quedarán siempre resguardados, sin importar la gravedad de la emergencia.

Resulta claro, entonces, que las restricciones de las que habla el artículo en comentario revisten una entidad menor que las suspensiones habilitadas por el art. 27, y nunca pueden confundirse con la supresión (1657) de los derechos

(1656) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 6/86, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 9-5-86, párrs. 14 y 18.a.

(1657) Nótese que existe un único caso en que la CADH establece en forma expresa la posibilidad de privación de un derecho: el de asociación en relación con los miembros de las fuerzas armadas y de la policía (CADH, art. 16.3).

pues constituyen restricciones que hacen a la vida en sociedad, erigiéndose como el reflejo mismo del principio de que los derechos no sean absolutos.

Por lo demás, el art. 29 también exige que las restricciones permitidas por la CADH, en ningún caso limiten el goce y ejercicio de los derechos humanos en mayor medida de la permitida en ella, las leyes de cualquiera de los Estados partes u otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. Específicamente, establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada como limitativa del efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre u otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza.

La importante distinción (1658) entre *restricción* y *supresión* del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención (arts. 16.3, 29.a y 30). Al respecto se ha considerado que la enmienda introducida en la última etapa de la elaboración de la Convención, en la Conferencia Especializada de San José, para incluir las palabras “al goce y ejercicio”, clarificó conceptualmente la cuestión (1659).

i) El análisis de razonabilidad. El criterio de estricta necesidad

Estas restricciones, por su lado, han sido permitidas en distinta intensidad en relación con los diversos derechos y garantías protegidas por la CADH. Un claro ejemplo de ello es la exigencia de *necesidad estricta* (1660) que deben cumplir las restricciones adoptadas, con fundamento en los hechos y situaciones descriptas en el art. 27.1 CADH, las que no pueden exceder los límites de *lo estrictamente necesario* en relación con la situación de emergencia que les da fundamento (1661).

(1658) La importancia de esta distinción no resulta menor en el derecho argentino, ya que es el argumento que ha utilizado la CSJN para distinguir las situaciones de excepción establecidas en el art. 23 CN, de los las declaraciones de emergencia económico-sociales. En éstas, no puede suspenderse ningún derecho ni garantía, sino solo su ejercicio respecto de los contratos. A fin de profundizar sobre esta cuestión, acudir al comentario efectuado en esta obra por DANIEL LEVI al art. 27 CADH.

(1659) Corte IDH, OC 6/89, *ya cit.*, párr. 14.

(1660) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas*, del 13-11-85, párr. 46. En igual sentido ver Corte IDH, Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, del 31-08-04, párr. 96 y sus citas. Este examen de estricta necesidad tendrá una especial relevancia en el examen de la naturaleza de los decretos de necesidad y urgencia y decretos delegados (ver punto IV.3).

(1661) Debe considerarse ilegal la suspensión de garantías, así como toda actuación de los poderes públicos que desborde los límites de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia, los cuales han de estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción. Tampoco pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, *innecesarias* o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder. (Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 8/87, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, del 30-01-87, párrs. 38 y 39. Ver en igual sentido Corte IDH, Caso *Durand y Ugarte*, del 16-8-00, párr. 99; Caso *Cantoral Benavides*, del 18-8-00, párr. 72).

Dicha exigencia, sin ser sinónimo de indispensable, requiere la existencia de una necesidad social imperiosa, no resultando suficiente demostrar que la restricción implementada sea *útil*, *razonable* u *oportuna*. Puesto que, entre varias opciones para alcanzar el fin buscado por la norma, debe escogerse aquella que restrinja en menor medida el derecho protegido (1662).

Es decir que, frente a dos medidas que fueren adecuadas —e incluso proporcionales— a un fin constitucionalmente legítimo, únicamente será legítima la menos intrusiva a los derechos de las personas por ella afectadas. Cuando puede determinarse cuál medida resulta menos lesiva, la elección de una u otra ya no pertenecería al campo de la conveniencia, sino al de la razonabilidad y, por ende, su validez o invalidez resulta plenamente justificable (1663). Cabe advertir en este sentido que, a los fines del examen de necesidad, resulta completamente irrelevante la eficacia o la conveniencia de la medida adoptada, ya que se pone el acento en el grado de lesión o intrusión que recae sobre los derechos y garantías de los particulares, cuya defensa es inviolable de conformidad con el art. 18 CN.

Por ello, no debe confundirse este test con los de oportunidad, mérito, eficacia o conveniencia, cuyo análisis resulta, en nuestro país, vedado al co-

(1662) Corte IDH, OC 5/85, *ya cit.*, párr. 46.

(1663) Conviene recordar aquí que la estructura del juicio de proporcionalidad comprende un primer examen llamado de adecuación (*appropriateness*, *idoneità*), mediante el cual se exige que la medida tenga un fin, y que tienda o resulte conducente a su cumplimiento. El segundo subprincipio llamado de necesidad (*necessity*, *necessarietà*) o mínima intrusión (*minimal impairment*); requiere que la medida adoptada sea la menos lesiva a los derechos de la persona, entre las igualmente adecuadas (es decir, las que cumplan, al menos en igual medida con el fin buscado). Por último el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (*proportionality in a narrow sense*, *adeguatezza*) o ponderación (*balancing*), examina si los beneficios brindados por la norma cuestionada guardan una medida proporcional con las restricciones aparejadas. En este esquema tripartito, únicamente cabe arribar al análisis del siguiente subprincipio, habiendo verificado correctamente el cumplimiento del anterior.

A fin de profundizar sobre los alcances de este test y sus efectos en el derecho argentino y la Jurisprudencia de la CSJN, acudir a Alonso Regueira, Enrique, "El examen de necesidad ¿Razonabilidad o conveniencia?", *ED*, 2008, 647. Un examen integral del tema puede encontrarse en Clérico, Laura *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, 1ª ed.; Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 2004, 1ª ed.; Alexy, Robert, "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *Ratio Juris*. Vol. 16, 2-6-03, pág. 131-40; "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, 3-9-00, pág. 297; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1ª ed, cap. III, § 8, págs. 111-5; GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª ed., cap. VI, § 8 a 16 y cap. X, § 15, págs. VI-28-39 y X-21-23 y GRECCO, CARLOS MANUEL y GUGLIELMINETTI, ANA PATRICIA, "El principio de Proporcionalidad en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la República Argentina (Glosas preliminares)", en *Documentación Administrativa*, N^{os}. 267-268, *El derecho administrativo en Argentina: Situación y tendencias actuales (I)*, Madrid, Septiembre 2003 - Abril 2004.

nocimiento de los jueces de la Nación (1664). La propia CSJN ha admitido al test de la estricta necesidad como cuestión justiciable, apto de ser utilizado en la resolución de supuestos puntuales (1665).

De este modo, puede entenderse como un criterio de mayor intensidad que los de adecuación y proporcionalidad, a fin de analizar la razonabilidad de las normas.

En consecuencia, ha de advertirse que el examen de razonabilidad del art. 28 de la Constitución Nacional, no se ve, en principio, alterado con la implementación del examen de estricta necesidad, de jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, CN). Por el contrario, cabe advertir —por un lado— que a la hora de decidir acerca de la responsabilidad internacional del Estado, sus conductas pueden ser evaluadas bajo el criterio de estricta necesidad y que —por el otro— el Estado está obligado a la adopción de medidas tanto legislativas como administrativas y judiciales (1666) en el resguardo de los derechos amparados por los pactos enumerados en el art. 75, inc. 22, de nuestra Constitución. En este sentido, resulta acertada la afirmación de la Dra. Gelli, en cuanto entiende que la estructura reseñada constituye un “compendio de pautas eficaces y perfectamente aplicables al derecho argentino a partir del art. 28 de la Constitución Nacional” (1667).

(1664) Arg. CSJN, *Partido Demócrata Progresista*, 2003, Fallos 326:2004; *Consultatio SA*, 2005, Fallos 328:456 y *Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación*, 2004, Fallos 327:2423. El control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones, sino que debe limitarse al estudio de la compatibilidad de la norma con las disposiciones de la Ley Fundamental, entendidas como un conjunto armónico, dentro del cual cada parte ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás y no en forma aislada e inconexa. (CSJN, *Andrada, Roberto Horacio*, 2005, Fallos 328:1416).

(1665) Tal examen fue el adoptado en CSJN, *Hoofst, Pedro*, 2004, Fallos 322:3034; *Gottschau, Evelyn Patrizia*, 2006, Fallos 329:2986; *RAD.*, 2007, Fallos 330:3853 y *Mantecón Valdés*, 2008, Fallos 331:1715, donde se ha declarado la inconstitucionalidad de distintas normas por resultar violatorias del principio de igualdad en tanto constituían hechos de discriminación por cuestiones de nacionalidad. Más recientemente, el Tribunal ha resuelto un caso en el que, sin abandonar el test de necesidad estricta, explicó que la normativa atacada resistía incólume los agravios articulados, rechazando la demanda de inconstitucionalidad planteada (CSJN, *Partido Nuevo Triunfo*, 17-3-09, Causa P. 1469. XLI).

(1666) CSJN, *Ekmekdjian, c/ Sofovich*, 1992, Fallos 315:1492, Cons. 20 y 22.

(1667) Afirmación efectuada frente a la reseña del principio de razonabilidad y sus tres subprincipios efectuada por el Tribunal Constitucional español en (GELLI MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2004, 2ª ed., pág. 254). A igual conclusión arriba CIANCIARDO, quien presta especial atención a la aplicación del subprincipio de necesidad (CIANCIARDO, *op. cit.*, cap. II, § 7.a, págs. 79-90). En este sentido efectúa cinco argumentos en su favor: En primer lugar entiende que lo contrario atentaría con la operatividad de las normas iusfundamentales. En segundo lugar, comparte la *vertiente positiva* de los derechos, entendiendo que los poderes públicos deben tener un papel activo en su promoción. En tercero, sostiene que en la actualidad, su inaplicabilidad pue-

ii) Otros casos que pueden ser sometidos al examen de necesidad estricta

Si bien es cierto que la CADH recepta en el art. 2 que todas las medidas que se adopten deben ser necesarias, también lo es que sólo frente algunas situaciones de hecho establece como requisito el examen de necesidad en modo *estricto*.

En este sentido, además de lo dispuesto por las normas citadas, no son muchos los artículos que establecen expresamente este requisito (1668). Si bien excede al tema en análisis efectuar un desarrollo sobre dichas materias, corresponde, al menos, enumerarlas. Deben ser valoradas bajo este criterio:

- Las restricciones al derecho de que el proceso penal sea público, basadas en la necesidad de preservar los intereses de la justicia (art. 8.5 CADH).
- Las restricciones al derecho de manifestar la propia religión y las propias creencias, fundadas en la necesidad de proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. En este aspecto, cabe aclarar que el mismo artículo expresa que estas restricciones pueden hacerse únicamente por ley (art. 12.3 CADH).
- Las restricciones expresamente contempladas por la ley a la libertad de pensamiento y expresión, apoyadas en la necesidad para asegurar: a) el respeto de los derechos o de la reputación de los de-

de transformar la razonabilidad en un medio para justificar fuertes e injustificadas injerencias estatales, y que, en muchos casos, los tribunales lo aplican de hecho, bajo el velo de la proporcionalidad estricta. En cuarto lugar, destaca que tal examen se encuentra intrínsecamente relacionado con la distinción entre reglas y principios (sobre este punto, ver ALEXY, "On the Structure...", *op. cit.*, págs. 297-8 y 300).

Finalmente, como quinto argumento, sostiene que la no aplicación de este subprincipio se corresponde con la "*tesis de la aplicación mecánica*" del derecho por los jueces, la que califica de insostenible incluso desde posiciones iuspositivistas.

(1668) Nótese que la CADH utiliza el concepto de *necesario* también en otras circunstancias pero, al efecto del presente análisis, sólo corresponde referirse a aquellas en que se emplea como una adjetivación de las medidas concretas en las que se traduzcan las restricciones permitidas, o bien, las suspensiones contempladas por el art. 27.

En un sentido distinto al aludido, podría mencionarse el empleo del concepto receptado por su art. 18, en donde actúa como requisito de una medida tendiente a asegurar la plena vigencia del derecho del nombre. También podría mencionarse la *Cláusula Federal*, sentada en su art. 28, en donde la necesidad no importa un resguardo de los derechos de otras personas, ni de cuestiones de orden abstracto, como el interés general o la vida en democracia, sino que tan solo se exige un mínimo de efectividad. Un empleo similar a este último, aunque en un plano interno entre órganos interamericanos, es utilizado en su art. 40. Finalmente, cabe mencionar que también se aparta del sentido aquí delimitado, la utilización de este concepto los artículos 48, 61, 63 y 82 de la CADH.

más, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (art. 13.2 CADH) (1669).

- Las restricciones legales al derecho de reunión pacífica y sin armas, en atención a las necesidades en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás (art. 15 CADH).
- Las restricciones legales al derecho a asociarse libremente, basadas en las necesidades en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás (art. 16.2 CADH).
- En materia de torturas y malos tratos, e incluso frente a actos de terrorismo, la Corte IDH ha expresado que “[t]odo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana” (1670).
- En cuanto a la seguridad carcelaria, se ha entendido que la actuación del Estado está sujeta a ciertos límites, por lo que “[e]l orden y la disciplina se mantendrán con firmeza, pero sin imponer más restricciones de las necesarias para mantener la seguridad y la buena organización de la vida en común” (1671).

2.— De las restricciones y las leyes

Si bien puede pensarse que la legalidad trata de una cuestión formal, en este caso la forma hace a la división de poderes. El vocablo *leyes* cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La expresión *leyes*, utilizada

(1669) Al régimen de las limitaciones genéricas, correspondientes a diversos derechos y libertades, la Convención agrega referencias específicas en el rubro de la libertad de pensamiento y de expresión, como se constata en el artículo 13, párrafos 2, 4 y 5 (Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, del 02-07-04). Las restricciones permisibles directas o indirectas (Corte IDH, OC 5/85, *ya cit.*, párr. 47) a la libertad de expresión entendidas como causales de responsabilidad ulterior deben cumplir con la exigencia de encontrarse expresa y taxativamente definidas por ley, y ser, no sólo proporcionales o racionales, sino necesarias para asegurar los fines por ellas establecerlas (*ibidem*, párr. 39), en una sociedad democrática (*ibidem*, párr. 44). La Corte IDH también se ha pronunciado en este sentido en *Caso Ricardo Canese, ya cit.*, párrs. 65 y 96.

(1670) Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides, ya cit.*, párr. 96 y sus citas.

(1671) Corte IDH, *Caso de la Cárcel de Urso Branco*, del 22-4-04, párr. 10. Igual argumento es reiterado en el caso, en la Resolución del 7-7-04, párr. 12.

por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado (1672).

Debe aclararse que esta interpretación de expresiones como *leyes*, *ley*, *disposiciones legislativas*, *disposiciones legales*, *medidas legislativas*, *restricciones legales* o *leyes internas*, sólo resulta aplicable a aquellos casos en que son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza, respecto de cada uno de los derechos protegidos (1673).

La Corte Interamericana define pues, como ley, “la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes” (1674).

Estos últimos se comprometieron a que las restricciones a los derechos obedezcan a determinados requisitos de fondo y de forma. Entre los de forma se encuentra el principio de legalidad. Este principio tiene una coherente expresión dentro de nuestro sistema constitucional, en los arts. 14, 28, 99 y 76 CN.

II.— El principio de legalidad.

La Corte Interamericana ha definido este principio como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución para ello. A él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al “ejercicio efectivo de la democracia representativa”, que se traduce en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común (1675).

(1672) La expresión *leyes*, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados (Corte IDH, OC 6/86, *ya cit.*, párr. 27).

(1673) *Ibidem*, párrs. 16 y 17.

(1674) *Ibidem*, párr. 38.

(1675) *Ibidem*, párr. 22. En esta línea argumental, la Corte IDH ha concluido que dicho principio se encuentra, “prácticamente en todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del Siglo XVIII, y que resulta consubstancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación” (*ibidem*, párr. 27).

En este orden de consideraciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, una de la más relevante, es que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución” (1676).

Sin perjuicio de este principio general, existen ciertas materias donde el principio de legalidad se ve acentuado, ya sea por esta Convención, o por nuestra propia Constitución Nacional.

1.— Principio de reserva de ley en materia penal y tributaria

En lo relativo a los alcances de dicho principio en materia penal, el art. 9 CADH expresamente dispone que *nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable*. Asimismo establece que *“tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”* y que *“si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”*. Este principio se encuentra receptado en el art. 18 de nuestra constitución en cuanto dispone que *ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa* (1677).

En materia tributaria obtiene su origen normativo en los arts. 4, 17, 75.1 y 2, y 52 de la Constitución Nacional, mediante los cuales el constituyente concede el poder tributario al Congreso en forma exclusiva, mientras que al Presidente sólo se le ha acordado la atribución de supervisar el ejercicio de la facultad del Jefe de Gabinete de Ministros de hacer recaudar las rentas de la Nación (arts. 99.10 y 100.7 CN).

En consecuencia, ninguna carga tributaria puede ser exigida sin la preexistencia de una disposición legal dictada por el Congreso (1678). El Poder Ejecutivo no puede crear el tributo alguno, ni incrementar la tasa prevista por

(1676) *Ibidem*, párr. 22. En igual sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considerando que cualquier acción que afecte los derechos básicos debe ser prescripta por una ley aprobada por el Poder Legislativo y debe ser congruente con el orden jurídico interno (CIDH, *Informe anual 1996*, Washington D.C., 1997, pág. 65).

(1677) A fin de profundizar los alcances del principio de reserva en materia penal en el Derecho argentino y la influencia que ha tenido la jurisprudencia interamericana e internacional en los precedentes de la Corte Suprema en la materia, acudir al comentario elaborado en esta obra por María Luisa Piqué al art. 9 CADH.

(1678) CSJN, *Video Club Dreams*, 1995, Fallos 318:1154, Cons. 12.

la ley (1679), debiendo sujetarse indefectiblemente a la letra y el espíritu de la norma legal (1680).

El ejercicio de facultades de carácter tributario se ha entendido como abarcativo de las materias tanto aduanera como impositiva, siendo, en todos los casos, competencia exclusiva del Poder Legislativo (1681). El principio de legalidad tributaria se ha aplicado también a la regulación de las zonas francas, cuya creación se inscribe en el marco de las cláusulas del progreso contempladas, actualmente, por los incs. 18 y 19 del art. 75 de la Constitución (1682).

En este sentido, la jurisprudencia ha resuelto que la delegación en materia tributaria y penal, se encuentra prohibida. Pero que aun cuando por vía de hipótesis se entienda permitida, ella debe tener límites precisos a fin de no perjudicar el principio de reserva de ley tributaria, el cual quedará salvaguardado sólo cuando la delegación contenga por lo menos los elementos básicos y estructurales del tributo —hecho imponible, sujetos pasivos y elementos necesarios para la fijación del *quántum*—, siendo suficiente a tales fines la emisión de directivas generales de tributación (1683).

(1679) De lo contrario estaría modificando un elemento determinante de la cuantía de la obligación tributaria (CSJN, *La bellaca*, 1996, Fallos 319:3400, Cons. 5.

(1680) CSJN, *Herrero Sanz*, 1973, Fallos 286:177, Cons 10.

(1681) CSJN, *Zofracor S.A.*, 2002, Fallos 325:2394, Cons. 5. Cabe advertir también que el fallo citado pareciera hacer extensivo dicho principio a las cuestiones vinculadas los aportes destinados al Régimen Nacional de la Seguridad Social. Si bien esta postura que no se advierte en forma concluyente de lo resuelto por la Corte, se condice con la sostenida por la generalidad la doctrina tributarista al respecto; ver CASAS, JOSÉ OSVALDO, *Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente. A partir del principio de reserva de ley tributaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, págs. 535 y 540; VILLEGAS, HÉCTOR, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 2003, Buenos Aires, Astrea, 2002, 8va ed., pág. 205; JARACH, DINO, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Buenos Aires, 2003, 3ra. ed., pág. 252; y GARCÍA VIZCAÍNO C., *Derecho Tributario. Consideraciones económicas y jurídicas*, t. 1, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, 3ra ed., págs. 147-8).

(1682) CSJN, *Provincia de Santa Cruz*, 2003, Fallos 326:859. En el caso, es declarada la inconstitucionalidad del dec. 520/95, por encontrarse en abierta trasgresión del marco legal en que debió operar el poder administrador excediendo lo dispuesto por el art. 9 de la Ley 24.331. El decreto citado extendió franquicias impositivas a lugares carentes de la condición singular de las zonas francas otorgada por ley, contrariando así el principio de legalidad en materia fiscal.

(1683) CN CAF, Sala V, 28-2-05, *Altos de Caseres S.A. c/ I.G.J.*, Cons. VII. Allí se recordó el requisito de la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar. Este principio impide la delegación de cosas que excedan la facultad del Poder Ejecutivo de reglamentar las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y máximo. Por lo demás, el Tribunal reitera que no se admite delegación legislativa en los términos del art. 76 CN, salvo en materias determinadas de administración o emergencia pública, por lo que, “aun cuando se admitiese por vía de hipótesis la delegación en materia penal o tributaria, ellas deberían reconocer limitaciones precisas que resguarden el peligro de que dicha práctica conduzca a la deslegaliza-

Puntualmente nuestra Corte Suprema ha sostenido, por unanimidad, que al tratarse de una facultad exclusiva y excluyente del Congreso, resulta inválida la delegación legislativa que autoriza al Jefe de Gabinete a fijar valores o escalas para determinar el importe de una tasa sin fijar al respecto límite o pauta alguna ni una clara política legislativa para el ejercicio de tal atribución. Asimismo ha agregado que los aspectos esenciales y sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales el art. 76 CN autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo (1684).

2.— *Otras materias amparadas por el principio de reserva de ley*

Existen otras materias sobre las cuales cabe preguntarse si resulta aplicable este principio de reserva de ley y cuál sería, en ese caso, su contenido concreto.

En tal sentido, la Corte Interamericana ha precisado que las restricciones permisibles directas o indirectas (1685) a la libertad de expresión, entendidas como causales de responsabilidad ulterior, deben cumplir con la exigencia de encontrarse *expresa y taxativamente definidas por ley*, y ser —no sólo proporcionales o racionales—, sino necesarias para asegurar los fines por ellas establecidos, (1686) en una sociedad democrática (1687).

En términos similares a los utilizados en materia de libertad de expresión, la Convención establece que también la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias (1688), el derecho de reunión (1689), el de asociación (1690) y el de circulación y residencia (1691) *únicamente* podrán estar sujetos a las restricciones previstas por la ley.

III.— Las competencias reglamentarias y legislativas del Poder Ejecutivo

1.— *Decretos Reglamentarios.*

El poder reglamentario se refiere a la facultad, en cabeza del Presidente, de dictar normas para la mejor ejecución de las leyes. No cabe admitir que

ción tributaria o penal”, en evidente contradicción con los principios de legalidad tributaria y penal tan enfáticamente pronunciados por la CN.

(1684) CSJN, *Selcro*, 2003, Fallos 326:425, Cons. 7 y 8.

(1685) Corte IDH, OC-5/85, *ya cit.*, párr. 47.

(1686) *Ibidem*, párr. 39.

(1687) *Ibidem*, párr. 44.

(1688) CADH, art. 12.3.

(1689) CADH, art. 15.

(1690) CADH, art. 16.2.

(1691) CADH, art. 22.3 y 22.6.

bajo este pretexto pueda alterarlas en su espíritu o efectuar aplicaciones que excedan su propósito expreso (1692).

En este orden de ideas, la conformidad que debe guardar un decreto reglamentario con la ley no consiste en una coincidencia textual entre ambas normas sino de espíritu (1693). Por ello, en general no vulneran el principio establecido en el art. 99.2 CN los decretos que se expiden para la mejor ejecución de las leyes, cuando la norma de grado inferior mantiene inalterable los fines y el sentido con que la ley haya sido sancionada (1694). Es la contradicción palmaria de la norma reglamentaria con el espíritu y los fundamentos de la ley formal la que invalida el decreto reglamentario (1695).

En el supuesto de que un decreto desconozca o restrinja de manera irrazonable los derechos que la ley reconoce (1696) o de cualquier otro modo subvierta su espíritu o finalidad se configurar un exceso del Poder Ejecutivo en el ejercicio de las funciones que le son encomendadas por la Constitución (1697).

Por lo demás, resulta evidente que si la ley objeto de reglamentación no deroga una norma de igual rango, su decreto reglamentario no podría hacer-

(1692) CSJN, *Sara Doncel de Cook*, 1929, Fallos 155:290.

(1693) Resulta provechosa, al momento de interpretar el espíritu de la ley, las discusiones receiptadas en el diario de sesiones de las Cámaras del Congreso, a fin de acudir a la voluntad del legislador y apreciar si en el caso concreto la Administración se ha excedido de sus funciones (CN Civ. y CF, Sala I, 20-02-03, *L., J.C. c/ Ministerio de Economía*, LL 2003-C, 460).

Sin embargo, en materia tributaria se ha entendido que sin perjuicio de que del análisis de los diarios de sesiones pudiera deducirse que la ley sólo otorgaba una determinada exención, lo cierto es que el artículo de la ley no efectúa diferenciación alguna, por lo que el Poder Ejecutivo incurrió igualmente en una extralimitación en las facultades reglamentarias de la ley. (TFN, Sala D, 6-5-03, *Torrente*, IMP 2004-5, 70.)

(1694) CSJN, *Barrose, Luís Alejandro*, 1995, Fallos 318:1707, Cons. 5 y sus citas.

(1695) CSJN, Centro Despachantes de Aduana, 1998, Fallos 321:2339, Cons. VIII del dictamen del Procurador General, a cuyos argumentos se acogió la Corte.

(1696) Un claro ejemplo de una restricción irrazonable de tal índole puede verse en CSJN, *Franco Rubén*, 1999, Fallos 322:1868. Allí se entendió que el hecho de que los adicionales reconocidos en el Dec. 628/92 no constituyan conceptos computables dentro del haber mensual desvirtuaba el sentido empleado en las palabras de la ley al acordarle la facultad para reglamentar su composición pues, tales asignaciones no constituían sumas meramente accesorias o adicionales sino que representaban una parte sustancial de la remuneración del personal, omitida la cual, las expresiones “haber” o “sueldo” dejarían en sí mismas de tener significación (conf. Cons. 12).

(1697) CSJN. *Provincia del Chaco*, 2003, Fallos 326:3521, Cons 3. En el caso, la Corte rechazó la pretensión, por considerar que el criterio utilizado en la reglamentación por el Poder Ejecutivo para distribuir regalías hidroeléctricas se funda en una razonable interpretación reglamentaria del régimen federal, toda vez que no altera sus fines y el sentido que le fue acordado.

lo sin excederse en tales facultades (1698) ni contrariar lo dispuesto por el art. 30 CADH.

En definitiva, el decreto reglamentario será válido, en tanto reglamente los derechos y garantía regulados por la ley formal en los términos del art. 30 CADH, ya que en la medida que exceda o contradiga su texto, sentido, fundamento o espíritu será reputado inconstitucional.

2.— *Decretos Delegados*

No siempre resulta sencillo distinguir conceptualmente los decretos reglamentarios o de ejecución, de los decretos delegados. Puede decirse que los primeros reglan los *detalles de la ley*, mientras que los segundos regulan *cuestiones sustanciales*, de acuerdo con las bases de la ley, pero en sustitución de competencias legislativas (1699).

La Corte Interamericana ha entendido que el principio de legalidad enunciado en el artículo en análisis no se contradice, necesariamente, con la posibilidad de delegaciones legislativas. Detallando como requisito de validez para tales delegaciones que estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención (1700).

En este aspecto, el sistema jurídico argentino, luego de la reforma constitucional de 1994, ha ajustado sus cláusulas, en principio, a lo delineado por la Corte Interamericana casi diez años antes.

Actualmente, el art. 76 de la Constitución permite, a modo de excepción, que el Poder Ejecutivo ejerza, vía delegación, facultades legislativas (1701) en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el

(1698) CSJN, *Craviotto Gerardo Adolfo*, 1999, Fallos 322:752. Sin perjuicio de lo cual, también se ha sostenido que la existencia de exceso reglamentario debería buscarse en la eventual alteración de los principios fijados por la ley en que reposa la validez de ese decreto, y no en las excepciones que podría originar respecto de otras normas legales. (CSJN, Pérez Companc, 2000, Fallos: 323:2395).

(1699) BALBÍN, CARLOS, *Reglamentos Delegados y de Necesidad y Urgencia*, Buenos Aires, La Ley, 2004, 1ª ed., pág. 277.

(1700) Corte IDH, OC 6/86, *ya cit.*, párr. 36.

(1701) El concepto de facultad legislativa importa, puntualmente, la competencia otorgada a determinado órgano del Estado para regular y aplicar en forma directa las restricciones permitidas por las normas de jerarquía constitucional (Constitución Nacional y tratados receptados en el inc. 22 del art. 75 CN) al goce y ejercicio de los derechos y libertades en ellas reconocidos, mediante una norma de carácter general, que se encuentre sustentada por razones de interés general y cumpla el propósito para el cual dichas restricciones ha sido establecidas.

Congreso establezca. Por su parte, su art. 100, inc. 12 establece que los decretos delegados deberán encontrarse refrendados por el Jefe de Gabinete y los sujeta al control de la Comisión Bicameral Permanente creada por su art. 99, inc. 3 (1702).

Cabe sin embargo, efectuar alguna llamada de atención respecto del sistema de control implementado por el *Régimen legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de Leyes*, Ley N° 26.122. Ello es así por cuanto, como se ha visto, la Corte Interamericana ha condicionado la validez del ejercicio de la potestad delegada a que esté sujeto a *controles eficaces, de manera que no pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención*. En tal sentido, si bien la citada ley no lo recepta de este modo, podría argumentarse que, a fin de garantizar la señalada eficiencia, el silencio por parte del Congreso, transcurrido un plazo que exceda lo razonable, traería aparejada una presunción de inconstitucionalidad, cuya prueba en contrario estará a cargo del Poder Ejecutivo (1703).

3.— *Los decretos de necesidad y urgencia. Su validez y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*

Tal como se explicara, los derechos deben ser regulados por leyes formales del Congreso. En cuanto a este aspecto, si bien la Corte Interamericana ha dado lugar, en forma excepcional, al ejercicio de delegaciones legislativas al Presidente, nada ha dicho respecto de los decretos de necesidad y urgencia (DNU).

Cabe preguntarse entonces, si esta práctica cada vez más generalizada en nuestro país, puede considerarse como contraria al principio de legalidad sentado en el art. 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El art. 99, inc. 3 de nuestra Constitución circunscribe el ejercicio directo de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo a la existencia de un sustrato fáctico excepcional que, dada la necesidad y urgencia que le es pro-

(1702) El análisis y origen de la delegación legislativa puede estudiarse en GORDILLO, *op. cit.*, cap. VII, § 13, págs. VII- 31-35. Asimismo, desde otras perspectivas, véase BALBÍN, *op. cit.* y BARRA RODOLFO CARLOS, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Principios Fuentes*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 2002, 1ª ed., cap. IX, § 102-120, págs. 465-558. y cap. X, §131-2, págs. 600-612, entre otros.

(1703) Tal presunción ha sido utilizada por la Corte Suprema en cuestiones relacionadas con discriminación, censura previa e interpretaciones o normas que atenten con la intangibilidad del patrimonio por ordenar el pago de una deuda ajena. CSJN, *Hoofst Pedro; Gottschau; RAD.; Mantecón Valdés; Partido Nuevo Triunfo*, ya citados; S., *V. c/ M., D. A.*, 2001, Fallos 324:975, Votos de los Dres. Moliné O'Connor y López, del Dr. Fayt y Disidencia del Dr. Petracchi; *Escudero, Segundo Rosas*, 2000, Fallos 323:2552; *Rodríguez Juan Ramón*, 1993, Fallos 316:713, *Servini de Cubría María*, 1992, Fallos 315:1943; *Verbitsky Horacio*, 1989, Fallos 312:916, Disidencia del Dr. Fayt; *Repetto Inés María*, 1988, Fallos 311:2272.

pia, hiciere imposible seguir los trámites ordinarios por ella previstos para la sanción de las leyes (1704).

Como puede verse, dicho sustrato guarda una clara similitud con el que habilita, también excepcionalmente, la suspensión de garantías (1705) contemplada por el art. 27 de la Convención.

Allí se dispone que, frente a una emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

En cuanto a los efectos institucionales de dichas circunstancias, la Corte Interamericana ha declarado que ellas no autorizan a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que, en todo momento, deben ceñirse. Pero aclara que, encontrándose suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, aunque no deben considerarse inexistentes (1706).

La Corte IDH introduce así la noción de *legalidad excepcional*. En este orden de ideas, los DNU constituyen el modo en que la Constitución argentina ha regulado y sistematizado el ejercicio de dicha noción frente a situaciones de emergencia sociales que no alcanzan un grado o entidad suficiente, como para justificar el remedio del estado de sitio asentado en su art. 23 (1707).

(1704) CSJN, *Verrocchi, Ezio Daniel*, 1999, Fallos 322:1726, Cons. 9.

(1705) Resulta oportuno aquí recordar que el principio de legalidad ha sido entendido por la propia Corte Interamericana como *una de las más relevantes garantías* enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona (Corte IDH, OC 6/86, *ya cit.*, párr. 22)

(1706) Ello por cuanto debe reconocerse que la suspensión de garantías constituye una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho, ni tampoco que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Pues, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables (Corte IDH, OC 8/87, *ya cit.*, párr. 24 y su cita).

(1707) Recuérdese que dicho remedio únicamente será procedente ante conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella.

Encontrar la justificación y legitimidad de los DNU en el artículo 27 de la CADH, puede conllevar, sin embargo, importantes restricciones a las facultades presidenciales contempladas por la Constitución.

Por un lado, dicha norma recepta como materias vedadas, las que versen sobre el *derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica*, el *derecho a la vida*, a la *integridad personal*, sobre la *prohibición de la esclavitud y servidumbre*, la *libertad de conciencia y de religión*, la *protección a la familia*, el *derecho al nombre*, el *derecho del niño*, el *derecho a la nacionalidad* y, finalmente, los *derechos políticos* en general. Ello por cuanto, se prohíbe que los derechos enunciados sean suspendidos por más grave que sea la emergencia, (1708) ni en sus aspectos materiales y formales.

Por el otro, también podría implicar que las medidas dictadas mediante dichos decretos deberán ser sometidos al examen de estricta necesidad detallado en el título I.1.i) del presente comentario.

Pues, podría considerarse que si la CADH establece las condiciones enunciadas frente a hechos o situaciones de peligro tan pronunciadas como situaciones de guerra y de peligro público, podría entender que serán exigibles, en mayor medida, frente a emergencias económico-sociales que, por definición, ostentan una menor envergadura respecto de aquéllas en donde peligra la seguridad de las personas y del propio Estado junto con su independencia y soberanía.

Resultan pertinentes, para finalizar este comentario, las palabras expresadas en el voto de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti en el caso “Asociación Bancaria Sociedad de Empleados de Banco”, en el sentido que “La prudencia aconseja volver a un criterio estricto en el control procedimental y sustantivo de la legislación de emergencia, de modo de asegurar una efectiva participación del Congreso Nacional, una temporalidad real de las medidas, así como una proporcionalidad de aquellas que no afecte la tutela constitucional del contrato” (1709).

(1708) Corte IDH, OC 8/87, *ya cit.*, párr. 21.

(1709) CSJN, *Asociación Bancaria Sociedad de Empleados de Banco*, 2006, Fallos 329:5044.

LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU PROYECCION EN EL DERECHO ARGENTINO



DIRECTOR

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

AUTORES

CRISTINA ADÉN, ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA,
JORGE AMOR AMEAL, CAROLINA S. ANELLO,
MARÍA ELEONORA CANO, AYELEN ARGELIA CASELLA,
JOSEFINA COMUNE, SANTIAGO EYHERABIDE, DIEGO FREEDMAN,
AGUSTINA FREIJO, SANTIAGO J. GARCÍA MELE, LUCAS GUARDIA,
SONIA SOLEDAD JAIMEZ, JESSICA MOIRA KAWON,
FEDERICO LAVOPA, PABLO LEPERE, DANIEL LEVI,
NATALIA M. LUTERSTEIN, ANGELINA GUILLERMINA MEZA,
MARIÁNGELES MISURACA, DIEGO M. PAPAYANNIS,
NICOLÁS M. PERRONE, ROMINA VERÓNICA PETRINO,
MARÍA LUISA PIQUÉ, LUCIANA T. RICART,
VANESA FLAVIA RODRÍGUEZ, SHUNKO ROJAS,
SEBASTIÁN SCIOSCIOLI, FEDERICO THEA,
LEONARDO TOIA, ALEJANDRO TURYN



LA LEY

Alonso Regueira, Enrique M.
Convención Americana de Derechos Humanos y su
proyección en el Derecho Argentino.. - 1a ed. - Buenos Aires :
La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de
Derecho, 2013.
608 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2415-7

I. Derecho Público. I. Título
CDD 340.9

Copyright © 2012 by Facultad de Derecho U.B.A. Av. Pte.
Figuerola Alcorta 2263 (C1425CKB) Buenos Aires

Copyright © 2012 by La Ley S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados Ninguna parte de esta
obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o
mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin
el previo permiso por escrito del Editor

Printed in Argentina

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723