AGUSTÍN GORDILLO
ADELINA LOIANNO, GREGORIO FLAX
GUILLERMO A. GORDO, MARCELO LÓPEZ ALFONSÍN
MARCELO FERREIRA, CARLOS E. TAMBUSSI
ALEJANDRO RONDANINI, GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA

DERECHOS HUMANOS

5ª edición

www.gordillo.com

FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

D E R E C H O S H U M A N O S

AGUSTÍN GORDILLO
ADELINA LOIANNO, GREGORIO FLAX
GUILLERMO A. GORDO, MARCELO LÓPEZ ALFONSÍN
MARCELO FERREIRA, CARLOS E. TAMBUSSI
ALEJANDRO RONDANINI, GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA

DERECHOS HUMANOS

5° Edición

www.gordillo.com

FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Buenos Aires
2005

Pertenecen a ADELINA LOIANNO el acápite III del capítulo III, el acápite II del capítulo IV y el capítulo XIX; a GUILLERMO A. GORDO el capítulo V; a GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA el capítulo VI y el capítulo VII; a CARLOS E. TAMBUSSI el capítulo IX; a MARCELO FERREIRA el capítulo X y el capítulo XV; a MARCELO LÓPEZ ALFONSÍN y CARLOS E. TAMBUSSI el capítulo XIII; a ALEJANDRO RONDANINI el capítulo XIV; a GREGORIO A. FLAX el capítulo XVIII. Las restantes partes del texto pertenecen a AGUSTÍN GORDILLO. La Fundación agradece a todos los autores su desinteresada y generosa contribución.

1° edición, 1990
Reimpresión 1992
2° edición, 1996
Reimpresión 1997
3° edición, 1998
4° edición, 1999
5º edición, 2005

I.S.B.N.: 950-9502-36-7

Copyright by *Fundación de Derecho Administrativo*
Viamonte 749, piso 10, of. 8, Buenos Aires, Argentina
Hecho el depósito que marca la ley 11.723
Impreso en la Argentina
Los derechos patrimoniales de autor por la presente edición
pertenecen exclusivamente a la *Fundación de Derecho Administrativo.*
La *Fundación* agradece la generosa y desinteresada contribución
de los coautores.

Este libro puede consultarse gratuitamente en **www.gordillo.com**
pudiéndose utilizar su material con cita del autor y editor, título de la obra,
sitio en la www., capítulo y parágrafo o nota utilizado.
El autor agradecerá cualquier sugerencia o crítica a esta obra en los e-mail:
gordillo@fibertel.com.ar; agustin@gordillo.com

Capítulo I

LOS DERECHOS HUMANOS EN UN MUNDO NUEVAMENTE EN CRISIS Y TRANSFORMACIÓN

1. *La democratización de la administración, la constitucionalización del derecho administrativo, la internacionalización*[1] *de los derechos humanos*

Los pactos internacionales suscriptos por nuestro país, y otros del continente, han intentado sin duda crear un "*sistema*" de derechos humanos, garantías individuales o libertades públicas. Pero sólo tiene sentido la búsqueda de bases para crear en la realidad un *sistema* viviente, en caso que no exista. Ello supone también, necesaria y simultáneamente, denunciar las asistematicidades dentro del orden jurídico y con respecto a su funcionamiento real.

En nuestros países hemos tenido, en distintos momentos del siglo XX, largos períodos de oscurantismo autoritario, con supresión o debilitamiento de los mecanismos básicos de representación, participación, libertad, opinión pública, control, responsabi-

[1.1] Si bien la frase *internacionalización de los derechos humanos es* de uso común y la encontramos por ejemplo en PADILLA, MIGUEL ÁNGEL, *Lecciones sobre derechos humanos y garantías. Apéndice*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, pp. 34 a 36, el lector advertirá importantes diferencias jurídicas en cuanto a su alcance práctico, como explicamos en el capítulo II. Así en materia de supraconstitucionalidad, irreversibilidad del derecho supranacional en materia de derechos humanos, obligatoria aplicación directa e inmediata en el orden interno por los jueces y la administración etc. Un mayor desarrollo puede encontrarse en nuestro *Tratado de derecho administrativo,* tomo 1, 8° ed., Buenos Aires, FDA, 2003, capítulo VI.

lidad, etc. Por lo tanto, que los derechos humanos hayan casi perecido en estos momentos históricos no puede sorprender a nadie.

La mayor parte de nuestros países ha emergido de las autocracias, y se han restituido en muchos de ellos los mecanismos democráticos. Incluso muchos han suscripto la sumisión al orden jurídico supranacional de los derechos humanos. Han pervivido sin embargo en cada sistema jurídico interno una enorme cantidad de trazos derivados de los períodos autoritarios. Por momentos cabe preguntarse, por lo menos entre nosotros, si ha tenido impacto o repercusión *práctica* la suscripción de los tratados internacionales. Por cierto que no cabe ser tan pesimista, pero sí corresponde señalar que el objetivo de un sistema eficaz y eficiente de derechos humanos, se halla muy distante de poder ser concretado en la realidad.

En otras palabras, el funcionamiento normal de la democracia política, cuando ocurre, no ha garantizado automáticamente, ni podía quizás haberlo hecho, una paralela y consecuente democratización de la administración, un respeto generalizado de las libertades públicas y derechos individuales, sea por la administración o por los particulares entre sí, ni la vigencia interna de los tratados suscriptos solemnemente ante la comunidad internacional.

Han subsistido una *administración y* una *sociedad* autoritarias dentro de un contexto político superficialmente democrático en cuanto a las grandes líneas —de existir un sistema de partidos políticos, funcionar los tres poderes del Estado, existir prensa libre, haber elecciones libres, etc. Es en ese contexto, y no en otro imaginario, que tenemos un esquema *normativo* básico de derechos humanos, libertades públicas, garantías y derechos individuales: normativo, pero no viviente, vigente, ni eficaz.

No son pocos los logros si miramos para atrás en la historia. Pero no son significativos si miramos hacia el futuro.

Más aún, completado el paso en muchos países de un estado preconstitucional (sea por no tener Constitución vigente, o no tenerla con contenido democrático) al estado constitucional, la

constitucionalización no ha llevado tampoco en forma completa e integral al sistema de derechos humanos, ni por lo tanto al derecho administrativo, civil, penal, etc. ¡Qué duda cabe que tampoco pueda describirse como vigente un sistema de pactos internacionales de derechos humanos! Tampoco ha llegado, pues, la supranacionalidad al derecho interno.[2]

Tenemos así un estado de cosas en el cual el derecho civil, penal, administrativo, es a veces preconstitucional y pre— supranacional, con supervivencia legal, jurisprudencial y doctrinaria de muchos rasgos autoritarios. Ello depende de los países y las épocas. A la vez, los derechos individuales no son tutelados eficazmente por la justicia, al par que la administración sigue —con consenso social— siendo autoritaria en múltiples formas de comportamiento. Ni el derecho público o privado han resultado aptos para dar una propuesta eficaz al problema. Y a veces ni siquiera para formular una propuesta, al menos teóricamente correcta, en el marco de una forma de gobierno definida como democrática.

Son tantas la posibilidades de exceso administrativo y privado sobre los derechos individuales, tan pocos los controles y limitaciones efectivamente operantes, que no está en modo alguno logrado un equilibrio aceptable entre libertad y autoridad. Todo ello cuando funcionan, al menos en apariencia, los *órganos* de control específico. El derecho viviente está sesgado inequívocamente a favor de la autoridad y en desmedro de la libertad.

Es así, básicamente, un derecho de la administración, de la autoridad, del poder, pensado las más de las veces por y para aquélla, y raramente por y para el individuo. Más aún, quienes intentan restablecer el equilibrio entre autoridad y libertad son a veces criticados por hacer supuestamente "un derecho del administrado" y no de la administración. A ello se lo considera —en la realidad del desfasaje existente— equivocado, cuando es el sesgo contrario el claramente disvalioso frente a la realidad descripta. Defender los derechos humanos es, para muchos, atacar la socie-

[1.2] Ver el capítulo VI de nuestra obra citada en la nota anterior.

dad, el orden constituido, las instituciones, la seguridad jurídica, la paz social, cuando no integrar las bandas de delincuentes subversivos. Nadie califica ni denigra de tal modo a quienes atacan o transgreden los derechos individuales. Sin embargo ello sí lesiona las instituciones, pone en peligro la paz y el orden social, crea inseguridad jurídica, echa leña al fuego de las mentes calenturientas de quienes creen que la sociedad se puede mejorar con la violencia y la muerte. Los mensajeros de la muerte, como siempre, se unen, y a veces son una misma persona en distintos roles. Piense un poco el lector y encontrará rápidamente en su memoria los ejemplos personificados.

2. *Experiencias y conflictos. Su influencia asistemática*

Las experiencias concretas contribuyen al aumento del desequilibrio descripto y no a su corrección. Es difícil o prácticamente imposible pedirle al magistrado, funcionario público o abogado particular que tiene que resolver aquí y ahora un problema de derecho positivo, que tenga presente el marco conceptual y sistemático en el cual su solución habrá de insertarse. O que perciba el contexto social y político y procure ayudar en el caso concreto al progreso y a la paz social, y no convertirse en otra pequeña parte de este gran problema.

Cada uno resuelve el problema concreto sin visualizar necesariamente al propio tiempo toda una suerte de filosofía general de la disciplina y del orden jurídico nacional y supranacional. Pues bien, ¿cómo se presentan los datos de la realidad que recoge el derecho en su aplicación material, cuáles son los conflictos reales más frecuentes entre autoridad y libertad, administración y administrado? ¿Cómo se resuelven los casos en que están en juego derechos humanos?

2.1. *Los funcionarios públicos*

En una primera situación, que cuantitativamente es importante y cualitativamente determinante, se trata de la perspectiva que de

los conflictos tienen quienes ejercen concretamente el poder público: los funcionarios y autoridades públicas, los concesionarios y licenciatarios del poder. Obviamente, es casi imposible que no tengan un sesgo proclive al poder que precisamente están ejerciendo en un momento dado.

2.2. *Las grandes empresas*

Una segunda percepción, poco significativa desde el punto de vista de su utilidad sistemática, se da en los conflictos que puedan tener con la administración las grandes o medianas empresas y los grupos económicos relativamente fuertes. En estos supuestos, el "administrado" suele hacer una muy buena y eficaz utilización de los recursos y remedios que le brinda el orden jurídico; está atento a la defensa de sus derechos, y hace además uso de todos los mecanismos informales de influencia y relación con la administración pública. En estas situaciones el conflicto autoridad—empresa se resuelve ya sea con cierto equilibrio, a favor de la segunda parte de la ecuación y no de la primera, a la inversa.

Lo interesante del caso es que este grupo de personas jurídicas no tiene en principio la tutela del Pacto de San José de Costa Rica, pues éste comprende principal o exclusivamente a las personas físicas.

2.3. *El público en general: usuarios, consumidores, etc.*

El tercer grupo de situaciones es a la vez el mas numeroso y el peor resuelto, y aquel que determina la mayor cantidad de defectos del sistema: es el de la enorme masa de ciudadanos, profesionales, empleados, obreros, amas de casa, jubilados y pensionados, pequeños empresarios, desempleados, estudiantes, etcétera, que carecen de la eficiente defensa de sus derechos del anterior grupo y sin embargo tienen *per capita* la mayor cantidad de relaciones potencialmente conflictivas con la administración.

Son simples usuarios de los servicios públicos de transporte colectivo, teléfonos, gas, electricidad, correos, educación, televisión, salud, previsión social, etc.

Son los marginados sociales que están al borde o afuera del sistema, en precario e inestable equilibrio de supervivencia, por lo tanto en conflicto actual o potencial con las fuerzas de seguridad, la represión, el sistema penal y carcelario.

Son los consumidores, clientes forzosos de las empresas públicas del Estado que producen y venden determinados productos; son los que deben acudir a las múltiples mesas de entradas para hacer colas y ser atendidos por los funcionarios de más bajo rango de que dispone la administración, para llenar formularios que no siempre comprenden, para traer papeles y cumplir recaudos que les exceden en relación al tiempo que sensatamente pueden dedicarle a cada uno de tales problemas de su vida cotidiana.

2.4. *Resumen comparativo*

2.4.1. *Los funcionarios*

Comparando los tres grupos de experiencias concretas, y analizando la forma en que habitualmente se las vive y se las percibe, podemos señalar sin temor a equivocarnos que en el primer grupo, el de los funcionarios, las vivencias que tales actividades suelen generar son potencialmente de alto contenido espiritual. Se trata de colaborar a la realización del bien público colectivo, al desarrollo y cambio social o económico, la redistribución de la riqueza, o lo que para cada uno sea el bien concreto de la colectividad contemplado desde su punto de vista, el del ejercicio activo y concreto del poder público.

En tal perspectiva, el administrado no suele ser sentido como el titular real de una red de derechos y garantías que puede ejercer activamente, sino que más bien puede ser percibido, global y genéricamente como objetivo final, feliz destinatario y pasivo recipiendario de las bondades que se realizarán desde el poder; o como el "mezquino interés individual" que en el caso hay que violar lamentablemente para poder realizar el "interés público" y el bien colectivo. En ambos supuestos, la perspectiva sigue siendo la preocupación del poder, no la del administrado de carne y hueso que hace individualmente la cola o utiliza anónimamente el servicio.

2.4.2. *Las grandes empresas*

En relación a la segunda clase de vivencias, las empresas fuertes, si bien perciben con claridad cuál es el tipo de disfuncionalidad que padece el derecho viviente, cuentan con más y mejores recursos para luchar contra ellas.

Por de pronto, realmente se emplean con alguna frecuencia los medios de defensa que el orden jurídico pone a disposición de los administrados: se recurre y reclama ante la administración, se acciona ante la justicia por la nulidad de los actos administrativos, se demanda la responsabilidad pecuniaria de la administración y sus agentes, etc.

Por sobre todo, se ejerce también la influencia sobre el poder (el trato directo, la negociación, etc.) que contribuye, buena parte de las veces decisivamente, con más el empleo de los remedios jurídicos, a dar una solución más o menos razonable al problema.

En este segundo grupo de experiencias, si bien se conoce perfectamente el desequilibrio del sistema, los particulares están en mejores condiciones, en los casos concretos, de enfrentar con algún éxito su disfuncionalidad.

2.4.3. *El usuario, consumidor, etc.*

En relación a la cantidad de situaciones concretas que se presentan, el tercer grupo es abrumadoramente más numeroso. (Usuarios, consumidores, público en general, etc.) Y a su vez son mas las personas que en el ámbito jurídico lo intentan encarar desde el plano dogmático del derecho civil, constitucional, penal, administrativo, etc. Ahí debe poner su énfasis, y ahí encuentra una de sus primeras justificaciones metodológicas, el estudio especifico de los derechos humanos, derechos individuales, libertades públicas.

Es el individuo aislado, el cliente forzoso de los servicios administrativos, el sujeto pasivo del poder estatal, el que a veces no sabe llenar siquiera un formulario, no tiene tiempo para ir a una oficina pública ni persona a quien enviar, el usuario de todos los servicios públicos que por la escasa importancia económica del problema encuentra que no hay quien pueda ocuparse de ayudar-

le a encarar y resolver el conflicto jurídicamente; a veces él mismo da por perdida la batalla sin siquiera haber consultado a ningún abogado.

Son los millones de ciudadanos que tienen contactos y problemas diarios con los millares de funcionarios y autoridades, sin tener posibilidad efectiva de lograr un razonable equilibrio entre su libertad v la autoridad. Sin lograr tampoco que se despierte en todos los demás actores del conflicto (funcionarios, magistrados, letrados) una constante y permanente preocupación por resolver su situación individual y concreta dentro del conjunto del sistema jurídico, por preservar, valorizar o incrementar sus derechos en la vida cotidiana.

2.4.4. *El medio ambiente y su progresivo deterioro*

Tampoco se reconoce fácil legitimación a los que quieren luchar por la preservación y mejoramiento del medio ambiente y los recursos naturales depredados y en progresivo deterioro aparente.

3. *Otras influencias asistemáticas*

3.1. *La influencia asistemática de la justicia*

En lo que precede hemos hablado de vivencias de conflictos, y cómo ellas influyen en un determinado modo de ser asistemático del procurado sistema de derechos humanos, libertades públicas, garantías individuales frente al poder.

Sin embargo, cabe agregar que hay también otras vertientes asistemáticas que vienen a introducirse más clínicamente, sin emotividad alguna perceptible, casi diríamos fríamente.

La primera ha sido destacada para el caso del Consejo de Estado francés por el magistral RIVERO, y consiste en dictar sentencias que, si son buenas, sirven para la historia, para la formación del pensamiento jurídico científico, para la cátedra y para la ciencia, pero no para la resolución eficaz de los problemas que se le someten.

Porque, claro está, redactar sentencias que sirven a los libros, pero no a los sentenciados, no es precisamente una forma de contribuir a la formación de un derecho publico y privado viviente, justo y eficaz. Lo mismo les pasa, desde luego, a la inmensa mayoría de los tribunales administrativos o judiciales en el resto del mundo.

Que los tribunales hagan a veces sentencias de cátedra, pero en numerosos casos omitan resolver la causa por factores formales, o dicten sentencia tan tardíamente que la cuestión ha perdido ya todo interés y toda utilidad práctica para el justiciable, ésa es una de las formas más usuales de confundir el rol de la justicia con el rol de la cátedra. Esto, sin entrar todavía al detalle de todo el disfuncionamiento de la justicia en su rol de control de la administración y tutela de los derechos de los administrados.

Y ello sin entrar tampoco a detallar que muchas veces parecen carecer del impulso vital de hacer progresar el control y la democratización de la administración con ideas renovadas, con cambios y progresos hacia el futuro, y se contentan con repetir las viejas fórmulas del pasado. En una palabra, en llevar la prudencia a un defecto, al quietismo y al inmovilismo conceptual.

3.2. *La influencia asistemática del legislador*

La segunda colaboración asistemática proviene de los parlamentos. A veces dictan leyes que vienen a suplir el quietismo jurisdiccional; un ejemplo de ello son las leyes que se han ido dictando recientemente en el mundo sobre acceso de la sociedad a los documentos y archivos estatales. En verdad una jurisprudencia que aplicara directamente obvios preceptos y principios constitucionales de publicidad, defensa en juicio, debido proceso, democracia, etc., hubiera debido ser más que suficiente para destruir la supervivencia medieval del secreto de Estado. No existe razón alguna concreta que pueda justificarlo; pero de todos modos, a veces los parlamentos y las cortes hacen avanzar el derecho en estas materias.

Otras veces, los parlamentos se contentan con dedicarse a tantos otros problemas, que olvidan el de corregir las deficiencias

jurídicas estructurales del sistema de control de la administración, en cuanto a los individuos aislados que a diario se vinculan con ella.

En ocasiones, dejan también impertérritos que subsistan normas dictadas por gobiernos autoritarios, librando a la justicia el lento rol de ir poco a poco declarándolas inconstitucionales o adecuándolas a los tiempos.

Con todo, la justicia siente a veces que se le quiere encomendar más esfuerzo que el que le corresponde, y que al fin de cuentas el parlamento debería contribuir más a la democratización del derecho, si de ello se trata. El inmovilismo y el tradicionalismo se realimentan así recíprocamente.

3.3. *La influencia, asistemática de la doctrina*

Dejamos para el final, obviamente, a los que se aproximan al sistema de los derechos humanos, garantías individuales y libertades públicas no por vocación política ni como actores necesarios del proceso administrativo, legislativo o jurisdiccional, sino por vocación de análisis objetivo o científico: los autores y profesores de derecho administrativo, civil, constitucional, penal, derechos humanos o libertades públicas cuando existe como disciplina autónoma, etc.

En el lento progreso hacia la democratización de la administración y constitucionalización del derecho, e incorporación real y efectiva del país a la comunidad de naciones civilizadas (que no sólo se someten formalmente, sino que además con sus comportamientos de los tres poderes acatan intrínsecamente el sistema supranacional de derechos humanos) pareciera que la mayor responsabilidad por contribuir a dicho progreso debiera objetivamente corresponderle a este sector de la sociedad.

Claro está, su primera eximente es que no tiene ningún rol activo en la resolución de conflictos: el profesor no puede dictar actos administrativos arbitrarios (salvo las notas, quizás), no resuelve pleitos o litigios entre administración y administrados (salvo la doctrina que aporta con sus libros y artículos), no hace leyes

(salvo cuando aconseja o contribuye a su preparación); no lesiona él mismo derechos humanos (salvo si discrimina entre sus alumnos, o como jurado; o si invade la privacidad de sus colegas con vivaces artículos *ad hominem*; todo ello, desde luego, muy raro). Por todo lo expuesto, pareciera *prima facie* el grupo social menos responsable del estado de cosas que en este libro analizamos.

Pero si los académicos y doctrinarios no asumen sobre si la carga de la renovación y critica constante de las ideas, ¿quién lo habrá de hacer por ellos? O dicho de otra manera, ¿quién tiene en la sociedad más deber moral de producir ideas nuevas que mejoren el sistema jurídico?

Si no son los escritores y profesores, si estos se limitan a informar o explicar el orden legal o jurisprudencial constituido, a repetir lo que las leyes y sentencias ya han resuelto antes que ellos, y omiten criticar los vacíos y los errores de ambos; si interpretan las normas de los pactos internacionales como siempre "programáticas" en cada caso concreto "difícil" que les toca resolver, y sólo se animan por la operatividad en casos sin riesgo social alguno para ellos, como el *solve et repete*, entonces se produce un reciclaje constante de las mismas viejas ideas.

Se enseña al alumno de hoy, magistrado o legislador de mañana, las ideas y principios aprendidos del pasado ya insuficientes en la sociedad de hoy, a más de violatorios del orden jurídico supranacional interpretado con un mínimo de sentido de contemporaneidad y futuro, con una sensata dosis de buena fe internacional, con la mirada puesta en el horizonte del mundo y no en la vereda de enfrente. Se enseña mirando hacia el atrás que fuera condenado, convertidos en estatuas de sal, pero todavía transmitiendo lo que debieran haber abandonado en su espíritu.

El cambio se produce de vez en cuando, sí, y se expone fielmente; pero, ¿cuántas veces la doctrina se adelanta al cambio, se apresura a señalar la disfuncionalidad concreta del sistema de defensa de los derechos humanos, se compromete a enseñar a pensar en una perspectiva democrática y humanista, antes que contentarse con describir un mecanismo existente aunque defec-

tuoso y a veces perderse en especiosos análisis de algún detalle técnico interpretativo que con razón comienza por no interesar siquiera a los propios discípulos?

No es malo, sino tardío, sólo felicitar desde la cátedra los adelantos operados en la administración, la legislación o la justicia; lo que resulta más necesario, en cambio, es proporcionar desde la cátedra las ideas nuevas que puedan servir al cambio y al progreso jurídico y social.

Nadie va a modificar por si solo nada, ciertamente. Todo cambio es fruto de una larga y compleja labor colectiva. Pero la parte que en ello le corresponde a la doctrina es así la de adelantarse a indicar el sendero y advertir sus peligros, no la de venir historiando lo que ha pasado antes, el camino recorrido, las "verdades" ya oficializadas por el uso colectivo, sin indagar cuántas falsedades ocultan.

En esta línea hemos querido siempre hacer nuestra producción científica; esto es lo que nuevamente queremos resumir y proponer como idea fuerza en la presente obra. Sepa el lector fiel, si existe, perdonar las reiteraciones e insistencias en relación a lo antes publicado, y rescatar si es posible lo que pueda hallar de nuevo.

4. *El problema sistemático en una crisis estructural y en una época de naturaleza finalmente adversa*

Obsérvese, por fin, que no hablamos aquí de la eventual solución de fondo, obviamente inalcanzable en un mundo en crisis en el cual: 1°) el desempleo o paro se torna a veces estructural, 2°) el servicio de la deuda externa de muchos países absorbe todo crecimiento posible en términos reales, 3°) y en general sólo resta una administración de la crisis, la pobreza y la austeridad, en lugar de una administración distributiva, del desarrollo, del crecimiento, de la prosperidad.[1] 4°) Agreguémosle los datos de una naturaleza que parece pronosticar *a)* sequías mayores, *b)* recalentamiento de la

[4.1] Desarrollamos todo ello en el capítulo IV de nuestro citado *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, 8° ed., 2003.

atmósfera, *c)* disminución de la producción de oxígeno, *c)* potenciamiento de la penetración de los rayos ultravioletas por debilitamiento o agujeros de la capa de ozono, *d)* aumento de la producción de dióxido y monóxido de carbono, *e)* de las emanaciones de tetrahetilo de plomo, *f)* elevación eventual de la superficie de los mares con inundación de ciudades costeras, y veremos, 5°) que un Estado empobrecido y endeudado no tiene ya prognosis buena, y que sus habitantes deberán enfrentar crecientes dosis de austeridad, exigencia, esfuerzos supremos de autosuperación aún en la adversidad, necesidad de adaptación al cambio tecnológico en situación de pobreza y subdesarrollo, aumento de sus dosis de sacrificio individual y social, para comprender cuán adversos se presentan a nuestros jóvenes y a los por nacer el ahora y el futuro inmediato de las próximas dos o tres décadas al menos.

Pero aún sin hallar en lo inmediato solución económica o social de fondo a tales problemas, puede al menos corregirse el desfasaje de legitimación democrática que significa no darles tampoco a tales sectores sociales (en cuanto ello sea materialmente posible) medios efectivos, sencillos, accesibles, de lograr el mayor equilibrio posible, o al menos el menor desequilibrio real, entre autoridad y libertad, entre administración y administrado, entre vigencia u olvido de los derechos humanos.

Para todos esos millones de personas no habrá posiblemente solución mágica que elimine las desigualdades económicas y sociales, a menos que se revierta la crisis y la naturaleza predecible, y se produzca un mejoramiento ecológico sustancial y un acelerado desarrollo socio—económico, todo lo cual no parece muy probable en el corto y mediano plazo.

La gran pregunta liminar que debemos formularnos quienes nos preocupamos de los problemas de la existencia o inexistencia de derechos y garantías individuales y libertades públicas frente a la administración, y del sistema de derechos humanos en general, es si tampoco habremos de brindarles al menos una perspectiva jurídica e institucional que les proporcione la dosis de acceso al poder a que en una democracia de objetivos igualitarios deberían tener derecho.

Ya que no es posible brindarles a todos los ciudadanos pleno empleo y pleno ingreso, mejor calidad de vida, total seguridad social y económica, salud, vivienda, educación, etc., intentemos al menos proporcionales protección contra la arbitrariedad, un trato razonable y democrático de las administraciones publicas, participación en la administración, la sensación y la realidad de ser parte activa e igualitaria de la sociedad, al menos en cuanto hace al funcionamiento de la administración, y la vigencia de al menos un manojo de derechos humanos.

Analicemos por ejemplo si ellos y los demás, y nosotros mismos, tenemos verdaderamente fácil y razonable acceso a la justicia, e intentemos corregir la privación de justicia que hallemos.

Veamos si están dados los mecanismos de apoyo a su acceso a la sociedad, propugnemos su creación cuando no existan, critiquemos su disfunción cuando sus titulares no comprendan cabalmente cuál es la responsabilidad que les compete.

Analicemos los problemas materiales de los mecanismos de tutela de los derechos individuales, sin ocultar errores ni falencias, sin echar culpas a nadie pero buscando soluciones realistas, y tratemos de convencer a nuestra sociedad que tales soluciones deben ser puestas en práctica sin pérdida de tiempo, sin discusiones eternas de quienes no tienen problemas inmediatos de subsistencia.

Exploremos soluciones nuevas y creativas siempre, no nos atemos a lo conocido, busquemos siempre la mejora del sistema.

Razonemos con el derecho supraconstitucional y con la constitución, no con las leyes antiguas; señalemos el camino a la jurisprudencia, no nos limitemos a seguirla y menos si es regresiva, como a veces ocurre.

Mostremos los hechos cual si fuéramos cientistas sociales, no los ocultemos.

Hagámonos cargo de los problemas. Aunque no tengan solución al alcance de la mano o siquiera imaginable. Con ello por lo menos habremos avanzado reflexionando sobre esos dilemas, intentando encontrarles salida. Donde nosotros fracasemos, tal vez otro triunfará con mejores ideas, y todos agradeceremos la de-

mostración de la falsedad de la supuesta insolubilidad del problema, la nuevamente descubierta solución.

Cuán difícil y conflictivo es todo esto, cuántas discusiones provoca, cuántos disensos y cuán pocos consensos, y qué poco se avanza de verdad, es lo que iremos viendo a lo largo de esta obra, repitiendo una vez más críticas, ideas, sugerencias, aportes mil veces dichos y mil veces ignorados o desechados. Pero persistamos en la brecha: alguna semilla cae siempre en terreno fértil y germinará, y producirá más semillas, y así sucesivamente.

El progreso de la humanidad no se mide ni siquiera en siglos. Tal vez se mida en millones de años. No desesperemos, cuidemos sólo de ir siempre, sistemáticamente y sin desmayos, en la buena dirección.

Capítulo II

LA CRECIENTE INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO *

1. *Introducción*

Si bien la materia de los derechos humanos es la primera y más importante manifestación de la internacionalización del derecho, no es la única. Este capítulo tiene por finalidad mostrarla en su contexto, antes de pasar al análisis detallado de otros aspectos específicos de la materia.

2. *La realidad económica y jurídica supranacional a fines del siglo XX y comienzos del XXI*

Es frecuente que el estudioso del derecho local encuentre dificultades para aceptar el fundamento de la supremacía aquí postulada del derecho supranacional convencional sobre el derecho constitucional interno.[1]

Nuestra propia Constitución peca de ambivalencia cuando ubica a los tratados por encima de las leyes —y no, al menos expresamente, de la Constitución— pero en cambio acepta expresamente la cesión de competencia y jurisdicción a órganos supranacionales (art. 75 inc. 24), que desde luego prevalecerán por sobre la Constitución.

Si bien es difícil que se presente un conflicto interpretativo entre las normas supranacionales y la Constitución, por ser am-

* Para un mayor desarrollo ver GORDILLO, *Tratado*, t. 1, 8° ed., 2003, cap. VII y otros.

bas de carácter garantista sobre todo en materia de derechos humanos, en todo caso ya hemos expuesto en otro lugar cómo se resuelve dicha cuestión en materia de derechos fundamentales.[2] Distinta es la cuestión de los tratados internacionales que imponen limitaciones a derechos de carácter económico. En el caso de la limitaciones internacionales al medio ambiente difícilmente pueda haber conflicto en virtud del artículo 41 de nuestra Constitución. En otros temas como patentes, GATT en general, etc., lo más probable es que con el tiempo prevalezca también en los hechos la norma supranacional.

En todo caso, tal vez al lector dubitativo frente a este dilema le resulte reconfortante saber que en el país más importante del mundo existen quienes expresan similares dudas: Estados Unidos, que aplica a sus habitantes la jurisdicción norteamericana incluso por los actos de corrupción cometidos en el extranjero;[3] que no

[2.1] Con el aditamento del denominado derecho de gentes que menta el artículo 118 de la Constitución y el artículo 21 de la ley 48.

[2.2] Como dijo hace mucho tiempo ZAFFARONI, RAÚL, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema penal*, "Revista de Derecho Público", FDA, n° 2, Buenos Aires, 197, p. 61, las normas constitucionales "sólo pueden interpretarse en el futuro en el sentido compatible con el texto de la Convención", por lo demás, en muchos casos, "parece tratarse de consecuencias que también hubiesen podido deducirse de una correcta y garantizadora exégesis de nuestros preceptos constitucionales". Una de las discusiones concretas la explicamos más abajo en el capítulo XII, *Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22*, *y* como dijo PESCATORE: "Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver". "Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad". Del mismo modo, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865, establece que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

[2.3] Nuestro artículo *Comentarios al Proyecto de Ley de Contratos Públicos*, "Revista Argentina del Régimen de la Administración pública", Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1994, p. 8 y ss.; se trata de la ley sobre prácticas corruptas en el extranjero, *Foreign Corrupt Practices*

suscribió el Pacto de San José para no quedar sometido a la jurisdicción supranacional de la Corte con sede en Costa Rica,[4] ni todavía la convención sobre el derecho del mar, por razones de contenido y de jurisdicción; sin embargo, ha suscrito y ratificado el NAFTA, que como todo tratado de integración lleva a la creación de normas supranacionales; suscribió igualmente el GATT, en cuyo organismo supranacional de aplicación cuenta con solamente un voto.

La tendencia a la integración jurídica supranacional, aún para Estados Unidos, es pues un buen indicador de qué podemos esperar los demás países acerca del futuro. Agréguese a ello la total interdependencia de los países, la globalización de la economía, el notable incremento en todo el mundo de las empresas transnacionales —incluidas las de capitales argentinos— y nuestra condición de deudores crónicos,[5] y se comprenderá que el orden de prelación de las normas supranacionales convencionales escapa en alguna medida a nuestro poder de determinación. Y ello, sobre todo, si queremos movernos dentro de la economía mundial. De todas maneras es la tendencia universal y cada vez que suscribamos un tratado (necesitados, obligados o convencidos), el principio de la buena fe que rige en la materia impide oponer posteriormente la supuesta violación del derecho interno,

Act, de 1977, que complementa la ley contra la mafia o ley sobre organizaciones corruptas y negocios ilícitos, ley *RICO, Racketeer Influenced and Corrupt Organizations,* 18. U.S.C. Secs. 1962 *et seq.;* otra ley contempla la confiscación lisa y llana de todos los sobornos (18. U.S.C. Sec. 3666), sin perjuicio de otras figuras penales concurrentes.

Antes de criticar en exceso la solución norteamericana conviene recordar que nuestra propia Constitución libra a una ley especial el juzgamiento de los delitos contra el derecho de gentes cometidos fuera de nuestro territorio (art. 118).

2.4 HENKIN, LOUIS, *International Human Rights and Rights in the United States*, en MERON, THEODOR (compilador), *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 25 y ss., 50 y ss.

2.5 Nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, 8° ed., capítulos IV y capítulo XI, número 8.3, p. 34 y sus remisiones; nuestro capítulo *El contrato de crédito externo*, en el libro *Después de la reforma del Estado*, 2° ed., 1998.

así sea constitucional. Suscrito un tratado, ratificado y depositado, por definición no le es oponible norma alguna del derecho interno de los países signatarios, inclusive de sus respectivas constituciones.[6] La tendencia a la regulación en materia de fondos marinos, derecho de altamar,[7] protección del medio ambiente, etc.,[8] es inexorable.

2.1. *Los derechos individuales en el derecho supranacional*

La Constitución faculta al Congreso a aprobar tratados internacionales con transferencia de jurisdicción a organismos supranacionales, sin la obligación formal de someterlo a consulta popular (artículo 75 inc. 24). Tampoco hay derecho de iniciativa popular para los tratados internacionales (artículo 39), aunque no se excluye la consulta popular al respecto (artículo 40).

Ello hace que el derecho supranacional modifique el orden constitucional sin intervención directa del pueblo, titular de la soberanía en el orden interno, a menos que el Congreso decida someterlo a consulta popular, que es lo que en buenos principios debiera hacer.

En todo caso, cabe destacar que tales tratados internacionales, sean los de derechos humanos o los de integración, por su propia naturaleza tienden a limitar los poderes del Estado en lo interno o externo. Resulta de ello que este mecanismo no puede normalmente resultar en detrimento de los derechos individuales frente al Estado.

[2.6] Es "la irreversibilidad de los compromisos comunitarios"; "Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad", PESCATORE, PIERRE, *Aspectos judiciales del "acervo comunitario"*, "Revista de Instituciones Europeas", Madrid, 1981, p. 331 y ss., p. 336.

[2.7] Ver ROZAKIS, CHRISTOS L., y STEPHANOU, CONSTANTINE A., *The New Law of the Sea*, North-Holland, Amsterdam, 1983; nuestro *Tratado de derecho*, tomo 1, 8ª ed., capítulo IV.

[2.8] AMAN JR., ALFRED C., *Administrative Law in a Global Area*, Cornell University Press, Ithaca, Nueva York, 1992.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió *in re Giroldi*, el 7 de abril de 1995, que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica son obligatorias en el derecho interno de nuestro país. A su vez, dicha Corte de San José decidió el 16 de julio de 1993, en la opinión consultiva n° 13, que la Comisión es competente para calificar *cualquier* norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificar o adherirse a la Convención.

De este modo, ya no basta con que la administración esté sometida a la ley y ésta a la Constitución, sino que todo el derecho interno está sometido a un derecho supranacional en materia de derechos humanos y libertades públicas.

Por tales razones los derechos individuales preexisten a todo acto estatal: a la Constitución, a las sentencias, a las leyes y a los actos y reglamentos administrativos. Las leyes pueden regular los derechos de los individuos, fijando sus alcances y límites; pero aunque ninguna ley sea dictada, el derecho individual existe no obstante, por imperio de la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás pactos internacionales de derechos humanos previstos en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución.

2.2. *La articulación de la legislación nacional con la internacional*

De acuerdo con el artículo 31 de la Constitución, "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación ...". En consecuencia, "puede afirmarse que, en principio, la sola aprobación de los tratados internacionales, de acuerdo con el procedimiento que establece la misma Constitución, incorpora a éstos al derecho interno de la Nación".[9] La Constitución de 1853/60 establecía un orden jerárquico dentro del ámbito de su

[2.9] *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 21-VIII-1956, t. 58, p. 222.

competencia territorial y en consonancia a los tiempos de su dictado; esa norma, más de un siglo después, debe ser entendida en consonancia con la jerarquía actualmente vigente de normas.

Lo relativo a determinar si el contenido normativo del tratado pasa a ser legislación interna sin otro requisito que el de la aprobación por el Congreso, había dado lugar a soluciones diversas[10] según las particularidades que presenta la convención e incluso la ley de aprobación. Demás está decir que cuando una ley ratifica un tratado por el cual se establecen reglas de derecho que se refieren exclusivamente a seres humanos individuales (derecho del trabajo, derechos humanos, etc.) carece de asidero pretender que la ratificación vale sólo frente a los demás Estados y no para los habitantes del país respectivo; la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas que también son internas.[11]

El tema de los tratados se vincula íntimamente con la cuestión de la existencia y alcances de un derecho comunitario latinoamericano. La integración económica usualmente no formaba parte de las estrategias nacionales reales[12] y era común acordar a estos pactos el carácter de un tratado—marco, faltándole el más claro sentido dinámico que se atribuye desde antaño a los tratados de la comunidad europea.[13] Se sigue de ello que la Corte Suprema haya interpretado en el pasado que un tratado posterior de esta índole

2.10 Dictamen citado, y Corte Suprema, *Fallos*, t. 150, p. 84 y t. 186, p. 258.

2.11 *Supra*, punto 1. Ha seguido las afirmaciones precedentes ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo, op. cit.*, p. 63.

2.12 INTAL, *La integración económica de América Latina*, Buenos Aires, 1968, p. 172; Instituto de Estudios Políticos para América Latina, serie "*Estudios de actualidad*", nº 9, ALALC, Montevideo, 1964, p. 19; DELL SYDNEY, *Apreciaciones sobre el funcionamiento del Tratado de Montevideo*, en el libro dirigido por WIONCZEK, MIGUEL, *Integración de América Latina*, México, 1964, p. 96.

2.13 OPHÜLS, CARL FRIEDRICH, *Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planungsverfassungen*, en el libro *Planung* I, dirigido por J. H. KAISER, Baden-Baden, 1965, p. 229 y ss.

no prevalecía sobre leyes nacionales anteriores.[14] Algunos instrumentos jurídicos latinoamericanos comunitarios carecían entonces de la vigencia jurídica que algunos estudios intentaban darle.[15]

La discusión europea[16] entre los partidarios de los derechos nacionales soberanos[17] y los sostenedores de la tesis del cuasi-federalismo[18] llega a nosotros resuelta de antemano, como luego

2.14 *Fallos*, t. 254, p. 500, caso *La República*, año 1962. En cambio, en Francia se les reconoce correctamente un carácter "superior a la ley" y obligatorio para la administración: RIVERO, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

2.15 Así ocurre con la Declaración de los Presidentes de América, el Acta de Negociaciones, el Acuerdo de Complementación, los Protocolos del Acuerdo de Complementación, las Resoluciones de la Conferencia de Ministros, del Comité Ejecutivo Permanente, etcétera. Ampliar en *Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, Derecho de la integración latinoamericana*, Depalma, Buenos Aires, 1969, pp. 1047-48, 1054-55, etc.; CÁRDENAS, EMILIO S., *Hacia un derecho comunitario latinoamericano*, "Derecho de la Integración", Buenos Aires, 1967, nº 1, p. 32 y ss.; y demás bibliografía del punto 4.1.3. del capítulo II de nuestro tomo 1, 5° edición, 1998.

2.16 Se decía en Europa que "estas tesis e hipótesis dejan reconocer que se está aún lejos de un juicio uniforme. Esto tiene su fundamento en el presente estado de fluctuación en que se encuentran no solamente el derecho comunitario, sino las comunidades mismas. En esta incertidumbre es comprensible que aún persista el forcejeo entre los 'eurofóricos', los partidarios de los derechos soberanos y los 'realistas'. La opinión jurídica dependerá de si la presente época de estancamiento en la cuestión de la integración europea se orienta hacia un retroceso o un desarrollo mayor. Con este alcance tienen poco valor nuevos intentos de interpretación y debería dejarse la multiplicidad de construcciones hasta hoy transitadas". "estas tesis e hipótesis dejan reconocer que se está aún lejos de un juicio uniforme. Esto tiene su fundamento en el presente estado de fluctuación en que se encuentran no solamente el derecho comunitario, sino las comunidades mismas. En esta incertidumbre es comprensible que aún persista el forcejeo entre los 'eurofóricos', los partidarios de los derechos soberanos y los 'realistas'. La opinión jurídica dependerá de si la presente época de estancamiento en la cuestión de la integración europea se orienta hacia un retroceso o un desarrollo mayor. Con este alcance tienen poco valor nuevos intentos de interpretación y debería dejarse la multiplicidad de construcciones hasta hoy transitadas": EBERHARD MENZEL, comentario aparecido en la revista "Die öffentliche Verwaltung", Stuttgart, 1969, cuaderno 15/6, pp. 579 y 580.

2.17 GRABITZ, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, Hamburgo, 1966.

2.18 OPHÜLS, C. F., *Quelle und Aufbau des Europäischen Gemeinschaftsrecht*, revista "Neue juristische Wochenschrift", Munich-

veremos, pero fluye también naturalmente de la aceptación en 1983 del Pacto de San José de Costa Rica y de los progresos en materia de integración,[19] como es el caso del MERCOSUR.

2.3. *La creciente regulación internacional*

Ya vimos que el sistema de derechos humanos es hoy en día claramente supranacional, y que existen algunos sectores de la economía que están virtualmente internacionalizados, como el sistema financiero;[20] hay otros en que la regulación internacional es creciente. Así, la protección de los recursos naturales,[21] en que hay progresos respecto a la regulación de los fondos marinos, el derecho del mar y diversas cuestiones de medio ambiente.[22]

Berlín-Frankfurt a.M., 1963, cuaderno número 38, p. 1697 y ss.; SATTLER, ANDREAS, *Das Prinzip der «funktionellen Integration» und die Einigung Europas*, Göttingen, 1967.

[2.19] Ver INTAL, *Proyectos multinacionales de infraestructura física*, Buenos Aires, 1970; KAPLAN, MARCOS, *Corporaciones públicas multinacionales para el desarrollo y la integración*, Estudios Internacionales, Chile, julio-septiembre de 1969, p. 186 y ss.

[2.20] Algo de esto explicamos en el capítulo IV de la 8° edición del tomo 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, 2003.

[2.21] Puede verse ROZAKIS, CHRISTOS L., y STEPHANOU, CONSTANTINE A., *The New Law of the Sea*, North-Holland, Amsterdam, 1983; AMAN JR., ALFRED C., *Administrative Law in a Global Area*, Cornell University Press, Ithaca, Nueva York, 1992. En una perspectiva ideológica ubicada en otra realidad nacional e internacional, ya antes se hablaba también de *Le nouvel ordre économique international e l´administration publique*, libro coordinado por GÉRARD TIMSIT, Unesco-IISA, Aire-sur-la-LYs, Francia, 1983.

[2.22] Algunos ejemplos: ley 15.802, Tratado Antártico; ley 18.590, Tratado de la Cuenca del Plata entre Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay; ley 21.836, Convención para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural; ley 21.947, Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias (en su forma enmendada); ley 22.344, Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres ("CITES"); ley 22.502, Protocolo de Londres sobre la seguridad de la vida en el mar; ley 23.456, Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos; ley 23.778, Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono; ley 23.815, Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre; ley 24.089, Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques; ley 24.126, Protocolo al Tratado sobre Protección al Medio Ambiente; prohibición de actividades; evaluación

Pero es posible que haya todavía más desarrollo regulatorio internacional. En efecto, hay actividades que se desarrollan actualmente en los mares internacionales, fuera de la jurisdicción de todos los países. Los casos más antiguos y conocidos fueron los casinos flotantes, allende las cuatro millas de las aguas jurisdiccionales de Estados Unidos. Le siguieron las radios instaladas fuera de la jurisdicción marítima, por ejemplo de Inglaterra, para escapar a las regulaciones nacionales.

Al mismo tiempo la pesca en aguas internacionales se abarató con los buques factorías, que realizan todo el proceso fabril en aguas internacionales y fuera de la jurisdicción de Estado alguno, no siempre respetando los convenios internacionales sobre límites racionales a la explotación de los recursos marinos.

Existen también al presente buques factorías que, bajo bandera de conveniencia (*convenience flag)*, constituyen fábricas que producen otros productos en altamar, sin sujeción a las normas impositivas o laborales locales, obteniendo así costos más bajos y que ni siquiera tocan puerto. Otras naves se acercan a retirar la producción, hacer los recambios de personal, etc. Todo este sistema de creciente actividad en aguas internacionales puede llegar a tener suficiente importancia económica como para que las naciones quieran regularlo, controlarlo y por qué no, tributarlo.

Cabe pues, en general, esperar un lento pero progresivo avance de la regulación internacional al cual nuestro país como otros estarán también sometidos.

3. *Distintas fuentes supranacionales*

3.1. *Tratados en general*

Nuestro país se halla sometido a varios tipos de orden jurídico supranacional. Por ahora puede distinguirse:

del impacto ambiental; ley 24.216, Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente; ley 24.375, Convenio sobre la diversidad biológica.

a) aquellos ordenamientos que tienen un órgano judicial supranacional de aplicación, como es el Pacto de San José de Costa Rica.

b) los demás tratados de derecho humanos incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución pero que carecen de tribunal supranacional.

c) Los incipientes tratados de integración autorizados por el inciso 24 del mismo artículo pero que tampoco tienen tribunal supranacional. Es posible que con el correr del tiempo los tratados de integración tengan tales tribunales, como ya ocurre en Europa, con lo cual podrán ser clasificados junto al de San José como un derecho comunitario más efectivo por la existencia de tribunales de aplicación; esos tribunales seguramente extenderán su competencia en el siglo XXI.

d) Las demás normas supranacionales, de las cuales el medio ambiente es una buena muestra, con 69 convenciones suscriptas por nuestro país.

3.2. *El caso específico de la Convención Americana*

En 1983 el Congreso argentino sancionó por ley 23.054 la sumisión del país a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus procedimientos supranacionales,[1] en especial el sometimiento a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica,[2] y luego realizó el acto formal de su depósito internacional.[3] Posteriormente la Constitución de 1994 les dio "jerarquía constitucional," al igual que a otros tratados.

[3.1] TREJOS, GERARDO, *Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana*, en HERNÁNDEZ , RUBÉN y TREJOS, GERARDO, *La tutela de los derechos humanos*, Juricentro, San José, Costa Rica, 1977, p. 59 y ss.

[3.2] Ver DE ABRANCHES, C. A. DUNSHEE, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en O.E.A., *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, 1980, pp. 91-143; TREJOS, *Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana, op. loc. cit.*

[3.3] Publicado en la "Revista de Derecho Público", n° 2, Buenos Aires, F.D.A., 1987.

Daremos aquí especial énfasis a dicho pacto, por ahora, por ser el único que cuenta con un tribunal supranacional. Ello no cambia la obligatoriedad que todos tienen en el derecho interno, pero fuerza es reconocer que desde un punto de vista práctico no es lo mismo que la interpretación del tratado termine en el propio país o pueda continuarse ante un tribunal internacional o supranacional.

No es lo mismo introducir el caso federal para ocurrir en su oportunidad por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sea por violación a la Constitución o a los tratados, que introducir también el caso supranacional para ocurrir en su oportunidad por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cualquier caso y así como nuestra Constitución, en una lectura no excesivamente atada al pasado, ya permitía leer en ella lo que el Pacto de San José se limita a explicitar, lo mismo ocurre con los demás pactos de derechos humanos: pueden y deben ser aplicados por nuestros tribunales, solo que no hay recurso ante otros. En cuanto a los de integración, pareciera evidente que la negociación no es suficiente medio de resolución de diferendos. De avanzarse en la integración, la creación de tribunales independientes deviene un complemento indispensable para su funcionamiento y aplicación eficaces.

La Convención contiene una importante enumeración de garantías individuales y libertades públicas, que en su gran mayoría constituyen un avance sobre el estado previo de nuestra legislación, y que además definen con mayor amplitud que nuestra Constitución muchos derechos individuales;[4] ella tiene en primer lugar una importancia práctica como propósito normativo de acrecentamiento material del ámbito de libertad y de la esfera de derechos de los individuos.

[3.4] Ampliándolos, no reduciéndolos, por lo que no existe en tal aspecto conflicto normativo alguno. Incluso puede sostenerse que la Convención meramente explicita lo que ya está implícito en la Constitución.

Desde este primer punto de vista práctico, y con independencia de cuán eficaces[5] sean o dejen de ser sus procedimientos de contralor jurisdiccional internacional atento el procedimiento previo ante la Comisión,[6] el carácter excluyente de la legitimación de éste respecto de los individuos lesionados,[7] lo cierto es que al constituir un avance en materia de derechos individuales, toda persona deseosa de ver mejorar sus derechos debe necesariamente advertir que ella constituye un importante progreso de nuestro ordenamiento jurídico, e interpretarla y aplicarla en consecuencia.

3.3. *Otras convenciones de derechos humanos*

En 1990 precedimos a la Constitución, en el orden de prelación de las fuentes, por la Convención Americana de Derechos Humanos.[8] En 1992 la Corte Suprema de Justicia de la Nación inició un importante camino,[9] que continúa desarrollando,[10] de reconocimiento del orden supranacional en el derecho interno. En 1994 la Constitución lo introduce claramente, aunque no emplea

3.5 A pesar del "filtro" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 44, 57, 61, inc. 1º), en la práctica nuestro gobierno prefiere transar casos ante ella antes que comprometerse a una sentencia pública de la Corte. Se ha comenzado a dar aplicación imperativa en el derecho interno a tales compromisos internacionales, como surge del noveno voto de la Corte Suprema *in re Birt*, 30-V-95, publicado en "La Ley", Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, 4 de setiembre de 1995, p. 41, con nota.

3.6 Art. 44.: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta convención por un Estado parte".

3.7 Art. 57: "La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte". Y el 61, inciso 1, concluye el ritual restrictivo: "Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte".

3.8 Nuestro artículo *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*, en "La Ley Actualidad", 17 de abril de 1990.

3.9 *Ekmekdjian*, 7-VII-92, La Ley, 1992-C, 543; ED, 148:354.

3.10 *Fibracca*, 7-VII-92, *Hagelin*, 22-XII-93, *Cafés La Virginia*, 10-X-94, *Giroldi*, 7-IV-95.

expresamente el orden de jerarquía de las normas que nosotros utilizamos.[11]

La pregunta que el lector se formula de inmediato es ¿por qué supranacionalidad? ¿No es acaso la Constitución la primera y más importante de las fuentes, la cúspide del ordenamiento jurídico? Es una pregunta que se responde de a poco, y satisfará solamente con el correr del tiempo. De acuerdo con el artículo 31 de la Constitución, "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación ..." En consecuencia, "puede afirmarse que, en principio, la sola aprobación de los tratados internacionales, de acuerdo con el procedimiento que establece la misma Constitución, incorpora a éstos al derecho interno de la Nación".[12] La Constitución de 1853/60 establecía un orden jerárquico dentro del ámbito de su competencia territorial y en consonancia a los tiempos de su dictado. Lo relativo a determinar si el contenido normativo del tratado pasaba a ser, sin otro requisito que el de la aprobación por el Congreso, legislación interna, había dado lugar a soluciones diversas [13] según las particularidades que presenta la convención e incluso la ley de aprobación. Cuando una ley ratifica un tratado por el cual se establecen reglas de derecho que se refieren exclusivamente a seres humanos individuales (derechos humanos) carece de asidero pretender que la ratificación vale sólo frente a los demás Estados y no para los habitantes del país respectivo; la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas que también son internas.[14] Pero es más, a partir de allí son ya derecho supranacional.

[3.11] Lo cual plantea dudas interpretativas a muchos autores. Una de las tantas discusiones la explicamos en *Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22, infra*, cap. XII. Ver también el t. 1 de nuestro *Tratado*, 8° ed. 2003, caps. VI y VII.

[3.12] *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 21-VIII-1956, t. 58, p. 222.

[3.13] Dictamen citado, y Corte Suprema, *Fallos*, t. 150, p. 84 y t. 186, p. 258.

[3.14] Había seguido este criterio ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo, op. cit.*, p. 63. Pero ya el derecho internacional de los derechos humanos es indubitable: HITTERS, JUAN CARLOS, *Derecho interna-*

3.4. *Los tratados de integración económica.*

El tema de los tratados se vincula íntimamente con la cuestión de la existencia y alcances de un derecho comunitario latinoamericano, pero también con la observación de qué pasa en la Unión Europea, pues ello nos muestra, como otras veces, un seguro camino. La integración económica no formaba parte de las estrategias nacionales reales[15] y era común acordar a estos pactos el carácter de un tratado—marco, faltándole el sentido dinámico de los tratados de la comunidad europea.[16] Se sigue de ello que la Corte Suprema haya interpretado que un tratado posterior no prevalecía sobre leyes nacionales anteriores[17]

Los instrumentos jurídicos latinoamericanos comunitarios carecían pues de la vigencia jurídica que algunos intentaban darle.[18]

Ciertamente, el paso de mayor significación ha sido el reconocimiento constitucional en 1994 tanto de los tratados de derechos humanos como de los de integración. Pero ya empiezan a nacer

cional de los derechos humanos, EDIAR, Buenos Aires, 1991; LILICH, RICHARD B., y NEWMAN, FRANK C., *International Human Rights*, Little, Brown and Co., Boston, 1979; BUERGENTHAL, THOMAS, *International Human Rights*, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1988, y sus referencias.

3.15 INTAL, *La integración económica de América Latina*, Buenos Aires, 1968, p. 172; Instituto de Estudios Políticos para América Latina, serie "*Estudios de actualidad*", nº 9, ALALC, Montevideo, 1964, p. 19; DELL SYDNEY, *Apreciaciones sobre el funcionamiento del Tratado de Montevideo*, en el libro dirigido por WIONCZEK, MIGUEL, *Integración de América Latina*, México, 1964, p. 96.

3.16 OPHÜLS, CARL FRIEDRICH, *Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planungsverfassungen*, en el libro *Planung* I, dirigido por J. H. KAISER, Baden-Baden, 1965, p. 229 y ss.; GONZÁLEZ, FLORENCIA, *Solución de conflictos en un sistema de integración: los casos del Mercosur y la CEE*, en INTAL, *Integración Latinoamericana*, año 17, 1992, p. 33 y ss.; *Legislación y administración en un sistema de integración: el caso de la Comunidad Europea*, "Revista de Derecho Administrativo", n° 14, Buenos Aires, 1994, p. 455 y ss.

3.17 *Fallos*, t. 254, p. 500, *La República*,1962. En cambio, en Europa de antaño se les reconoce un carácter "superior a la ley".

3.18 *Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, Derecho de la integración latinoamericana*, Depalma, 1969, pp. 1047-48, 1054-55, etc.; CÁRDENAS, EMILIO S., *Hacia un derecho comunitario latinoamericano*, "Derecho de la Integración", 1967, nº 1, p. 32 y ss.

las voces interpretativas que quieren poner el derecho supranacional por debajo de la Constitución, y en caso de mayor garantía en el derecho supranacional, optar por la interpretación que de menor garantía a la luz de alguna cláusula constitucional.[19]

3.5. *Jurisprudencia y opiniones consultivas supranacionales.*

Nuestra Corte Suprema ha dicho que la interpretación de la Convención Americana debe efectuarse "tal como la Convención citada rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internaciones competentes para su interpretación y aplicación"; "De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana (artículo 2° ley 23.054)", incluyendo las opiniones consultivas del tribunal.[20] Sobre esto volveremos más adelante.

Por ahora no son fuente cuantitativamente importante los fallos y opiniones consultivas de la Corte Interamericana, pero ya se ha reconocido su carácter de fuente en nuestro país, incluidas las opiniones consultivas. Es un paso cualitativamente fundamental.

Del mismo modo pueden llegar a aparecer otros órganos judiciales supranacionales y, de progresar los tratados de integración y otros multilaterales, pueden aparecer normas reglamentarias o de segundo rango dentro del orden jurídico supranacional. Es el camino que tomó la integración europea, es el camino que seguiremos nosotros si avanzamos en el proceso de integración.

[3.19] Una discusión ilustrativa es la que se ha hecho en torno al tema que hemos denominado *Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22, infra*, cap. XII.

[3.20] *In re Giroldi*, 7 de abril de 1995; BUERGENTHAL,THOMAS, *International Human Rights*, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1988, p. 166.

Es por ahora prematuro preguntarse en detalle cómo se insertarán respecto al ordenamiento local, pero parece *prima facie* claro que el derecho interno, leyes incluidas, deberán ceder ante el derecho supranacional creado por los organismos a los que el país suscriba, y que corresponderá a los jueces locales aplicar dicho derecho supranacional de manera inmediatamente operativa y en base a la jurisprudencia internacional.

3.6. *Transacciones y compromisos internacionales*

No debe descuidarse la importancia práctica y jurídica de los compromisos y transacciones que el país realiza ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para evitar ser llevada a los estrados de la Corte Interamericana, y que luego debe honrar como los propios fallos. Lamentablemente no son compromisos públicos, pero siempre se termina conociéndolos cuando la parte actora invoca el incumplimiento estatal. Seguramente es una materia que evolucionará con el paso de las décadas, a medida que siga avanzando el derecho supranacional.

Un ejemplo lo vemos en el caso *Birt*, en que la Corte Suprema se refiere al cómputo de la indemnización conferida por el decreto 70/91, modificado por la ley 24.043.[21] La mayoría de cinco votos rechaza el recurso extraordinario y confirma la sentencia apelada; la disidencia de tres de sus miembros admite el recurso extraordinario y también confirma la sentencia apelada. Los análisis de ambos pronunciamientos, referidos al cómputo escalafonario, SINAPA, etc., parecieran referirse a un tema de función pública.

[3.21] El plazo previsto para reclamar las indemnizaciones de la ley 24.043 fue ampliado por la ley 24.436 en ciento ochenta días a partir de su propia promulgación (el 11-I-95); la ley 24.321 de desaparición forzada de personas ocurrida hasta el 10 de diciembre de 1983 no tiene plazo para el ejercicio de sus acciones y tal vez no pueda considerarse limitada por la ley 24.447. La indemnización de la ley 24.411 por la desaparición forzada de personas tenía como plazo 180 días desde su entrada en vigencia (se publicó el 3-I-95); la ley 24.499 (B.O.13-VII-95) amplió a cinco años este último plazo. Esto da un adicional fundamento de analogía para extender también el plazo para reclamar la indemnización de la ley 24.043 y para el ejercicio de las acciones de la ley 24.321.

Sin embargo, la disidencia del noveno miembro de la Corte, que también admite el recurso extraordinario y confirma la sentencia apelada (hay, pues, *unanimidad total en mantener la sentencia apelada*) se funda, en definitiva, en exponer el contexto del problema —*in textu et contextu consideratam*—,[22] que no es un cálculo escalafonario en la función pública.

Esa última disidencia es la que explica, en su cons. 9°, que esas normas "procuraron reparar económicamente los daños sufridos por quienes —en un período difícil de nuestra historia— fueron privados de su libertad, sin importar que las acciones por responsabilidad extracontractual estuvieran prescriptas", para "superar situaciones" en que "se había producido la prescripción de dicha acción", pues "aunque las soluciones dadas al respecto en el ámbito judicial se ajustaban al derecho positivo, no alcanzaban, empero, a dar equitativa solución, ello, en orden a lograr la plenitud del derecho y la justicia". [23]

Lo importante de la disidencia de fundamentos es destacar la incidencia de los acuerdos y transacciones celebrados por el país ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como derecho interno de nuestro país. "Al mismo tiempo se intentó... dar cumplimiento a la promesa dada por el Gobierno Argentino a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, referentes al dictado de una norma que reconociera dichos beneficios a las víctimas, cuestión ésta que importaba no sólo hacer honor a un com-

3.22 *Codici Iuris Canonici*, art. 17.

3.23 Tal situación fue analizada en 1979 por parte de la doctrina en los siguientes términos: "Al considerar un acto particular de violencia o intimidación dentro de un contexto político general, se torna también menos nítido el problema de la prescripción de la acción o en su caso de la caducidad: pensamos que la prescripción o la caducidad no pueden comenzar a computarse sino a partir del momento en que la intimidación o violencia han cesado. Ahora bien, puede ocurrir que cese el acto particular de intimidación, pero subsista el clima general de inseguridad. En ese caso entendemos que debe adoptarse un criterio amplio, y aceptar la acción o el recurso cualquiera sea el tiempo transcurrido desde el acto concreto de intimidación o violencia": GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 4° ed., cap. IX, pp. 55-56, F.D.A., Buenos Aires, 1999.

promiso asumido, sino también una forma de evitar las sanciones internacionales que podría haber sufrido la Nación".

Otros casos no han tenido repercusión judicial directa, pero sí periodística, y es posible que las transacciones sean más de las que conozcamos.[24]

4. *Caracteres generales*

Una interpretación *a*) realista y sensata, *b*) valiosa o justa, *c*) teleológica o finalista, *d*) que tome cuenta de la circunstancia fáctica[1] que determinó nuestra adhesión,[2] no puede sino buscar aquellos métodos de interpretación que en cada caso mejor aseguren la efectividad y vigencia de tales normas y principios.

No se trata entonces de hacer una suerte de "neutra" orfebrería o albañilería jurídica, un trabajo de dogmática o de lenguaje formal de textos positivos en el cual busquemos de qué modo interpretar cada artículo para llevarlo a su inexigibilidad, no vigencia o inaplicabilidad.

La única interpretación finalista congruente con la circunstancia rectora del sometimiento a la Convención y al derecho internacional de derechos humanos y comunitario en general, será aquella que busque construir soluciones en el sentido de afirmar la vigencia, garantía y aplicabilidad o exigibilidad inmediata de los derechos individuales y la integración regional, y no a la in-

[3.24] Cuando hace poco en el país asomó su cabeza un proyecto restrictivo de la libertad de prensa, nos enteramos por los diarios que un conocido periodista, condenado hace algún tiempo por desacato periodístico a un miembro de nuestra Corte, había tiempo antes transado su reclamo en Washington a cambio del compromiso formal del gobierno argentino de derogar la figura del desacato. Visto el proyecto de ley de prensa el periodista se presentó nuevamente en Washington, alegando que el proyecto de ley violaba el texto y el espíritu de la transacción internacional. Ante la fuerza obligatoria de la transacción, el proyecto de ley fue debidamente abandonado. Esto implicaría que los mecanismos supranacionales de transacción están funcionando más eficazmente.

[4.1] O arcóntica, rectora, determinante, que fue "causa" en suma de la sanción legislativa.

[4.2] Que no es otra que la insuficiencia previa de tales derechos en su funcionamiento o aplicación práctica.

versa, la indefensión de los individuos y su sometimiento a la autoridad o gobierno de turno, para más aislado del contexto internacional.[3]

Es claro por lo demás que la globalidad del mundo, en las comunicaciones y la economía, incluso en las políticas e ideologías dominantes, no deja lugar para países que elijan quedar como parias de la comunidad internacional... el precio es demasiado caro.

4.1. *Derecho interno*

Una de las primeras y mínimas afirmaciones que parece así inevitable hacer es que estas normas constituyen no solamente derecho supranacional sino *también* y cuanto menos, al propio tiempo, derecho interno, vigente, operativo, aplicable de pleno derecho a toda situación que quepa encuadrar en sus normas, en tanto éstas tengan un contenido que no sea manifiesta e indiscutiblemente programático.[4] Esa adicional nota de derecho interno es ahora de nivel constitucional.

La Convención y otras normas supranacionales tienen así el doble carácter señalado, que implica la obligación de las autoridades nacionales de aplicarlas, sin perjuicio de la aplicación que también harán de ellas las autoridades judiciales supranacionales existentes según el caso.

4.2. *Derogación* ipso jure

De lo expuesto surge que toda norma contraria preexistente ha cesado automáticamente en su vigencia. Es obvio que toda otra norma legislativa anterior que se oponga directa o indirectamente a estas normas ha quedado inmediatamente derogada o carente de vigencia, por incompatibilidad con la legislación posterior.

[4.3] Algunas de las dificultades concretas de interpretación pueden verse en este mismo libro en el capítulo *Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22*.

[4.4] Ver HYNES, LUISA MARÍA, *La operatividad de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en "Revista de Derecho Público", nº 2, de la Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1987.

Una interpretación que pretendiera que estos pactos supranacionales o al menos de rango constitucional no son sino una expresión de deseos (salvo, claro está, su única norma claramente programática), insusceptible de aplicación directa por los jueces, no invocable por los individuos, constituiría una burla al orden jurídico y a las libertades y garantías públicas.

Es cierto que hubo doctrina y fallos que inexplicablemente sostuvieron el carácter programático de toda la Convención, pero fueron los primeros tiempos de aplicación del Pacto y era todavía muy reciente el retorno a la democracia. La jurisprudencia y doctrina actuales han iniciado lo que parece una tendencia segura de cambio.

Una norma legislativa posterior sería igualmente ineficaz para apartarse de sus normas, en tanto el país no retire su adhesión y sometimiento al derecho supranacional. Si el Congreso quiere apartarse de las normas supranacionales a que válidamente se sometió, debe previamente retirarse de esa comunidad jurídica internacional, conforme al procedimiento allí establecido. Sería un paso atrás hacia la barbarie, muy difícil de realizar por nuestro país en el actual contexto internacional.

4.3. *Aplicación legislativa y jurisdiccional.*

En el caso de la Convención los Estados signatarios se han obligado *ipso jure* "a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella" (artículo 1º, inc. 1º), y a "garantizar su libre y pleno ejercicio" a través de la tutela jurisdiccional y por aplicación directa de la Convención y sus principios; ello, sin perjuicio de la obligación que también tienen de instrumentarlos con los mecanismos complementarios que fueren convenientes,[5] sin poder mientras

[4.5] Art. 2º: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1º no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas *o de otro carácter* que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Es claro que la Corte de San José no es el único intérprete que aplica la convención, sino el último en los casos sometidos a su jurisdicción.

tanto pretender negarles operatividad y aplicación directa e inmediata. Esa obligación alcanza a los órganos jurisdiccionales, que deben aplicar tales normas en forma directa e inmediata.

No todos los juristas han aceptado o receptado esta conclusión, entre ellos algunos legisladores, que a veces prohijan leyes dando a entender que están "creando" determinados derechos que ya están consagrados en la Convención. En ello ha de verse nada más que una búsqueda de mejor instrumentación y más efectiva operatividad de la cláusula, pero no la afirmación de que ella carecía de existencia o vigencia antes de la ley reglamentaria pertinente.

En defecto de ley reglamentaria del Congreso, corresponde —lo mismo que en materia constitucional— la aplicación directa de la Convención por los jueces.

4.4. *Carácter supranacional*

La Convención y demás actos similares, como derecho supranacional eliminan, obviamente, el dogma del poder interno de cada país —o gobierno— como poder incondicionado e ilimitado. El precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento en el plano *interno*. Incluso los países con suficiente poder como para pretender aislarse del mundo terminan reconociendo que no está en su propio interés hacerlo.

No hay más poderes nacionales ilimitados en un mundo tan estrechamente interconectado como el actual, y menos aún los habrá en el futuro. En nuestro caso particular, es obvio que el rol que nos cabe es harto menor.

El país ha reconocido pues en forma expresa la jurisdicción de un tribunal internacional de justicia, con competencia para dictar sentencias en su contra en caso de desconocimiento por éste de las garantías individuales mínimas de sus propios habitantes. Ello se ha hecho extensivo a las opiniones consultivas, y pronto tomará también inevitablemente la jurisprudencia de otros tribunales, en especial el europeo de derechos humanos.

Lo menos que se puede decir entonces, en una perspectiva teleológica y de razonable futuro, es que tenemos allí un verdadero derecho supranacional, con todas las notas propias de un orden jurídico supremo.

Las características que explicamos en su lugar[6] para la Constitución como orden jurídico superior en el derecho interno, son así en un todo aplicables a las normas de la Convención en cuanto orden jurídico superior supranacional.

Muchos autores e intérpretes se resistirán a considerarlo derecho *supranacional*. Quizás más que los que ya se negaban antes de la reforma constitucional a considerarlo *derecho interno,* o *derecho* a secas.

También están los que negaban a ultranza a la misma Constitución como derecho,[7] y no faltaron los que de igual modo razonaron con las leyes. Pero son éstas conjeturas falsas que no pueden entorpecer el razonamiento científico y político del jurista que busque interpretar el mejor orden jurídico con el cual asegurar la paz, la justicia, el orden, etc., en su país.

El camino del futuro está a nuestro juicio claramente señalado: por encima de las vacilaciones, contradicciones, y hasta negaciones formales que este nuevo orden jurídico supranacional tenga que sufrir, no serán en suma sino como la misma negación que hasta la Constitución debió padecer. Ello no cambia el curso del destino, al menos en el largo plazo.

El camino de la evolución europea en materia de derechos humanos, que también avanzó lenta pero seguramente en el sentido de la vigencia de un orden jurídico supranacional, marca también el derrotero.

Por lo demás, parece obvio que en los casos aberrantes ya no existe lugar para el retorno a la barbarie nacional, por lo menos a la barbarie bajo pretendido color de legalidad. Pase lo que pase en

4.6 Nuestro *Tratado,* t. 1, *op. cit.*, capítulo VI.

4.7 Creemos haber probado el error de tales concepciones a partir de la 1ª edición de nuestra *Introducción al derecho administrativo,* Buenos Aires, Perrot, 1962, y estimamos ahora oportuno formular la subsiguiente hipótesis de progreso jurídico.

los hechos en determinada comunidad nacional, ya no podrá más en derecho decirse "que el genocidio, la tortura o el delito cesáreo de un déspota constituyan asuntos exclusivamente internos, *de jurisdicción doméstica*". [8] Los demás países y la propia Organización de las Naciones Unidas podrán no siempre tener la voluntad política de intervención multilateral en las masacres internas, pero nadie podrá pretender reconocer el carácter de jurídicas a tales aberraciones.

En efecto, "hace al bien común de la humanidad salvaguardar al hombre en todas las partes del globo, cualquiera sea la soberanía del Estado bajo la cual se encuentre. En última instancia, la paz mundial no es la mera ausencia de guerras, ni se reduce al solo equilibrio de fuerzas adversarias, sino que es obra de la justicia".[9]

4.5. *No denuncia unilateral*

En el caso *Cafés la Virginia* del 13 de octubre de 1994, la Corte Suprema recordó que por el principio de la buena fe en la interpretación de los tratados no es coherente sostener que un tratado "sólo consagra un compromiso ético pero no jurídico", sino que crea auténticos "derechos y obligaciones" (cons. 6°), con lo cual "La aplicación por los órganos del Estado argentino de una norma interna que transgrede un tratado —además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional— vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas" (cons. 8°); "una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado o que hiciese imposible su cumplimiento... sería un acto constitucionalmente inválido" (cons. 10).

En ese fallo, el voto de BOGGIANO avanza en recordar a JOHN JAY en cuanto a que un tratado no puede ser alterado o cancelado unilateralmente, sino que debe serlo de común acuerdo (cons. 21 y 22) y niega *a fortiori* competencia al Congreso a derogarlo por

[4.8] ORTIZ PELLEGRINI, MIGUEL ANGEL, *Introducción a los derechos humanos*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 63.

[4.9] ORTIZ PELLEGRINI, *op. cit.*, página 63, quien cita en tal sentido *Gaudium et Spes*, P. II, c. 5, nº 78.

ley (cons. 23); por lo demás "los pactos se hacen para ser cumplidos; *pacta sunt servanda*", con lo cual "carece de sentido postular, como principio general, la posibilidad de su revocación unilateral. Esta entraña incumplimiento del acuerdo" (cons. 26); también invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (cons. 29).

En su conjunto, el fallo sigue la inevitable tendencia de aplicar el nuevo orden jurídico y económico mundial, y el voto comentado avanza un paso más; aunque la terminología cueste, hay un orden jurídico supranacional.[10] Poco a poco deberemos acostumbrarnos a consultar las colecciones de jurisprudencia supranacionales, y no debemos tampoco olvidar que las opiniones consultivas de la Corte de San José son igualmente obligatorias en el plano interno.

5. *La articulación de la justicia nacional con la justicia supranacional*

5.1. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

El país ya se había sometido válidamente a la jurisdicción supranacional y supraconstitucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[1] y la Corte Suprema había declarado en 1993 la operatividad de sus cláusulas aún en ausencia de regulación legislativa.[2]

No obstante ello, el artículo 75 inciso 22 perfecciona el punto al prever un mecanismo muy estricto de denuncia de los tratados de derechos humanos, más severo que el que establece para los tratados de integración en el inciso 24.

[4.10] En tal sentido, GORDILLO, 8° ed. del tomo 1 del *Tratado*, Buenos Aires, F.D.A., 2003, Prólogo y capítulos VI y VII.

[5.1] Nuestro artículo *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*, "La Ley", 17 de abril de 1990, e *infra*, cap. III.

[5.2] *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros, Fallos*, 308:647: "El Derecho", 148: 338; *Fibracca* (7-VII-93), *Hagelin* (22-XII-93), *Cafés La Virginia* (10-X-94). Ampliar en BOGGIANO, ANTONIO, *Introducción al derecho internacional*, "La Ley", Buenos Aires, 1995.

Ello implica claramente que la subordinación al organismo supranacional y supraconstitucional de control de derechos humanos es virtualmente irrevocable en el derecho interno, sin perjuicio de que es irrevocable en el derecho supranacional.

No ha de olvidarse el principio de "la irreversibilidad de los compromisos comunitarios"; "Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad".[3]

Del mismo modo, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865, establece que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado", lo cual no puede razonablemente pretenderse aplicable sólo en las relaciones internacionales del Estado, pues ello importaría una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico; es igualmente evidente que al referirse al derecho interno como inoponible al tratado incluye la Constitución. "Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver."[4] Por ello carece de sentido procurar, peor aún, interpretar la constitución de 1994 en cualquier sentido que la haga supuestamente menos garantista que el derecho supranacional.

5.2. *Las "condiciones de vigencia" de los tratados*

Ya vimos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el 7 de abril de 1995, en el ya recordado caso *Giroldi*, que cuando

[5.3] PESCATORE, PIERRE, *Aspectos judiciales del "acervo comunitario"*, "Revista de Instituciones Europeas", Madrid, 1981, p. 331 y ss., p. 336.

[5.4] PESCATORE, *op. cit.*, p. 348.

la Constitución da "jerarquía constitucional"[5] a los tratados y concordatos "en las condiciones de su vigencia,"[6] ello significa que es "*tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación*" (cons. 11, primer párrafo), "De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y articulo 2° ley 23.054)".[7]

5.3. *Vigencia interna de las opiniones consultivas*

De lo cual resulta que nuestra Corte debe aplicar los tratados "en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional."[8] Nuestro tribunal *integra tales fallos y opiniones consultivas al texto constitucional* por la cláusula según la cual los tratados se han de aplicar "en las condiciones de su vigencia". Ello incluye precisamente la jurisprudencia actual y futura de los organismos internacionales de aplicación que existieren, en el caso, la Corte de San José.

El mismo criterio resulta aplicable para los tribunales que en el futuro se instituyan para tratados de integración como el

[5.5] La Constitución emplea en el primer párrafo del art. 75 inc. 22 la frase "jerarquía superior a las leyes" y en el tercero "jerarquía constitucional". La primera elección semántica podría indicar una jerarquía intermedia entre la ley y la constitución, la segunda alternativa es aceptar como mínimo el nivel constitucional del tratado. La Corte es explícita en elegir la segunda variante. Pensamos que con el tiempo reconocerá también la supraconstitucionalidad de tales normas y principios, según lo expusimos en *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*, La Ley, 17 de abril de 1990 e *infra*, cap. III.

[5.6] Art. 75, inc. 22, 2° párrafo.

[5.7] Considerando 11, segundo párrafo.

[5.8] Considerando 12.

MERCOSUR,[9] o los organismos supranacionales de otros tratados internacionales suscriptos y aprobados por el país.

5.4. *Prevalencia sobre "cualquier" norma de derecho interno*

A su vez, dicha Corte de San José decidió el 16 de julio de 1993 en la opinión consultiva n° 13, que la Comisión es competente para calificar *cualquier* norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificar o adherirse a la Convención, con lo cual ni siquiera una interpretación constitucional local podría oponerse a la jurisprudencia supranacional.

5.5. *Su aplicación por la jurisprudencia nacional*

Si se complementa lo aclarado en el citado voto *in re Birt* con el fallo de la Corte *in re Giroldi*[10] y la tendencia internacionalista o universalista[11] que la Corte está adoptando en los últimos tiempos (*Ekmekdjian*,[12] *Fibracca*,[13] *Hagelin*,[14] *Cafés La Virginia*[15]), es claro que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación queda correctamente incorporada y articulada al sistema internacional que en primer lugar representa la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica con sus fallos y opiniones consultivas, sin perjuicio de los demás tribunales internacionales; ello, a nivel de organización jerárquica del poder

5.9 Como con acierto lo reclama la doctrina: GONZÁLEZ, FLORENCIA, *Solución de conflictos en un sistema de integración: los casos del Mercosur y la CEE*, Integración Latinoamericana, INTAL, año 17, diciembre de 1992, p. 33 y sigtes.; *Legislación y administración en un sistema de integración: el caso de la Comunidad Europea*, Revista de Derecho Administrativo, n° 14, p. 455 y sigtes., p. 483, Depalma, 1993; DREYZIN DE KLOR, ADRIANA S., *El sistema de solución de controversias en el Mercosur*, La Ley, 4 de mayo de 1995.

5.10 7-IV-1995.

5.11 OYHANARTE, JULIO, *La visión universalista de la Corte Suprema*, La Nación, 25 de junio de 1995, secc. 7, p. 3.

5.12 *Fallos*: 308:647; La Ley, 1992-C, 543; ED, 148:338.

5.13 Fallo del 7-VII-93.

5.14 Sentencia del 22-XII-93.

5.15 Sentencia del 10-X-94. Ampliar en BOGGIANO, ANTONIO, *Introducción al derecho internacional*, La Ley, Buenos Aires, 1995.

judicial nacional y supranacional. En materia de otras fuentes, ya vimos que además de los tratados tenemos también los acuerdos transaccionales celebrados por el país ante reclamos frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: puede ser una fuente creciente de derecho supranacional e interno.

5.6. *Medidas "de otro carácter"*

Frente a la clásica cuestión de si los Estados parte, cuando se obligan a adoptar las medidas legislativas "o de otro carácter" (artículo 2° de la Convención Americana), se obligan sólo a dictar leyes o también a dictar sentencias[16] que suplan la eventual falencia legislativa, esta Corte ya tiene tomada posición *in re Ekmekdjian*,[17] que recoge el lejano principio rector de *Kot*[18] y *Siri*:[19] *la obligación es también de los jueces, no solamente del legislador*. Es la línea argumental que retoma el considerando 12 de *Giroldi* cuando afirma que "*a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde —en la medida de su jurisdicción— aplicar los tratados...*". Agrega nuestro tribunal que el artículo 1° de la Convención en cuanto exige que los Estados parte deben no solamente "respetar" los derechos y libertades reconocidos en ella sino además "garantizar" su ejercicio, es interpretado por la Corte Interamericana en el sentido que ello "implica el deber del Estado de tomar *todas las medidas necesarias* para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce."[20]

5.16 Y actos administrativos, en su caso.

5.17 *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros, Fallos*, 308:647: "El Derecho", 148: 338.

5.18 *Fallos*, 241:291; LL, 92:632.

5.19 *Fallos*, 239:459.

5.20 Otra particularidad de interés en el fallo es que invoca expresamente no ya una sentencia de la Corte Interamericana sino la opinión consultiva n° 11/90 del 10 de agosto de 1990, a la que además transcribe en cuanto afirma que esa debida garantía importa "el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público (parágrafo 23 de la opinión consultiva, considerando 12 "in fine" del fallo aquí

5.7. *Derecho a sentencia en un plazo razonable*

La cuestión, entonces, es qué hará la Corte Suprema en otros asuntos en que el legislador ha sido remiso, por ejemplo en la creación de más tribunales contencioso administrativos para que no haya una violación al mismo artículo 8° en cuanto otorga en su inc. 1° la garantía de tener sentencia "dentro de un plazo razonable." El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aplicando igual cláusula de la Convención europea, condenó a Suiza por violación al derecho a tener sentencia en un plazo razonable (en el caso, el proceso administrativo tardó casi tres años y medio), no por negligencia de sus magistrados, sino del legislador en no crear oportunamente los tribunales a medida que aumentaban las causas. Ahora que nuestros tribunales contencioso administrativos se encuentran nuevamente abarrotados de causas, se les han agregado nuevas competencias y se ha obligado a demandar al Estado por la ley 24.447,[21] ya se ven forzados a recurrir a métodos formularios para resolver asuntos. Tal vez deba también nuestra Corte recurrir a la jurisprudencia comparada *europea*, que no ha hecho sino interpretar la *misma* cláusula que también tiene la Convención Americana. No tendría sentido, en verdad, reconocer la obligatoriedad de la jurisprudencia supranacional *americana* como aquí se hace y desconocer luego el precedente de la *europea*, cuando la cláusula es igual y no existe precedente distinto de la Corte Interamericana. Esperamos, pues, la versión nacional de *Zimmerman y Steiner* antes que nos condene expresamente la Corte de San José.[22]

comentado). La opinión consultiva viene a adquirir, del modo expuesto, carácter vinculante para nuestro país.

[5.21] Que comentamos en *Emergencia residual en la deuda pública interna (La Ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra el Estado previos a 1991)* La Ley, 29 de mayo de 1995; reproducido en *Después de la reforma del Estado*, 2° ed. 1998.

[5.22] Ver *infra*, cap. VI.

Capítulo III

LA SUPRANACIONALIDAD OPERATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO

I. *INTRODUCCIÓN* *

1. *La irreversibilidad del derecho supranacional en materia de derechos humanos*

No ha de olvidarse el principio de "la irreversibilidad de los compromisos comunitarios"; "Jurídicamente no hay, pues, vuelva atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad".[1]

La Convención como derecho supranacional elimina, obviamente, el dogma o mito interno de cada país —o gobierno— como poder incondicionado o ilimitado. Si había dudas posibles al respecto, "Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha acepta-

* El acápite III de este capítulo, pp. 16 a 30, pertence a ADELINA LOIANNO.

[1.1] PESCATORE, PIERRE, *Aspectos judiciales del "acervo comunitario"*, "Revista de Instituciones Europeas", Madrid, 1981, p. 331 y ss., p. 336.

do el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver".[2]

"Lo que sería entonces inadmisible, porque se opone a la buena fe de los tratados internacionales, sería que un Estado Miembro, o una de sus autoridades, por ejemplo, una jurisdicción, tratara de poner en duda los compromisos aceptados invocando, 'a posteriori', obstáculos constitucionales".[3]

Del mismo modo, el artículo 27° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865, establece que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado", lo cual no puede razonablemente pretenderse aplicable sólo en las relaciones internacionales del Estado,[4] pues ello importaría una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico.

2. *Innecesariedad de su admisión constitucional*

En materia de derechos humanos en general tenemos un orden jurídico supranacional [1] y supraconstitucional [2] que cumplir,

[1.2] PESCATORE, *op. cit., p.* 348.

[1.3] PESCATORE, *op. cit., p.* 349. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino,* tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1989, ps. 117 y 118, aunque menos categórico. Comparar GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D.T., *Los derechos humanos y las garantías,* Zavalía, Buenos Aires, 1988, p. 35.

[1.4] Como lo hace uno de los párrafos de la opinión del Procurador General de la Nación en la causa *E. F. E., suc.,* LL, 1/IX/87, p. 3, con nota de FERNANDO N. BARRANCOS y VEDIA. *La Corte Suprema de Justicia y la operatividad de las normas del Pacto de San José de Costa Rica en el orden jurídico interno,* revista y lugar citados.

[2.1] En el plano europeo, SÁNCHEZ MORÓN habla de un derecho internacional de los derechos humanos: E. GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos,* 2ª ed., Civitas, Madrid, 1983, p. 27.

[2.2] GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit., p.* 15, destaca "un standard mínimo y común de libertad en todo el espacio europeo, por encima tanto de Estados y regímenes políticos, como, sobre todo, en el orden práctico, de sistemas y tradiciones jurídicas".

operativo,[3] directa[4] e inmediatamente aplicable[5] también en el orden interno[6] y por los jueces[7] y demás órganos[8] nacionales del Estado. A tal efecto de operatividad directa e inmediata[9] no necesitamos de una previa reforma constitucional.

Por supuesto, de llegarse a concretar la reforma no estará de más puntualizarlo expresamente, [10] para sosiego o desazón, según sea el caso, de los escépticos del derecho supranacional, los anti-"eurofóricos" locales [11] Pero el tiempo no necesariamente se quedará a la vera del camino, a la espera del avance de los rezagados. El desarrollo europeo del derecho comunitario de los dere-

[2.3] Sobre la hermenéutica para "una inmediata e incondicionada aplicación de normas de rango constitucional", equivalente al "particular empeño para asegurar la aplicabilidad inmediata de cláusulas de tratados y otros actos internacionales", ver VANOSSI, *La protección de los derechos humanos en la Argentina,* en "R.D.P.", nº 2, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1987, 36 y 37.

[2.4] Ver por ejemplo SÁNCHEZ MORÓN, *La aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales: el nuevo derecho de asociaciones.* "REDA", nº 22, p. 442 y ss.; SÁINZ MORENO, *Los casos de aplicación directa de la Constitución: el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos,* "REDA", nº 24, p. 118 y ss., etc.

[2.5] Para no caer en las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA cuando expresa que debe dejarse atrás el "procedimentalismo y leguleyismo"—"típica huida de la responsabilidad de toda burocracia"— que caracteriza la "degradación de la Justicia en burocracia", *Reflexiones sobre la Ley y los princicios generales del Derechos* Civitas, Madrid, 1984, p. 110.

[2.6] GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit., p.* 16, recuerda en el caso europeo el "valor en derecho interno" de la Convención. BIDART CAMPOS, *op. cit.,* p. 119; COLAUTTI, CARLOS E., *El Pacto de San José de Costa Rica,* Lerner, Buenos Aires, 1989, p. II.

[2.7] Art. 8º.

[2.8] Art. 2º *in fine:* "...medidas legislativas o *de otro carácter...".*

[2.9] ZAFFARONI, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema penal,* "Revista de Derecho Público", nº 2, Buenos Aires, 1987, p. 61; EKMEKDJIAN, *La ejecutoriedad de los derechos y garantías reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica y la acción de amparo,* LL, 1987-B, p. 263.

[2.10] Al respecto puede verse MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución española,* Civitas, Madrid, 1980, p. 23 y ss.

[2.11] Para esta antinomia del pasado europeo ver MENZEL, EBERHARD, comentario en la revista "Die öffentliche Verwaltung", Stuttgart, 1969, cuaderno 15/6, p. 579 y 580.

chos humanos debiera marcar el derrotero.[12] Esas normas supranacionales, en las bellas palabras de LORD DENNING, son cada vez más como la "marea creciente. Penetra en los estuarios y sube por los ríos. No puede ser detenida". [13]

Si algunas normas internas admitían dos o más interpretaciones posibles, "sólo pueden interpretarse en el futuro en el sentido compatible con el texto de la Convención";[14] es que en verdad el lineamiento garantizador de la Constitución se ve ahora precisado en la Convención.[15]

Por todo lo expuesto, en materia de derechos humanos no es necesario reformar la Constitución. Basta con aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos y, en forma congruente con ella, armonizar la interpretación y aplicación del resto del derecho interno.

3. *Aplicación directa en el derecho interno*

No podemos, sea en materia de derechos constitucionales o de los reconocidos en la Convención, retornar a las épocas en que se sostenía que una garantía determinada era inaplicable "por no existir aún ley que la reglamente". La misma tesis clásica de la aplicación directa de la Constitución ha de ser entonces la tesis de la aplicación directa de la Convención.

En ello no ha de perderse de vista que el artículo 31º inciso 1º de la Convención de Viena establece que el tratado debe ser interpretado "de buena fe", "en su contexto y a la luz de su objeto y finalidad" y esa finalidad no es otra que la reafirmación y mayor

2.12 GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos,* Civitas, Madrid, 1983.

2.13 LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Butterworths, Londres, 1 979, p. 18.

2.14 ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 61, quien agrega que por cierto, en muchos casos "parece tratarse de consecuencias que también hubiesen podido deducirse de una correcta y garantizadora exégesis de nuestros preceptos constitucionales".

2.15 ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 62.

tutela de los derechos, no su restricción.[1] A igual conclusión llevará el tener presente la circunstancia fáctica que determinó nuestra adhesión,[2] todo lo cual debe ser tenido en cuenta en la interpretación. Así por ejemplo, si algunas normas internas admitían dos o más interpretaciones posibles, "solo pueden interpretarse en el futuro en el sentido compatible con el texto de la Convención".[3] En verdad, el lineamiento garantizador de la Constitución se ve ahora precisado en la Convención.[4]

3.1. Claro está, cabe distinguir en ella las disposiciones de carácter programático,[5] operativa,[6] y principios jurídicos indeterminados,[7] así también el tipo de derechos y la consiguiente legitimación procesal,[8] los conflictos entre derechos de igual fuente o eventuales jerarquías de derechos.

3.2. Como consecuencia de la aplicación directa de la Convención, toda norma contraria preexistente—sea legal o regla-

[3.1] Entre otros, ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema penal,* en "Revista de Derecho Público", nº 2, Buenos Aires, 1987, ed. Fundación de Derecho Administrativo, p. 78.

[3.2] O arcóntica, rectora, determinante, que fue "causa" en suma de la sanción legislativa; o sea, la insuficiencia previa de tales derechos en su funcionamiento o aplicación práctica.

[3.3] ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 61, quien agrega que "parece tratarse de consecuencias que también hubiesen podido deducirse de una correcta y garantizadora exégesis de nuestros preceptos constitucionales".

[3.4] ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 62.

[3.5] La norma más claramente programática es el art. 260.

[3.6] El derecho a la propia personalidad jurídica (art. 3º), a no ser sometido a esclavitud (art. 6º inc. 1º), a la vida y no ser privado de ella arbitrariamente (art. 4º inc. 1º), libertad de conciencia y religión (art. 120), pensamiento y expresión (art. 13º), reunión pacífica (art. 15º), de asociación (art. 16º), derecho a la nacionalidad (art. 200), circulación y residencia (art. 230), etc

[3.7] O, en otras palabras; "Es preciso reconocer operatividad a todas sus normas en el sentido de que constituyen directivas de interpretación para los jueces": COLAUTTI, CARLOS E., *La protección del derecho a la vida en el Pacto de San José de Costa Rica,* separata, Buenos Aires, 1987, p. 15. Aún en ausencia de prescripción concreta, los juicios de valor de sus normas son de necesaria aplicación orientadora en la interpretación por el juez de la unidad del orden jurídico. Comparar COLAUTTI, *El Pacto de San José de Costa Rica. Protección a los derechos humanos, op. cit.,* p. 23.

[3.8] Derecho subjetivo, interés legitimo (o derecho reflejo, debilitado, difuso) e interés simple; derechos así llamados de primera, segunda y tercera generación, etc.

mentaria—ha perdido automáticamente vigencia a partir de la entrada en vigor de la Convención,[9] en la medida que la respectiva cláusula pueda interpretarse como operativa.[10] Esta cuestión ha dado y seguirá dando lugar a no pocas controversias; así por ejemplo se había resuelto que el artículo 17° inciso 5° de la Convención, sobre igualación de los hijos, no era operativo sino programático, por lo cual sólo entró en vigencia para el futuro en el derecho interno en tal tesitura—al sancionarse la ley 23.264 estableciendo otra vez lo mismo.[11]

4. *Obligación judicial de tutelar en el derecho interno los derechos de la Convención*

Los jueces deben llevar a cabo esa aplicación directa de la norma posterior de mayor jerarquía,

1°) por la obligación que tienen los órganos de los Estados de instrumentarlos con los mecanismos complementarios —legislativos "o de otro carácter"— que fueren convenientes;[1]

2°) porque los Estados signatarios se han obligado *ipso jure* "a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella" (artículo 1°, inciso 1°), y a "garantizar su libre y pleno ejercicio", a lo cual mal podrían nada menos que los jueces declararse ajenos;

3.9 ZAFFARONI, *op. cit., p.* 61; ERMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, *La ejecutoriedad de los derechos y garantías reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica y la acción de amparo,* en LL, 1987-8, p. 263*;* en contra BARRANCOS Y VEDIA, artículo citado más abajo, punto II.

3.10 Ver HYNES, LUISA MARÍA, *La operatividad de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos,* en la "Revista de Derecho Público", nº 2, Buenos Aires, 1987, ed. de la Fundación de Derecho Administrativo, p. 89 y ss.

3.11 Corte Suprema, *E.F.E.*, en LL del 1/IX/87, con nota en igual sentido de BARRANCOS Y VEDIA, FERNANDO N.: *La Corte Suprema de Justicia y la operatividad de las normas del Pacto de San José de Costa Rica en el orden interno,* revista y lugar citados. La solución transgrede el *juicio de valor* del art. 17º inc. 5º, al no encontrar arbitraria ni disvaliosa la solución contraria de la legislación anterior.

4.1 Art. 20: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 19 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar... las medidas legislativas o *de otro carácter* que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

3°) porque esa garantía de libre y pleno ejercicio requiere la indispensable tutela jurisdiccional, por aplicación de la garantía de acceso a la justicia que consagran los artículos 8° inciso 1° [2] y 25° inciso 1°.[3]

II. *LOS DERECHOS HUMANOS COMO ORDEN JURÍDICO SUPRANACIONAL Y SUPRACONSTITUCIONAL*

5. *Carácter de normas jurídicas operativas de las normas y principios supranacionales*

Se ha dicho que el país ha decidido ser "fiel a un principio básico en materia de derechos humanos; el de que la comunidad internacional, a través de los órganos jurisdiccionales creados al efecto es el árbitro final de su vigencia y de sus violaciones", de allí la firma del Tratado y el Protocolo "que reconoce la jurisdicción obligatoria" de la Corte de San José.[1]

Conforme los mismos criterios interpretativos que hemos siempre sostenido para la Constitución nacional como orden supremo en el derecho interno, postulamos como hipótesis o conjetura básica,[2] como concepto fundante [3] del nuevo sistema [4] u orden jurí-

[4.2] "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y *dentro de un plazo razonable* por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...".

[4.3] "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, *que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por... la presente Convención*".

[5.1] RABOSSI, EDUARDO, *Los derechos humanos y la política del gobierno nacional*, "R.D.P.", *op. cit.*, nº 2, p. 47.

[5.2] En tal sentido POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1973.

[5.3] LINARES, J. F., *Los sistemas dogmáticos en el derecho administrativo*, Buenos Aires, 1984, Fundación de Derecho Administrativo, pp. 51 y 52: "de modo tal que los elementos de ese conjunto observen una correlación tal que pueden ser derivados por deducciones escalonadas desde un superconcepto fundante. Pero estas deducciones no son de pura lógica formal sino de lógica compositiva".

[5.4] ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, capítulo IV, pp. 92 y 93, y capítulo V.

dico supranacional, la aplicación en un grado superior de las mismas pautas interpretativas elaboradas en el plano interno para la Constitución nacional. En primer lugar y según estamos viendo, es un derecho a la vez objetivo y compulsivo, es un derecho que obliga plenamente;[5] más aún, es "un orden público común".[6]

Para algunos no se trata de una primacía entre un derecho comunitario preeminente y un derecho nacional subordinado, sino "la sustitución del derecho nacional por el derecho comunitario, en los dominios en que la transferencia de competencias ha sido operada: en estos dominios es, en lo sucesivo, la regla del derecho comunitario la que se aplica".[7] Para otros existe primacía;[8] cualquiera sea el caso, lo cierto es que el carácter jurídico, obligatorio, imperativo, incondicionado, de este derecho es indubitable.[9]

6. *Las sanciones supranacionales e internas por incumplimiento. La invalidación*

Aún en los supuestos en que no exista una sanción puntual y específica establecida en la Convención para el caso de incumplimiento a sus normas, el tribunal nacional e internacional tienen siempre como obligación mínima la de *invalidar* toda actuación o comportamiento estatal o privado que se haya apartado de tales preceptos jurídicos. Si se trata de un comportamiento material, corresponderá ordenar la cesación del mismo.[1]

Esa invalidación o privación de efectos, que podrá ser constitutiva o declarativa según la gravedad de la infracción,[2] consti-

[5.5] PESCATORE, *op. cit.*, p. 340 y ss., *y* jurisprudencia que cita.

[5.6] VASAK, KAREL, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. III, Serbal/UNESCO, Barcelona, 1984, p. 873, transcribiendo una frase del caso *Austria contra Italia*.

[5.7] LAGRANGE, citado por MUÑOZ MACHADO, *op .cit.*, p. 27.

[5.8] PESCATORE, *op. cit.*, p. 344.

[5.9] PESCATORE, *op. cit.*, p. 340.

[6.1] Como dicen PIGRETTI y BELLORIO, *Derecho ambiental*, Educa, Buenos Aires, 1985, pp. 14 y 15.

[6.2] Según lo desarrollamos para el derecho nacional en el *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 3, *El acto administrativo*, 8° ed., F.D.A., Buenos Aires, 2004, capítulo XI.

tuye por cierto una sanción,[3] que integra el concepto de norma jurídica de la disposición respectiva, aún en una estricta aproximación kelseniana.

7. *La condena pecuniaria*

Pero, a mayor abundamiento, no sólo el tribunal nacional sino también y muy en especial el internacional de la Convención, están expresamente facultados, además de declarar la antijuricidad de la conducta y consecuentemente invalidarla, también para aplicar sanciones pecuniarias en favor de la *persona física* cuyos derechos fundamentales hayan sido lesionados por actos, hechos u omisiones de su país, en el plano interno.[1] Adviértase que hay en ello una "aplicabilidad directa como estado normal del derecho"[2] comunitario, que no depende para nada del derecho nacional.

Por lógica derivación de la misma potestad, el Tribunal puede también fijar *astreintes* hasta tanto cese la conducta lesiva, y reparaciones ejemplificadoras cuyo objeto sea castigar la conducta dañosa y prevenir su repetición a través de un mensaje claro al resto de la comunidad. Entre tales reparaciones puede incluirse la publicación de la sentencia a costa del infractor al orden jurídico supranacional.

Es de recordar, por lo demás, el "carácter compulsivo del derecho derivado",[3] donde cabe sin duda reconocer a la jurisprudencia supranacional como fuente de derecho comunitario.

De todas maneras, es clara la tendencia hacia la definición progresiva de los derechos protegidos, la competencia progresiva

[6.3] Y reafirmar por esa vía el carácter jurídico de tales normas, para quienes adoptan la definición kelseniana. Desarrollamos el punto en la remisión de la nota precedente.

[7.1] Obviamente, es el ciudadano o habitante de su propio país de nacimiento o residencia, el que resulta lesionado en sus derechos individuales por su propio gobierno. Hay por ello al mismo tiempo derecho nacional y *supra*nacional violado.

[7.2] Para recordar las palabras de PESCATORE, *op. cit.*, p. 352, explicando la jurisprudencia del tribunal europeo.

[7.3] PESCATORE, *op. cit.*, p. 343, y jurisprudencia que cita.

supranacional, la progresiva operatividad del sistema,[4] y ello importa el necesario desarrollo de la potestad anulatoria y reparativa, además de interpretativa y preventiva, de la jurisprudencia del tribunal.

8. *La imperatividad y supremacía de las normas supranacionales*

Tanto la coacción interna prevista en el sistema jurídico nacional, como la coacción internacional por la vía jurisdiccional prevista en el tratado, son los medios por los cuales los órganos jurisdiccionales nacionales y supranacionales deberán hacer efectiva tal imperatividad. Del mismo modo, la supremacía del orden supranacional por sobre el orden nacional preexistente no puede sino ser supremacía jurídica, normativa, provista de fuerza coactiva, de imperatividad. Estamos en suma ante "un normativismo supranacional".[1]

No tiene sentido resolver el sometimiento a un orden jurídico supranacional, y a un tribunal con competencia formal para aplicarlo y sancionar al incumplidor, para luego pretender *la supuesta supremacía del orden local por sobre el orden internacional*. Por ello dice Lord Denning que "sin duda" las cortes nacionales "deben seguir los mismos principios" que las cortes internacionales, en la aplicación de los tratados que contienen normas de derecho interno.[2]

Ninguna norma nacional o carencia de ella puede hoy en día ser argumento válido para declararse esclarecido y honroso partidario de la esclavitud, la tortura, el asesinato, el genocidio, la persecución racial, y así sucesivamente. Por ello, tampoco puede "jurídicamente" argüirse un "derecho" interno, así sea constitu-

[7.4] NIKKEN, PEDRO *La protección internacional de los derechos humanos. Su Desarrollo progresivo,* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y Civitas, Madrid, 1987, capítulos III y IV.

[8.1] PIGRETTI y BELLORIO, *op. cit.,* pp. 14 y 15.

[8.2] LORD DENNING, *The Discipline of Law,* Butterworths, Londres, 1979, p. 18.

cional,[3] para justificar la lesión de un derecho supranacional en materia de cualesquiera otras garantías, derechos y libertades públicas mínimos de cada individuo en su propio país.

El precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento por lo menos en el plano *interno. Así* como una persona de vida disipada no es admitida en sociedad, así también el país debe aprender a vivir en la austeridad y auto-control del permanente y diario respeto a tales derechos, asumiendo a través de sus ciudadanos y todos sus poderes el criterio de rechazar una hipotéticamente "válida" violación o desconocimiento interno de los derechos individuales previstos en la Convención.

Por lo expuesto, dado que el país ha establecido en forma expresa su sometimiento a la jurisdicción de un tribunal internacional de justicia, con competencia para dictar sentencias en contra del Estado argentino en caso de desconocimiento por éste de las garantías individuales mínimas de sus propios habitantes, lo menos que se puede decir, en una perspectiva teleológica y de razonable futuro, es que tenemos allí un verdadero derecho supranacional, con todas las características propias de un orden jurídico supremo.

Concluimos pues que las características de la Constitución como orden jurídico supremo en el derecho interno,[4] son aplicables en un todo a las normas de la Convención en cuanto orden jurídico supremo supranacional. No dudamos que muchos intérpretes se resistirán a considerarlo derecho *supranacional y supraconstitucional* sin perjuicio de los que ya se niegan a considerarlo siquiera *derecho interno, o derecho* a secas.

También están, por lo demás, los que han negado a ultranza a la misma Constitución como derecho,[5] y no faltaron ni faltan

[8.3] Ese será, por supuesto, el seudo argumento o la falsa excusa, pues ninguna norma constitucional se halla en pugna con la Convención y ningún conflicto es posible para el intérprete bien inspirado. El punto está claro por lo demás en los incisos *a*), *b*) y *c*) del artículo 29 de la Convención.

[8.4] *Tratado de derecho administrativo, op. cit.,* tomo 1, capítulos VI y VII.

[8.5] Creemos haber probado el error de tales concepciones a partir de la I edición de nuestra *Introducción al derecho administrativo,* Ed. Perrot,

siquiera los que de igual modo razonan con las leyes, preconizando su inexigibilidad en ausencia de reglamentación administrativa.

Pero son estas conjeturas falsas del pensamiento humano, que no pueden entorpecer el razonamiento científico y político del jurista contemporáneo que busque racionalmente interpretar el mejor orden jurídico con el cual asegurar la paz, la justicia, el orden, en su país. El camino del futuro está claramente señalado: por encima de las vacilaciones, contradicciones y hasta negaciones formales que este nuevo orden jurídico supranacional tenga que sufrir, ellas no debieran poder cambiar el curso sustancial de la historia del mundo, a menos que también en esto prefiramos, como país, no seguir el signo de los tiempos.

El proceso de evolución europea en materia de derechos humanos, que consagra la vigencia de un orden jurídico supranacional en aquel caso, la Convención europea y el resto del derecho comunitario—, marca el derrotero en forma por demás simple y obviamente aplicable por analogía de método interpretativo.

9. *Interpretación extensiva de los derechos humanos*

Por lo demás, conviene seguir la orientación del Tribunal de Estrasburgo, que "no se muestra partidario, en conjunto, de una lectura exegética, timorata o estrecha de las cláusulas que enuncian los derechos y libertades garantizados. En este sentido, hace constar el carácter puramente indicativo de la lista de los derechos".[1]

Buenos Aires, 1962, que reiteramos en el *Tratado*, t. 1, *op. cit.*, cap. V; estimamos ahora oportuno formular la subsiguiente hipótesis que estamos desarrollando en el texto.

[9.1] EISSEN, MARC-ANDRÉ, *El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1985, ps. 90 y 91.

10. *Los principios jurídicos indeterminados*

10.1. *Caracterización*

No sólo cabe aplicar en forma directa e inmediata los derechos taxativamente enumerados, sino algunos no enumerados y los juicios de valor y principios jurídicos de la Convención. Por nuestra parte, ya sostuvimos el carácter *constitucional* de ciertos principios jurídicos,[1] criterio hoy en día bastante difundido: corresponde también plantearlo a nivel del nuevo orden jurídico supranacional.

Es conocido el concepto de principios jurídicos indeterminados,[2] sea en relaciones entre particulares (abuso del derecho, buena fe, lesión), o como límites al Estado frente a los individuos: desviación y exceso de poder, arbitrariedad o razonabilidad, etc., y sólo se trata de visualizarlo aquí en la definición amplia de la esfera de derechos individuales.

10.2. *La garantía de la razonabilidad*

Este principio, aplicable al legislador,[3] administrador[4] y juez,[5] se incorpora a nuestro derecho como garantía de razonabilidad, por vía del derecho norteamericano, como parte del debido proceso en sentido sustantivo,[6] y es el mismo que en el derecho inglés se

10.1 *Introducción al derecho administrativo,* Ed. Perrot Buenos Aires, 1962, p. 52 y ss. Lo hemos mantenido en nuestro *Tratado de derecho administrativo,* t. 1, Buenos Aires, 2003, cap. VI, n°4 y ss., p. 29 a 56; cap. VII, n° 18.3, p. 70*; Teoría general del derecho administrativo,* Madrid, 1984, p. 160 y ss. y obras ulteriores.

10.2 SÁINZ MORENO, FERNANDO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, cap. IX.

10.3 LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía, innominada en la Constitución Argentina*, 2° ed., Astrea, Buenos Aires, 1970. Comparar PADILLA, *op. cit.*, pp. 71 a 80.

10.4 LINARES, *Razonabilidad de las leyes*, *op. cit.*, p. 107; *Poder discrecional administrativo,* Buenos Aires, 1958, p. 155 y ss.

10.5 CARRIÓ, *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967; SAGÜÉS, *Recurso extraordinario,* Buenos Aires, Depalma, 1984.

10.6 Para una explicación en ese derecho en comparación al derecho francés, ver SCHWARZ, BERNARD, *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press, Nueva York, 1954, p. 211 y ss.

incluye dentro de la justicia natural;[7] también ha llegado al derecho francés [8] y belga,[9] entre otros.

La garantía de razonabilidad, que hasta ahora tenía rango constitucional, pasa a tenerlo también supraconstitucional o supranacional. Ella no solamente está presente como garantía innominada en los artículos 8° inciso 1° y 25° inciso 1° de la Convención, sino que también está explícitamente contemplada como exclusión de arbitrariedad o garantía de razonabilidad en los artículos 4° inciso 1°, 7° incisos 3° y 5°, 11º inciso 2°, 13° inciso 3° ("abuso"), 20° inciso 3°.

10.3. *Otros principios jurídicos supranacionales*

Otras normas y principios jurídicos de la Convención son la no discriminación,[10] proscripción del odio y la persecución,[11] protección de la vida, integridad y salud humanas frente a la contaminación del medio ambiente,[12] dignidad de la persona humana,[13] tutela de

[10.7] WADE, H. W. R., *Administrative Law*, 5° edición, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 414

[10.8] DE LA CRUZ FERRER, JUAN, *Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la* expropiación forzosa, "REDA", n° 45, Madrid, 1985, p. 71 y s.; BRAIBANT, GUY, *Le principe de proportionnalité*, Mélanges Waline, París, 1974, p. 297 y ss.

[10.9] PERELMAN, CHAÏM, *Le raisonnable et le déraisonnable en Droit. Au-dela du positivisme juridique*, L.G.D.J., París, 1984.

[10.10] Art. 1°, inciso 1°; art. 249. A su vez, el decreto-ley 7.722 aprobó la "Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial" y previamente el n° 17.677 hizo lo propio con el convenio 111 de la OIT referido a la discriminación en el empleo.

[10.11] Art. 13°, inciso 50 en igual sentido el artículo 4° de la Convención mencionada en la nota precedente.

[10.12] Arts. 4° y 5°. Su aplicación en este contexto es explicada por PIGRETTI, EDUARDO, y BELLORIO, DINO LUIS, *Derecho ambiental*, ed. EDUCA, Buenos Aires, 1985, p. 15.

[10.13] Art. 11°, inciso 1° *in fine*.

la privacidad,[14] respeto a las tradiciones y costumbres,[15] derecho a la tolerancia y al pluralismo,[16] derecho a la participación,[17] etc.

Ellos se ven reforzados en su aplicación concreta por el principio del debido proceso legal tanto en sentido adjetivo (derecho a ser oído) como sustantivo (garantía de razonabilidad), de previo nivel constitucional y hoy en día, como ya dijimos, de rango también supranacional.

10.4. *Aplicación directa. Garantías o derechos no enumerados*

Tales principios pueden invocarse para la aplicación directa de la convención y utilizarse como guía interpretativa en la solución de casos en apariencia no taxativamente resueltos por normas de rango inferior.

De igual modo que en la Constitución los artículos 19 y 33 tutelan los derechos no enumerados, así también tales principios jurídicos de la Convención generan iguales derechos "no enumerados" a nivel supranacional como por lo demás lo estatuye expresamente el artículo 29° inciso 3° de la Convención.[18]

En el capítulo pertinente volvemos sobre el punto para ejemplificarlo en lo ateniente a la salud y medio ambiente, pero

[10.14] Art. 11°, inciso 2°.

[10.15] Puede construírselo a partir del art. 12° (conservar, profesar y divulgar su religión y creencias); 8° inc. 2°, ap. *a* (ser asistido por traductor o intérprete, por lo tanto usar su propio idioma), 20° (mantener la nacionalidad), 22° incisos 6° a 8° (tutela del extranjero en sus *condiciones de tal, y* principio consiguiente de tolerancia y pluralismo), a *contrario sensu,* de la prohibición de toda forma de menoscabo étnico o racial que surge del art. 1°.

[10.16] Que, por cierto, es nota tradicional de todo régimen que se pretenda democrático: VANOSSI, JORGE REINALDO, *El estado de derecho en el constitucionalismo social,* Eudeba, Buenos Aires, 1982, p. 367 y ss.

[10.17] Art. 23°, inciso *a).* Nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina,* Civitas, Madrid, 1981, capítulo I; *Participation in Latin America,* Nueva York, 1982; nuestro artículo en la "Revista Internacional de Ciencias Administrativas", Bruselas, 1981, volumen XLVII, 1981, nº 2, pp. 126 a 132.

[10.18] Igual interpretación extensiva de los derechos en la convención europea, cuyo Tribunal ha señalado "el carácter puramente indicativo de la lista de derechos": EISSEN, MARC-ANDRÉ, *El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos,* Civitas, Madrid, 1985, pp. 90 y 91.

podemos adelantar aquí que se produce una inversión normativa: en lugar de sentar como norma que puede dañarse la salud ajena cuando un texto legal no lo prohíbe, el principio pasa a ser que no puede dañarse la salud de los demás ni el medio ambiente sino con específico y expreso sustento legal, suficiente y razonable. Este razonamiento, que desarrollamos a continuación, sirve a *fortiori* para otros temas en los cuales falta ley instrumentadora pero alcanza y sobra con el principio jurídico supranacional y la voluntad judicial de tutelarlo en los casos ocurrentes.

11. *Nacimiento* ipso jure *de norma interna faltante. Los derechos y deberes implícitos*

Como inevitable consecuencia de la aplicación directa de la Convención, de la existencia en ella de una garantía sustantiva de razonabilidad, de la derogación *ipso jure* de las normas internas que se le opusieren, de la obligación de los jueces de arbitrar los medios jurisdiccionales para la efectiva tutela de los derechos, de la supranacionalidad de sus normas y principios jurídicos, se sigue inevitablemente que no puede argüirse la necesidad de esperar la sanción de alguna norma interna "reglamentaria" para proceder a la inequívoca aplicación garantizadora de la Convención.

En algunos casos puede tal vez intentarse una argumentación dogmática, en el sentido de mostrar la supuesta inexistencia de norma expresa en determinado sentido. También puede, a la inversa, argumentarse cómo diversas normas de la Convención consagran en forma inequívoca determinados derechos y hacen incongruente e ilógico abstenerse de tutelarlos a la espera de la norma "reglamentaria" de derecho interno. Veremos este aspecto, en el capítulo siguiente, a la luz del derecho a la salud y al medio ambiente.

III. *INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA Y DE LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISION EN EL DERECHO INTERNO*

ADELINA LOIANNO

1. *Esquema actual de la supremacía constitucional.*

Uno de los temas trascendentes de la reforma constitucional de 1994 ha sido la modificación del esquema de supremacía constitucional tradicional, al reducir los márgenes interpretativos que permitieron a nuestra Corte Suprema mantenerse hasta no hace mucho ajena al derecho público contemporáneo, al considerar subsistente la prelación del derecho interno respecto del derecho internacional.

Si bien resulta normativa y axiológicamente inaceptable que un Estado se comprometa internacionalmente ratificando un tratado para luego sujetar su ejecutoriedad e interpretación a criterios de subsidiariedad, la experiencia jurisprudencial argentina se deslizó por ese carril hasta poco antes de la reforma,[1] de manera que la incorporación del art. 75 inciso 22 en la Constitución Nacional no sólo despejó dudas respecto del orden del prelación entre los tratados y las leyes, sino que elevó expresamente algunos de ellos a su mismo rango.

En su consecuencia, la inteligencia acordada a los diversos aspectos de la supremacía y especialmente el control de constitucionalidad presentan en la actualidad cambios significativos.

A su vez el reconocimiento que ha efectuado la Corte a la obligatoriedad de la jurisprudencia que deriva de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e incluso de las recomendaciones e informes de la Comisión Interamericana; muestra una visión bastante aproximada del novedoso panorama de la reforma en el tema de la prelación normativa.

[1.1] *Ekmekdjian Miguel A. c/ Sofovich Gerardo y otros*, CSJN, 7/7/92, LL, 1992-C, 543.

2. *Algunos problemas interpretativos*

La redacción del art. 75 inciso 22 de la CN parece suficientemente explícita, sin embargo su interpretación provoca algunas dificultades derivadas de la incidencia en el razonamiento del intérprete de su personal modo de reconocer la relación entre *reglas* y *principios*.[1]

Un ejemplo podría ser la *regla* de la supremacía de los tratados respecto de las leyes, que siendo expresa en el texto constitucional, admite la posibilidad de su postergación ante la calificación de *programaticidad* que pudiere otorgarle el intérprete en el caso concreto. Ello como resultado de la escisión entre la citada *regla* y el *principio* que la sustenta, que sería en este punto la obligación del estado de cumplir el tratado que ha suscripto.[2] Asimismo, debiéndose imponer la buena fe en la tarea de interpretación y aplicación de los tratados, el esfuerzo por *presumir* su operatividad no parece desmedido.[3]

El problema presenta mayor complejidad cuando se aplica a los tratados sobre derechos humanos a los que se otorga "*jerarquía constitucional*". Es indudable que el constituyente ha pretendido colocar a los once instrumentos internacionales a que alude el inciso 22 del art. 75 en idéntico nivel con la Constitución. Las referencias a la "*complementariedad*" y "*no derogación*" de las normas constitucionales preexistentes afianzan el sentido de la referida *jerarquización*.[4]

[2.1] Comparar ALEXI, quien plantea una insoslayable separación entre "reglas" y "principios", que reside en que los principios son también normas pero que ordenan hacer algo en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, en tanto que las "reglas" son normas que exigen un cumplimiento pleno, de manera que "pueden ser sólo o cumplidas o incumplidas": ALEXI, ROBERT, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón practica*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa 5/88, Alicante, p.139 y ss.

[2.2] Conforme el art. 27 de la Convención de Viena:"*...una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*"

[2.3] HYNES, LUISA MARÍA, *La operatividad de los derechos reconocidos en la CADH*, en *Revista de Derecho Público*, n° 2, p. 89, Fundación de Derecho Administrativo, 1986.

[2.4] BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución Reformada*, t.1, p.346, Ediar, 1996.

Sin embargo, algunos entienden que la "*no derogación*" mantiene algún tipo de superioridad para los artículos que ya integraban la Constitución, tesis que a nuestro entender desconoce el único sentido con que debe interpretarse de buena fe la reforma introducida en el art. 75.

Los aspectos antes aludidos muestran porqué se impone interpretar en primer término la propia Constitución para luego atribuir un significado al derecho infraconstitucional a partir del resultado del primer proceso.[5] Precisamente en ese punto es donde la obligatoriedad de la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos realizada previamente por los organismos internacionales incorpora un elemento nuevo al proceso de formación de la decisión judicial, ampliando su fuente material.[6]

3. *Obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de DH según su propia jurisprudencia.*

La doctrina mayoritaria en materia de derecho internacional público es coincidente en negar a la jurisprudencia el carácter de fuente de derecho internacional, reservando esa condición exclusivamente a los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho. No obstante se puede advertir una importancia creciente de su incidencia en la interpretación de las normas.

Sin desconocer que la jurisprudencia es un medio auxiliar para desentrañar el significado de las normas de derecho internacional, ha sido la propia Corte Interamericana quien fue perfilando con sus fallos y opiniones consultivas la importancia de esos pronunciamientos para los Estados que han aceptado expresamente su competencia. Por ello actualmente podría admitirse la existencia de un *usus fori* de indiscutible valor. Para los tribunales de los países involucrados en el sistema de protección supranacional de los derechos humanos, se han constituido por

[2.5] BIDART CAMPOS, *op. cit.*, t.1, p.312; VIGO, RODOLFO L., *Interpretación constitucional,* p. 83 y ss., Abeledo Perrot, 1993.

[2.6] Sobre las dificultades que presenta reconocer la fuente material de la decisión judicial puede verse PRIETO SANCHIS, LUIS, *Ideología e Interpretación Jurídica,* p. 54 y ss., Tecnos, 1987.

ese medio una serie de pautas que amplían considerablemente los parámetros de interpretación de los tratados sobre derechos humanos. [1]

Algunas diferencias deben marcarse respecto de la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Interamericana según se trate de sentencias o de opiniones consultivas.

Las sentencias, que representan la decisión del Tribunal en casos específicos en los que se han denunciado violaciones de derechos humanos constituyen jurisprudencia obligatoria y vinculante para los tribunales internos.

La obligatoriedad de los fallos dictados por la Corte Interamericana tiene fundamento normativo en la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al actuar éste Tribunal como órgano de control del Pacto tiene competencia para conocer en cualquier caso relativo a la aplicación e interpretación del mismo (art. 62) siendo sus sentencias definitivas e inapelables y encontrándose los Estados obligados a cumplirlas (arts. 67 y 68 CADH).

Respecto de las opiniones consultivas, que implican una función de colaboración con los integrantes del sistema interamericano en el cumplimiento de sus obligaciones relativas a la protección de los derechos humanos, la propia Corte ha entendido que "*no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa*". [2]

Sin embargo el desarrollo posterior de la función consultiva que ha producido hasta hoy quince opiniones sobre diversos aspectos relacionados tanto con la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos como del derecho interno de los países consultantes; muestran el desarrollo de contenidos que han ido construyendo el marco interpretativo particular del sistema interamericano.

[3.1] El desarrollo de la influencia que paulatinamente adquiere la jurisprudencia de los tribunales internacionales en los pronunciamientos del los tribunales nacionales puede verse en TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *La jurisprudencia en el derecho internacional,* LL, 1997-D, 934.

[3.2] Opinión consultiva OC-1/82, "Otros Tratados", CIDH 24/9/92, considerando 51.

En la OC-3/83 se dijo que "*el proceso consultivo está destinado a ayudar a los Estados y Órganos a cumplir y aplicar los tratados... sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracterizan el proceso contencioso*", pero la evolución en cuanto a la importancia de esos pronunciamientos para el funcionamiento efectivo del sistema se advierte en la OC-14/94 del 9/12/94, cuando la Corte afirma que es su función "... *emitir interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos...*" (párr. 23).

En la OC-15/97 (14/11/97) el Tribunal estimó que "...*aún cuando la opinión consultiva no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene en cambio efectos jurídicos innegables*" (párr. 26). Pero es a través del voto concurrente del Juez A.A.CANCADO TRINDADE donde se advierte con mayor precisión la trascendencia que poseen las opiniones consultivas para la propia Corte en la actualidad. El magistrado critica el razonamiento previo de la Comisión respecto de la competencia del Tribunal para decidir la emisión de una Opinión Consultiva, diciendo que "... *su razonamiento (de la Comisión) revela una visión de... la función consultiva internacional propia de otra época y de muy difícil sustentación en nuestros días*". En cuanto a la finalidad que se persigue con el procedimiento consultivo expresa que consiste en "... *obtener una interpretación... que facilite y perfeccione la aplicación*" (de la CADH y de otros tratados, conforme la OC-1/82). Seguidamente el voto resalta que el procedimiento actúa en beneficio de todos los Estados Partes y de los órganos del sistema de protección y que se inspira en valores comunes superiores.

Es decir que si bien el objetivo de las opiniones de la Corte vertidas a través del ejercicio de su competencia consultiva es *colaborar* en la tarea de interpretación para afianzar la aplicación uniforme de los documentos internacionales; dicho mecanismo se va fortaleciendo paulatinamente.

Nuestra Corte Suprema ha avanzado más que el propio tribunal interamericano en cuanto a la obligatoriedad de la jurisprudencia emanada de las opiniones consultivas, al considerar que

la interpretación que surge de tales pronunciamientos se constituye en obligatoria para nuestros tribunales. Es así como en *Giroldi* al considerar la responsabilidad en que incurriría la Nación en caso de ignorar lo resuelto por la Corte Interamericana, integró en el concepto de *jurisprudencia* a los fallos y las opiniones consultivas.[3]

4. *La Comisión Interamericana de DH y la obligatoriedad de sus pronunciamientos*

Para la Corte Interamericana las "recomendaciones" a que alude la Convención Americana no constituyen decisiones jurisprudenciales de carácter obligatorio de manera que su incumplimiento, en principio no generaría responsabilidad del Estado.[1] Sin embargo de la propia redacción de la Convención y su interpretación a través de las Opiniones Consultivas, surgen varios aspectos que merecen considerarse y de los cuales derivan especiales consecuencias respecto de la obligatoriedad de sus pronunciamientos.

La Convención cuando se refiere a la forma que adquieren las decisiones de la Comisión Interamericana, emplea los términos "*informes*" (arts. 41 *c)* y *g)*, 49, 50.1.2.3 y 51.1.2.3) "*proposiciones*" (art. 50.2) y "*recomendaciones*" (art. 41.*b*, 50.3 y 51.2).

Podríamos decir que los *informes* son documentos en los que se expone una determinada situación respecto de la vigencia de los derechos humanos, pudiendo diferenciarse el *informe anual* a la Asamblea General de la O.E.A. (art. 41.*g*), de los *informes* que se emiten durante el procedimiento desarrollado ante la Comisión en relación con una denuncia o comunicación relativa a alguna específica violación de derechos (arts. 49, 50, 51).

Por su parte las "*recomendaciones*" indican una determinada conducta a seguir por los gobiernos del Estado al que se dirigen, según la pauta general del art. 41.b. y como veremos, presentan ciertas complejidades.

3.3 *Giroldi, Horacio D. y otro,* LL, 1995-D, 463.
4.1 Sentencia de la CIDH en *Caballero Delgado y Santana,* 8/12/95.

Las "*proposiciones*" no sólo "*recomiendan*" alguna modificación en la situación que provoca la lesión a los derechos, sino que sugieren concretamente el modo en que debería procederse con el fin de que el Estado destinatario lo adopte. *Recomendaciones y proposiciones* pueden ser formulados en oportunidad de transmitirse el informe del art. 50.3.

El alcance y contenido del informe que emitirá la Comisión cuando se arribe a una solución amistosa (art. 49) no presenta dificultades interpretativas. Por el contrario los informes de los arts. 50 y 51 ha sido objeto de motivo de varios pronunciamientos de la Corte, fundamentalmente en la OC-15/97 (14/11/97).

El del art. 50 constituye un *informe preliminar* atento que no clausura la intervención de la Comisión, expone los hechos y conclusiones de lo actuado hasta ese momento y eventualmente puede incluir *proposiciones y recomendaciones* (OC-15/97 cons. 35). A partir de la remisión de éste informe se abre una plazo de tres meses, período durante el cual el asunto podrá ser solucionado o sometido a la decisión de la Corte.

La tercera posibilidad es la que se regula en el art. 51 y que corresponde al *segundo informe de la Comisión*, de carácter facultativo, en el que se dejará constancia de la opinión del Cuerpo y las conclusiones de lo actuado, se harán las recomendaciones pertinentes y se fijará un plazo para que el Estado tome las medidas necesarias para remediar la situación examinada. Si bien la OC -13/93 calificó este informe como *definitivo;* en la OC 15-97 la Corte dijo expresamente que las expresiones "*preliminar* y *definitivo son términos puramente descriptivos que no establecen categorías jurídicas de informes*".

Según la interpretación en ese documento el proceso a través del cual la comisión puede tomar una decisión de publicar el informe del art. 51 tiene dos etapas: *Primera:* La Comisión posee un poder *discrecional* para emitir su opinión y conclusiones, efectuar las recomendaciones pertinentes y fijar el plazo para que éstas sean cumplidas. *Segunda:* Si la comisión ha ejercido su poder *discrecional*, al final del plazo debe decidir: *a*) Si el Estado

ha tomado o no las medidas adecuadas y *b*) si publica o no su *informe*, es decir su *opinión, conclusiones y recomendaciones* (OC 15-97 cons. 46).

Queda en claro que cuando ha precluído el período en que la Comisión o el Estado pueden someter un caso a la Corte, la primera continúa conociendo siendo el único órgano de la Convención que puede hacerlo. En estas circunstancias el informe que emita y las recomendaciones que formule conforme el art. 51.2, ¿son obligatorias para el Estado receptor?

Para BIDART CAMPOS y ALBANESE la única recomendación no obligatoria sería la que emite la Comisión en función del art. 51.2. con posterioridad a la presentación del caso a la Corte. De tal modo, tanto las recomendaciones del informe preliminar como las del definitivo aludido en el art. 51.2 son obligatorias y generan responsabilidad al Estado incumplidor.[2]

Parecería que sin perjuicio de lo resuelto en *Caballero Delgado y Santana*, la Corte coincide en el mismo criterio de los autores citados cuando al resolver sobre el punto principal de la consulta en la OC 15-97 analiza la *validez* del informe del art. 51 cuando ha sido modificado, hipótesis que autoriza sólo en circunstancias excepcionales.

En conclusión, si bien las recomendaciones, proposiciones e informes emitidas por la Comisión no son "*decisiones jurisdiccionales*" tienen efectos jurídicos y poseen obligatoriedad para los Estados.

En la causa *Bramajo*[3] la Suprema Corte argentina otorgó un valor significativo al criterio de la Comisión expuesto en el informe anual 1988/9 en relación con el concepto de "plazo razonable de detención sin juzgamiento". Dijo al respecto que "*la opinión de la Comisión...debe servir de guía o jurisprudencia para nuestros tribunales en lo que hace a la interpretación de los preceptos del Pacto de San José de Costa Rica*" (cons. 15). Si para

[4.2] BIDART CAMPOS, GERMÁN y ALBANESE, SUSANA, *La interpretación del término recomendaciones a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, JA, 25/9/96, p. 2.

[4.3] CSJN, *Bramajo*, 12/9/96, cons. 8° y 9°, LL, 1996-E, 411.

nuestra Corte Federal el parecer de la Comisión contenido en un informe se constituye en "*jurisprudencia*" o "*guía de interpretación*" no cabe duda respecto de la obligatoriedad de las recomendaciones contenidas en ese informe.[4]

5. *El criterio de nuestra Corte Suprema. Pautas de interpretación a partir de la Jurisprudencia Supranacional.*

Fue al resolver la causa *Giroldi Horacio David y otro s/ recurso de casación* (7/4/96) que la Corte Suprema al examinar el sentido de la expresión "*en las condiciones de su vigencia*" del art. 75 inciso 22 CN, expresó que las convenciones internacionales (en el caso se trató de la CADH), operan para el derecho interno en iguales condiciones que lo hacen en el ámbito internacional.

Considerando que el modo como rige un tratado internacional se determina no solo por la forma en que un estado lo ratifica sino por la manera como se manifiesta su vigencia en el derecho internacional, será necesario verificar la manera en que se produce la operatividad del documento a través de la interpretación que hagan del mismo los órganos supranacionales encargados de esa tarea.

Es así como la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace imperativa para nuestros tribunales no sólo por su propia manifestación a través de los fallos ya mencionados, sino por haberlo admitido expresamente nuestro supremo tribunal federal.

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, ya la Corte Suprema se había manifestado en *Ekmekdjian Miguel A. c/ Sofovich s/ Amparo* sobre la importancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para nuestros tribunales. En *Giroldi* la Corte al hacer suya la interpretación que la Corte Interamericana hizo en la Opinión Consultiva 11/90 del art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dijo que lo

[4.4] Ver SAGÜÉS, NÉSTOR P., *El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, JA, 15/4/97, p. 2.

resuelto por ese Tribunal debía servir de "*guía para la interpretación*" del mismo documento por los magistrados argentinos.

Con fundamento en la doctrina expuesta en *Giroldi*, un año después en la causa *Bramajo* ya citada, la Corte Suprema otorgó también la calidad de *guía para la interpretación de los preceptos convencionales* a "*la opinión de la Comisión Interamericana*" desarrollada en un informe en el que fijaba las pautas a tener en cuenta para reglamentar el "*plazo razonable de detención*".

En *Urteaga* se llegó incluso a admitir la importancia de *recomendaciones* contenidas en los "Comentarios" del comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[1]

Sin embargo conforme lo resuelto recientemente en la causa *Acosta*, la Corte Suprema ha dicho que los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana "*constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa*" siendo una "*inestimable fuente de hermenéutica en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos*", pero que "*no equivalen a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido al no tratarse ... de decisiones vinculantes para el poder judicial*".[2]

Parecería desprenderse del fallo un retroceso en cuanto a la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Comisión contenidos en sus informes al otorgarles exclusivamente valor interpretativo. Creemos sin embargo que a pesar de las consideraciones del alto tribunal, las recomendaciones contenidas en el informe 55/97 imponen claramente deberes que el Estado debe

[5.1] *Urteaga Facundo c/ Estado Mayor s/ Habeas Data.* En lo referente a la legitimación del actor también deben tenerse en cuenta los Comentarios del Comité de Derechos Humanos del PIDCP adoptados en la reunión 1411 del 5 de abril de 1995 (Informe del Comité de Derechos Humanos , Vol 1...entre los cuales se encuentran las recomendaciones al Estado Argentino para continuar las investigaciones acerca del destino de las personas desaparecidas..." (Considerando 16 del voto del Dr. BOSSERT, LL, 1998-F, 251).

[5.2] *Acosta, Claudia B.,* CSJN 22/12/98 voto de mayoría, consid. 13, votos de BOGGIANO y BOSSERT, cons. 10 y 14, JA, 30/6/99, boletín n° 6148, con notas de SUSANA ALBANESE, GERMÁN, BIDART CAMPOS y NÉSTOR P. SAGÜES.

cumplir no sólo a través de la intervención de sus jueces, sino de todos los poderes públicos (art. 1 CADH).[3]

6. *Limitaciones al control de constitucionalidad del derecho supranacional.*

Los tratados indicados en el art. 75 inciso 22 de la Constitución, al tener su misma jerarquía imposibilitan cualquier supuesto de contradicción siendo presumible que el constituyente ha verificado su coincidencia con la regulación constitucional preexistente de los derechos fundamentales.

Es éste el criterio expuesto en *Monges Analía c/ Universidad de Buenos Aires* en que la Corte dijo "*...los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer*".[1]

Descartado el control de constitucionalidad de los tratados que han adquirido la misma jerarquía que la norma suprema, queda por considerar el modo en que los jueces tendrán que efectuar el análisis de la constitucionalidad de las normas de derecho interno infraconstitucionales ante una eventual contradicción con otras de derecho internacional de los derechos humanos.

Al considerar sus propias atribuciones, la Corte Interamericana en la OC 13/93 decidió que es competente "*para calificar cualquier norma de derecho interno de un Estado parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido*". Por el con-

[5.3] A nuestro modo de ver, la sentencia intenta más bien concordar el principio de seguridad jurídica que impone mantener la estabilidad de las decisiones judiciales con su deber de aplicar los criterios interpretativos emanados de los órganos de control de la CADH conforme lo admitiera en los precedentes *Giroldi y Bramajo*. En ese sentido reafirma la inexistencia de una cuarta instancia y desplaza el deber de cumplir lo recomendado en el informe 55/97 a los demás poderes del Estado con fundamento en lo dispuesto expresamente en tales recomendaciones.

[6.1] CSJN, *Monges Analía M. c/ Universidad de Buenos Aires*, 15/3/96, LL, 1996-D, 111.

trario no lo es "*para dictaminar si contradice o no el ordenamiento jurídico interno de dicho Estado*".

De tal modo ha ratificado que las contradicciones entre el derecho interno de un Estado parte y el derecho internacional de los derechos humanos son de la competencia de los órganos de control de la CADH. Caben aquí las consideraciones precedentes respecto de la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte y de la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos.

Por el contrario, al impedirse de actuar en las contradicciones dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, ha afianzado la necesidad de la intervención específica de los órganos a los que el propio ordenamiento constitucional de cada país ha otorgado el deber de ejercer el control de constitucionalidad. Se trata de una de las formas de cumplimiento de los deberes asumidos por los Estados parte conforme el art. 1 de la CADH.

Sin embargo si la cuestión planteada puede resolverse por aplicación de las normas de derecho internacional, no solo sería innecesario sino inadecuado, recurrir a los mecanismos internos de control.[2]

En otras palabras, si "*la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente*" el control efectuado por el órgano supranacional sustituye la intervención en tal sentido de los órganos judiciales nacionales.[3] Se trata de la única forma posible de interpretar sistemáticamente y de buena fe los derechos contenidos en la primera parte de la Constitución y en los Tratados aludidos en el art. 75 inciso 22.

7. *Consideraciones finales*

Lo resuelto en "*Giroldi*" respecto de la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Interamericana, contenidos en una sentencia o en las opiniones consultivas, constituye un imperativo ineludible tratándose de la "jurisprudencia" emanada del más alto

6.2 Ver Travieso, Juan A, *op. loc. cit.*

6.3 Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, *La Corte Suprema en el origen y desarrollo de la constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos*, ED, 180:1383.

Tribunal al que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos asigna la función de control de cumplimiento de las normas convencionales.

En cuanto a los criterios expuestos por la Comisión Interamericana en sus informes, a través de recomendaciones o proposiciones, es evidente que ellos no constituyen técnicamente "jurisprudencia", hecho que no obsta a reconocerles efectos jurídicos.

Nuestra Corte Suprema de Justicia si bien reconoció la importancia de las opiniones de la Comisión en la causa "*Bramajo*", de algún modo retrocedió en "*Acosta*" cuando admitió que los jueces no tienen el deber de observar las recomendaciones de dicho órgano, sin perjuicio de asignarles trascendencia como "*fuente de hermenéutica*". Recordemos que la propia Comisión ha admitido ese criterio.

Sin embargo el sistema de valores que integra la Constitución a partir del reconocimiento de su misma jerarquía a los tratados sobre derechos humanos, impone la obligación de asumir las directivas emanadas de las recomendaciones de la Comisión, en la medida en que amplíen el status de protección.

La autolimitación asumida por la Comisión respecto de la imperatividad de sus opiniones no impide la activa intervención de los tribunales en el sentido indicado por una recomendación, atento las obligaciones contraídas por el Estado en relación con la efectiva vigencia de los derechos protegidos.

Es evidente que la actuación de los jueces en tal sentido conduce a un "protagonismo judicial" que seguramente provocará algún tipo de roce con los otros poderes del Estado.[1]

La buena fe en la interpretación de las normas convencionales de protección de los derechos humanos impone a todos los poderes de un Estado, abstenerse de rigideces técnicas aparentemente indiscutibles, cuya aplicación dogmática implique la postergación injustificada de medidas posibles a favor de los derechos humanos contenidos en las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

[7.1] VIGO, RODOLFO, *op. cit.*, p. 5.

8. *Guía de lectura*

1.- ¿Qué criterio expuso la Corte Suprema en *Ekmekdjian c/ Sofovich* respecto de la jerarquía normativa de los tratados en relación con el derecho interno?

2.- ¿Constituye esa argumentación una novedad en la jurisprudencia de la Corte argentina? Describa los aspectos que identifican la originalidad del fallo.

3.- ¿Resulta coincidente el criterio expuesto en ese caso con lo regulado en la reforma constitucional de 1994?

4.- Comparando la jurisprudencia del caso *Ekmekdjian* con el esquema normativo actual de la Constitución, ¿cuál es el criterio que implica mayor standard de protección? Indique los elementos que ha considerado para dar su respuesta.

5.- Desde la misma óptica, ¿Cómo se compatibiliza la "jerarquía normativa" con la "complementariedad" de que habla el art. 75 inciso 22 de la CN? ¿Y con el concepto de "no derogación"?

6.- ¿Cómo fundamentaría Ud la obligatoriedad de las Opiniones Consultivas como pauta de interpretación de los tratados sobre derechos humanos?

7.- ¿Qué diferencias respecto de su obligatoriedad para los Estados parte en la Convención se podría establecer respecto de las sentencias? ¿Y que similitudes? ¿De dónde proviene su efecto imperativo?

8.- ¿La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos indicados en el art. 75 inciso 22 obliga en todos los casos a su aplicación inmediata por los jueces? ¿Cabría la calificación de "*programaticidad*" para dejar de aplicar un Tratado? ¿Cuál es el límite para esa interpretación? ¿Cómo juegan en el tema los *estándares de protección*?

9.- ¿Qué argumentos podría esgrimir un Estado para dejar de aplicar un pacto sin violar el art. 27 de la Convención de Viena?

10.- ¿Qué rol cumpliría ese artículo respecto de la efectividad de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos?

12.- ¿Los informes de la Comisión Interamericana, constituyen *jurisprudencia*? ¿Son obligatorios para los Estados que han ratificado la Convención? ¿En qué condiciones?

13.- ¿Qué parte del contenido de un informe podría considerarse obligatorio? ¿Cual sería la pauta de diferenciación entre aspectos obligatorios y no obligatorios de un informe? ¿Qué ha dicho la Comisión al respecto? ¿Cómo puede diferenciarse el informe de las recomendaciones y proposiciones que el mismo contenga? ¿Existen diferencias entre las recomendaciones y las proposiciones?

14.- ¿Qué ha resuelto nuestra Corte Suprema respecto de la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión? ¿Qué diferencias pueden señalarse entre los argumentos expuestos en *Giroldi* y *Bramajo* en relación con el pronunciamiento en la causa *Acosta*? ¿Puede considerarse que ello importa un retroceso en la jurisprudencia de la Corte Suprema? Identifique las razones que justifican su respuesta. ¿Cuál es el valor de los informes en el voto de la mayoría?

15.- ¿Cuáles son las normas de la CADH que podrían invocarse para justificar la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión?

ANEXOS AL CAPITULO III

ANEXO I

LA DEMARCACIÓN TEMÁTICA DENTRO DE LA UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO

1. *Problema central:*

¿Dónde se encuentran regulados normativamente los derechos y garantías individuales, derechos de la persona física, libertades públicas, derechos humanos?

¿Qué distinciones terminológicas entre esas u otras expresiones pueden sustentarse en las diferentes regulaciones normativas existentes?

2. *Problemas particulares:*

¿Existen diferencias normativas, valorativas y prácticas entre derechos de carácter individual, grupal o social?

¿Se justifica el empleo de la expresión “derechos humanos” o “derechos humanos y garantías”? ¿Por qué? ¿Con qué alcance?

¿Cuáles derechos concretos es conveniente estudiar en esta materia, en función del tiempo disponible?

3. *Objetivos particulares:*

3.1. Entrenar al alumno en la identificación de las distintas ramas del derecho que tratan partes de lo que lato sensu son los derechos individuales.

3.2. Entrenar al alumno en identificar las estipulaciones verbales que responden a diferencias de régimen jurídico, y las estipulaciones verbales que responden a otros criterios, por ejemplo valorativos o filosóficos.

3.3. Entrenar al alumno a identificar y consultar los diferentes cuerpos normativos relacionados con los distintos derechos individuales, cualquiera sea su calificación o definición.

4. *Actividades*

4.1. *Normas programáticas y operativas*

Los Sres. alumnos traerán confeccionado y completado, para su discusión en clase, un cuadro de doble entrada que tenga las líneas y columnas que a continuación se indican, en cuyo interior estarán consignados los derechos y las normas que los contemplan, conforme al siguiente esquema:

A) Líneas:
l°) Derechos emergentes de normas operativas.
2°) Derechos previstos en normas programáticas.

B) Columnas:
1°) Pacto de San José,
2°) Constitución nacional.
3°) Código Penal.
4°) Código Civil.
5°) Otras normas nacionales o internacionales (una columna para cada grupo o cuerpo normativo).

En la discusión en clase se analizarán los trabajos escritos presentados, con las conclusiones comparativas efectuadas previamente por los Sres. alumnos, procurando identificar aquellos derechos que emergen de normas operativas en forma simultánea de más de un cuerpo normativo, y aquellos de igual alcance que nacen solamente de normas internacionales o nacionales.

4.2. *Derechos tutelados en forma análoga en el derecho internacional y en el derecho interno. Discusión de cuáles son las más convenientes para desarrollar el estudio de tales derechos*

a) En base a la actividad 4.1., los señores alumnos identificarán cuáles derechos emergentes de normas operativas están solamente tutelados en forma explícita en normas internacionales, y que en principio no estarán necesariamente comprendidos en el estudio de las disciplinas referidas al derecho interno

b) Luego de la actividad precedente, los Sres. alumnos discutirán los casos de derechos emergentes en forma explícita de normas internacionales operativas, y al mismo tiempo susceptibles de ser interpretados como comprendidos en forma implícita en normas internas programáticas u operativas, y procurarán identificar los argumentos en pro y en contra de su inclusión dentro de la presente materia o de las demás mencionadas.

4.3. *Derechos previstos en normas programáticas*

Los Sres. alumnos enumerarán los derechos previstos en normas programáticas en el derecho internacional y en el derecho constitucional, no instrumentados tampoco por otras normas del derecho positivo interno, y procurarán clasificarlos en orden a los siguientes criterios:

a) su importancia política y social histórica, y

b) actual;

c) la posibilidad política y práctica de su instrumentación legal en el corto, mediano y largo plazo;

d) la deseabilidad de su instrumentación

En todos los casos darán sustento fáctico y axiológico a su respuesta.

4.4. *Selección de derechos cuyo análisis es conveniente realizar en esta disciplina*

4.4.1. Trabajo escrito de identificación de los fundamentos fácticos y axiológicos, en pro y en contra, que a juicio de los Sres. alumnos justifiquen o no la conveniencia metodológica de estudiar determinados derechos en esta disciplina, del total de derechos contemplados en normas operativas y programáticas.

4.4.2. Discusión en clase de los trabajos presentados y decisión por los profesores a cargo del curso de los derechos sobre los cuales se organizará la siguiente unidad temática.

4.5. *Esquema comparativo de los medios de tutela nacional e internacional de los diferentes derechos, y las disciplinas a que corresponde su estudio*

4.5.1. *Identificación, enumeración, clasificación*

En base a los materiales que les serán proporcionados por los Sres. profesores, y los demás que investiguen y seleccionen los Sres. alumnos, identificarán y clasificarán según la disciplina los medios de tutela y los órganos ante los cuales se ejercen, de los diversos derechos según estén contemplados específicamente:

a) en el derecho internacional en forma exclusiva;
b) en el derecho procesal constitucional;
c) en el derecho procesal civil y comercial;
d) en el derecho procesal administrativo;
e) en el derecho procesal penal;
f) en el procedimiento administrativo;
g) en el procedimiento parlamentario.

La identificación y caracterización de los medios de tutela y los órganos antes los cuales se ejercen, conforme a la enumeración y clasificación mencionadas, se hará en forma somera, procurando en una primera etapa señalar solamente el objeto del medio de tutela, el órgano ante el cual se ejerce, y la duración estimada en el tiempo que requiere habitualmente su trámite. No se incluyen en consecuencia, en principio, plazos de interposición, diferentes procesos o procedimientos, carácter de las acciones, recursos, denuncias, etc., todo lo cual queda para su análisis en las disciplinas antes mencionadas.

4.5.2. *Órganos y medios de tutela no analizados en otras materias*

Los Sres. alumnos identificarán qué medios de tutela resultan no comprendidos en otras materias, en sus respectivos programas concretos de estudio.

Tales medios y órganos de tutela serán estudiados en el curso mediante actividades a desarrollar en las unidades temáticas sucesivas, en forma conjunta con el problema de fondo que se analice en cada caso.

ANEXO II

I. *Algunos objetivos generales del aprendizaje con casos*

Actividades como las que siguen a continuación tienen como objetivo procurar entrenar a:

1°) percibir objetivamente los hechos internos y externos del caso; reconocer el carácter dinámico de todo caso; producir y valorar la prueba de los hechos; identificar el objeto del acto administrativo; identifi-

car su causa fáctica, diferenciándola de su motivación; muy especialmente determinar su razonabilidad; todo ello, sin incurrir en falacias formales o no formales del razonamiento;

2°) buscar y encontrar la información teórica —normas, jurisprudencia, doctrina— que se refiere a los aspectos que cada caso contiene, y desde luego analizarla y aplicarla;

3°) encontrar las normas legales ó reglamentarias aplicables a cada aspecto del caso, interpretarlas razonablemente según las circunstancias fácticas del caso, y aplicarlas a su solución;

4°) imaginar y sobre todo razonar una o más vías de solución o comportamiento, conducta procesal, etc., plausibles y razonables para el caso, que no contravengan desde luego el ordenamiento jurídico y que a su vez tengan también viabilidad práctica desde todo punto de vista,

5°) diferenciar cada caso de otro "semejante" o "análogo" que hayan creído haber hecho o visto previamente, y eviten tanto caer en errores anteriores como en "soluciones" de casos previos —una variante del mismo error metodológico—;

6°) reconocer entonces que no hay casos "típicos", que es el método lo que hay que aprender, no los casos, y que en cada uno debe ejercitarse en la búsqueda de una solución nueva, creativa, imaginativa pero ajustada a la realidad del caso y de los hechos que le sirven de "causa", que no sea entonces una mera adaptación o repetición de "soluciones" anteriores en casos semejantes en apariencia, pero que en verdad resultarán siempre diferentes en la nueva situación fáctica y por ende jurídica;

7°) identificar y analizar la razonabilidad de toda norma general o particular en un caso concreto, y la razonabilidad intrínseca de la solución del caso, con independencia de la norma; como, finalmente, la razonabilidad de todos los demás aspectos no jurídicos en apariencia que el caso presente.

II. *Algunos de los problemas que presenta ta resolución de casos*

1°) *Inexistencia de fórmulas genéricas previas para la solución de casos*

Constituye una falsa quimera el pensar que los casos de derecho tienen una única, necesaria y verdadera y válida solución; conviene

recordar que la moderna filosofía de la ciencia, a partir de KARL POPPER, se basa en supuestos diametralmente opuestos de aquellos que estamos aquí criticando, por lo cual puede resultarles útil y hasta indispensable la lectura de la parte pertinente de libros tales como VILANOVA y otros, *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, 1985, distribuidora EUDEBA, entre otros.

Igualmente falaz es aún la pretensión de que la solución de un caso pueda sugerirse o darse por adelantado, cuando el objetivo es que sea el destinatario quien ejercite, perfeccione o aprenda a descubrir cómo se analizan los hechos, cómo se construye un razonamiento, cómo se efectúa un discurso hilvanado y lógico, cómo se propone una solución convincente y razonable, cómo se argumentan los pro y los contras de las diversas alternativas que cada caso puede presentar.

A tal efecto puede ser pertinente recordar el axioma popperiano de que "Nunca se puede estar seguro de nada"; pero ello no excluye que algunas pautas al menos puedan indicarse, siempre que se tenga en claro que ellas no constituyen la fórmula de solución de los casos, sino algunas advertencias de posibles errores comunes a ser evitados;

2°) *Del análisis de los hechos en el objeto del acto*

En tal sentido, cabe destacar en primer lugar la prioritaria y aguda necesidad de un análisis sumamente detallado, pausado, reflexivo, cuidadoso, crítico, imaginativo pero eminentemente realista de los hechos, como primera y fundamental tarea a ser realizada, de cuyo eventual fracaso depende el fracaso de todo el análisis posterior.

Dentro de ese minucioso análisis de los hechos queda comprendida desde luego la cabal comprensión del problema en su totalidad, incluyéndose aquí en primer lugar la adecuada percepción de cuál es el problema central a resolver, o cuáles son los problemas centrales en su caso.

Resulta necesario advertir entonces que debe darse atención prioritaria al objeto del acto, y reflexionarse realista y empíricamente sobre el tipo de problema que ese objeto o contenido central del acto plantea en la práctica, en la realidad material, prescindiendo de meras reacciones emotivas no suficientemente razonadas (falacias ad hominem, ad baculum, ad populum, etc.).

En tal sentido, cabe también recordar a Santo Tomás cuando enseñaba que no se razona con la fe, ni se tiene fe con la razón, axioma que puede también ser parafraseado en su aplicación a los aspectos emotivos y racionales que cada caso pueda contener.

3°) *Del análisis de los hechos exteriores al acto, o "causa" del acto, o realidad fáctica específica en la cual el mismo se inserta o frente a la cual es dictado*

Asimismo, resulta indispensable que en el análisis de los hechos se perciba no solamente el texto del propio acto, tratándose de un acto escrito, o las palabras y circunstancias en que se lo expresa si se trata de un acto verbal, o ambos si se superponen actos verbales y escritos.

En efecto, el análisis del objeto del acto desde el punto de vista fáctico comprende indispensablemente el análisis de los hechos, expresados o no en el acto, de la realidad externa al acto y a la cual el mismo objetivamente se refiere o relaciona, o en la cual se inserta, o que lo enmarca y encuadra;

Una de las más difíciles tareas del estudiante y del abogado es precisamente la adecuada percepción de la realidad en la cual el acto se inserta, o sea, de la "causa" o motivo que el acto tiene en dicha realidad, independientemente de cuáles sean sus expresiones de razones o invocación de argumentos.

Debe también evitarse el error común de creer que todo lo que la autoridad dice es cierto, por el sólo hecho de que lo diga, confundiendo entonces presunción de legitimidad con verdad lisa y llana, lo que resulta no sólo lógicamente insostenible sino también un error político sustancial.

4°) *De la importancia del análisis de las vías alternativas de solución del caso*

Luego de haber analizado exhaustivamente los hechos,

a) luego de haber adecuadamente resuelto lo atinente a la validez del acto, fundamentalmente a su razonabilidad frente a los hechos del caso, derechos que afecta, etc., lo más importante en el análisis jurídico es determinar:

b) cuáles son las vías alternativas de comportamiento jurídico o material, incluso de acciones u omisiones;

c) y cuáles son los aspectos positivos y negativos de cada una de ellas.

Dicho en otras palabras, qué razones en pro y en contra de cada una de ellas van llevando al estudioso del problema a preferir o no alguna o algunas de tales vías de acción, recurso, omisión, comportamiento material, etc.

Resulta igualmente importante, una vez elegido el tipo de comportamiento que se considera preferible, desarrollarlo a través de la redacción del acto jurídico (recurso, reclamo, denuncia; acción judicial, etc.) que en su caso se considera preferible, o de la explicación del comportamiento material u omisión que se recomienda.

III. *Objetivos generales y articulares*

Los objetivos generales antes expuestos podemos ahora particularizarlos y especificarlos, en el sentido que se procura el entrenamiento en distinguir:

a) los hechos del caso, incluido el tiempo o momento histórico en que se lo resuelve,

b) las valoraciones sociales de la época, de la persona que opina o resuelve, y del legislador,

c) que entre las valoraciones del legislador debe tener en cuenta las contenidas en otra legislación que la directamente aplicable al caso,

d) que debe interpretar armónicamente el orden jurídico como una unidad sistemática, procurando dar un sentido razonable y coherente al conjunto,

e) que la interpretación de las normas, sea de la Convención, otras leyes internas dictadas u omitidas, y la Constitución nacional, es un análisis dinámico y no estático, en el cual no debe ponderarse exclusivamente el texto gramatical de la norma sino su sentido a la luz de los hechos y las valoraciones sociales.

f) la formulación y aplicación al caso de distintas filosofías jurídicas que pueden. emplearse, y que llevan a soluciones diferentes de los problemas, unidas a distintas valoraciones y percepciones de los hechos. Esto último se percibe particularmente en el análisis del caso siguiente.

ANEXO III

El caso de los exploradores de cavernas

Conviene analizar detalladamente el presente caso a fin de entrenarse en identificar las similitudes y diferencias entre los distintos votos, en lo que hace a los hechos descriptos u omitidos, los juicios de valor, la interpretación del lenguaje y las normas, y en especial las diferentes filosofías jurídicas aplicadas. Estos criterios serán emplea-

dos reiteradamente a lo largo de todos los casos, de modo que es fundamental diferenciarlos y aplicarlos adecuadamente.

Bibliografía: FULLER, *El caso de los exploradores de cavernas*, Ed. Abeledo-Perrot.

CARRIÓ, *Cómo estudiar un caso*, Ed. Abeledo-Perrot.

VILANOVA y otros, *Introducción al conocimiento científico*, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, cap. V (lenguaje), y ps. 270 a 289 (esencialismo aristotélico, empirismo, falsacionismo).

GORDILLO, *El método en derecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

Guía de reflexión

1°) *Los hechos del caso*

Distinga en cada uno de los votos de FULLER cuáles son los hechos del caso, tal como los relata el magistrado opinante.

Identifique si existen diferencias en la descripción o percepción de los hechos en cada uno de los votos sucesivos respecto del de TRUEPENNY.

Señale qué hechos que influyen en cada voto siguiente al primero han sido omitidos por éste u otros.

Señale qué contradicción frontal respecto de un hecho existe entre qué votos.

Efectúe un listado de las contradicciones de hecho y las omisiones de hecho que se encuentran en los votos al compararlos entre sí.

¿Cuáles son las omisiones de hecho del voto de TRUEPENNY puntualizadas por FOSTER?

¿Cuáles son las omisiones de hecho de TRUEPENNY puntualizadas por HANDY?

Procure identificar razones metodológicas o de otra índole de esta distinta descripción o percepción de los hechos.

¿Los datos de la realidad son finitos o infinitos?

¿Qué es lo más importante en un caso de derecho?

2°) *Las valoraciones*

Distinga en cada uno de los votos de FULLER cuáles son las valoraciones explícitas o aparentes de cada uno de los magistrados.

Identifique si alguno o alguno de ellos tiene juicios de valor no explicitados que difieren de los explicitados.

Identifique la razón o el por qué de esta contradicción

Identifique qué votos contienen valoraciones más propensas a introducir en la aplicación del derecho al caso una modificación del "statu quo ante" normativo, cuáles tienen juicios de valor, expresos o implícitos, adversos a la modificación del mismo sistema.

Compare los votos con valoraciones propensas al cambio del "statu quo ante", a fin de diferenciar el tipo de fundamentación que ellas tienen.

¿Qué tipo de ideología representa TRUEPENNY?

¿Es prevalente la aplicación del iusnaturalismo en el sentido de hacer prevalecer la valoración por sobre la norma, en la aplicación del derecho?

¿En la toma de decisión de las sentencias judiciales en el país, influyen en la consideración los intereses sociales en juego (políticos, económicos, etc.)? ¿Es esto lo mismo que el punto anterior?

¿La percepción de la realidad se ve influenciada o teñida por las valoraciones del observador?

¿Cuál es la valoración real implícita en TRUEPENNY, aplicando la máxima conforme a la cual "No me interesa lo que los jueces dicen que hacen, sino lo que hacen"?

3°) *Las normas. La interpretación. Las filosofías jurídicas.*

¿Por qué el voto de FOSTER está mejor escrito o argumentado que los demás?

¿Por qué el voto de HANDY está escrito por momentos caricaturescamente (por ejemplo, la referencia a la sobrina)?

Identifique qué interpretación y aplicación hacen de las normas vigentes los distintos votos.

¿Qué tipo de filosofía jurídica emplean respectivamente TRUEPENNY, FOSTER y HANDY?

Relacione las diferentes interpretaciones con las distintas percepciones de la realidad y juicios de valor

Señale en qué medida en cada voto la percepción de la realidad y el juicio de valor respectivo han sido determinantes de la solución normativa escogida

¿En nuestras sentencias judiciales, tal como quedan escritas y son dadas a luz, es frecuente hallar razonamientos desde la perspectiva de HANDY? ¿Se tienen en cuenta al momento de resolver ese tipo de razonamientos?

¿En nuestras sentencias judiciales, tal como quedan escritas, existen casos en que se emplee una filosofía jurídica similar a la de FOSTER? ¿Cuáles son? ¿No tienen en verdad mayor analogía con los razonamien-

tos de HANDY, quitada la parte caricaturesca? Identifique los razonamientos de uno y otro tipo en casos concretos.

¿Qué característica del lenguaje excluye la precisión en la interpretación de las normas?

Capítulo IV

FILOSOFÍAS Y TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN *

I. CASO *E., F. E.*

Análisis comparativo con Fuller, Sejean, y otros [1]

CS, junio 9-987 — *E., F.E.*

Opinión del Procurador General de la Nación

En la sucesión *ab intestato* promovida por la esposa y la hija menor del causante, se presentó la representante legal de una hija extramatrimonial de aquél, solicitando se declarase la "igualdad absoluta" entre ambas hijas, conforme al art. 16 de la Constitución Nacional, calificando como inconstitucional cualquier norma en contrario que se pretendiera invocar en el caso. Añadió luego que debía aplicarse retroactivamente la ley 23.264 por ser de orden público.

Contestada la vista pertinente por la otra parte interesada, así como por el fiscal y el asesor de menores, quienes sostuvieron que no correspondía hacer lugar a lo peticionado, la jueza de primera instancia así lo resolvió a fs. 33-35.

En primer lugar, consideró que la ley 23.264 no podía ser aplicada al caso de autos por cuanto ella entró en vigencia el día 1° de

* El acápite II, pp. 16 a 18, pertenece a ADELINA LOIANNO.

1.1 Caso "E.,F.E.", L.L, 1°-IX-87, con nota de BARRANCOS y VEDIA. Casos "*Saguir y Dibb*", "*Sejean*", "*Vieytes de Fernández*", incluidos en el libro de MILLER-GELLI-CAYUSO y otros, *Constitución y poder político,* Ed. Astrea, y sus respectivos cuestionarios. Artículo de BIDART CAMPOS, *La Corte Suprema y el divorcio vincular,* reproducido en la obra citada, p. 1129 y ss.

noviembre de 1985, mientras que el deceso del causante, hecho que fijó definitivamente el derecho aplicable a su sucesión, había acaecido el 25 de abril del mismo año. Observó, asimismo, con base en el art. 3° del Código Civil, que no cabía extender retroactivamente los efectos de la ley citada. Por último, desechó el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la peticionante por cuanto carecía de los recaudos mínimos de fundamentación, sin perjuicio de consignar que las diferenciaciones entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales en materia de vocación hereditaria, que contenía el régimen legal anterior (Código Civil y ley 14.367), no conculcaban el art. 16 de la Constitución Nacional, según la interpretación que la Corte efectuó de dicho precepto.

Al apelar el fallo, la parte cuya petición había sido desestimada, reiteró sus planteos e introdujo un argumento nuevo, basado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada "Pacto de San José de Costa Rica", particularmente en su art. 17, inc. 5°, donde dice que "la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo." Indicó que este convenio internacional estaba vigente con anterioridad al deceso del causante, pues la ley 23.054 que lo aprobó data de marzo de 1984.

La sala B de la Cámara Nacional en lo Civil, que intervino en la alzada, confirmó lo resuelto en primera instancia. Para decidir de ese modo, tuvo en consideración que los argumentos de la jueza de primer grado atinentes a la irretroactividad de la ley 23.264 y a la aplicabilidad en el caso del régimen anterior a ella, no habían sido desvirtuados por la apelante. Entendió, asimismo, que el planteo de inconstitucionalidad, por su vaguedad y sus términos abstractos y genéricos, no era admisible. Por último, en cuanto a la convención internacional invocada, ambos integrantes de la sala coincidieron en que ella no importaba crear un nuevo sistema de transmisión, *mortis causae* en la República, sino únicamente el compromiso de sancionar normas que se adaptaran a dicho tratado, de conformidad con las directivas de su art. 2.

Contra ese pronunciamiento dedujo la interesada recurso extraordinario a fs. 67-69, cuya denegatoria de fs. 75 dio origen a la presente queja.

En su recurso, insiste la apelante en que la solución dada al caso importaría un quebrantamiento de la igualdad que impone el art. 16 de la Constitución Nacional, y califica de arbitrario al fallo por no haber admitido ese argumento que considera fue el más importante que hiciera contra la sentencia de primer grado. Insiste también, supletoriamente en la retroactividad de la ley 23.264, conclusión que intenta extraer del art. 21 de esa ley, al que juzga modificatorio del art. 3° del Cód. Civil. Sostiene, por último, que no se habría tenido en cuenta el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ratificada por la ley 19.865) en cuanto expresa que un Estado "no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado", regla ésta que esgrime para sostener la aplicabilidad del art. 17, inc. 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, antes citado.

El análisis de estos agravios exige considerar por separado las cuestiones de diferente naturaleza involucradas en el recurso.

En este orden de ideas, cabe señalar que la virtual incidencia en el caso de la ley 23.264 y la posibilidad de aplicación retroactiva, así como la interpretación del art. 3° del Cód. Civil, son todos puntos concernientes a la aplicación intertemporal de normas de derecho común, tema éste que, como principio, es ajeno a la vía extraordinaria elegida (conf. Fallos, t. 298, p. 721; t. 299, p. 49; t. 300, ps 61, 589, 700; t. 302, p. 190 —Rev. La Ley, t. 1978-C, p. 175; Rep. La Ley, t. XLI, J-Z, p. 2819, sum. 1016; Rev. La Ley, t. 1978-D, p. 117; Rep. La Ley, t. XLI, J-Z, p. 2812, sum. 950— t. 306, p. 1786; entre otros).

No encuentro razones que autoricen un apartamiento de tal principio en este caso, ya que las razones expuestas en ambas instancias, basadas en que el régimen legal aplicable a la sucesión hereditaria es el vigente en el momento del fallecimiento del causante (conf. arts. 3282, 3283, 3286, 3287 y concs., Cód. Civil)

constituyen fundamento suficiente que excluye la tacha de arbitrariedad articulada.

Análoga reflexión me merecen las afirmaciones del a quo en cuanto a la irretroactividad de la ley 23.264, en función de lo establecido por el art. 3° del Cód. Civil. Este último sólo autoriza el efecto inmediato de la nueva ley, no retroactivo, salvo disposición en contrario. En la especie, no cabe inferir esa salvedad del art. 21 de la ley 23.264, como pretende la apelante, porque ello no surge ni de la letra ni del espíritu de ese precepto, cuyo único sentido se agota en preservar la equiparación jurídica de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, extendiéndola a cualesquiera disposiciones legales no específicamente contempladas en la reforma. Pero es claro que ello no altera los alcances temporales de la ley, regidos por el art. 3° del Cód. Civil, como lo corrobora el texto mismo del citado art. 21, cuando en el párrafo siguiente dice: "en lo sucesivo", connotando la vigencia futura del precepto.

Con lo expuesto queda descartada la objeción que se intenta con base en la doctrina de la arbitrariedad, lo que hace improcedente el recurso extraordinario en ese aspecto.

Los restantes agravios de la apelante, concernientes a la inconstitucionalidad del régimen legal aplicable al caso (en particular el art. 8, ley 14.367) y la pretendida incidencia de una norma contenida en una convención internacional en la medida que suponen establecer los alcances de la cláusula constitucional que se dice vulnerada (art. 16) e interpretar las disposiciones de tratados internacionales suscriptos por la República, suscitan cuestión federal que habilita la competencia extraordinaria de la Corte, en los términos del art. 14, inc. 30 de la ley 48 (conf. *Fallos*, t. 306, p. 1312, consid. 2° y sus citas —Rev. La Ley, t. 1984-D, p. 467—, entre otros). En esa medida, cabe admitir la procedencia formal del recurso, sin que obsten a ello las deficiencias que el tribunal a quo observó en el planteamiento del primero de dichos agravios, toda vez que tales defectos no impiden considerar lo sustancial del reclamo y expedirse sobre él a fin de no incurrir en una eventual frustración del derecho federal invocado (ver Fa-

llos, t. 296, p. 743, consid. 3° —Rev. La Ley, t. 1977-B, p. 169—; t. 301, p. 485, consid. 3°, y otros).

En cuanto al fondo del asunto, empero, estimo que los agravios que se traen a consideración de V. E. carecen de entidad suficiente para modificar lo resuelto.

En lo que hace al art. 16 de la Constitución Nacional, no es posible ver una afectación del principio de igualdad ante la ley que él consagra, en el régimen legal vigente al tiempo del fallecimiento del causante, esto es, el art. 80 de la ley 14.367, en cuanto limitaba la porción hereditaria de los hijos extramatrimoniales a la mitad de lo que correspondería a los nacidos dentro del matrimonio.

Aunque esa directiva pudiera considerarse, en la actualidad, desacertada desde el punto de vista de la política legislativa en la materia, ello no implica que deba ser descalificada por lesiva a principios constitucionales, cuando éstos no se hallan directamente afectados en forma que impongan a la Corte invalidar la norma impugnada en salvaguarda de esos principios.

En ese sentido, cabe recordar la constante doctrina de la Corte acerca de los alcances de la garantía de igualdad, en tanto ha dicho que ella no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegitima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable (conf. *Fallos*, t. 286; t. 299, ps. 146, 181; t. 300, ps. 194, 1049, 1087; t. 301, ps. 1094, 1185; t. 302, ps. 192, 457, 705; t. 305, p. 823; t. 306, ps. 533, 1844 —Rev. La Ley, t. 1978-C, p. 168; Rep. La Ley, t. XLI, A-I, p. 1601, sum. 3; Rev. La Ley, t 1979-B, p. 673, fallo 35.052-S; t. 1979-B, p. 274; t. 1978-A, p. 612, Rep. La Ley, t. XLI, A-I, p. 1601. sums. 4 y 1: Rev. La Ley, t. 1980-C, p. 506; t. 1981-A, p. 317; D.T., t. 1984-B, p. 1704—; sentencia del 27 de mayo de 1936 "*in re*": "*Badano y Perazzo, S. C. s/apelación de multa*", B. 482, L. XX —Rev. La Ley, t. 1986-D, p. 171—; entre otros).

Ciertamente, ninguna de estas situaciones puede predicarse del régimen legal que ha sido aplicado en el "*sub lite*". Sólo se

advierte en él una distinción normativa basada en una causa objetiva para discriminar supuestos de hechos que se consideran diferentes. En su génesis se hallará el propósito de privilegiar a la familia legítima, sustentada en un vínculo matrimonial válido, aun cuando el camino elegido por el legislador pudiera aparecer opinable. Mas nada hay allí de un espíritu persecutorio o una discriminación arbitraria, que es lo que repudia el texto constitucional en cuestión.

Para corroborar que no fue así, bastará releer la nota al art. 3579 del Cód. Civil, donde Vélez Sársfield expuso los antecedentes del derecho comparado que había tenido en cuenta al redactar ese artículo, luego reemplazado por la ley 14.367. Los reparos al Código francés y la adopción del sistema previsto por el Código de Haití, muestran, entre otros, que aquella discriminación era un lugar común en las legislaciones de la época. Sin embargo, no cabe silenciar la parte final de la misma nota, donde el codificador, apartándose de prestigiosa doctrina francesa, afirma categóricamente que el derecho del hijo natural en la sucesión de los padres "es absolutamente, salvo la cantidad, de la misma naturaleza que el de los hijos legítimos", con todas las implicaciones que ello significa. He aquí, una vez más, el sesgo humanístico que predominó en nuestra codificación civil.

El tiempo hizo que en 1954 la ley 14.367 aumentara la alícuota establecida como porción hereditaria de los hijos extramatrimoniales. Y en 1985, la hoy vigente ley 23.264 los equiparó a los matrimoniales también en ese aspecto cuantitativo. Pero esta actualización o mejoramiento de las leyes, impulsada por nuevas concepciones acerca de los problemas sociales, no convierte "per se" en inconstitucionales a las leyes modificadas o derogadas.

Este agravio, sustentado en la impugnación con base constitucional del derecho aplicable al caso, debe pues ser desestimado.

Por último, en cuanto concierne a la pretendida aplicabilidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mi opinión es coincidente con la conclusión a que arribara el tribunal a quo.

En primer lugar, el art. 2° de dicho tratado es bien claro en el sentido de que los derechos y libertades mencionados en el artículo precedente —que son todos los que consagra la propia convención— deben ser específicamente incorporados al derecho interno de los Estados partes, en caso de no encontrarse ya garantizados en ellos, mediante las disposiciones legislativas o de otra índole que deberán adoptarse con arreglo a los procedimientos constitucionales de cada país.

Esta directiva pone de relieve, en lo concerniente a la materia que nos ocupa, el carácter predominantemente programático de las cláusulas contenidas en el art. 17 de la convención, a las que no cabe atribuir operatividad propia. De no ser así, carecería de sentido esta obligación que asumen los Estados que suscriben el tratado en cuanto a adoptar las disposiciones de derecho interno que se requieran para efectivizar la tutela de los derechos que en él se enuncian.

La aprobación exteriorizada a través de la ley 23.054 no ha podido tener otro sentido, pues, que el de ratificar la asunción de ese compromiso por parte de la República, es decir, el compromiso de adecuar su legislación a los principios contenidos en la convención. Esa aprobación; casi es redundante señalarlo, era el único procedimiento admisible para acordar eficacia al aludido compromiso respecto de nuestro país, a tenor de las atribuciones que el art. 67, inc. 19 de la Constitución Nacional acuerda al Congreso.

La ulterior sanción de la ley 23.264, que incorporó en nuestro derecho interno el principio establecido por el art. 17° inc. 5° de la ya citada convención, no es ni mas ni menos que la efectivización del compromiso asumido en ese punto. Y es también una silenciosa verificación de lo sostenido antes en cuanto a la necesidad de una incorporación específica de aquel principio en nuestra legislación civil, pues de otro modo la ley 23.264 hubiera sido redundante mas no fue ésa la óptica de los legisladores que la proyectaron, debatieron y sancionaron.

Un argumento extraído de la letra misma del art. 17° inc. 5°, de la convención, viene a corroborar también la conclusión expuesta. Se dice allí: “la ley debe reconocer. . .”, lo que patentiza,

una vez más, que se trata de una cláusula programática que consagra un principio orientador al cual deberán adecuarse las legislaciones de los Estados signatarios de la convención.

En nada obsta a esta conclusión lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865, en cuanto dice: "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (art. 27).

Esta regla apunta a la situación jurídica de un Estado respecto de otro u otros signatarios de un mismo tratado y es conforme con la regla de la buena fe en la interpretación de los acuerdos internacionales que consagra el art. 31 de la misma Convención de Viena. Pero nada tiene esto que ver con las cuestiones que se han suscitado en autos, vinculadas a la aplicación intertemporal de normas del derecho interno y a la inteligencia que, dentro de ese ámbito, cabe atribuir a las reglas de un tratado suscripto por la República, a fin de juzgar sobre el alcance de los derechos de sus habitantes.

En este sentido, cobra especial relevancia la naturaleza programática que corresponde, a mi juicio, asignar a la regla de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que ha invocado la apelante, la cual fue en verdad cumplida por nuestro país, como ya se ha dicho, mediante la sanción de la ley 23.264.

Por lo expuesto, opino que corresponde confirmar el pronunciamiento apelado en cuanto ha podido ser materia de recurso extraordinario. Abril 25 de 1987.— *Juan 0. Gauna.*

Buenos Aires, junio 9 de 1987.

Considerando: Que los agravios del apelante encuentran adecuada apreciación en los fundamentos del dictamen del Procurador General que esta Corte comparte y a los que se remite por razón de brevedad.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 1.— *Augusto C. Belluscio. - Carlos S. Fayt. - Enrique S. Petracchi. Jorge A. Bacqué.*

1. *Hechos del caso*

Describa los hechos del caso.

Distinga si variaría la posible apreciación de los hechos si el fallecimiento del causante hubiera ocurrido:

a) en 1982, *b)* un día antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, *c)* en la fecha que efectivamente ocurrió.

Compare el elemento temporal con las consideraciones de igual índole realizadas por el Procurador General y la Corte Suprema en el caso *Saguir y Dib*, 302: 1284, LL 1981-A-397, reproducido en MILLER, GELLI y CAYUSO, *Constitución y poder político,* t. I, ps. 68 a 80; ver el cuestionario de ps. 80-81.

Identifique si el razonamiento de la Corte Suprema en *Saguir y Dib* se aproxima al voto de TRUEPENNY, FOSTER, HANDY u otro del libro de FULLER.

2. *La norma analizada de la Convención*

En las consideraciones del Procurador General de la Nación respecto al artículo 17° inciso 5° él analizó dos alternativas de interpretación:

a) norma operativa,

b) norma programática.

¿Qué distinta alternativa de interpretación tenía?

3. *Los juicios de valor empleados*

En el mismo punto anterior, ¿el Procurador General de la Nación hace un juicio de valor expreso respecto de la norma de cuya aplicación o inaplicación trata (art. 17° inc. 5°)?

Compare con los votos de TRUEPENNY y FOSTER, e identifique con cuál de ellos se asemeja.

En el mismo punto y norma anterior, ¿cuál es el juicio de valor implícito que surge de su análisis?

Distinga entre lo que un magistrado resuelve, y lo que dice que resuelve.

Considerando la unidad del orden jurídico, ¿debió el Procurador General de la Nación haber analizado ese punto en conjunto

con el siguiente, o pudo razonablemente haberlo resuelto separadamente del modo que lo hizo?

Compare con el razonamiento del voto de HANDY, y encuentre similitudes o diferencias según sea el caso.

Al tratar de la ley de filiación vigente al momento del fallecimiento del causante, ¿el Procurador General de la Nación hace un juicio de valor expreso sobre la misma?

Compare y diferencie con 1°) las argumentaciones y 2°) la resolución, respectivamente, tanto del voto de TRUEPENNY como de FOSTER.

¿ El juicio de valor que hace lo presenta como personal o como derivado de normas vigentes?

4. *Lenguaje utilizado*

Al referirse como parte del juicio de valor que enuncia a la familia legítima, y encuadrar a ésta en la Constitución nacional, está haciendo interpretación dogmática o literal de ésta?

Compare y diferencie con los estilos 1°) de razonamiento y 2°) las conclusiones de TRUEPENNY y FOSTER, respectivamente.

¿El concepto que emplea la Constitución es el de familia legítima?

Al referir el Procurador un determinado concepto de familia al texto constitucional, ¿hace con ello un juicio de valor personal? En caso afirmativo, ¿lo fundamenta?

En igual caso, ¿se hace cargo del juicio de valor que emerge de la ley 23.054, artículo 17°, inciso 5° del tratado aprobado por ella?

Compare con el estilo de razonamiento de HANDY y señale similitudes o diferencias.

¿Cómo puede fundamentarse y construirse interpretativamente una tesis que sostenga, como lo hace el Procurador, que la Constitución tutela la familia legítima, prescindiendo de la ley 23.054?

¿Qué argumentos en contra de esa tesis pueden esgrimirse?

Efectúe el mismo ejercicio razonando sucesivamente en el estilo de TRUEPENNY, FOSTER y HANDY.

5. *Juicios de valor contenidos en las normas*

¿Qué normas de las tres leyes mencionadas contienen qué juicios de valor, sobre el fondo de la cuestión, en el caso considerado?

En una interpretación armónica de las tres leyes que se mencionan en el dictamen del Procurador, ha prevalecido en el análisis el juicio de valor del legislador o el del Procurador?

6. *Criterios de interpretación*

Compare el razonamiento del presente caso con el de la Corte Suprema en el caso *Sejean* (MILLER, GELLI y CAYUSO, obra citada, t. II, ps. 1098 a 1126, y preguntas de ps. 1126 a 1129, y 1136 a 1137 respecto del comentario de BIDART CAMPOS de ps. 1129 a 1136), en los siguientes puntos:

¿Qué diferencias y similitudes encuentra Ud. entre la elección por el Procurador del juicio de valor con el cual considera razonable la discriminación o distinción, y el juicio de valor empleado por la Corte Suprema en el caso *Sejean* para declarar en cambio arbitraria la norma legislativa preexistente?

¿Ha sido coherente la Corte en confirmar el pronunciamiento apelado, en el caso *E., F.E., y* en el caso *Sejean*? ¿Por qué?

Los votos de la mayoría en el caso *Sejean* invocan el precedente de *Ponzetti de Balbín, y* uno de ellos expresamente la Convención de Costa Rica. En dicho fallo, a su vez, uno de los votos invoca igualmente la Convención. Identifique de qué normas y principios se trata y determine su aplicabilidad o inaplicabilidad al caso.

Diferencie el concepto de familia empleado en el caso *Sejean y* en el caso *E., F. E.*

La distinción precedente ¿tiene sustento fáctico?, ¿axiológico?, ¿normativo?

Resuelva el caso *Sejean* en el estilo de TRUEPENNY, analizando expresamente la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma.

Resuelva el caso *Sejean* en el estilo de HANDY y de FOSTER, separadamente.

Compare la solución del caso *E., F. E.* en materia de juicios de valor, en ausencia o contra textos legales tradicionales formalmente vigentes, con lo resuelto por la Corte Suprema en materia de actualización monetaria *(Vieytes de Fernández y* otros, 295:973, LL 1976-D-241; MILLER y otros, *op. cit.*, t. I, ps. 90 a 94, y preguntas de ps. 94 y 95).

El derecho tutelado en el caso *Vieytes de Fernández,* se encuentra a) explícitamente, b) implícitamente contemplado en la Convención?

¿Existe en la Convención algún matiz cualitativo o axiológico diferente, entre la protección del derecho de propiedad y los demás derechos?

¿Y en el instrumento de ratificación?

¿Los sujetos titulares de este derecho son los mismos en la Constitución y en la Convención?

¿Es justa la distinción que efectúa la Convención?

¿Es congruente con otros derechos que ella misma reconoce, por ejemplo el art. 16°? ¿Por qué?

¿Es congruente con el reconocimiento de los derechos de tercera generación? ¿Cuáles? ¿Por qué?

Compare el caso *E., F.E.,* con el caso de los exploradores de cavernas de *Fuller,* en los siguientes puntos:

¿En materia de juicios de valor expresos o implícitos, el pronunciamiento del Procurador y por ende de la Corte se asemeja al voto de TRUEPENNY o al voto de HANDY? ¿O se asemeja a algún otro de los votos?

¿Y en materia de descripción de los hechos?

¿La filosofía jurídica subyacente al voto del Procurador General de la Nación se aproxima a la filosofía jurídica de cuál de los votos en el caso de FULLER?

7. *Justicia de la solución del caso*

¿Cuál es su juicio de valor personal sobre la cuestión de hecho rallada en el caso *E., F. E.*?

¿Cuál es el juicio de valor que predomina en el conjunto de los cuatro cuerpos normativos mencionados en el fallo (Convención, dos leyes sobre filiación, Constitución nacional), analizados a la luz del tiempo presente y en una interpretación armónica y coherente que salvaguarde la unidad del orden jurídico?

¿Existía alguna otra alternativa más justa y razonable de resolver el caso, que la elegida por el Procurador y la Corte en el caso?

8. *La interpretación según la Convención de Viena*

¿Se ajusta a las normas interpretativas del artículo 29° *in fine* de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la solución integral de:

a) prescindir del art. 17° inc. 5°,

b) aplicar la ley formalmente vigente al tiempo del fallecimiento, declarándola razonable;

c) desechar la aplicación de la nueva ley en forma retroactiva o analógica,

d) hacer una lectura de la Constitución congruente con la ley b), pero incompatible con las leyes a) y c). ¿Por qué?

En el mismo caso anterior, ¿la solución se ajusta a la norma del artículo 31° inciso 1° de la Convención de Viena? ¿Por qué?

¿Se modifica la respuesta dada a las preguntas precedentes si además de considerar el artículo 17° inc. 5° se tienen en cuenta las demás normas de la ley 23.054 que se mencionan en los siguientes acápites?

9. *Normas de la Convención omitidas en el análisis del Procurador y de la Corte*

9.1. *La cláusula principalmente omitida*

El Procurador General de la Nación analiza la constitucionalidad de la ley formalmente vigente al momento del fallecimiento, frente a la norma constitucional de la igualdad ante la ley. Además del artículo 17 inc. 5 de la Convención de Costa Rica, ¿existía en ella

alguna otra cláusula cuya aplicación debió necesariamente ponderarse, simultáneamente a la garantía de la igualdad?

¿Existe un juicio de valor implícito, sea consciente o inconsciente, en la apercepción de no haber mencionado esa otra cláusula aplicable de la Convención?

¿O existen razones de dogmática jurídica que autorizaban no mencionarla?

En caso afirmativo, ¿cuáles eran?

¿Qué argumentos pueden esbozarse a favor y en contra de la inclusión de dicha cláusula en el análisis del caso?

¿La cláusula cuya aplicación al caso se omite analizar, es operativa o programática?

¿El juicio de valor contenido en dicha cláusula, apoya el juicio de valor escogido por el Procurador en su interpretación de la Constitución, o lo debilita?

9.2. *Medidas de derecho interno de otro carácter*

¿Analiza el Procurador General de la Nación, dentro de los medios por los cuales los Estados se comprometen a respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Convención, lo expresado en el artículo 2° in fine en cuanto a que los Estados adoptarán "las medidas legislativas o de otro carácter" que sean necesarias?

¿Los fallos judiciales constituyen normas jurídicas?

¿Puede decirse que integran el plexo u ordenamiento normativo?

¿Son fuente de derecho en el caso concreto que resuelven?

¿Puede razonablemente decirse que constituyen disposiciones de derecho interno?

En consecuencia de lo anterior, ¿las sentencias judiciales encuadran o no dentro de lo relativo a las medidas de otro carácter que fueren necesarias, que los Estados se han obligado a dictar conforme al artículo 2° de la Convención?

¿El cumplimiento por el Poder Judicial del orden jurídico interno incluye la ley 23.054, en lo que ésta tenga de operativa o aplicable en forma directa?

En caso afirmativo, ¿el Poder Judicial está obligado en la esfera de su competencia a aplicar las medidas "de otro carácter que

fueren necesarias", para cumplir con su parte del "Deber de adoptar disposiciones de derecho interno"?

En caso negativo, ¿las sentencias del Poder Judicial no pueden ser consideradas "disposiciones de derecho interno"? ¿No integran el plexo normativo? ¿No son fuente de derecho en el caso concreto? ¿No son normas jurídicas? ¿O existen otras razones que puedan explicar mejor cuál es su carácter y por qué no encuadrarían dentro de lo establecido en el artículo 2°, en el sentido de la pregunta precedente?

Compare:

a) el criterio del Procurador desechando la aplicabilidad operativa del artículo 17° inc. 5° y del artículo 1° no mencionado, a la luz de las dos leyes de filiación en juego, con

b) lo resuelto por la Corte Suprema en los casos Siri y Kot (MILLER y otros, op. cit., ps. 533 a 553, y sus preguntas de ps. 538-540, 553-555).

¿Es coherente el criterio de interpretación?

¿Existen juicios de valor explícitos o implícitos que lleven a soluciones diferentes?

En caso afirmativo, ¿cuáles son?

9.3. *Derechos del niño*

¿El derecho del niño garantizado por el artículo 19° de la Convención unido al principio de no discriminación del artículo 1°, aporta elementos valorativos adicionales a los contenidos en el artículo 17° inciso 5°? ¿Hay otras normas o principios de la Convención cuyo análisis se haya omitido en su aplicación al caso?

¿Analiza el dictamen del Procurador la incidencia de este derecho en el caso? ¿Correspondía que lo hiciera? ¿Por qué?

10. *Otras soluciones al caso E., F.E. según los votos de* FULLER

Resuelva este mismo caso *E., F. E.* como si Ud. fuera HANDY.

Haga la misma tarea como si Ud. fuera FOSTER.

Haga la misma tarea como si Ud. fuera TRUEPENNY.

II.— *PONZETTI DE BALBIN INDALIA C/EDIT. ATLANTIDA S. A.*[1]

(C.S., Dic. 11, 1984)

ADELINA LOIANNO

Profesora Adjunta (i) de Derechos Humanos y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

1. *Hechos del caso*

1) Describa pormenorizadamente los hechos del caso.
2) Indique cuál es el hecho que implica la lesión a la intimidad.
3) Determine quien es el titular del derecho lesionado en este caso. ¿Podría ser otro?
4) ¿Tiene relación el derecho a la intimidad con la profesión o actividad de su titular? ¿En qué medida? ¿Cómo lo resuelve el fallo?
5) ¿Cuál es el contenido concreto del derecho a la intimidad? ¿Qué voto lo analiza expresamente?
6) ¿Cuáles son los límites del derecho a la intimidad? ¿Qué voto lo analiza en forma detallada? ¿Qué incidencia tiene ese criterio en la solución global del fallo?

2. *Las normas*

1) ¿Qué normas constitucionales y de la Convención de Costa Rica fundan la solución del fallo? Amplíe las que no han

[1] El derecho a la intimidad desde distintos enfoques puede estudiarse además por los siguientes casos:

Saguir y Dib, Intimidad de la familia. Integridad familiar vs. integridad física. Decisión familiar.

Portillo, Intimidad de conciencia. Libertad religiosa. Incidencia de los deberes civiles Jerarquía de derechos.

Bazterrica, Consumo personal de estupefacientes. Tenencia. Peligro social. Incidencia Prevención Sanción penal (se aconseja analizar también la ley de estupefacientes), Igual caso Bernasconi.

Costa c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Libertad de prensa y derecho a la intimidad. Derecho a la información.

sido consideradas expresamente por los jueces. ¿Hay normas jurídicas vigentes que también han sido omitidas? ¿Por qué?

2) ¿Qué otros derechos, además de la intimidad, se relacionan con el caso en estudio?
3) ¿De qué diferentes maneras puede entenderse la libertad de prensa en el voto de los Ministros CARRIÓ y FAYT?
4) ¿Sobre qué aspecto de los actos privados se efectiviza la tutela jurídica?

3. *Los valores*

1) ¿En qué se funda el dictamen del Procurador para aconsejar el rechazo del recurso?
2) ¿Técnicamente el dictamen del Procurador es correcto? ¿Por qué cree Ud. que la Suprema Corte de Justicia de la Nación falló sobre el fondo del asunto?
3) ¿Cuantos votos tiene el fallo? ¿Qué diferencias esenciales advierte entre ellos y qué coincidencias? ¿Cómo los compararía con los votos de FULLER?
4) ¿Sobre qué condiciones generales reposa la libertad de imprenta en el voto del Ministro PETRACCHI? ¿Algún otro Ministro encara el tema?
5) ¿El contenido que se asigna al derecho a la intimidad es una cuestión de hecho o de valores? ¿Es una cuestión variable de un caso a otro? ¿Es mudable según la época y las circunstancias? ¿Por qué?
6) ¿Qué orden de prelación normativa o de otro carácter establecen los distintos votos? ¿Qué aspecto determina ese orden? ¿Existe alguna conjetura plausible en el orden existente en los diversos votos? Haga un cuadro comparativo de doble entrada.
7) En todos los casos de la Corte Suprema analizados en el capítulo VI de esta obra hay votos que mencionan la Convención y votos que no la mencionan. Formule una hipótesis explicativa de la diferencia.

8) En los mismos casos y votos, es frecuente encontrar que la Convención no es utilizada como argumento central del razonamiento. Formule una hipótesis explicativa.
9) En los mismos casos y votos, hay otras disposiciones y principios jurídicos o juicios de valor de la Convención que son omitidos en el análisis. Formule una hipótesis explicativa de la omisión.
10) Lo ocurrido en los casos mentados en las preguntas 7) a 9),
   a) ¿es coyuntural?
   b) ¿puede variar con el correr de los años?
   c) ¿debería modificarse en el futuro?
   d) ¿se vincula con el grado de desarrollo político del país?
   e) ¿tiene algo que ver con un problema señalado en el prólogo?
   f) ¿qué prognosis formula Ud. en relación a la pregunta e) y lo sostenido en el capítulo II?
   g) ¿que deber ético considera Ud. que tiene, y cómo debe manejar esta fuente del derecho en su futura labor profesional?
   h) ¿podrá Ud. materialmente estar a la altura de su deber ético?

Capítulo V

ALGUNAS CUESTIONES VINCULADAS CON LA INTERPRETACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

GUILLERMO A. GORDO

1. *Introducción*

Es lugar común en materia de interpretación jurídica, especialmente a partir de las doctrinas positivistas sostener que sólo *existe* un derecho en la medida en que una norma vigente en un estado lo recepta expresamente, mediante una formulación que no requiera de otro aditamento para su aplicación.

Siguiendo tal razonamiento, el individuo sólo sería titular de aquellas potestades que le han sido conferidas por el orden jurídico positivo, y estaría en condiciones de ejercerlos exclusivamente en la medida en que, una norma sancionada conforme a las previsiones de aquél, estableciese una sanción por su incumplimiento.

Visto así el derecho como un orden coactivo, la tarea del intérprete se reduciría a la comprobación de la existencia de una disposición normativa, que ésta ha sido creada conforme los procedimientos legalmente previstos, y que su inobservancia trae aparejada una sanción; luego de lo cual podrá afirmar que un derecho determinado tiene vigencia.[1]

[1] KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, caps. I, II y III, Eudeba, Buenos Aires, 1968.

Tal manera de visualizar el derecho, y en consecuencia, de interpretarlo seduce inicialmente puesto que amén de su innegable rigor lógico, *"pareciera"* coadyuvar a que todos los individuos que habitan en jurisdicción de un estado determinado conozcan claramente cuáles son las facultades que poseen, de qué manera y ante quién deben ejercerlos; mediante el sencillo recurso de conocer los textos normativos, y previo establecer que ellos no se encuentren en pugna con otro de jerarquía superior.

Fuera de tales parámetros un hombre no podría invocar válidamente la existencia de una potestad, ni frente al Estado, ni frente a los otros hombres.

Se vacía de todo contenido axiológico al derecho, quedando éste sometido indefectiblemente a la voluntad del legislador que podría agregar o quitar facultades a su antojo, o modificarlas sin otra limitación que la derivada de los procedimientos establecidos para la creación o reemplazo de normas en el estado en cuestión.

El derecho se transforma, de esta manera, en un fin en sí mismo, quedando desvinculado de las necesidades concretas de los hombres y permitiendo justificar cualquier clase de orden normativo con la única limitación de haber sido sancionado siguiendo determinados procedimientos preestablecidos.

Principios como los enunciados han llevado a la legitimación de todos los regímenes autoritarios que conoció este siglo, con las atrocidades por todos conocidas.[2]

[2] "...el carácter coactivo del Derecho se realiza mejor aún en el régimen autoritario. La teoría imperativa del Derecho es un instrumento excelente para uso de un tirano que puede justificar con ella su régimen despótico como "orden jurídico"....Si Kelsen tuviera razón, las naciones libres del mundo contemporáneo no tendrían título alguno válido para considerarse como defensoras del Derecho frente al despotismo....La teoría imperativa del Derecho...Deja de lado el hecho de que aquél encarna ciertos valores y no es únicamente un mecanismo inanimado de coacción....el contenido y carácter sustantivo de las normas cuyo cumplimiento coactivo garantiza el estado es de importancia primordial y decisiva. Para averiguar si un orden social es un orden jurídico hay que examinar la distribución efectiva de derechos, deberes y poderes, tanto en la esfera privada como en la pública", agregando por último, siempre en referencia a la teoría kelseniana "Todos los amigos del Derecho deben defender el rápido abandono de aquélla",

Frente a esto debemos recordar que el hombre ha formado la sociedad para convivir en ella con sus semejantes y creado instituciones encargadas de resguardar dicha convivencia, a las que les otorga determinadas facultades ordenatorias para su mejor desarrollo. Sin embargo, no entrega su existencia al ente así creado, sino que en todo caso le traslada ciertos poderes para que pueda regular, en forma adecuada, la coexistencia de los individuos.

No implica, entonces, el otorgar potestades omnímodas para regular a su antojo la situación de los individuos, sino por el contrario, como acertadamente se dijera hace ya más de dos siglos, "Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados...de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad".[3]

Tal concepción no puede considerarse obsoleta dado que aparece reiterada a mediados del presente siglo, al sostenerse "Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen, que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad".[4]

BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, Fondo de Cultura Económica, tercera edición, México, 1964, pp. 332/333.

[3] Acta de la declaración de independencia de los Estados Unidos de América, Filadelfia, 4 de julio de 1.776.-

[4] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Considerando. Dicho instrumento al presente ha adquirido jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 de la C.N.

Así miradas las cosas, resulta que el hombre deviene el centro de la problemática social y que los estados se hallan instituidos para lograr el resguardo de los derechos que aquél, como tal posee, y su coordinación con los de sus semejantes de manera que unos no anulen a los otros y que a su vez, todos puedan gozar de sus facultades en un pie de igualdad.

Poco interesa el rótulo o encasillamiento jurídico-filosófico que pudiera efectuarse a lo hasta aquí expresado, sino que es menester meditar acerca de si en el actual estadio histórico resultaría admisible que un orden normativo no reconociera que todos los individuos a los que deba aplicarse poseen en un pie de igualdad derecho a la vida y a la integridad corporal, a la libertad ambulatoria, de conciencia, de pensamiento y expresión, etc. La respuesta negativa brota espontáneamente. No puede hoy considerarse como "derecho" a un conjunto de disposiciones que desconozcan que el hombre resulta titular de derechos por su sola condición de tal y que ellos no dependen en manera alguna de su inclusión en formulaciones legales escritas.

Esta es la concepción que ilumina la totalidad de los instrumentos internacionales que en materia de derechos humanos han ido sucediéndose a partir de la segunda posguerra. En los mismos entre otras cosas se consigna "que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".[5] Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros,"[6] "que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana,"[7] "estos

[5] Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Preámbulo.

[6] Idem, art. 1ro.; tal afirmación aparece reiterada en forma casi textual en el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Americana.

[7] Declaración Americana, Considerando; idéntico texto aparece en el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, la que agrega "razón por la cual justifican una protección internacional".

derechos (humanos) se derivan de la dignidad inherente a la persona humana,"[8] Todo lo que antecede tiene como común denominador la admisión de la existencia de derechos que anteceden a la sociedad y que ésta no puede sino reconocer. Más aún, en la actualidad no puede dejar de recordarse que los instrumentos que consignan tales fórmulas son supraconstitucionales,[9] o estan incorporados a la Carta Magna con similar jerarquía a ésta,[10] por lo que, más allá de cualquier método interpretativo, hoy, además, forman parte del derecho positivo argentino.

Podemos entonces avanzar a partir de admitir que el hombre es el centro y la razón de ser del orden jurídico, y a su vez quien lo crea; que posee derechos inalienables que preceden a la sociedad, la que "debe" reconocerlos por imperativo humano y jurídico conforme se viera.[11] Cabe ahora ingresar al punto más algido y que mayor debate ha sembrado, dado que, más allá de posturas filosófico-jurídicas, hay determinados derechos que nadie en su sano juicio podría hoy negar, y si lo hiciera encontraría el casi unánime repudio de la comunidad internacional. Dicha cuestión es y ha sido, ¿cuáles son los derechos inalienables que no pueden dejar de admitirse?; ¿sólo los contenidos en los documentos internacionales?, ¿existen otros?, en su caso, ¿de dónde emergen?, ¿pueden aparecer nuevos con el devenir histórico?; todos estos interrogantes son los que conllevan las principales críticas a la concepción que se ha venido expresando y que enarbolan como bandera los positivistas.

[8] Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[9] Pacto de San José de Costa Rica, ver capítulo II.

[10] Los demás instrumentos mencionados.

[11] "El punto de partida y de referencia constante, ha de ser la realidad para la cual y por la cual, tiene vida el Derecho Positivo, vale decir, el hombre mismo. El hombre al existir y co-existir en una sociedad, le aporta sus derechos y sus correlativos deberes. Unos y otros traducen lo que la sociedad ha de respetar y promover para ser efectivamente humana". GELSI BIDART, ADOLFO, "Jusnaturalismo y derechos humanos", *Cursillo sobre los Derechos Humanos y sus garantías*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, segunda serie, nro. 13, Montevideo, junio de 1990.

Pues bien la respuesta que ha de darse a las preguntas que se formularan es que el hombre, como centro de la sociedad y razón de ser del estado es titular real o potencial de todos y cada uno de los derechos que puedan ser vinculados a la persona humana, y en consecuencia, más allá del alcance e importancia de las declaraciones de derechos, a las que luego hemos de referirnos; aún a falta de ellas, el hombre resultaría poseedor de todos las facultades que pudieran aparecer, sin perjuicio de las limitaciones legalmente admisibles, como se verá. Los instrumentos que describen los derechos humanos son meramente ejemplificativos.

Para llegar a tal conclusión ha de partirse de la premisa contenida en nuestra Constitución, que sostiene que las acciones de los hombres que no afecten el orden público ni perjudiquen a terceros caen fuera de la égida del Estado (art. 19 C.N.); y en los instrumentos internacionales, referidas a que "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática".[12]

De ello se extrae fácilmente que toda acción que no perjudique a terceros, ni ponga en peligro la seguridad común no sólo está permitida, sino que, además, no podrá ser afectada bajo ningún concepto, desde que el Estado, en principio, carece de potestades para reglamentar más allá de tales supuestos. En ningún caso, los intereses estatales podrán hacerse valer por sobre los de los habitantes, salvo en cuanto tiendan a preservar la seguridad general; y por supuesto que tampoco podrán anteponerse las necesidades de ningún gobierno al pleno ejercicio de los derechos.

Lógica consecuencia de lo antedicho es que los derechos humanos pueden tener un piso mínimo (derivado del contenido de las declaraciones formales) pero carecen de techo conocido, puesto que el devenir histórico puede ampliar los horizontes actuales,

[12] Convención Americana de Derechos Humanos, art. 32.2; en análogo sentido Declaración Americana, art. XXVIII; Declaración Universal, art. 29.2; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 4.

incorporando nuevas potestades, como ha venido acaeciendo hasta el presente.

Por el contrario, la constitución política reglamenta puntillosamente las facultades del Estado, de cada uno de sus órganos y las funciones a ellos atribuidas; y tales previsiones configuran el techo por sobre el cual carece de competencia para intervenir. El hombre ha delegado determinados poderes, pero sólo los indispensables para que pueda conseguir los fines para los cuales fuera creado, o sea, lograr el goce de los derechos de los habitantes en un pie de igualdad, conseguir su desarrollo material e intelectual, y aportarle seguridad.

En consecuencia, las facultades estatales han de ser interpretadas en forma restrictiva, siempre que puedan interferir o rozar derechos humanos. En este supuesto, sólo tendrá potestades para reglamentar cuando expresamente se le confiera y siempre que el ejercicio del derecho por parte del individuo, pueda afectar a terceros, a la seguridad o bienestar de la comunidad. Nunca la limitación podrá estar fundada en intereses momentáneos de un gobierno o de un grupo dentro de la sociedad; sino que deberá estar basada en una mejor coordinación para asegurar el ejercicio de los derechos humanos a todos en un pie de igualdad.

Arribamos así a que el estado en materia de derechos humanos puede intervenir mínima y exclusivamente como ordenador de la coexistencia social; carece en esta materia de facultades implícitas; está obligado como sujeto pasivo de derechos a adoptar todas las medidas para otorgar operatividad a aquellos derechos que lo requieran y le está vedado intervenir en toda oportunidad en que el legítimo ejercicio de un derecho humano no interfiera con el de un tercero. También la responsabilidad del Estado se extiende la obligación de adoptar medidas reales y efectivas para garantizar el goce de los derechos humanos por parte de las personas sometidas a su jurisdicción, removiendo los obstáculos que pudieran presentarse.[13]

[13] Ver en este sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-11/90 del 10 de agosto de 1.990, ED, 12-12-90. Similares consideraciones pueden advertirse en los *Fallos* del citado Tribunal: casos *Velázquez*

Aparecen importantes limitaciones a las potestades estatales al estarle vedado intervenir en referencia a acciones de los hombres que no produzcan daños a terceros (reales o potenciales; actuales o inminentes), ni interfieran el legítimo ejercicio del derecho de otro.

Fuera de estas funciones coordinadoras de derechos de los habitantes, se admite que el estado posee facultades para reglamentar derechos de los habitantes en función del bien común. "Es posible entender el bien común...como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana....No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de un modo unívoco los conceptos de "orden público" y "bien común",...A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse....como medios para suprimir un derecho garantizado...o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real...Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención".[14]

Esbozadas, sin excesivas pretensiones científicas las reglas generales que regulan la imputación de derechos a cada ser humano en una sociedad moderna, hemos de pasar a analizar ahora algunas de las cuestiones que pueden plantearse al intérprete, a la luz de tales parámetros.

Rodríguez del 29-7-88, ED, 1-12-88; *Godínez Cruz* del 20-1-89, ED, 132:569; y *Fairen Garbi y Solís Corrales* del 15-3-89, ED, 135:668.

[14] Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-5/85 del 13 de noviembre de 1.985, párrafos 66 y 67.

2. *Importancia de las declaraciones escritas en materia de derechos humanos*

Dado lo hasta aquí expresado podría pensarse que resulta absolutamente innecesario y sobreabundante el consignar los derechos en textos escritos, toda vez que, aún cuando ellos no existieran, el individuo igualmente se encontraría protegido por la norma general que estatuye su titularidad potencial de todos y cada uno de los derechos.

Si bien esto último resulta acertado desde la óptica expuesta, no puede negarse la utilidad de contar con catálogos que los describan con la mayor minuciosidad posible, toda vez que la historia demuestra la común resistencia del Estado (especialmente en esta parte del orbe) a admitir y respetar las potestades de los particulares, pese —muchas veces— a hallarse plasmadas en prolijas declaraciones. Tanto peor resultaría si tuviéramos que hacer valer una regla jurídica general como la que explicitáramos supra.

La referida conveniencia debe ser evaluada, teniendo siempre presente que "La declaración de los derechos humanos que realiza un Estado o una Comunidad Regional o Internacional, es un re-conocimiento de los mismos, no los constituye, porque su constitución se apoya en la existencia humana. Podemos reclamar tal declaración, porque tiene un sólido fundamento, más allá de la norma escrita. Se tenga o no ésta, cabe siempre reclamar su respeto y su promoción, sin perjuicio de que aquel reconocimiento le añada certeza y le asegure (ojalá) su más efectivo cumplimiento".[1]

Por otra parte, tales instrumentos describen no solo los derechos, sino también las garantías que (conforme su semántica lo indica) no son otra cosa que métodos o instrumentos para hacer efectivo el mejor resguardo de aquellos. Así la libertad ambulatoria aparecerá custodiada por el hábeas corpus y todas las obligaciones impuestas al estado para la sustanciación de procesos pena-

[2.1] GELSI BIDART, *op.cit.*, p. 9.

les; los restantes derechos serán protegidos mediante el amparo y el libre acceso a los tribunales para conseguir su reconocimiento, etc.

Pero quizás lo más importante resulte que, si bien como se ha visto no crean derechos, los documentos en cuestión permiten la formulación de un vallado infranqueable para las potestades del Estado que no podrá avanzar sobre los principios así descriptos.[2]

Los compendios de derechos poseen una mayor efectividad si, como sucede en nuestro orden jurídico, provienen de fuentes distintas, externas (regionales o internacionales), toda vez que, además de insertarnos en el esquema universal de los derechos humanos, crean mecanismos de control ajenos al propio Estado, y por ende, no manipulables por él. Esto es lo que sucede actualmente con la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos, con referencia al Pacto de San José de Costa Rica; y con el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en relación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Demás está decir que, en base a la regla general fijada en un principio, la interpretación de los documentos descriptivos de derechos debe hacerse con carácter extensivo, amplio, admitiendo el hecho de que puedan surgir otros no incluídos en el catálogo, o que los que están puedan poseer un alcance superior al que podría indicar su formulación.

3. *Operatividad y programaticidad de las normas*

Determinada la necesidad práctica de la existencia de documentos que cristalicen los derechos humanos; la lectura de los mismos pone de resalto la coexistencia de dos grandes clases de disposiciones,

[2.2] "comprendiendo que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son la sola causa de la infelicidad pública y de la corrupción del Gobierno, han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sus derechos y sus deberes", Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea General de la Revolución Francesa el 27 de agosto de 1.789.

unas que resultan inmediatamente aplicables, auto-ejecutivas (self-executing en el derecho americano), pueden hacerse valer ante un tribunal sin otro aditamento o norma que precise su contenido o alcance. Estas, son llamadas operativas y comprenden a la mayoría de los derechos descriptos en las declaraciones que forman parte del orden jurídico argentino. Así, no resulta necesaria la sanción de ninguna ley para efectivizar el derecho de los habitantes a que no se les imponga la pena de muerte (art. 4.3 C.A.D.H.), ni a que se respete su libertad de conciencia y religión (art. 12 C.A.D.H.), o de pensamiento y expresión (art. 13 C.A.D.H.), etc.

Por el contrario, existen otras que en realidad fijan directivas para el dictado de disposiciones normativas que permitan su aplicación; ellas se limitan a fijar un programa a seguir por el legislador, e imponen a éste la obligación de dictar las leyes que permitan efectivizar el derecho en cuestión. Estas son las llamadas normas programáticas.

Dentro de este grupo cabe distinguir distintos supuestos de programaticidad, según el grado de precisión de la descripción hecha por la norma, o los condicionamientos por ella misma establecidos para su vigencia.

Hay previsiones que requieren para su implementación de la existencia de circunstancias de hecho determinadas para poder ser desarrolladas y puestas en vigencia; y mientras tales condiciones no se den en el plano fáctico carecen de toda posibilidad de ser implementadas.[1]

Otras presentan formulaciones dirigidas no al intérprete, sino al legislador, imponiéndole el dictado de normas que hagan regir efectivamente el derecho de que se trate, indicándole un determinado contenido.[2]

Por último, aparecen mandatos claramente dirigidos al órgano legislativo que obligan a éste, no solo a dictar una ley de

[3.1] Es el caso del artículo 26 de la C.A.D.H., que establece el desarrollo progresivo de los derechos económicos sociales y culturales, "en la medida de los recursos disponibles".

[3.2] Por ejemplo, art. 17.4 y 17.5, C.A.D.H.; art. 20, P.I.D.C.P.

implementación, sino que también le imponen fijar su contenido y alcance.[3]

Para determinar si una norma es operativa o programática, sin perjuicio de las reglas que luego se expondrán, deberá estarse principalmente a su formulación gramatical, a quien se halla dirigida, el tipo y tiempo de verbo empleado, etc. Así si se expresa que "la ley debe" o "la ley deberá" reconocer tal o cual derecho, nos hallaremos ante una previsión programática; pero no será así cuando se aluda a que las personas "tienen" derechos sujetos a "las limitaciones prescriptas por la ley ", o "las condiciones que establezca la ley", o "según las formas establecidas por la ley", etc. En este último supuesto, la norma indica, a través del tipo y tiempo de verbo ("tiene") que el individuo es poseedor de un derecho vigente, y que el legislador puede fijar las condiciones de tiempo y modo imprescindibles para asegurar su adecuado ejercicio, sin desnaturalizarlo.

Al tiempo de analizar si una norma es operativa o programática debe tenerse especialmente en cuenta que, se presume que las normas en materia de derechos humanos son operativas. Esto fue admitido desde antaño por la Corte Suprema de Justicia, especialmente a partir del caso *Siri*, en cuanto sostuvo que "las garantías individuales (léase en lenguaje actual derechos humanos) 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", como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas", para agregar a renglón seguido, citando a JOAQUÍN V. GONZÁLEZ que "No son, como puede creerse...simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los

[3.3] Por ejemplo, artículo 19, C.A.D.H. y 24.1 del P.I.D.C.P. En la actualidad tales derechos han sido adecuadamente precisados a partir de la ratificación por nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por ley 23.338), que conforme el art. 75 inc. 22 de la C.N. posee jerarquía constitucional.

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 o independiente".[4] Y ya contemporáneamente ha agregado que "es consecuencia de esta distinción (entre Tratados y Tratados en materia de derechos humanos) la presunción de operatividad de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. En otros términos, el Tribunal considera que las normas aludidas establecen derechos que —se presume— pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna. Ello se funda en el deber de respetar los derechos del hombre, axioma central del Derecho Internacional de los Derechos Humanos."[5]

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado idéntico principio, al decir que "el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo."[6]

Mas, la circunstancia de hallarnos frente a una norma programática no implica que carezca de cualquier efecto, sino que, por el contrario, pueden extraerse varias consecuencias. La primera de ellas es que la disposición impide la adopción, por el estado, de normas que se opongan al mandato o plan contenido en aquella, puesto que de lo contrario se estaría desconociendo el programa.

En segundo término, si el mandato normativo aparece claro, el intérprete estará obligado a seguirlo al escudriñar el sentido de otras normas.

Por último, se ha sostenido que el órgano legislativo queda emplazado a poner en marcha el plan esbozado en la norma en un

3.4 *Fallos* 239:459

3.5 CSJN, *Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros*, LL, 1992-C, 543, del voto de los Dres. PETRACCHI y MOLINÉ O'CONNOR.

3.6 C.I.D.H., OC-7/86, parrafo 24.

plazo razonable,[7] lo que ha sido reconocido por la Corte con relación expresa a los tratados en materia de Derechos Humanos, al decir que "la violación de un tratado internacional puede acaecer...por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento".[8]

No debe aquí perderse de vista que en materia de interpretación de derechos humanos, rige el principio "in dubio pro libertate" o "favor libertate" que posee diversas acepciones dado que, además de reforzar la presunción de operatividad de las normas que los contienen, propicia la adopción de las soluciones que mejor y más ampliamente coordinen los derechos de los individuos; y por otra parte, indica que, cuando se plantea el crudo dilema de todas las sociedades modernas entre las potestades estatales y facultades de los individuos; entre seguridad y libertad, debe adoptarse una solución que en ningún caso conculque los intereses de la persona humana.

En síntesis, siempre ante cualquier incertidumbre que se plantee en el proceso interpretativo, habrá de escogerse la solución que resulte más próxima al pleno ejercicio de los derechos del hombre.

4. *Los sujetos de los derechos humanos*

El derecho presupone la existencia de una vida en sociedad, de convivencia, puesto que aquél sólo resulta necesario como regulador, cuando entra en juego más de una persona. Esto trae aparejada, en el tema que nos ocupa, la necesidad de determinar quién puede ser titular de derechos humanos y frente a quién los hace valer, o quién interviene en una relación de derechos humanos.

[3.7] Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 88, quien lo llama inconstitucionalidad "por omisión".

[3.8] C.S.J.N., *Ekmekdjian c/ Sofovich*, fallo citado; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El "adentro" y el "afuera" del derecho de réplica*, ED del 25-8-92, especialmente cap. III, párr. 9; ver de este autor y HERRENDORF, DANIEL E., *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, p. 147.

No puede caber ninguna duda que tal como su nomenclatura lo indica el hombre es esencialmente el titular de la clase de potestades que nos ocupa.

Igualmente claro resulta que el Estado como tal no es titular de ninguno de los derechos contenidos en los catálogos que conforman nuestro orden jurídico. Ello así, puesto que es un ente que carece de caracteres humanos, y si bien puede suceder que, en algunos casos, goce de derechos propios de las personas, tal extremo no lo convierte en una.

Más aún, la jurisprudencia de la Corte Interamericana que hemos venido citando y los propios tratados internacionales muestran a las claras que el Estado no es el recipiendario de los derechos, sino que, por el contrario es el que debe operar como impulsor y garante de ellos.

Resulta dudoso si debe reconocerse la titularidad de derechos humanos a las sociedades o asociaciones, civiles, comerciales, gremiales o políticas. Hay quien ha entendido que al estar integradas por personas, los entes colectivos, en la medida que le es admitida la titularidad de ciertos derechos análogos a los de aquellas, podrán ser reconocidos como derechos humanos.[1] Sin dejar de reconocer que tal doctrina aparece inspirada en la intención de dar la mayor cobertura posible al ser humano en sus múltiples actividades dentro de la sociedad; y también de admitir que es un derecho del hombre el de asociarse libremente con fines lícitos,[2] pero tampoco puede ignorarse que la lectura de los instrumentos existentes en materia de derechos humanos parecen indicar con claridad que los catálogos están referidos a hombres, e incluso en el más importante de ellos se identifica claramente al sujeto activo diciendo "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".[3]

[4.1] Así Bidart Campos y Herrendorf, *op. cit.*, p. 105.

[4.2] Arts. 14, 14 *bis* y 38 de la C.N.; XXII de la D.A.D.H.; 20 y 23.4 de la D.U.D.H.; 16 de la C.A.D.H.; 8. *a*, *b* y *c* del P.I.D.E.S.C.; 22 del P.I.D.C.P., entre otros.

[4.3] Art. 1.2 de la C.A.D.H.

El problema de la determinación del titular de los derechos humanos resulta fundamental en el proceso interpretativo, puesto que de la respuesta que se de al interrogante, dependerá si una persona jurídica está autorizada a exigir una obligación determinada por parte de alguien, con base en los instrumentos internacionales que los describen.

Así como en principio, sólo el hombre puede ser titular de derechos humanos, igualmente pareciera que sujeto pasivo de la relación (o sea frente a quien pueden hacerse valer) sería cualquiera, el Estado u otra persona física o jurídica.

No puede existir duda en cuanto a que determinados derechos y garantías tienen como único obligado posible al estado. Así, a solo título ejemplificativo pueden mencionarse la prohibición de reimplantar la pena de muerte,[4] las garantías judiciales,[5] el principio de legalidad y de retroactividad de la ley penal más benigna,[6] etc..

En otros supuestos el sujeto pasivo puede ser un individuo o una sociedad, como podría acaecer si la vida o la integridad corporal es afectada por el accionar de personas o grupos de ellas no vinculadas al Estado. Pero en materia de derechos humanos, siempre éste resultará obligado en forma directa, indirecta o eventual, desde que "El deber de los Estados de garantizar el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención implica la obligación de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan impedir el disfrute de tales derechos".[7]

Esta obligación que convierte al estado en sujeto pasivo de toda relación de derechos humanos está puesta en cabeza del órgano judicial y ha sido admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. [8]

[4.4] Art. 4.3 de la C.A.D.H.
[4.5] Art. 8 de la C.A.D.H.
[4.6] Art. 9 de la C.A.D.H.
[4.7] C.I.D.H. OC-11/90
[4.8] CSJN, *Ekmekdjian c/ Sofovich* cit., consid. 16 y 20; lo que aparece reiterado recientemente en el fallo *Giroldi, Horacio D. y otro* del 7-4-95,

5. *Quiénes deben interpretar*

Es por demás evidente que la interpretación de textos normativos no se halla necesariamente vedado a persona alguna, y de hecho, tal operación intelectual es llevada normalmente a cabo diariamente por el habitante, el abogado, el jurista, el estudiante, etc.

Sin embargo, resulta imprescindible para comprobar la vigencia real de un sistema de derechos humanos el conocer la jurisprudencia de los tribunales puesto que, sus decisiones reflejarán el grado de adaptación de una sociedad a los parámetros de aquél en un momento dado de su historia.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, con específica referencia al Pacto de San José de Costa Rica, ha admitido que la interpretación del mismo debe "guiarse por la jurispridencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". [1] Ello viene a reafirmar el carácter supraconstitucional del sistema implementado a partir del instrumento antes mencionado.

En consecuencia, más allá del andamiaje teórico, para la existencia en la realidad cotidiana de un sistema que resguarde y desarrolle la personalidad del hombre a partir del amplio respeto de sus derechos fundamentales es menester contar con un Poder Judicial fuerte e independiente que adopte una firme postura en defensa de tales principios.

Sólo de esta manera se ha de lograr el objetivo expresado en el Preámbulo de la Convención Americana "de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre".

Suplemento de Jurisprudencia Penal de L.L. del 20-9-95 pp. 3/8, especialmente consid. 12.

[5.1] CSJN, casos *Ekmekdjian c/ Sofovich*, especialmente consid. 21 y *Giroldi*, puntualmente consid. 11, ambos citados en notas anteriores.

Capítulo VI

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA

1. Introducción

Los derechos humanos garantizados en los tratados internacionales, al igual que los derechos constitucionales reconocidos en los ordenamientos locales, no son absolutos, pudiendo ser limitados en aras de armonizar su ejercicio con los derechos de los demás y con el interés general de la comunidad.

En el orden jurídico argentino, el art. 14 de la Constitución nacional enuncia un catálogo abierto de derechos –completado con los derechos implícitos a los que alude el art. 33–, los que se reconocen *conforme* las leyes que reglamentan su ejercicio. Ahora bien, no cualquier reglamentación es constitucionalmente aceptable, sino sólo la que importa una *razonable* limitación que no destruye su sustancia. La pauta esencial para determinar el grado de regulación legal está dada por el art. 28, que dispone que las leyes reglamentarias deben cuidar de no *alterar* los principios, derechos y garantías reconocidos en la Constitución. A su vez, el art. 99 inc. 2°, al enumerar las atribuciones del Ejecutivo, lo autoriza a expedir los reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes, cuidando de no alterar su *espíritu* con excepciones reglamentarias.

Del juego armónico de dichas normas, se puede concluir que, para ser razonables, las leyes que restringen derechos constitu-

cionales deben tener un contenido de justicia (LINARES).[1] Lo opuesto es la *arbitrariedad*. De ello se colige que todo acto estatal arbitrario es irrazonable y todo acto irrazonable es inconstitucional (BIDART CAMPOS).[2] El *quid* de la cuestión pasa, entonces, por el grado de afectación del derecho: si se *degrada* (altera) su sustancia, deja de ser una *restricción* (razonable) para ser una *supresión* (inconstitucional).[3]

Lo mismo acontece en el orden supranacional. Los tratados internacionales reconocen a los Estados la facultad de reglamentar –bajo determinadas pautas– los derechos y garantías por ellos reconocidos, a la vez que los autorizan a suspender, en ciertas situaciones excepcionales, algunos derechos por un tiempo limitado y por los motivos taxativamente especificados.

Se trata, por consiguiente, de dos institutos bien distintos, aunque a veces se los confunda. Uno, se refiere a las restricciones habituales que sufren los derechos y garantías por las leyes que los reglamentan. Así por ejemplo, una norma que limita la exhibición de películas a mayores de dieciocho años, con clara finalidad tuitiva de la minoridad. Lo otro, en cambio, se vincula con la total suspensión de un derecho por un tiempo determinado en razón de una situación de emergencia. Su equivalente, en el orden interno, es el estado de sitio previsto en el art. 23 de la Constitución nacional.

La restricción alude a las limitaciones *normales* que puede imponer la autoridad pública a los derechos de los particulares,

[1] LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes. El 'debido proceso' como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 1989, p. 108.

[2] BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000, t. I-A, p. 806.

[3] La distinción entre restricción y privación de un derecho ha sido elaborada por la Corte Suprema a partir de los precedentes "*Iachemet*", *Fallos* 316:779 (1993) y "*Escobar*", *Fallos*, 318:1593 (1995). Ampliar en ROSALES CUELLO, RAMIRO: "La frustración y suspensión de los derechos, ¿una distinción artificial? (Algunas derivaciones del caso Iachemet c. Estado Nacional)", ED, 155-627. Hemos tratado la cuestión en GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN: "Límites constitucionales de la consolidación de deudas," LL, 2004-B, 628.

en razón del interés público o del bien común, en tanto no hay derechos absolutos, sino que deben ser ejercidos dentro de los márgenes establecidos por la ley para lograr la convivencia pacífica de toda la comunidad.

Por el contrario, la suspensión refiere a la falta de vigencia de ciertos derechos por un tiempo determinado motivada en circunstancias *extraordinarias*, como pueden ser las catástrofes naturales, las conflagraciones bélicas u otras graves crisis. Se trata de un supuesto que debe ser tratado con sumo cuidado, pues su aplicación desmedida puede reducir a letra muerta a los derechos y garantías consagrados en los pactos internacionales. De ello nos hemos de ocupar en el próximo Capítulo.

2. Restricciones a los derechos humanos en los instrumentos internacionales

Todas las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos permiten a los Estados establecer límites al ejercicio de los derechos por ellas consagrados. Ello no quiere decir que se tolere cualquier restricción indiscriminada, sino sólo las que respondan a las razones específicamente enumeradas, que no persigan fines encubiertos que conlleven el desconocimiento mismo de los derechos. Cuando sucede esto último, nos encontramos frente a un supuesto de abuso o desviación de poder.

Haciendo un repaso de los instrumentos internacionales, podemos observar que:

2.1. En el ámbito universal

La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que en el ejercicio de los derechos y en el disfrute de las libertades, toda persona estará solamente sujeta a las *limitaciones* establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática (art. 29.2); y que estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a

los propósitos y principios de las Naciones Unidas (art. 29.3). Pero, sabiendo que la invocación del orden público o del bienestar general puede llevar a abusos por parte de los gobernantes, previene, como pauta fundamental para la validez de los límites impuestos por los Estados, que ninguna disposición de la Declaración puede interpretarse en el sentido que autorice a los Estados a realizar actos tendientes a la *supresión* de cualquiera de los derechos proclamados (art. 30).

De la misma forma, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos prevé la posibilidad de constreñir el goce de ciertos derechos humanos, por razones justificadas. Así, autoriza la restricción del derecho de circular libremente por el territorio del Estado en que la persona se halle y del derecho de escoger libremente en él su residencia, siempre que: *a)* se encuentre prevista en la ley; *b)* sea necesaria para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros y; *c)* sea compatible con los demás derechos reconocidos en el Pacto (art. 12.3). Las mismas limitaciones son aceptadas respecto de la libertad de manifestar la religión o creencias propias (art. 18.3); de la libertad de expresión –con el agregado del respeto de los derechos y reputación de los demás– (art. 19.3); del derecho de reunión pacífica (art. 21); y del derecho a asociarse libremente con otras personas y de formar sindicatos y afiliarse a ellos (art. 22.2).

El Pacto de 1966 legisla, además, algunas situaciones en particular. Respecto del derecho de todo extranjero de exponer ante la autoridad competente las razones que lo asistan en contra de ser expulsado del país en que se encuentra, sólo admite como excepción el caso que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello (art. 13). Además, autoriza a que la prensa y el público puedan ser excluidos de los juicios –que, en principio, deben ser públicos– por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudi-

car a los intereses de la justicia (art. 14). Ese mismo artículo dispone que, de la misma forma, se puede exceptuar del principio de publicidad de las sentencias, los casos en que el interés de menores de edad así lo exija, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

En cambio, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contempla restricciones a los derechos consagrados en el mismo, posiblemente, porque sólo –o, mejor dicho, preferentemente– establece obligaciones positivas (de *hacer*) en cabeza de los Estados y no obligaciones de abstención o no injerencia (de *no hacer*), como sucede con los derechos civiles y políticos.[4] No obstante, contempla limitaciones al derecho de fundar sindicatos y afiliarse al de su elección –que también figura en el otro Pacto– y al derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos, siempre que las restricciones estén prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, para la protección de los derechos y libertades ajenos (art. 8.1). Al igual que el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, también autoriza a restringir el derecho de formar sindicatos a los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado (art. 8.2).

Una fuerte –y justificada– restricción al derecho a la libre expresión y difusión de las ideas se encuentra en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que prohíbe toda propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en la superioridad de una raza de un grupo de personas de un color u origen étnico o que pretendan justificar o promover el odio racial o la discriminación (art. 4).

[4] En contra: ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales," en ABREGU, MARTÍN y COURTIS, CHRISTIAN (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS, 1997, p. 283, y ABRAMOVICH, VÍCTOR: "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales," en AA.VV., *Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor de Fernando Volio Jiménez*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 137.

Algo similar ocurre con la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a los Estado a adoptar las medidas necesarias para impedir la explotación de niños en espectáculos o materiales pornográficos (art. 34.c), lo que importa un –razonable– cercenamiento de la libertad de expresión. Este Pacto también autoriza la restricción del derecho del niño de salir del país (art. 10.2), a la libre expresión (art. 13.2), a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 14.3) y del derecho de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas (art. 15.2), siempre que: *a)* sea únicamente la que prescribe la ley; *b)* sea necesaria para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades fundamentales de otras personas y; *c)* que esté en consonancia con los demás derechos reconocidos por la Convención.

2.2. Ámbito regional

La Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene numerosas disposiciones relativas a las limitaciones aplicables a los derechos contemplados en la misma. Así, autoriza a los Estados reglamentar la libertad de manifestar la religión o creencias propias (art. 12.3), pero no así la de conservar o cambiar la religión o creencias que la persona tenga, que no puede ser objeto de medida restrictiva alguna (art. 12.2). Es decir, que la libertad religiosa puede ser cercenada en el ámbito externo –en cuanto exposición pública de las creencias o ritos– pero no en el fuero interno, en lo que hace a las convicciones íntimas de cada uno.

El Pacto de Costa Rica cuenta con una pormenorizada regulación de las restricciones permitidas a la libertad de pensamiento y de expresión, prohibiendo toda censura previa y admitiendo sólo la sujeción a las responsabilidades ulteriores (art. 13.2). Como excepción, la autoriza en los espectáculos públicos con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección de la moral de la infancia y la adolescencia (art. 13.4). También prohíbe a los Estado coartar el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de

papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o aparatos usados en la difusión de la información o cualquier otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones (art. 13.3). Por último, prohíbe toda propaganda a favor de la guerra o apología del odio racial, nacional o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar (art. 13.5).

La CADH también autoriza las limitaciones al derecho de asociarse, siempre que estén previstas en la ley, sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás (art.16.2), pudiendo incluso llegar a la *privación* de ese derecho a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía (art. 16.3).

Una importante limitación al ejercicio del derecho de propiedad surge del art. 21.1, que autoriza subordinar su uso y goce al interés social. Respecto del derecho de circulación y residencia, y de salir libremente de cualquier país, permite que sea restringido por la ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás (art. 22.3), pudiendo también restringir el derecho de circulación, en zonas determinadas, por razones de interés público (art. 22.4).

Por último, los derechos políticos –de participar en la dirección de los asuntos públicos, votar y ser elegido, y acceder a las funciones públicas– pueden ser reglamentados por las leyes *exclusivamente* por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal (art. 23.2).

Además de la casuística particular, la CADH cuenta con una norma general –aplicable a todos los casos, tengan o no regulación específica– que establece que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos no pueden ser aplicadas sino: *a)* conforme a las leyes que se dictaren; *b)* por razones de interés general y; *c)* con el propósito para el cual han

sido establecidos (art. 30). Asimismo, al enunciar los deberes esenciales de las personas, señala que los derechos sólo están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática (art. 32.2).

3. Alcance de las restricciones autorizadas

Como pauta fundamental para determinar el alcance de las restricciones permitidas se debe acudir al principio de la buena fe, según el cual, la interpretación debe hacerse conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por el tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena).

Ahora bien, el objeto y fin de los tratados internacionales de derechos humanos, en general, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular, no es un intercambio recíproco de derechos para beneficio mutuo de los Estados contratantes –como podría ser un acuerdo comercial–, sino la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.[5] Por ello, toda limitación a los derechos, por más que se encuentre impuesta de acuerdo a la legislación interna de lo Estados, debe ser analizada a la luz de la naturaleza tuitiva del Pacto. En definitiva, la protección *efectiva* de los derechos humanos constituye el objeto y fin de la Convención Americana, por lo que al interpretarla se debe hacerlo en el sentido de que el régimen de protección de derechos humanos tenga todos sus efectos propios (*effect utile*).[6]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de analizar el alcance de las restricciones autorizadas –o lo

[5] Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982, Serie A: Nro. 2, párr. 29.

[6] Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, Serie A: Nro. 16, del 1° de octubre de 1999, párr. 58.

que nosotros podríamos llamar, gráficamente, *los límites a las limitaciones*– en una opinión consultiva solicitada por Uruguay sobre la expresión "leyes" en el citado art. 30 de la CADH.[7]

De acuerdo a la interpretación sustentada por el Tribunal Interamericano, una restricción será legítima cuando respete las siguientes exigencias: *a)* que se encuentre expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; *b)* que estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad a ellas; *c)* que los fines para los cuales se establece sean legítimos, es decir, que obedezcan a razones de interés general y no se aparten del propósito para el cual han sido establecidas y; *d)* sean impuestas en la medida necesaria en una sociedad democrática.

3.1. Que las restricciones se encuentren expresamente autorizadas por la Convención

Las restricciones deben estar expresamente autorizadas por la Convención Americana. Esto plantea dos clases de problemas: en primer lugar, determinar si existen limitaciones implícitas o inherentes a los derechos humanos; y, en segundo término, precisar si los condicionamientos generales del art. 30 de la CADH resultan aplicables a las limitaciones expresamente admitidas para cada derecho en particular.

Respecto de lo primero, se debe ser sumamente cuidadoso, ya que admitir otras restricciones a las expresamente contempladas en el Pacto puede terminar por desvirtuar el significado mismo de los derechos consagrados en él. Si los Estados se encontraran facultados para reglamentar a su antojo los derechos y libertades reconocidos la Convención, fácilmente podrían desnaturalizarlos o vaciarlos de contenido con excepciones reglamentarias. Como ha dicho la Corte Interamericana, "el sistema mismo de la Con-

[7] Corte IDH, *La expresión «leyes» en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, Serie A: Nro. 6, del 9 de mayo de 1986.

vención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no facultar a los Estados para hacerlo."[8]

La duda se presenta en saber si existen restricciones inherentes a ciertos derechos humanos, más allá de que estén contempladas o no en la Convención. Si bien la Corte Interamericana no se ha expedido al respecto, si lo ha hecho el Tribunal Europeo, quien dijo explícitamente que la formulación restrictiva del art. 8(2) de la Convención Europea de Derechos Humanos "no deja espacio al concepto de limitaciones implícitas."[9]

Un asunto que ha despertado fuertes disputas es el relativo a las condiciones que imponen las leyes de los Estados para elegir o ser elegido para ocupar cargos públicos, que parecen no armonizar con el art. 23 de la CADH, en cuanto enumera las razones por las cuales *exclusivamente* se puede reglamentar los derechos electorales.

La Comisión Interamericana tuvo oportunidad de analizar esta cuestión ante una denuncia planteada por el ex-dictador de Guatemala, *Efraín Ríos Montt* (1993), quien había conducido el gobierno *de facto* en ese país entre 1982 y 1983, y había sido amnistiado por un decreto de 1985. El conflicto se suscitó con la reforma introducida a la Constitución en 1986, que impedía ser presidente a quienes hayan alterado el orden constitucional o asumido la jefatura de Estado como consecuencia de ello. Ríos Montt pretendió postularse a presidente en 1990, siendo negada la inscripción de su candidatura por el Tribunal Supremo Electoral. Llevado el caso ante la Comisión Interamericana, ésta rechazó la petición, al afirmar que la restricción de los derechos políticos a quienes hayan irrumpido el orden constitucional constituía una de las "justas exigencias del bien común en una sociedad democráti-

[8] Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982, Serie A: Nro. 2, párr. 33.

[9] CEDH, *Golder vs. Reino Unidos*, sentencia del 21 de febrero de 1975, Serie A: No. 18, párr. 44. Ampliar en OVEY, Clare y WHITE, Robin C. A., *European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, Third Edition, 2002, p. 201.

ca" (art. 32.2, CADH). Respecto del carácter enumerativo del art. 23, la CIDH recordó que varios regímenes constitucionales establecen como condición de inelegibilidad el haber ejercido el Poder Ejecutivo por elección, sea por períodos consecutivos o no, así como otras limitaciones que buscan evitar el nepotismo, el conflicto de intereses (contratistas del Estado, etc.), condición de miembro de órdenes religiosas, de otros poderes o servicios del Estado (magistrados judiciales y militares activos), etc.[10]

No hizo lo mismo nuestra Corte Suprema en *Alianza Frente para la Unidad* (2001).[11] El Tribunal argentino, pecando de una interpretación excesivamente literal del artículo 23.2 del Pacto de Costa Rica, declaró la inconstitucionalidad del Código Electoral de Corrientes, en cuanto dispone que no pueden ser electores quienes se encuentran detenidos por orden de juez competente, mientras no recuperen su libertad, al juzgar que no se encontraba prevista dicha causal en el art. 23, por lo que correspondía atenerse a "las pautas hermenéuticas específicas que contiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto dispone que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ningún derecho reconocido en el pacto o limitarlos en mayor medida que la prevista en él, [por lo que] la condición de inocentes de las personas que, aunque detenidas, no han sido condenadas en un proceso penal, determina que no se pueda afectar su derecho a ser elegidas en los comicios."[12]

La rígida interpretación sustentada por la Corte argentina en el caso *Romero Feris* condujo al absurdo de que cualquier persona que se encuentra procesada, cumpliendo prisión preventiva y

[10] CIDH, Informe Nº 30/93, caso 10.804 (Guatemala), 12 de octubre de 1993, párrs. 30-32.

[11] BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "El derecho a ser elegido y la privación de libertad sin condena. Las interpretaciones literales rígidas," LL, 2001-F, 539. Puede verse también la nota crítica de LOÑ, Félix y MORELLO, AUGUSTO M., "La Corte Suprema y el candidato con prisión preventiva," LL, 2001-F, 881.

[12] CSJN, *Alianza "Frente para la Unidad» (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos -Romero Feris-*," *Fallos*, 324:3143 (2001).

que sea elegida para ocupar un cargo público, deba quedar automáticamente en libertad, ya que de lo contrario se estarían vulnerando sus derechos políticos.

No nos merece crítica, sin embargo, la solución arribada en *Mignone* (2002), en donde la Corte nacional, como contrapartida de lo resuelto en el caso anterior, entendió que el art. 23 del a CADH impone que las personas con prisión preventiva tienen derecho a votar en las cárceles, ya que "la condición de inocentes de las personas que, aunque detenidas, no han sido condenadas en un proceso penal, determina que no se pueda afectar su derecho de sufragio."[13]

El segundo problema se refiere a la conjugación de las restricciones específicamente previstas para cada derecho en particular –*vgr*., libertad de expresión, de circulación, de reunión y asociación– con las pautas genéricas enunciadas en el art. 30 de la CADH.

En la OC-6/86 la Corte Interamericana dispuso que los criterios que sienta el art. 30 del Pacto se aplican a todos los casos donde el Pacto alude a la expresión "leyes" a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos. En otras palabras, el art. 30 –dijo– no puede ser interpretado como una suerte de *autorización general* para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos; por el contrario, lo que dicho artículo pretende es imponer una *condición adicional* para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas.[14]

Veamos un ejemplo. Pensemos en una ley que limite el derecho a asociarse (o no asociarse) libremente –*vgr*., que imponga la matriculación obligatoria para ejercer la abogacía–. De acuerdo a la jurisprudencia interamericana, la misma sólo será legítima cuando cumpla con las condiciones particulares prevista por la CADH respecto del derecho de asociación (art. 16.2) y, *además*,

[13] CSJN, *Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo, Fallos*, 325:524 (2002).

[14] Corte IDH, OC-6/86, *cit*., párr. 17.

con los requisitos generales que enumera el art. 30. De esa manera, si la imposición de la matriculación persiguiera un propósito encubierto antidemocrático, como podría ser el control político o ideológico de quienes ejercen la profesión o cercenar el derecho de defensa, se tornaría ilegítima en virtud del art. 30.

3.2. Que estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas

Los Estados suelen imponer limitaciones al ejercicio de los derechos humanos mediante todo tipo de normas, emanadas de los más diversos órganos. No sólo leyes adoptadas por el Poder Legislativo, mediante el procedimiento de sanción y promulgación previsto en las constituciones, restringen derechos fundamentales, sino también lo hacen decretos dictados por el Poder Ejecutivo; edictos policiales que coartan la libertad ambulatoria de las personas; circulares del Banco Central que impiden la disponibilidad del derecho de propiedad, etc.

¿Es ésto compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos? Evidentemente, no. Si bien el concepto de "leyes" no puede definirse en abstracto –esto es, con independencia del ordenamiento jurídico de que se trate–, tampoco puede desvinculárselo de la naturaleza y del origen del régimen de protección de los derechos humanos, en el que está necesariamente comprendida la noción de la *restricción al ejercicio del poder estatal*.[15]

La protección de los derechos humanos –sostuvo la Corte Interamericana– "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, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se

[15] Corte IDH, OC-6/86, *cit*., párr. 21.

permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un *obstáculo* importante para el *ejercicio arbitrario del poder*."[16]

Por ello, la Corte concluyó que la expresión *leyes* (art. 30, CADH), 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, ya que "si se la interpretara como sinónimo de *cualquier norma jurídica*, ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general [...] 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. En cambio, 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."[17]

La Corte no quiso con ello desautorizar las cesiones de facultades legislativas que realiza el Congreso a favor del presidente, "siempre que tales delegaciones 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

[16] Corte IDH, OC-6/86, *cit*., párr. 22.
[17] Corte IDH, OC-6/86, *cit*., párrs. 26 y 27.

pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención."[18]

De la misma forma, el Comité de Derechos Humanos de la ONU indicó, respecto de las limitaciones autorizadas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho; así como, también, deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación.[19]

Por último, cabe hacer una aclaración de suma importancia: la exigencia de *ley formal* para restringir derechos humanos no es extensible a su creación o aplicación, que puede serlo por medio de una *ley material*. En otras palabras, para la operatividad de los derechos, esto es, para ponerlos en marcha, la Convención autoriza que sea a través de "las medidas legislativas *o de otro carácter* que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" (art. 2,CADH), ya que lo que interesa es que el derecho rija *efectivamente*, más allá de cuál sea el órgano que lo dispone. En cambio, para limitar los derechos, la restricción debe provenir *obligatoriamente* de una ley sancionada por el Congreso. Así, respecto del derecho de rectificación o respuesta (art. 14.1, CADH), la Corte Interamericana sostuvo que "el concepto de "ley," tal como lo utiliza el artículo 14.1, comprende *todas las medidas* dirigidas a regular el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. Pero si se tratara de restringir el derecho de rectificación o respuesta u otro cualquiera, sería siempre necesaria la existencia de una *ley formal*, que cumpliera con todos los extremos señalados en el artículo 30 de la Convención."[20]

[18] Corte IDH, OC-6/86, *cit*., párr. 36.

[19] Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 27, del 2 de noviembre de 1999, párrs. 12 y 13.

[20] Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC-7/87, Serie A: Nro. 7, del 29 de agosto de 1986, párr. 32.

3.3. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos

Las limitaciones a los derechos humanos no pueden imponerse con fines ilegítimos, sino sólo por aquellos autorizados en los pactos. Como vimos, la Declaración Universal autoriza las restricciones para satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática (art. 29.2). El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos las permite mientras sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros (arts. 12.3, 18.3, 19.3, 21, 22.2). Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos alude al interés de la seguridad nacional o del orden público (arts. 12.3, 16.2, 22.3), al interés social (art. 21.1), al interés general (art. 30), y al bien común (art. 32.2).

Se trata, en todos de los casos, de conceptos jurídicos indeterminados –como son el buen padre de familia, el hombre de negocios diligente, el interés superior del niño, la oferta más conveniente, la cuestión federal suficiente, etc.– que sólo marcan estándares o patrones de conducta en abstracto, que deben ser llevados a la práctica y valorados caso por caso.

Ahora bien, ningún gobierno –por autoritario que sea– alegará ante la comunidad internacional que ha restringido derechos fundamentales de sus súbditos para hostigar o aniquilar a un grupo o raza de personas, o expulsar a quienes considere indeseables; de la misma forma que ningún presidente democrático reconocerá que ha postergado la celebración de elecciones para perpetuarse en el poder, o saqueado las propiedades de los ciudadanos para afrontar el déficit público, solventar la maquinaria partidaria o acrecentar su fortuna personal. Para ello, utilizará argumentos genéricos bajo un *lenguaje emotivo*, con frases tales como “el sacrificio individual en aras del bienestar general”; o “las restriccio-

nes de la libertad ambulatoria por razones de orden público o mantenimiento de la paz social", etc.[21]

Por ello, habrá que juzgar, en cada caso concreto, la compatibilidad de las limitaciones con los recaudos –particulares y generales– establecidos en la Convención, para determinar si la invocación del orden público o interés general se encuentra justificada o no. Si han sido alegadas para desconocer o suprimir un derecho, o con fines discriminatorios o antidemocráticos, el acto o norma que las imponga será ilegítimo. El abuso de los fines para los cuales se encuentra autorizada la restricción importa un control de la desviación de poder.

La Corte Interamericana ha reconocido, sin embargo, que no le escapa "la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de *orden público* y *bien común*, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para *desnaturalizarlo* o *privarlo de contenido real* (art. 29, letra a, de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estricta, ceñida a 'las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención."[22]

3.4. En la medida necesaria en una sociedad democrática

Por último, y más importante aún, las medidas dispuestas tienen que resultar necesarias en una sociedad democrática. Esta

[21] Cfr. CARRIÓ, GENARO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. A., Abeledo-Perrot, 1994, p. 24, PECES-BARBA, GREGORIO, *Derecho y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 193.

[22] Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, Serie A: Nro. 5, del 13 de noviembre de 1985, párr. 67.

válvula permite filtrar las acciones que persiguen fines encubiertos, reñidos con los valores democráticos, bajo la alegación genérica del bien común o del orden público.

El Tribunal Interamericano ha afirmado que *necesarias*, sin ser sinónimo de *indispensables*, implica la existencia de una necesidad social imperiosa, por lo que no es suficiente demostrar que sea *útil*, *razonable* u *oportuna*. Esta conclusión sugiere que la necesidad y, por ende, la legalidad de las restricciones dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito *útil* u *oportuno*; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho y no lo limiten más de lo estrictamente necesario. Es decir, la restricción debe ser *proporcionada* al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.[23]

Un caso interesante de control de proporcionalidad de las restricciones impuestas a los derechos humanos, es *"Canese"* (2004), donde la Corte Interamericana sancionó a Paraguay por haber procesado y condenado al actor, candidato a la presidencia de la república, con motivo de unas declaraciones periodísticas en las que sostuviera que su contrincante, Juan Carlos Wasmosy –finalmente electo como primer mandatario– había forjado su fortuna gracias a la obra pública, como prestanombre de Stroessner, siendo presidente de la empresa constructora de la central hidroeléctrica de Itaipú. Los tribunales paraguayos condenaron a Canese por los delitos de difamación e injuria y, durante los 8 años y medio que tramitó el proceso, le fue impedida su salida del país. La Corte de San José juzgó que, siendo la pena máxima que se le habría podido imponer la de 22 meses de penitenciaría, la

[23] Corte IDH, OC-5/85, *cit*., párr. 46.

medida *«cautelar»* cuadriplicó el tope de la condena imponible, lo cual era manifiestamente irrazonable y constituía una abusiva desproporción encapsulada en la medida cautelar, que exorbitaba el principio de proporcionalidad.[24]

4. Abuso de las restricciones: desviación de poder

Las restricciones deben aplicarse de acuerdo a los fines para los cuales han sido previstas, conforme lo dispone el art. 30 de la Convención Americana. De lo contrario, carecerían de causa, traduciéndose en un menoscabo ilegítimo a los derechos humanos.

La Corte de Estrasburgo ha dicho, respecto del art. 18 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que el mismo delimita el área de discreción de las autoridades nacionales, excluyendo el abuso o desviación de poder *(détournement de pouvoir)*. Por ello, cuando el propósito real de las autoridades al establecer una restricción se encuentra al margen de los fines autorizados, aquél no puede utilizarse como pretexto para su imposición.[25]

Son numerosos los casos en que la jurisprudencia ha detectado apartamiento de los fines previstos por la Convención, y declarado la invalidez de las restricciones. Así, por ejemplo, a principios de la década del '80 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos condenó una ley de Haití que obligaba al impresor a presentar, con 72 hs. de antelación, a las autoridades correspondientes cinco ejemplares de la publicación, por considerarlo que obstaculizaba la inmediatez que requiere la divulgación de las noticias.[26] Es decir, que el propósito invocado por el Estado –*vgr.*,

[24] Corte I.D.H., *Ricardo Canese c. Paraguay*, Serie C: Nro. 111, sentencia del 31 de agosto de 2004, cons. 131, L.L., Supl. de Derecho Constitucional de abril de 2005 (en prensa), con nota de MORELLO, Augusto M. y GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán, "Aspectos del debate electoral a la luz del Pacto de Costa Rica".

[25] CEDH, *Lawless v. Irlanda*, sentencias del 14 de noviembre, 7 de abril y 1° de julio de 1961, Series A, N° 1-3.

[26] CIDH, Informe Anual 1981/82, p. 123, cit. por FAPPIANO, OSCAR L. y LOAYZA TAMAYO, CAROLINA, *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1971 a 1995)*, Bs. As, Ábaco, 1999, p. 341.

defensa de la seguridad nacional o la protección del orden público– no se condecía con su verdadera intención, cual era la censura ideológica del material periodístico que pudiera afectarlo.

De la misma forma, en *Ivcher Bronstein* (2001), la Corte Interamericana condenó al Perú por cancelar la nacionalidad de los extranjeros naturalizados, sin procedimiento administrativo previo, como medio indirecto para quitar al Sr. Bronstein la titularidad de las acciones que poseía, en virtud de una ley dictada en 1997 que disponía que, para ser propietario de empresas concesionarias de canales televisivos, se requería gozar de la nacionalidad peruana. El Tribunal tuvo en especial consideración el contexto en que se desarrollaron los acontecimientos, ya que se trataba de un canal de TV opositor al gobierno de Fujimori, que había difundido informes periodísticos sobre la supuesta fortuna de Vladimiro Montesinos, asesor del servicio de inteligencia. La Corte concluyó que "al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática."[27]

En conclusión, si bien puede afirmarse que no existen derechos humanos absolutos, y que los mismos deben ser ejercidos conforme las leyes que los reglamentan, éstas no pueden imponer otras restricciones que las expresamente autorizadas en los pactos y por los fines taxativamente contemplados, siendo sumamente celosos los tribunales internacionales al juzgar su adecuación con los propósitos *reales* perseguidos por los gobiernos y con su *necesidad y proporcionalidad* a la luz del *standard* de la sociedad democrática.

[27] Corte IDH, *caso Ivcher Bronstein c. Perú*, Serie C: Nro. 74, sentencia del 6 de febrero de 2001, párr. 163.

Capítulo VII

SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS EN ESTADOS DE EMERGENCIA

GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA

1. Introducción

Decíamos, en el capítulo anterior, que los derechos humanos consagrados en los pactos internacionales pueden ser restringidos por las leyes que los reglamentan, y hasta lisa y llanamente suspendidos en situaciones excepcionales. A diferencia de lo primero –que alude a las limitaciones *normales* u *ordinarias* que puede imponer la autoridad a los derechos de los particulares, en razón del interés público o del bien común–, lo segundo refiere a la derogación de ciertos derechos y garantías por un tiempo determinado motivada en circunstancias *anormales* o *extraordinarias*, como pueden ser los desastres naturales, las guerras u otras graves crisis. Su equivalente, en el orden interno, es el estado de sitio previsto en el art. 23 de la Constitución nacional, que autoriza a suspender las *garantías* por ella contempladas en caso de ataque exterior o conmoción interior. Se trata de un supuesto que debe ser analizado con sumo cuidado, pues su aplicación desmedida puede reducir a letra muerta a los derechos y garantías consagrados en los pactos internacionales, lo que acontece cuando las emergencias dejan de responder a

situaciones excepcionales para convertirse en crónicas o permanentes.[1]

2. La suspensión de los derechos humanos en los instrumentos internacionales

La mayoría de las declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos no contiene disposición alguna que permita o impida la suspensión de los derechos por ellos reconocidos. Esto autorizaría a suponer que la interrupción de su vigencia se encontraría prohibida, cualquiera fuese la causa que la origine.

Sin embargo, la realidad indica que existen circunstancias excepcionales donde resulta virtualmente imposible cumplir con todos los compromisos asumidos, por razones externas a los Estados, que justifican una mayor restricción a los derechos que en épocas de normalidad o, cuando no, su temporal derogación. Pensemos en una guerra o revolución interna, o un desastre natural, como puede ser una epidemia, un terremoto, o un maremoto, como el *tsunami* que azotó recientemente el océano Índico y dejó cientos de miles de muertos y millones de desplazados. Pretender allí una aplicación rigurosa de los derechos consagrados en los tratados internacionales atenta contra toda posibilidad humana y, lo que es más, contra el sentido común.

Por ese motivo, algunos pactos contienen previsiones específicas sobre la suspensión de derechos, con el deliberado propósito de impedir su invocación abusiva por los gobiernos. La preocupación no es casual, puesto que los países subdesarrollados suelen transitar por largos períodos de crisis políticas y económicas, con lo que los derechos se verían *lícitamente* suspendidos *sine die*, convirtiendo a los tratados en un mero *catálogo de ilusiones*, como alguna vez se tachó a los derechos sociales. El tema reviste suma importancia, pues –como recuerda Grossman– en la inmensa mayoría de los casos, la existencia de situaciones de emer-

[1] Lo que sucede en nuestro país con las cíclicas crisis por las que atraviesa. Ver: CRIVELLI, JULIO CÉSAR, *La emergencia económica permanente*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.

gencia va acompañada de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos.[2]

La suspensión de los derechos humanos se encuentra contemplada en dos de los once instrumentos internacionales a los que el art. 75 inc. 22 reconoce jerarquía constitucional –y que el Congreso ha ampliado a trece–[3], esto es: en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que si bien contienen cláusulas similares, no son idénticas. La forma adecuada de leer sendas normas es sumando todos los presupuestos que de las mismas surgen, atento la pautas interpretativas que contiene el art. 29 letras b) y c) de la CADH.

A estos dos pactos cabe agregar la disposición del art. 2.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que establece que "en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura". De todas maneras, esta prohibición ya se encontraba prevista en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana, en cuanto incluyen entre los artículos no suspendibles los números 7 (prohibición de torturas u otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradante) del primero, el 5 (Derecho a la integridad personal) del segundo.

3. Presupuestos

La declaración de emergencia no constituye una autorización genérica y generosa a los Estados para que incumplan cuando

[2] GROSSMAN, CLAUDIO, "El régimen hemisférico sobre situaciones de emergencia," en AA.VV., *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, p. 156.

[3] Con la incorporación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, mediante ley 24.820, y de la Convención de Naciones Unidas sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, por ley 25.778. Véase nuestra columna de opinión: GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, "El juicio de compatibilidad de los tratados internacionales realizado por el Congreso," *LL* del 10/11/04.

quieran y como quieran las obligaciones internacionalmente asumidas. Sino, por el contrario, resulta un mecanismo excepcional, cargado de requisitos formales y sustanciales, pensado para limitar y no para ampliar las practicas abusivas llevadas a cabo con anterioridad por los gobiernos.[4]

La Corte Interamericana ha señalado que "lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de los derechos, la Convención establece el principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia."[5]

3.1. Sujeto

El primer presupuesto que surge de los pactos citados es el que alude al sujeto facultado para declarar el estado de excepción. Tanto el Pacto de la ONU como el de la OEA autorizan a los *Estados Partes* a dictar estas medidas, sin realizar aclaración alguna sobre cuál es el órgano habilitado para hacerlo.

Por ello, y en atención a la naturaleza coadyuvante y subsidiaria del sistema internacional de protección de los derechos humanos (Preámbulo CADH), la determinación del órgano competente para oficializar la alarma queda librada a los Estados, quienes, a través de sus constituciones internas, optarán por encomendársela al Poder Ejecutivo, o al Legislativo, o a ambos, con contralor judicial formal o sustancial.

En el derecho argentino, la Constitución nacional –cuyas normas permanecen inalteradas desde 1853-60– establece que es al Congreso a quien compete declarar el estado de sitio en caso de conmoción interior, aunque el Poder Ejecutivo puede decretarlo durante el receso de las sesiones parlamentarias, debiendo aquél

[4] Un desarrollo exhaustivo puede encontrarse en: ZOVATTO, DANIEL, *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

[5] Corte I.D.H., *El Hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8., párr. 21.

aprobar o suspender lo dispuesto, conforme los arts. 75 inc. 29 y 99 inc. 16 (ant. arts. 67 inc. 26 y 86 inc. 19 de la Constitución histórica). El Poder Judicial, en cambio, no está facultado para declararlo, aunque sí para controlar su legitimidad (art. 4°, ley 23.098), teniendo en cuenta que a partir del agregado realizado en la reforma 1994, los jueces deben resolver los pedidos de habeas corpus, aún durante la vigencia del estado de sitio (art. 43, 4° párr., *in fine*).

3.2. Objeto

El objeto de la situación de excepción es aquello que la declaración misma afecta. La declaración de emergencia faculta a los Estados a *suspender las obligaciones contraídas en virtud de la Convención* (arts. 4.1, PIDCP; 27.1 CADH), esto es, la obligación de respetar los derechos humanos. Debido a la amplitud de esta autorización, y de los peligros que se corren por su posible (y frecuente) abuso, los pactos citados contienen numerosos requisitos para su procedencia (*infra*, § 4), a la par que enumeran un catálogo de derechos insuspendibles o inderogables (*infra*, § 5), lo mismo que las garantías indispensables para su vigencia (*infra*, § 6), todo ello bajo estricto controles jurisdiccionales interno e internacional (*infra*, § 8).

3.3. Causa

No cualquier motivo habilita la suspensión de las obligaciones contraídas en los tratados internacionales, sino sólo los que ellos mismos enumeran. La Convención Americana refiere al "caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte" (art. 27.1), mientras que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos alude, de forma más genérica, a "situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación" (art. 4.1). De sendas disposiciones surge la clara voluntad de limitar su uso a casos extremos, donde no quede otra alternativa posible que su declaración.

Para que dichas causales puedan ser invocadas por los Estados, deben reunirse las siguientes condiciones:

3.3.1. Debe tratarse de una situación real o inminente. Tiene que originarse en hechos *objetivos*, verificables por cualquier observador imparcial, y *reales*, esto es, no pueden ser potenciales o eventuales. Además, la emergencia tiene que ser *seria*, motivada por una situación excepcional, que signifique una amenaza para la vida organizada del país. La Comisión ha establecido que las medidas relacionadas con el estado de emergencia "sólo pueden encontrar justificación frente a amenazas reales al orden público o a la seguridad del Estado"[6] La Comisión ha calificado como "estados de sitio *ficticios*" aquellos en que los hechos alegados que justificarían su declaración no han ocurrido.[7]

3.3.2. La emergencia debe ser de extrema gravedad. De acuerdo a los términos utilizados en las convenciones que analizamos, la emergencia debe poner en peligro la independencia o seguridad del Estado. Es decir, es una herramienta de *ultima ratio*, a la que cabe acudir solamente ante el fracaso de los medios ordinarios de solución de los conflictos. Caso contrario, los Estados pueden restringir los derechos, tal como lo explicamos antes (supra, Capítulo VI), con mayor o menor intensidad, sin necesidad de tener que recurrir al estado de sitio. Por ello, la Comisión Interamericana ha criticado la práctica de varios países –entre ellos el nuestro– que han dictado estados de emergencia "sin que las circunstancias lo justifiquen, como un medio de acrecentar la discrecionalidad del ejercicio del poder público."[8]

3.3.3. La emergencia debe afectar la continuidad de la comunidad organizada. Tal como exige el Pacto de Naciones Unidas, sólo es viable disponer estas medidas cuando median circunstancias que "pongan en peligro la vida de la Nación", es decir, que

[6] CIDH, Informe Anual 1980-1981, p. 115.

[7] CIDH, *Estudio preeliminar del Estado de Sitio y la Protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos*, Washington, Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

[8] CIDH, Informe Anual 1980-1981, p. 115.

afecten los pilares mismos de la organización sociopolítica. En el *leading case Lawless vs. Ireland* (1961), la Corte Europea definió la emergencia pública como una situación de crisis excepcional e inminente que afecta al público en general, y no solamente a algunos grupos en particular, y que se erige como un peligro para la vida organizada de la comunidad.[9] El Tribunal de Estrasburgo también sostuvo que esta exigencia se aplica tanto durante gobiernos constitucionales como revolucionarios.[10]

Es común encontrar en las sentencias de la Corte Suprema argentina este tipo de alegaciones a la hora de evaluar la constitucionalidad de las medidas adoptadas durante las (frecuentes) emergencias. El alto Tribunal comienza siempre afirmando que "acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios."[11] Así, en "*Peralta*" (1990), la Corte sostuvo que la situación de grave riesgo social exigía la preservación de la vida misma de la Nación y del Estado;[12] en "*Chocobar*" (1996), dijo que razones de interés colectivo que hacen al bienestar general requerían limitar los derechos adquiridos;[13] y, más recientemente, en "*Bustos*" (2004), afirmó que, a fin de superar el estado de adversi-

[9] CEDH, *Lawless vs. Ireland*, Judgments of 1 July 1961, Series A, Nos. 1-3, Para. 28. La Corte Europea juzgó que la emergencia había sido razonablemente declarada por Irlanda, en atención, especialmente, a tres factores: la existencia de un ejército secreto (el Ejército Republicano Irlandés, IRA); el hecho de que este ejército estaba operando también fuera del territorio del país y; el alarmante incremento de las actividades terroristas en el período anterior a que la emergencia fuera declarada. La existencia de una emergencia pública a raíz de las actividades terroristas del IRA fue también considerada por la Corte en *Ireland vs. United Kingdom*, Judgment of 18 January of 1978, Series A, No. 25 (1979-80).

[10] CEDH, *The Greek Case* (1969), Yearbook II, p. 32. Ampliar en OVEY, CLARE y WHITE, ROBIN C. A., *European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, Third Edition, 2002, p. 371.

[11] CSJN, *Fallos*, 238:76 y sus citas, repetido en "*Guida*," *Fallos*, 323:1566, cons. 7°.

[12] CSJN, *Peralta, Luis A. y otro c/ Estado nacional (Ministerio de Economía - Banco Central)*, del 27 de diciembre de 1990, *Fallos*, 313:1513 (*LL*, 1991-C, 158) cons. 24 y 26.

[13] CSJN, *Chocobar, Sixto C. c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos*, del 27 de diciembre de 1996, *Fallos*, 319:3241 (*LL*, 1997-B, 247), cons. 39, con cita de *Fallos*, 278:232.

dad que significa la situación de emergencia, desencadenada a fines de 2001, todos los sectores debían deponer sus intereses individuales en pos del bienestar general.[14] Toda esta fraseología debe ser pasada por el tamiz de los requisitos que analizamos (*infra*, § 4).

3.4. Formalidad

Los tratados internacionales establecen requisitos de publicidad para que la declaración de emergencia sea válida. El Pacto de la ONU exige que la situación de excepción "haya sido proclamada oficialmente" por el Estado (art. 4.1), quien deberá "informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente pacto, por conducto del secretario General de las Naciones Unidas de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión" (art. 4.3).

De manera similar, la Convención de la OEA establece que "todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del secretario general de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión" (art. 27.3).

No cabe duda que el Estado que infringe su deber de informar a las autoridades de los pactos en la forma prescripta, y que además abusa de una situación de excepción, suspendiendo derechos inderogables o haciéndolo por tiempo indeterminado, o con excesivo rigor, responderá por sus actos. Ahora bien, la duda surge respecto del Estado que incumple este presupuesto formal, pero respeta los requisitos sustanciales. En este caso, ¿la declaración de emergencia deviene por ello inválida? La Comisión

[14] CSJN, "*Bustos, Alberto R. y otros c. Estado Nacional y otros*," del 26 de octubre de 2004, Supl. Esp. La Ley de octubre de 2004, p. 41.

Interamericana se ha volcado por su respuesta negativa, en base al principio de informalidad, sosteniendo que el no acatamiento de la obligación de publicidad no afecta la legitimidad de la declaración, si se han cumplido los requisitos de fondo establecidos por el Pacto, conservando las facultades para requerir al Estado involucrado le proporcione la información (art. 41 letra d, CADH) e, incluso, para controlar *ex officio* la legalidad de las medidas dispuestas en invocación de la emergencia (*infra*, § 8.2).[15]

Explica con toda razón Faúndez Ledesma que el deber de información que establece el art. 27.3 de la CADH no constituye una *disposición esencial* para la consecución del objeto o fin del tratado, en el sentido del art. 60.3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de manera que justifique la suspensión o terminación de la Convención respecto del Estado infractor, pues ello tendría el efecto negativo de liberar a ese Estado de sus otras obligaciones en materia de derechos humanos.[16]

3.5. Conducta

La autorización de suspensión de derechos y garantías que contienen los tratados internacionales no constituye un cheque en blanco para que el Estado viole los mismos, sino, por el contrario, es una suerte de comprensión por parte de la comunidad internacional, de la situación excepcional por la que atraviesa y de la necesidad que tiene de volver a la normalidad institucional. Por ello, el Estado debe mostrar una conducta dirigida a cumplir y respetar los derechos reconocidos en los pactos.

De forma categórica, la Corte Interamericana ha dicho que "dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA." Por ello, concluyó que "la suspensión de

[15] CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Bolivia*, junio de 1981, pp. 2-4.

[16] FAÚNDEZ LEDESMA, HÉCTOR, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, 2ª ed., p. 124.

garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone ciertos límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales a la persona."[17]

4. Requisitos

Del análisis de las normas reseñadas y de la doctrina jurisprudencial emanada de las mismas, podemos señalar las siguientes exigencias internacionales, que constituyen condiciones *sine qua non* para que las emergencias encuadren en los compromisos internacionales asumidos:

4.1. Necesidad

No debe existir otra alternativa de acción en el caso concreto que el dictado de las medidas que suspenden tales derechos, lo que le otorga un carácter estrictamente subsidiario. Es decir, las medidas deben ser absolutamente imprescindibles para salvar la "vida de la Nación" (art. 4 del Pacto de Naciones Unidas) ante un peligro que amenace la "independencia o seguridad del Estado Parte" (art. 27.1, CADH).

La amenaza a la seguridad del Estado no debe confundirse con la *doctrina de la seguridad nacional*, que durante los años '70 y comienzos de los '80 sirvió de pretexto para la comisión de violaciones masivas de derechos humanos. Ello, pues no sólo los derechos a la vida y a la integridad física son inderogables, cualquiera sea la gravedad de la emergencia (*infra*, § 5), sino que ésta debe ser dispuesta de conformidad con la normas imperativas del derecho internacional, entre las que se encuentran la interdicción de los crímenes de lesa humanidad (*infra*, § 4.4).

La Corte de San José ha reconocido que "la suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero no puede la Corte

[17] Corte I.D.H., *El Hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, OC-8/87, cit., párr. 20.

hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos."[18]

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha resaltado, en su Observación General sobre el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que las medidas dispuestas en situaciones de emergencia están limitadas a lo estrictamente requerido por las exigencias de la situación en particular, lo que refiere tanto a su duración, como a su ámbito geográfico y al alcance material del estado de emergencia y de las medidas de derogación dispuestas en consecuencia.[19]

4.2. Temporalidad

El Pacto de Costa Rica establece que estas disposiciones sólo pueden ser adoptadas en la medida y *por el tiempo estrictamente limitados* a las exigencias de la situación, por lo que resultan ilegítimas aquellas que se decreten por tiempo ilimitado o que se mantengan habiendo desaparecido las causas que las motivaron.[20]

La Comisión ha resaltado la gravedad de decretar estados de emergencia por períodos de tiempo indefinidos o prolongados, sobre todo cuando ellos otorgan al Jefe de Estado una amplia concentración de poder, incluyendo la abstención del poder judicial respecto a las medidas decretadas por el Ejecutivo, lo que en cier-

[18] Corte I.D.H., *El Hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, OC-8/87, cit., párr. 20.

[19] Human Rights Committee, General Comment No. 29, *States of Emergency (Article 4)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001, par. 4.

[20] En ese sentido, la Comisión Europea ha dicho que las medidas de suspensión de derechos sólo pueden ser dictadas por las causas que autoriza el art. 15 de la Convención Europea, representando una violación de ésta si permanecen vigentes después de que desaparezcan esas circunstancias. Caso *De Becker vs. Belgium*, serie B, 1962, p. 133.

tos casos puede llevar a la negación misma de la existencia del Estado de Derecho.[21]

Este requisito reviste particular importancia para nosotros, por el abuso de los institutos de emergencia en nuestro país, tanto en el pasado reciente, como en la actualidad. Un estudio muestra que durante el período comprendido entre 1900 y 1983 –año este último de la restauración democrática– el estado de sitio fue declarado durante veintiséis años, lo que representa un 31,50% de esos ochenta y tres años.[22] Es decir, que si tomamos todo el siglo XX, un cuarto de centuria fue vivido bajo suspensión de las garantías constitucionales.

Luego de la restauración democrática, el problema ha cambiado de formas. De los decretos-leyes emitidos por los dictadores con el Congreso cerrado, hemos pasado a los decretos cuasi-legislativos dictados por el Ejecutivo, aún durante los períodos parlamentarios, lo que ha conducido a un incremento sideral de las facultades presidenciales, en desmedro de las que corresponden al Legislativo.

Respecto de la delegación legislativa, tal requisito surge expresamente del art. 76 de la Constitución nacional, en cuanto exige al Legislativo fijar un plazo de caducidad de las facultades cedidas. En cambio, respecto de los decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3, CN), tal exigencia deviene también constitucional, pero por el juego armónico del art. 75, inc. 22 con el art. 27(1) de la CADH.[23] Por ello, en los excepcionales casos en que se admite el dictado de decretos delegados y de necesidad y urgencia por parte del Ejecutivo, su duración nunca puede ser ilimitada, sino temporal.[24]

[21] CIDH, Informe Anual 1980-1981, pág. 115.

[22] GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2003, p. 203.

[23] MIDÓN, MARIO A. R., *Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución nacional y en los ordenamientos provinciales*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 122, en opinión que compartimos.

[24] Sin embargo, la Corte Suprema argentina desvincula el concepto de *emergencia* de lo *transitorio*. Así, en "*Peralta*," *Fallos*, 313:1513, el alto Tribunal nacional sostuvo que la emergencia no puede ser fijada de antemano en un número preciso de años o meses, sino que lo que cabe afirmar

4.3. Proporcionalidad

Estos remedios se adoptan sólo en cuanto lo requieran las circunstancias, lo que importa un criterio de razonabilidad entre los medios empleados y los fines perseguidos. Por ello, tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana autorizan a los Estados Partes a adoptar disposiciones que suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esos pactos, pero sólo *en la medida estrictamente limitada* a las exigencias de la situación (arts. 4.1, y 27.1, respectivamente).

Este requisito se refiere a la prohibición de suspender innecesariamente ciertos derechos, imponer restricciones mayores a las que demanda la situación, o extender injustificadamente la suspensión de derechos a áreas no afectadas por la emergencia.

El Comité de Naciones Unidas sostuvo que en virtud del principio de proporcionalidad, no sólo la declaración de emergencia debe estar plenamente justificada, sino que además, el Estado debe demostrar que medidas específicas dictadas para paliar aquélla, eran requeridas por las exigencias de la situación. Ello significa –sostuvo el órgano fiscalizador del Pacto de Nueva York– que aún cuando un derecho se encuentre válidamente derogado en virtud de la emergencia, no será totalmente inaplicable, sino sólo en la medida que resulte necesario a la consecución del fin, que no es otro que el regreso a la normalidad institucional.[25]

La Corte de San José ha considerado ilegales las medidas que "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 recurrido en desviación o abuso de poder."[26]

razonablemente es que misma dura todo lo que duran las causas que la han originado. Puede verse un estudio detenido del fallo en: LUGONES, NARCISO J., GARAY, ALBERTO F., DUGO, SERGIO O., CORCUERA, SANTIAGO H., *Leyes de emergencia. Decretos de necesidad y urgencia*, La Ley, 1993, pp. 195-219.

[25] Human Rights Committee, General Comment No. 29, *States of Emergency (Article 4)*, par. 5.

[26] Corte I.D.H., *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*, OC-8/87, cit., párrs. 38/39.

4.4. Compatibilidad con el derecho internacional

Tanto el convenio de Naciones Unidas como el de la OEA autorizan la suspensión de derechos, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional. Ello lleva a examinar todos los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario ratificados por el Estado que invoca la emergencia para determinar si las medidas de emergencia resultan violatorias de otras fuentes legales.

Esta es una limitante muy importante a la hora del contralor internacional: el Estado no podrá invocar la validez de la suspensión de derechos, si se prevaleció del mecanismo del estado de sitio para violar los derechos humanos, especialmente cuando comete crímenes de lesa humanidad, con actos contrarios al *ius gentium*, como pueden ser la tortura o la desaparición forzada de personas.

El tema reviste significancia en aquellos países que no son parte en gran número de instrumentos internacionales. Por ejemplo, en el caso de Estados Unidos, que no ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos –pese a que su órgano principal de promoción, la Comisión Interamericana, tiene su sede en Washington– pero sí el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en virtud del art. 4.1 de éste, las disposiciones que pueda dictar durante la emergencia –que en ese país se conoce como *suspensión de habeas corpus*– no pueden resultar incompatibles con otras obligaciones nacidas de los otros tratados que ha ratificado, como son las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Humanitario, la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, y la Convención contra Todas Formas de Discriminación Racial.[27]

[27] Puede verse un estudio de los tratados ratificados por Estados Unidos, y sus reservas, en STEINER, HENRY J. y ALSTON, PHILIP, *International Human Rights in Context. Law, Politics and Morals*, Oxford, Oxford University Press, 2nd Edition, 2000, pp. 1029-48. También puede verse: BUERGENTHAL,

4.5. No discriminación

Ambos tratados permiten la suspensión de derechos y garantías, de acuerdo a los principios señalados, siempre que no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Este es un principio de *ius cogens*,[28] cuya violación acarrea la nulidad absoluta de la declaración de emergencia. Es decir, que no puede alegarse una situación de excepción para negar arbitrariamente a algunos los derechos fundamentales que se reconocen a todo ser humano por su condición de tal.

4.6. Legalidad

El estado de emergencia no suspende ni anula el Estado de Derecho,[29] por lo que las autoridades deben actuar de acuerdo a la legislación vigente. Recuérdese que entre los derechos inderogables que menciona el art. 27.2 se encuentra el de legalidad (art. 9, CADH). Por ello, la Corte Interamericana ha afirmado que "en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias."[30] También ha dicho que no puede entenderse que "la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes

THOMAS, *International Human Rights*, St. Paul, Minn., West Group, Nutshell Series, 2nd Edition, 1995, p. 278.

[28] Es decir, una norma imperativa de derecho internacional que no admite acuerdo en contrario, en los términos del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

[29] GORDILLO, AGUSTÍN, "El estado de derecho en estado de emergencia," *LL*, 2001-F, 1050.

[30] Corte I.D.H., *Baena Ricardo y otros c. Panamá*, del 2 de febrero de 2001, Serie C: No. 72, párr. 107.

ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada."[31]

5. Derechos inderogables

Los pactos internacionales que prevén la suspensión de derechos en situaciones de excepción establecen un listado de derechos ajenos a la misma, que no pueden derogarse por más grave que sea la emergencia. Este grupo, conocido como el *núcleo duro de los derechos humanos*,[32] haya fundamento en el límite infranqueable del respeto a la dignidad humana, aún durante el estado de sitio. Una crisis sociopolítica o un desastre natural no pueden nunca autorizar a los gobernantes a matar, torturar, someter a esclavitud, imponer penas sin leyes o aplicarlas retroactivamente, etc.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que plasmó en obligaciones concretas de los Estados los importantes anhelos comunes de todo el género humano afirmados en la Declaración Universal, de 1948, previó que tan importantes derechos sean reducidos a letra muerta durante las guerras, las revoluciones o rebeliones internas o los desastres naturales. Por esas razones, en su art. 4.2 prohíbe la suspensión del derecho a la vida; la prohibición de torturas u otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; la prohibición de la esclavitud y servidumbre; el encarcelamiento por incumplimiento de obligaciones contractuales; el principio de legalidad y de retroactividad; el reconocimiento de la personalidad jurídica y; la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Por su parte, el art. 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos impide la suspensión de los siguientes derechos: al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a

[31] Corte I.D.H., *La expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, Serie A: N° 6, párr. 32.

[32] En feliz expresión de CARRILLO SALCEDO, JUAN, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Técnos, 1995, p. 64.

la vida; el derecho a la integridad personal; la prohibición de la esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad y de retroactividad; la libertad de conciencia y de religión; la protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos del niño; el derecho a la nacionalidad; los derechos políticos, y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Del confronte de sus textos surge, como nota en común, que ambas convenciones declaran *inderogables* el derecho a la vida; al reconocimiento de la personalidad jurídica; a la integridad física, la prohibición de la esclavitud y servidumbre; la libertad de pensamiento, conciencia y religión; y los principios de legalidad y retroactividad.

Pero también se observan algunas diferencias, las que servirán para complementar el régimen de protección internacional, pero no para restar amparo (art. 29 letra b, CADH). Así, el Pacto de Nueva York incluye en el núcleo irreductible de derechos a la prohibición del encarcelamiento por incumplimiento de obligaciones contractuales, que no se encuentra prevista en el Pacto de Costa Rica. Nótese que este impedimento de prisión por deuda refiere a las contractuales, pero nada dice respecto de las obligaciones fiscales, o de otra naturaleza, como pueden ser las alimentarias, que no son alcanzadas por dicha garantía.

Por su parte, la Convención Americana enumera en su art. 27(2) el derecho al nombre; a la protección de la familia, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos. Además, y esto resulta de suma trascendencia, establece que tampoco pueden suspenderse las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que no toleran derogación, como veremos más adelante (*infra* § 6.1).

La Corte Interamericana tuvo oportunidad de expedirse sobre el tema en ocasión de una opinión consultiva solicitada por la Comisión Interamericana a raíz de la reserva que hizo Guatemala al ratificar la CADH, por la cual conservaba la facultad de aplicar la pena de muerte a delitos que no tenían esa sanción al momento de efectuar la ratificación. El Tribunal de San José re-

chazó categóricamente dicha posibilidad, en la inteligencia que "toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta. Otro sería la situación, en cambio, si la reserva persiguiera simplemente restringir algunos aspectos de un derecho no derogable sin privar al derecho en conjunto de su propósito básico."[33]

6. Suspensión de garantías

Una cuestión que ha generado –y sigue generando– fuertes debates, tanto en el plano interno como en el internacional, es la referida a saber si la declaración de estado de emergencia suspende, además de los derechos fundamentales, las garantías judiciales para la protección de los mismos.

La Constitución de Estados Unidos, modelo seguido por casi todos los países de América –entre ellos el nuestro– prohibió al congreso "suspender el privilegio de *habeas corpus*, salvo en aquellos casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública lo requiera" (Art. I, Secc. IX, párr. 2°). La Corte Suprema de ese país, en una decisión de 1866 contraria a la concesión de poderes especiales en situaciones de emergencia, sostuvo que la Constitución es la misma en tiempo de paz y en tiempo de guerra, y que en el ingenio del hombre no había ninguna doctrina más perniciosa que la que sugiere que algunas de las disposiciones pueden suspenderse toda vez que el gobierno se vea enfrentado a grandes exigencias, ya que ello conduciría directamente a la anarquía o el despotismo.[34]

Nuestra Constitución adoptó un temperamento similar, al autorizar la suspensión de las garantías constitucionales duran-

[33] Corte IDH, *Restricciones a la pena de muerte*, Opinión Consultiva OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983, Serie A: N° 3, párr. 61.

[34] U.S. S.C., *Ex Parte Milligan*, 4, Wall. (71 U.S.), 2 (1867). Véase: GUNTHER, GERALD – SULLIVAN, KATHLEEN, *Constitutional Law*, New York, Foundation Press, University Casebook Series, 13th Edition, 1999, p. 78.

te el estado de sitio, lo que ha planteado el problema de su posible incompatibilidad con lo normado por los tratados internacionales.

6.1. En el ámbito universal

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reguló detalladamente el instituto de la emergencia en su texto imponiendo, además de los presupuestos y condiciones antes estudiados, un listado de derechos que no admiten derogación en circunstancia alguna. Se trata de una versión mejorada del catálogo contenido en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 1950,[35] pero, al igual que ésta, no incluyó a las garantías necesarias para protegerlos.

Como se sabe, un derecho que no está rodeado de salvaguardas en caso de violación, se transforma en una declaración de buena voluntad, sin valor práctico alguno. Por esas razones, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano de control establecido en dicho Pacto (art. 28) –al que nuestro país se sometió al ratificar el Protocolo Facultativo, que goza de expresa jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22– se ha esforzado en integrar dicha laguna a través de una interpretación sumamente razonable, que compartimos.

Ha dicho recientemente el Comité de la ONU, que el derecho de toda persona de interponer un *recurso efectivo* ante las autoridades competentes (art. 2.3), más allá de no encontrarse comprendido dentro del listado de derechos inderogables (art. 4.2), "constituye una obligación convencional *inherente* al Pacto como un todo."[36] Respecto de los derechos inderogables –dijo– ellos deben ser protegidos con las garantías procesales adecuadas, incluidas las judiciales. En relación a los derechos que admiten suspensión, no debe olvidarse –recordó el Comité– que los princi-

[35] Que sólo impide suspender el derecho a la vida (salvo legítimos actos de guerra), la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud, y los principio de legalidad y retroactividad (art. 15.2).

[36] Human Rights Committee, General Comment No. 29, *States of Emergency (Article 4)*, par. 14.

pios de legalidad y de Estado de derecho requieren que los recaudos del proceso justo (*fair trial*) sean respetados durante el estado de emergencia. Por ello –concluyó– una persona sólo puede ser condenada por un tribunal de justicia, de la misma forma que debe respetarse la presunción de inocencia, y el derecho de toda persona a ser llevada sin demoras ante un juez para que decida sobre la legalidad de su arresto o detención.[37]

6.2. En el ámbito regional

La Convención Americana, suscripta en 1969, innovó respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, en cuanto al listado de derechos intangibles al añadir las *garantías judiciales indispensables* para su protección. Pero la cuestión –delicada en sí misma y objeto de fuertes pujas durante siglos– se tornó de más difícil elucidación en razón de las propias palabras empleadas por la Convención. En efecto, la prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que no admiten derogación, establecida en el art. 27.2, resulta manifiestamente contradictoria con el título de dicho artículo, que lleva el rótulo de "*suspensión de garantías*". Más aún, incluso el epígrafe del Capítulo IV, que abarca de los artículos 27 a 31, reza: "*Suspensión de garantías*, interpretación y aplicación."

Ello ha llevado a la ardua tarea de precisar el alcance de la prohibición de suspensión de las garantías judiciales cuando los propios títulos del articulado refieren a la suspensión de garantías. Coincidimos con Hitters en que la redacción del art. 27 no ha sido feliz, al resultar una *mezcla* de los distintos proyectos que le sirvieron de fuente, de ahí la imperiosa necesidad que tuvo la Corte de acotar y determinar su alcance.[38]

[37] Human Rights Committee, General Comment No. 29, *States of Emergency (Article 4)*, cit., par. 16.

[38] Hitters, Juan C., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1993, T. II, p. 285. Sobre los distintos proyectos que sirvieron de antecedentes a este artículo de la Convención, puede verse: Colautti, Carlos, *El Pacto de San José de Costa Rica. Protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Lerner, 1989, p. 139.

El Tribunal Interamericano ha entendido, en la Opinión Consultiva sobre "*El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías*", que los recursos de amparo y habeas corpus constituyen los medios idóneos para proteger los derechos inderogables, razón por lo cual no cabe su suspensión durante el estado de sitio o de emergencia, pues "dichos procedimientos [son] indispensables para garantizar esos derechos".[39] En palabras de la Corte, "como los Estados Parte tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia". El Tribunal de San José concluyó que "debe entenderse que en la implementación del estado de emergencia –cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno– no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia."[40]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que "las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquéllas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 (habeas corpus) y 25.1 (amparo), consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8 (garantías judiciales), y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías."[41]

[39] Corte I.D.H., *El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías*, OC-8/87, cit., párr. 27.

[40] Corte I.D.H., *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*, OC-8/87, cit., párr. 25.

[41] Corte I.D.H., *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*, OC-8/87, cit., párr. 38.

Por su parte, en la Opinión Consultiva OC-9/87, sobre las "*Garantías judiciales en estados de emergencia*," la Corte de San José destacó que "la implementación del estado de emergencia –cualquiera sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno– no puede comportar la supresión o pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia."[42] Por ello, el Tribunal consideró que no podía hacer una enumeración exhaustiva de todas las posibles garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, lo que dependerá en cada caso de un análisis del ordenamiento jurídico y de la práctica de cada Estado Parte, de cuáles son los derechos involucrados y de los hechos concretos que motiven la indagación.[43]

6.3. En la Constitución nacional

Un tema que ha sido objeto de fuertes debates en el derecho nacional es el rol que le cabe al Poder Judicial en el control del estado de sitio. La principal dificultad radica en la letra del propio art. 23 de la Constitución, que establece que durante el mismo quedan suspendidas las *garantías constitucionales*.

La jurisprudencia de la Corte Suprema pasó por varias etapas. En un primer período, anterior a 1959, llegó a sostener que "el estado de sitio importa la suspensión de todas las garantías constitucionales."[44] Luego, en "*Sofía*" (1959),[45] adoptó la doctrina finalista, según la cual sólo son pasibles de suspensión los dere-

[42] Corte IDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia*, Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, Serie A: N° 9, párr. 25.

[43] Corte IDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia*, OC-9/87, *cit*., párr. 40.

[44] CSJN, "*Bertotto, José Guillermo*," *Fallos*, 160:104 (1931); y "*Grosso, Juan Antonio*," *Fallos*, 236:41 (1956).

[45] CSJN, "*Sofía, Antonio y Baquero, Fulvio*," Fallos, 243:504 (1959).

chos y garantías que tienen vinculación con el motivo que originó la declaración del estado de sitio.[46]

Sin embargo cabe preguntarse si cuando la Constitución afirma que el estado de sitio suspende las *garantías constitucionales*, alude a las mismas en sentido estricto –como son los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data, acción declarativa, etc.– o en sentido amplio, entendidas como sinónimo de derechos constitucionales. La Corte Suprema se ha volcado por esta última posibilidad, ya que ha entendido, respecto del habeas corpus, que el mismo no se suspende durante el estado de sitio,[47] criterio que ahora ostenta expresa consagración constitucional (art. 43).

Un tema particularmente espinoso es la suspensión ya no de las garantías judiciales, sino de las sentencias mismas donde resulte condenado el Estado.[48] En "*Russo*" (1959)[49] la Corte estableció tres requisitos para que la suspensión de la ejecución de las sentencias sea reputada constitucional: i) que las normas impugnadas hayan sido dictadas para paliar una grave situación de emergencia; ii) que haya suspendido sólo "temporalmente" los efectos de las sentencias firmes y; iii) que se haya salvado la "sustancia" de los derechos reconocidos en los pronunciamientos judiciales. La seguridad jurídica –concluyó– sólo se vería dañada si la ley alterara o degradara la sustancia de una decisión judicial, es decir, si anulara la sentencia o le privara de eficacia ejecutiva.

En "*Peralta*" (1990), la Corte sostuvo que "no hay violación del art. 17 cuando por razones de necesidad se sanciona una norma que no prive a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso

[46] Ampliar en: ZIULU, ADOLFO G., *Estado de sitio: ¿emergencia necesaria o autoritarismo encubierto?*, Buenos Aires, Depalma, 2001, p. 58; GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO L., *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1987.

[47] *Fallos*, 167:235; 203:256.

[48] Hemos tratado la cuestión en GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN: "Límites constitucionales de la consolidación de deudas," , 2004-B *LL, 628.*

[49] C.S.J.N., *"Russo, Ángel y otra c/ C. de Delle Donne, E.," Fallos*, 243:467 (1959); *"Nadur, Amar c/ Borelli, Francisco*," *Fallos*, 243:449 (1959).

que pueda hacerse de esa propiedad."[50] Por su parte, en "*Videla Cuello*" (1990),[51] ante una disposición de la ley 23.696 que preveía la suspensión por el plazo de dos años de las ejecuciones por cobro de honorarios y gastos, el Tribunal entendió que dicha medida no era desmesurada, por cuanto se ajustaba a las exigencias de la política trazada por el legislador y guardaba relación inmediata con la preservación del interés nacional.

Se trata de una jurisprudencia convalidatoria de los amplios poderes acopiados por el Ejecutivo durante las emergencias, que conllevan una severa restricción de los derechos constitucionales. Por ello, nos parece atinada la sugerencia que hace Gialdino, en cuanto a la existencia de una *nueva* norma constitucional, que consiste en acumular las exigencias del art. 23 de la Constitución nacional con los arts. 27 y 4 de la Convención Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente. Ello, en cuanto el bloque de constitucionalidad debe ser interpretado como una unidad, como un conjunto armónico, sin que sea posible que sus normas se destruyan o alteren recíprocamente. Por esa razón, en virtud del principio *in dubio pro homine* (art. 29 letra d, CADH), habrá que tener presente los derechos que no son pasibles de suspensión, categoría ausente en la letra del art. 23 de la Constitución, lo mismo que la imposibilidad de suspender las garantías judiciales (en sentido estricto) de aquellos derechos inderogables, etc.[52]

7. ¿Estado de sitio económico?

Esto nos lleva directamente a una cuestión tan delicada como actual, como es la de saber si la emergencia económica es una causal de declaración del estado de sitio o si, por el contrario, es un

[50] C.S.J.N., "*Peralta, Luis A., y otro c/ Estado Nacional (M. E. – B.C.R.A.),*" *Fallos,* 313:1513 (1990), consid. 24.

[51] C.S.J.N., "*Videla Cuello, Marcelo c/ Pcia. de La Rioja s/ daños y perjuicios*," *Fallos,* 313:1638 (1990).

[52] GIALDINO, ROLANDO E., "Estados de excepción o de emergencia en el derecho internacional de los derechos humanos y estado de sitio, ¿una nueva norma constitucional?," en GELLI, MARÍA ANGÉLICA (dir.), *Emergencia económica y recurso extraordinario,* Supl. Esp. La Ley, dic. 2003, p. 51.

instituto autónomo, que se rige por sus propias normas y criterios jurisprudenciales. El tema es complejo, ya que ni la Constitución nacional ni los tratados internacionales aluden expresamente a las crisis financieras, aunque éstas podrían quedar englobadas, de alguna forma, dentro del concepto de *conmoción interior* de la primera.

En "*Guida*" (2000), la Corte nacional afirmó que los poderes de emergencia surgen "en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, *económico* o de otra índole [...] La restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que *la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales*."[53]

Como se desprende de la lectura del fallo, la Corte argentina confunde restricción con suspensión de derechos, afirmando que en el caso de la emergencia económica no cabe acudir a las normas constitucionales que regulan el estado de sitio, ya que de esa forma se trabaría la eficacia de las medidas adoptadas para remediarla.

No compartimos tal inteligencia. Coincidimos con Sagüés en que, mediante un esfuerzo dialéctico, la Corte nacional pretende justificar las profundas limitaciones de derechos constitucionales –y humanos, agregamos– dispuestas por el Gobierno sin la declaración formal del estado de sitio.[54]

Debemos hacer notar que detrás de este debate se esconde una cuestión sumamente relevante, ya que mientras el Poder Ejecutivo cuenta –luego de la reforma constitucional de 1994– con las

[53] CSJN, "*Guida, Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional*," *Fallos*, 323:1566 (2000), cons. 7°.

[54] SAGÜES, NÉSTOR P., "Conexiones entre la declaración del estado de emergencia económica en el derecho constitucional argentino y en el Pacto de San José de Costa Rica. Su control judicial," en GELLI, MARÍA ANGÉLICA (dir.), *Emergencia económica y recurso extraordinario*, Supl. Esp. La Ley, dic. 2003, p. 46.

facultades de dictar decretos de necesidad y urgencia y delegados en materias determinadas de *emergencia* (arts. 99 inc. 3 y 76, CN), el estado de sitio debe ser declarado siempre por el Congreso, salvo que se encuentre en receso, lo que autoriza excepcionalmente a aquél a formalizarlo, debiendo luego el Legislativo aprobarlo o reprobarlo (arts. 75 inc. 29 y 99 inc. 16, CN).

Por esas razones, que hacen a un mayor escrutinio de los poderes de emergencia, estamos de acuerdo en hablar de "*estado de sitio económico*",[55] el que sólo puede ser declarado por el Poder Legislativo –salvo durante su receso, por el Ejecutivo, quien debe convocar inmediatamente a las cámaras– sin perjuicio de que, una vez formalizado, pueda dictar decretos en las condiciones excepcionales que autoriza la Constitución.

8. Control de la emergencia

La declaración de emergencia suele venir acompañada de un acrecentamiento de los poderes presidenciales, en desmedro de que corresponden al Legislativo. Ello hace que la balanza se incline hacia el Ejecutivo, con el peligro que la vida, propiedad y libertad de las personas quede a merced del Gobierno, y que la *suma del poder público* –en la terminología del olvidado art. 29 de la Constitución nacional– conduzca al despotismo o a la tiranía. Tal temor es ciertamente fundado, ya que cada vez que una nueva crisis asoma en el horizonte nacional, el presidente reclama al Congreso que le delegue *superpoderes*, a los que suma la emisión de cientos de decretos de necesidad y urgencia, cuyo contenido y vigencia resultan indescifrables.

Por estas razones, deviene imprescindible un estricto control jurisdiccional de las medidas dispuestas durante los estados de sitio políticos o económicos. Sin embargo, una vieja doctrina de la Corte nacional limita la fiscalización judicial a los aspectos formales de la declaración, limitando el contralor del contenido de las mismas. Este criterio resulta insuficiente a la luz de las pau-

[55] Tal como hace BIANCHI, ALBERTO B., "El estado de sitio económico," Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 50., n° 1, p. 13.

tas internacionales sentadas por los tribunales competentes para la interpretación y aplicación de la Convención Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

8.1. Control jurisdiccional interno

Desde antiguo, la Corte Suprema argentina ha ubicado la declaración del estado de sitio entre las cuestiones políticas no judiciables. Es más, en un principio entendió que las facultades presidenciales ejercidas durante el estado de sitio eran prácticamente irrevisables judicialmente,[56] doctrina que fue atemperada a finales de la década del '50, donde estableció el criterio según el cual no son revisables judicialmente los motivos que tuvieron en cuenta los poderes políticos para la declaración del estado de excepción, pero sí lo son aquellas medidas administrativas dictadas en su consecuencia.[57] En el citado caso "*Sofía*" (1959), el alto Tribunal sostuvo que correspondía el control de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo "cuando ellas sean clara y manifiestamente irrazonables, es decir, cuando impliquen medios que no guarden relación alguna con los fines del artículo 23". Por ello, concluyó que "al ejercer el control de razonabilidad de los actos ejecutados en virtud del artículo 23, los jueces deben referirlo a la causa constitucional e inmediata del estado de sitio –situación de conmoción interior– y no a los motivos concretos que el legislador haya mencionado como sus factores iniciales."[58]

En 1984 se produjo un avance de la legislación interna, con la adopción de la Ley Nacional de Habeas Corpus, que lleva el número 23.098, en cuyo artículo 4° establece que "cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el art. 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de hábeas corpus podrá comprobar, en el caso concreto: 1) la legi-

[56] CSJN, "*Fermín Rodríguez*," *Fallos*, 48:17 (1892). También en decisiones más cercanas a la década del '60, como "*Rubens Iscaro*," *Fallos*, 236:632 (1956); "*Jorge Antonio*," *Fallos*, 236:657 (1956), entre otros.

[57] Ampliar en: BIANCHI, ALBERTO B., *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2ª ed., 2002, t. 2, p. 169.

[58] CSJN, "*Sofía, Antonio y Baquero, Fulvio*," *Fallos*, 243:504 (1959).

timidad de la declaración del estado de sitio; 2) la correlación entre la orden de privación de libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio [...]." En su art. 6°, faculta a los jueces a declarar de oficio la inconstitucionalidad del precepto legal que imponga la limitación a la libertad contraria a la Constitución nacional.

Pese a tan importante herramienta legal, la Corte, en el caso "*Granada*" (1985), –única oportunidad que tuvo de resolver el tema desde entonces– sostuvo que "no cabe entender que haya sido intención del legislador apartarse de la reiterada jurisprudencia del Tribunal, que ha reconocido como facultades privativas de los poderes Legislativo y Ejecutivo las referentes a apreciar las circunstancias de hecho que tornan aconsejable la adopción de tal recurso [...] El juicio de legitimidad a que remite el art. 4° de la ley 23.098 no ha de versar, pues, sobre las características de la situación en la cual se proclama el estado de sitio, sino sobre otros elementos que son realmente referibles al concepto de legitimidad."[59]

Tal doctrina judicial, que hace gala del *self-restraint*, resulta incompatible con los tratados internacionales que, desde 1994, gozan de jerarquía constitucional. En ese sentido, cabe recordar que la Comisión Interamericana ha dicho que "los actos relativos al estado de emergencia, provenientes normalmente del Ejecutivo, no constituyen *'cuestiones políticas'* exentas de control por el poder judicial nacional. Muy por el contrario, dichos actos, dada su naturaleza, se encuentran especialmente sujetos a revisión por el Poder Judicial."[60]

8.2. Control internacional

El estudio de los presupuestos, requisitos y límites de los estados de emergencia establecidos en los tratados de derechos humanos no ha sido en vano, ni ha perseguido un fin meramente académico. Por

[59] CSJN, *"Granada, Jorge H.," Fallos*, 307:2284 (1985).

[60] CIDH, *Walter Humberto Vázquez Vejarano (Perú)*, caso N° 11.166, del 13 de abril de 2000, p. 53.

el contrario, quisimos poner de resalto que frente a disposiciones de derecho interno contrarias a aquéllos o ante doctrinas judiciales reduccionistas del rol institucional de la Justicia, queda la posibilidad de acudir a la protección internacional. Mecanismo éste de naturaleza subsidiaria y coadyuvante (Preámbulo, CADH), al sólo puede acudirse recién agotados los recursos internos previstos en la legislación procesal local (art. 46.1, letra a, CADH), pero que una vez abierto deviene ineludible si termina en una condena internacional (art. 68.1, CADH).

De todo ello se colige una consecuencia fundamental: el principio de la responsabilidad de los Estados ante la comunidad internacional cuando adopten medidas que suspendan los derechos humanos en contravención de lo estrictamente autorizado.[61]

8.2.1. En el ámbito universal. La fiscalización universal se encuentra menos desarrollada que la regional, ya que las posibilidades de acción del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se limitan a recibir una *comunicación* –obsérvese que ni siquiera se llama denuncia o demanda– por parte de los individuos que aleguen violaciones al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y cuyo país de origen haya ratificado el Protocolo Facultativo que confiere competencia a aquel órgano, y a emitir una *observación* sobre la misma al Estado en cuestión y al individuo que la solicitara (art. 5.4 Protocolo Facultativo). Lo mismo cabe decir respecto de las facultades del Comité contra la Tortura de recibir y examinar comunicaciones sobre los Estados que le hayan reconocido competencia (art. 21, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

También podría llevarse ante la Corte Internacional de Justicia un caso de suspensión de derechos humanos que resulten contrarios a la Carta de Naciones Unidas, como podrían ser los que se dictan con un propósito de discriminación racial. De la misma forma, podría accederse a la Corte Penal Internacional, en casos

[61] FAPPIANO, OSCAR L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, p. 124.

de delitos de lesa humanidad, como es el genocidio perpetrado en un estado de excepción.

8.2.2. En el ámbito regional. En primer lugar, cabe mencionar a la OEA, que efectúa un control de carácter internacional, aunque de naturaleza diplomática. En ese sentido, el nuevo art. 9 de la Carta de la OEA, reformado por el Protocolo de Washington, autoriza la suspensión de un Estado del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General cuando haya accedido al poder derrocando a un gobierno democráticamente constituido, lo que suele ir acompañado de revueltas internas y estados de sitio.

También la Comisión Interamericana ejerce fiscalización, como órgano encargado de la observancia y defensa de los derechos humanos en todo el continente americano (art. 41, CADH). En ese sentido, ha señalado que si bien "en general recae en los propios Estados y sus poderes públicos en particular el «*margen de apreciación*» para determinar la necesidad de declarar el estado de emergencia, por tener un conocimiento directo e inmediato de las circunstancias de hecho por las que atraviesa el país, ese margen de apreciación no es ilimitado [...] En consecuencia, el margen de apreciación a nivel interno está acompañado por una supervisión interamericana. La Comisión debe valorar apropiadamente aspectos relevantes, tales como naturaleza de los derechos afectados por la suspensión, las circunstancias que motivaron el estado de emergencia y su duración."[62]

En aplicación de estos principios, el órgano regional puede evaluar si se encuentran satisfechas las exigencias fácticas que justifican la declaración de emergencia. En un antiguo informe sobre los traslados de un sector de la población de origen miskitos por el gobierno de Nicaragua, lo que ponía en juego los derechos de tránsito y de residencia protegidos por el art. 22 de la CADH, susceptibles de suspensión por no encontrarse enumerados en el art. 27.2, la Comisión sostuvo que se aceptaba la procedencia de la suspensión "solamente en los casos en que existan aconteci-

[62] CIDH, *Walter Humberto Vázquez Vejarano (Perú)*, cit., p. 55.

mientos de extrema gravedad". Por lo que concluyó que "el Estado nicaragüense estaba realmente amenazado por las incursiones de los grupos de ex miembros de la Guardia Nacional, lo que justificaba la declaración del estado de emergencia y su mantenimiento. La continua penetración de esos grupos armados a territorio nicaragüense demuestra que allí había una amenaza real e inminente a la seguridad del Estado."[63]

El último resorte de protección del sistema constituye la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en los casos específicos llevados ante ella, puede examinar la legalidad de las medidas dispuestas en virtud de la emergencia y condenar al Estado en caso que las mismas sean contrarias a lo establecido en la Convención Americana.

El caso *Neira Alegría c. Perú* (1995) resulta prueba elocuente de ello. Se trataba de la reducción de un motín en una cárcel peruana donde, luego de infructuosas acciones de habeas corpus intentadas por los internos por las condiciones de detención, las autoridades de ese país procedieron a la demolición del mismo, con los presos adentro, luego de que éstos se hubieran rendido. El Tribunal Interamericano consideró que el control y jurisdicción de las Fuerzas Armadas sobre el Penal San Juan Bautista se tradujeron en una *suspensión implícita* de la acción de hábeas corpus, en virtud de la aplicación de los decretos que declararon la emergencia y la Zona Militar Restringida.[64]

En *Castillo Petruzzi c. Perú* (1999)[65] la Corte de San José tuvo en cuenta que "la detención de las personas ocurrió en el contexto de una gran alteración de la paz pública, intensificada en los años 1992-1993, debida a actos de terrorismo que arrojaron numerosas víctimas. Ante estos acontecimientos, el Estado adoptó

[63] CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito*, OEA/Ser.L/V/II.62.doc.10 rev. 3, Washington, 1984, p. 121, párr. 12.

[64] Corte IDH, *Neira Alegría c. Perú*, sentencia del 19 de enero de 1995, Serie C: N° 20, párr. 84.

[65] Corte IDH, *Castillo Petruzzi y otros c. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C: N° 52, párrs. 109-111.

medidas de emergencia, entre las que figuró la posibilidad de detener sin orden judicial previa a presuntos responsables de traición a la patria [...] Las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado responden a la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella. Por ello, concluyó que la legislación antiterrorista de Perú, que permitía que una persona presuntamente implicada en el delito de traición a la patria pueda ser mantenida en detención preventiva por un plazo máximo de 30 días sin ser puesta a disposición de la autoridad judicial, constituía una violación del art. 7.5 de la Convención, que exige que la misma sea llevada «sin demoras» ante la autoridad judicial."

Si bien, como se ve, se trata de violaciones groseras a los derechos humanos, sirven de ejemplo para observar que de no cumplirse los recaudos internacionales que limitan los presupuestos y requisitos de los estados de excepción, y no solucionada su violación por los mecanismos jurisdiccionales internos, queda expedita la vía internacional de fiscalización de la legalidad de las medidas dispuestas en estados de emergencia.

Capítulo VIII

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA *

1. *Las categorías de derechos y su defensa*

Siempre ha existido alguna distancia entre el derecho de fondo a que una persona podía considerarse titular y la posibilidad práctica de pedirlo en justicia. Si bien ya desde el derecho romano el pretor decía "dame el hecho, yo te daré la acción," [1] en la práctica a veces se presentan dificultades.

Así, en el siglo pasado se distinguía el derecho subjetivo propiamente dicho o primitivo —propiedad, libertad, etc.— ; el todavía no reconocido por la autoridad pública llamábase interés o derecho en expectativa, que dependía para su nacimiento de un acto de la administración: recién entonces se tornaba adquirido y tenía tutela como el primero. [2]

* Para un mayor desarrollo, ver GORDILLO, *Tratado*, t. 2, 6° ed., 2003, caps. II y III.

1.1 *Da mihi factum, dabo tibi jus:* dame el hecho, yo te daré el derecho, ROLAND, HENRI y BOYER, LAURENT, *Adages du droit français*, 13° edición, LITEC, Librairie de la Cour de Cassation, París, 1992, p. 139. Esta óptica pretoriana es en suma preferible a la que elaborara después KELSEN, centrando el peso en la acción y no en la pretensión: KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1960, p. 122. Criticaron esta posición de KELSEN: DABIN, JEAN, *El derecho subjetivo*, Madrid, 1955, p. 121 y ss., y los demás autores citados en su nota 162; ver también HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2ª ed., Tübingen, 1953, t. I, p. 686.

1.2. Esta distinción francesa fue reconocida en América desde la obra de LARES, TEODOSIO, *Lecciones de derecho administrativo*, México, 1852, pp. 60/1, UNAM, México, D.F., reimpresión 1978.

Nace así, en derecho administrativo, la distinción entre derecho subjetivo, con plena tutela administrativa y judicial, y el interés legítimo. Del segundo se dirá durante más de un siglo que a veces tiene tutela judicial en los sistemas llamados contencioso administrativos, pero no la tiene en otros sistemas como el judicial vigente en nuestro orden nacional.

Existieron innovaciones jurisprudenciales y doctrinarias en torno a esta cuestión, buscando avanzar en la admisión de la tutela judicial de los intereses difusos en las acciones de clase, especialmente para la tutela del medio ambiente. Dieron sin embargo lugar a una fuerte y a veces acérrima defensa del orden constituido. Algunos autores y fallos mantuvieron posiciones restrictivas de una tutela judicial amplia y efectiva aún luego de la reforma constitucional, pero la discusión ha quedado resuelta claramente por el sistema jurídico, no solamente en materia ambiental con el artículo 41 y 43 segundo párrafo de la Constitución, sino antes de ella con la ley de defensa del usuario y del consumidor y otras normas que confieren amplia legitimación judicial.[3] El usuario lo es de servicios públicos, el consumidor lo es de bienes y servicios prestados en libre competencia.

En particular, la nueva Constitución introduce en el artículo 43 los derechos de incidencia colectiva, categoría más extensa de tutela y derecho de fondo que parece destinada a empalidecer la importancia de la previa distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, e incluso del interés difuso.

Del mismo modo la amplísima legitimación que existe para denunciar la violación a derechos humanos ante la Comisión

[1.3.] Que expusiéramos antes en *Derechos de incidencia colectiva*, en el libro *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 274 y ss. Esta es la recepción constitucional de este tipo de derechos, porque ya antes estaba en la ley 24.240 de defensa del usuario y del consumidor y doctrina precedente: Sala IV, causa 16.242/96, *ADECUA c/ ENARGAS*, cap. III (1998). Ver también STIGLITZ, RUBÉN y STIGLITZ, GABRIEL, *Contratos de adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 5 y ss.

Interamericana de Derechos Humanos [4] constituye una fuerza expansiva necesaria de la legitimación en el ámbito interno, aunque no todos estén aún dispuestos a admitirlo. Esa amplia legitimación lleva también, inexorablemente, a que los efectos de la sentencia puedan en definitiva ser *erga omnes*. [5]

Resulta de todo ello que el tema del derecho subjetivo *stricto sensu* esté destinado a perder progresivamente importancia a medida que se extiende la tutela a otras situaciones; el derecho de incidencia colectiva es una noción superadora tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo.

Esta tendencia superadora viene siendo preanunciada en todos los ordenamientos contemporáneos. A guisa de ejemplo, ya en la legislación venezolana se engloba en un sólo concepto lo que aquí todavía llamaríamos derecho subjetivo e "interés personal, legítimo y directo". [6] Es más, éste a su vez resulta comprensivo, en determinadas situaciones, de los intereses colectivos, [7] intereses difusos, intereses comunitarios, preservación de la legalidad urbanística, protección de los derechos de los vecinos, adecuada prestación de servicios públicos y el mismo interés público o de la colectividad. [8] La experiencia bien indica que los derechos colecti-

1.4. Lo explicamos en el primer tomo del *Tratado*, capítulo VI, número 1, nota 6 y sus remisiones y el t.2, 6° ed., 2003, capítulo XVI, "La justicia administrativa internacional", punto 1.

1.5. Ver *Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia*, LL, 1997-F, 1318, con los casos *Blas* (LL, 1998-A, 288) y *Barsanti* (LL, 1998-A, 293) de la Sala I y sus múltiples antecedentes (*Ekmekdjian, Monges, Labaton, Dalbon, Youssefian, Schroder*, etc.). Los efectos *erga omnes* de la sentencia, reconocidos en *Barsanti* por la Sala I, fueron confirmados por la CSJN en 1998. Los aplicó nuevamente la Sala IV en *Viceconte*, 1998.

1.6. Así la ley orgánica de la Corte Suprema, que explica BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Instituciones políticas y constitucionales*, tomo VII, *La justicia contencioso-administrativa*, EJV, Caracas, 1997, p. 78 y ss.

1.7. Ampliar en SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Madrid, 1980, p. 126 y ss., quien explica que los intereses colectivos se concretan en asociaciones o intereses de grupo.

1.8. Ver los supuestos que explica BREWER CARÍAS, *op. cit.*, p. 84 y ss.; agrega el caso de los sindicatos, colegios profesionales, asociaciones cooperativas: *El derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas*, "Revista de Derecho Público", EJV, n° 22, Caracas, 1985, p. 14 y ss. Ver también LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Las normas funda-*

vos son más legítimamente defendidos por entidades no gubernamentales que por las administraciones públicas, estas últimas frecuentes agentes de daño y no de protección jurídica, sujetos pasivos antes que activos de la pretensión de tutela.

En España, en lugar de extender el concepto de interés legítimo a los supuestos de intereses difusos, como es el caso del medio ambiente y la reparación del daño ambiental, recurren a la figura de la acción pública, obteniendo el mismo resultado a través de una acción diferenciada.[9] De todas maneras la tutela judicial que garantiza la Constitución española lo es tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo.

En nuestro derecho, antes de la reforma constitucional, no eran pocas las voces que se alzaban contra la ampliación de la tutela judicial, incluso entre los procesalistas; pero parece una posición insusceptible de ser mantenida luego de la reforma constitucional de 1994. Una precisión empírica se impone: aún cuando el ordenamiento reconoce en forma amplia la legitimación, en los primeros años de la reforma constitucional su aplicación fue relativamente limitada. Quizás el detonante fueron las múltiples lesiones entre otros a los derechos de millones de usuarios telefónicos, que llevaron a miles de amparos iguales y por ende al convencimiento material de que eso carecía de sentido y de utilidad práctica no solamente para los justiciables sino hasta para la justicia en el nuevo sistema constitucional.

En cualquier caso, la jurisprudencia federal fue afirmando cada vez con más fuerza dicha legitimación, llegando en un círculo completo virtualmente al principio del pretor romano enunciado

mentales del derecho privado, Rubinzal-Culzoni,Santa Fé, 1995, pp. 299/301, 493 y ss. y sus referencias, donde también se advierte la proximidad de ambas instituciones. El caso del medio ambiente, allí mencionado, es quizás el más claro en que hay tanto tutela del derecho subjetivo como del derecho de incidencia colectiva a la salud y un medio ambiente sano. Lo hemos explicado igualmente en *Derechos Humanos*, FDA, Buenos Aires, 1998, capítulo IV.

[1.9] González Pérez, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Madrid, Civitas, 1996, p. 160.

al comienzo de este capítulo, ahora consagrado en la Constitución.

Ese proceso de adaptación comenzó en *Schroder* en materia de medio ambiente por la Sala III, cuando el tribunal dijo "el problema de la legitimación de los particulares no debe constituir una verdadera denegación del acceso a la justicia de quienes se ven afectados por una medida estatal. Si la apertura de la jurisdicción no es garantizada... ¿qué garantía de juridicidad se ofrecerá a los ciudadanos, si no pueden contar con una auténtica defensa de sus derechos?". [10]

Otras Salas extendieron el criterio a los distintos servicios públicos y grandes proyectos estatales, concluyéndose que "como tiene dicho esta Cámara, remitiendo en última instancia la legitimación a un punto de derecho sustancial (en la medida en que negar la legitimación equivale a negar el derecho) no cabe... sino sólo apreciar... la concurrencia de un interés tutelable". [11]

2. *En la legislación anterior a la reforma constitucional*

En el esquema de la Constitución de 1853-1860, pues, los derechos tutelados judicialmente eran los derechos subjetivos, individuales y exclusivos; en la Constitución de 1994 se agregan los derechos de incidencia colectiva (arts. 41 a 43).

[1.10] Sala III, *Schroder*, LL, 1994-E, 449 y los demás precedentes mentados por ROSSI, *op. loc. cit.*; ver también SABSAY, DANIEL A., y ONAINDIA, JOSÉ M., *La Constitución de los argentinos*, 3 ° edición, ERREPAR, Buenos Aires, 1997, p. 161 y ss.

[1.11] Resume así la jurisprudencia de la Cámara Nacional Federal en lo Contenciosoadministrativo la Sala IV en *Youssefian*, 7-XI-97, recordando los precedentes de la Sala V en *Rodríguez, Jesús y otros c/ Estado Nacional M° de Econ. y Ob. y Serv. Púb. —P.E.N.— s/ medida cautelar (autónoma)*, 19 de julio de 1996; sala II, *Nieva Alejandro y otros c/ P.E.N. —Dto. 375/97— s/ amparo ley 16.986*, 10 de julio de 1997, y también *Nieva, Alejandro y otros c/ PEN Decreto N° 375/97 s/ amparo Ley N° 16.986*, 26-VIII-97 publicado en "RAP", n° 228, Buenos Aires, 1997, p. 124 y ss. La diferente resolución de la CSJN en este último caso, a propósito de los aeropuertos, no es a nuestro juicio un precedente que invalide lo expuesto, como lo prueban ulteriores pronunciamientos, por ejemplo Sala IV, *Viceconte*, 2 de junio de 1998, considerandos IV a IX, causa 31.777/96; *ADECUA c/ ENARGAS*, cons. III, citado, y otros.

Los casos de acceso a la tutela jurisdiccional por derechos de incidencia colectiva,[1] en el sistema de 1853-1860 devenían de la legislación o la práctica jurisdiccional, no de la interpretación o aplicación constitucional directa y formal, que no la había. De todos modos constituían más bien una excepción a la regla de legitimación judicial (*standing, judicial standing*) fundada únicamente en el derecho subjetivo.

La acción de clase o *class action* del derecho norteamericano podía pues considerarse virtualmente inexistente en el viejo derecho argentino, [2] aunque destacadas voces se alzaban en la solución innovadora. [3] Entre las excepciones a dicha regla empírica cabía mencionar de antaño los partidos políticos y los gremios, a los cuales siempre se reconoció una legitimación en cierto modo colectiva o al menos genérica; lo mismo con las asociaciones y entidades de derechos humanos en materia de desaparecidos. No es su objeto ni su actividad principal defender un determinado y puntual derecho individual, aunque en ocasiones puedan hacerlo. Igual excepción, sin embargo, no se aplicó a las cámaras empresarias en defensa de los derechos de sus agremiados, ni a las corporaciones profesionales salvo supuestos aislados de expresa previsión legal como el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

El cambio constitucional de 1994 se vio preanunciado por diversos pronunciamientos en materia de medio ambiente, por una

[2.1] Utilizamos a los efectos de este trabajo la terminología de la Constitución de 1994, aunque también se ha podido hablar de intereses o derechos difusos, debilitados, legítimos, etc. Dado lo reciente de la reforma constitucional nos ha parecido oportuno utilizar el lenguaje constitucional. Sobre estos problemas terminológicos nos remitimos al t. 1 del *Tratado*, cap. I, primera parte.

[2.2] La doctrina ha comenzado a evolucionar, como se advierte en el erudito trabajo de BIANCHI, ALBERTO B., *Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala*, "RAP", 235, Buenos Aires, 1998, p. 13 y ss.; es que la ley 24.240 y la Constitución de 1994 han superado posturas tales como la de MARIENHOFF, ED, 105: 244; ED, 106: 922; LL, 1986-C-899, etc.

[2.3] *Supra*, nota 1.4.

parte,[4] y por la otra por una sustancial innovación legislativa en materia de derechos de incidencia colectiva: la ley de defensa del consumidor 24.240.[5] Ambos cuerpos normativos se articulan adecuadamente, pues la ley 24.240 crea *ex ante* una vía y una serie de principios jurídicos que la Constitución de 1994 amplía y complementa. [6] Esto no debe extrañar pues responde a la tendencia de la evolución del orden jurídico, que ya hemos mentado en otro lugar.[7]

Hay quienes sugieren que la ley de defensa del consumidor, que es expresamente aplicable a los servicios públicos privatizados, no sería de aplicación como ley reglamentaria de la Constitución de 1994, por ser una ley anterior. Sin embargo no es esto así. Basta con recordar el antiguo principio romano de que *revocatio legis præxistentis non præsumitur* (no se presume la derogación de la ley preexistente). También se ha hecho mérito del tiempo de verbo utilizado por la Constitución de 1994, que sugiere una ley futura. Pero esto es como desaplicar, nada menos que al constituyente, el principio de que el derecho se supone conocido por todos: no podemos interpretar el texto constitucional suponiendo que el constituyente ignoraba y además de ello, *implícitamente y por ignorancia, negaba validez y eficacia a una ley para entonces vigente*. Ciertamente no es un "método de interpretación" que otorgue la necesaria congruencia que debe aportar el intérprete al orden jurídico. Por supuesto que esa legislación es aplicable y se articula naturalmente con el nuevo texto constitucional, como ya lo reconoce la jurisprudencia y la doctrina.[8]

2.4. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, *Schroder*, Sala III, LL, 1994-E, 449 y los demás precedentes mentados por ROSSI, ALEJANDRO, capítulo V de GORDILLO y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 3° edición, 1998.

2.5 Esta ley se halla complementada por la 24.787.

2.6 Así como hay reglamentos que preexisten a la ley, nada tiene de excepcional que una ley preexista a la Constitución, los hechos sociales a la jurisprudencia, la jurisprudencia a la norma, etc.

2.7. Ver el capítulo II del tomo 1 de nuestro *Tratado*, 8° ed., 2003.

2.8 Ver el desarrollo del capítulo III del fallo *ADECUA c/ ENARGAS* de la Sala IV, causa16.242/96 (1998) y BIANCHI, *op. ult. cit.*

3. *Los nuevos derechos y garantías de incidencia colectiva*

El nuevo texto constitucional no se limita a lo dispuesto —a título ejemplificativo— en la primera parte del segundo párrafo del artículo 43: derecho a la no discriminación, al medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor. En efecto, la cláusula final que incluye "*a los derechos de incidencia colectiva* en general" es, a texto expreso e inequívoco, genérica. En otras palabras, lo principal y más general del segundo párrafo es el final de la frase, no su comienzo.

La lectura del segundo párrafo del artículo 43 es entonces "Podrán interponer esta acción en lo relativo a los derechos de incidencia colectiva en general, [tales como, a título enunciativo] [a] cualquier forma de discriminación, a los derechos que protegen al ambiente,[1] al usuario y al consumidor". Ese párrafo comprende por lo tanto también todo el capítulo segundo dedicado a "Nuevos derechos y garantías", pues de ello es lo que trata: de derechos de este alcance genérico, más los que surgen de los tratados de derechos humanos previstos en el artículo 75 inciso 22. Tenemos con ellos una doble remisión e inclusión en el artículo 43: todos los derechos de incidencia colectiva de los artículos 36 a 42, y también los derechos colectivos que emergen de los tratados celebrados o a celebrarse.

Una breve enunciación del capítulo mencionado nos muestra que en el nuevo texto constitucional:

a) se fortalece el derecho a participar en los partidos políticos y el de éstos a actuar (art. 38), sin perjuicio de las demás formas de participación política que consagran los tratados del artícul 75 inc.22 y el propio artículo 42 de la misma Constitución;

b) se reconoce expresamente el derecho subjetivo a la resistencia contra las violaciones al sistema democrático (art. 36),

c) se crea el derecho de incidencia colectiva a que no haya corrupción en la función pública (art. 36, cuarto párrafo en su remisión al tercero y anteriores),

[3.1] El bien jurídico tutelado es el medio ambiente, bien colectivo a más de individual; ver también, *ex ante*, la ley 24.051 de1991 (LL, *Antecedentes Parlamentarios*, 1996-B, p. 1646 y ss.), y decreto 831/93.

d) se reconoce —aunque se remite a la ley— el derecho de iniciativa (art. 39) y consulta popular (art.40),

e) el derecho subjetivo y de incidencia colectiva a la salud y a un medio ambiente sano (art. 41 y 43).

En materia de servicios públicos continúa una importante serie de derechos:

f) a la protección de los intereses económicos de los usuarios (art. 42),

g) a la libertad de elección (art. 42) o sea, que no haya monopolios sino los "naturales" o "legales"; en consecuencia, el derecho "a la defensa de la competencia" (ídem, segundo párrafo, y 43 segundo párrafo), o sea, a tener por principio y con apoyo del ordenamiento y los órganos del Estado, un sistema de libre competencia en la provisión de bienes y servicios;

h) al control de los monopolios naturales y legales (artículo 42, segundo párrafo),

i) a la participación, que se manifiesta en la integración ciudadana en la dirección de los servicios públicos (art. 42, tercer párrafo), y que se complementa al mismo tiempo con la garantía de audiencia pública, que surge de articular el derecho a la defensa previa o debido proceso legal contemplado en el artículo 18 con el derecho de incidencia colectiva conforme al artículo 42,

j) y en general a la tutela del usuario y consumidor (arts. 42 y 43, segundo párrafo).

En rigor y como se advierte, todo el nuevo capítulo segundo de "nuevos derechos y garantías" se refiere a derechos de incidencia colectiva, tanto en su faz sustantiva como procesal. Por ello su natural corolario procesal se encuentra en el artículo 43.

Admitir tal tipo de derechos sustantivos importa, por un mínimo de congruencia interpretativa, reconocer también *legitimación judicial para su defensa y ejercicio*. No puede sostenerse racionalmente que exista derecho pero no exista acción.

Es la antigua doctrina de los casos *Siri* [2] y *Kot*. [3]

[3.2] *Fallos*, 239:459.
[3.3] *Fallos*, 241:291; LL, 92:632.

Desde luego, el que la Constitución habilite *el amparo* para la defensa de los derechos de incidencia colectiva no importa una *obligación* de recurrir a él, sino una potestad del actor, quien también puede elegir, antes o después, vías de mayor debate y prueba, como lo ha reconocido la jurisprudencia.

Este derecho de incidencia colectiva es parte de los nuevos derechos y garantías constitucionales, por lo que es una norma federal de obligatoria aplicación en el ámbito provincial, al igual que lo es la acción en defensa del usuario y del consumidor, tal como surge de los artículos 52 y 53 de la ley —también federal— de orden público 24.240.

4. *Algunos ejemplos actuales*

4.1. *Derecho a la competencia y al control de los monopolios*

El artículo 42 sienta el principio general de la libertad de elección y junto con el 43 el derecho "a la defensa de la competencia". El mismo artículo 42 en su segundo párrafo establece que todas las autoridades (por ende tanto legislativas como administrativas *y en su defecto judiciales*), deben proveer lo necesario al "*control de los monopolios naturales y legales*". En esto la Constitución está a tono con los nuevos principios supranacionales del derecho administrativo europeo, que son precisamente el "derecho de la competencia" o *competition law*, dentro del cual se encuadran el control de los monopolios, la prohibición de abuso de posición dominante, la prohibición de determinadas ayudas estatales, etc.[1]

Ya no se trata de la vieja legislación antimonopólica ni de la nueva legislación de abuso de poder dominante en el mercado. Aunque no haya abuso de poder dominante, el monopolio vuelve a

[4.1] Para un desarrollo de la temática supranacional del derecho de la competencia ver por ejemplo SCHWARZE, JÜRGEN, *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell Ltd., Londres, 1995, p. 360 y ss., coedición con la *Office for Official Publications of the European Communities*, Luxemburgo, 1995; es traducción de *Europäisches Verwaltungssrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988. Hay también versión francesa.

ser una figura que genera por sí, constitucionalmente, la defensa de los usuarios y consumidores.[2]

Este es el derecho constitucional que debe aplicarse, más allá de las opiniones personales que puedan sustentarse; no parece sin embargo una solución *prima facie* irrazonable, habida cuenta que la internacionalización de la economía está produciendo una progresiva concentración de capitales.

Así como el derecho de la competencia y control de los monopolios ha tenido un vigoroso crecimiento en el derecho administrativo supranacional europeo, así también cabe esperar su ampliación en nuestro país a partir de la reforma constitucional.

Igualmente debe tenerse presente que la privatización de antiguos servicios prestados monopólicamente por el Estado no debe ser *siempre* igualmente monopólica, sino tan sólo cuando esto sea una necesidad impuesta técnicamente o por alguna concreta y específica razón de política legislativa.

La tendencia es que los monopolios otorgados por el Estado deben en lo posible ser llevados hacia la libre competencia, eliminando los que no tengan sustento fáctico suficiente y adecuado: ello deviene del orden jurídico constitucional.

4.2. *Derechos colectivos de los usuarios: sus intereses económicos. Tarifas y ganancias excesivas e irrazonables*

El artículo 42 enuncia el principio constitucional del control de los monopolios y el derecho de la competencia, al establecer el derecho de los usuarios a la protección de sus "intereses económicos".

Este derecho incluye el centenario principio de que las tarifas deben ser justas y razonables,[3] y que el concesionario o licenciatario

[4.2] Recupera así algo del concepto primigenio de monopolio, del griego *monopolion*, que sugiere etimológicamente la idea de "trato ilegal" (COROMINAS, JOAN, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, tercera edición, ed. Gredos, Madrid, 1976, p. 401 y 402).

[4.3] BIELSA, *La locución "Justo y razonable"*, en la Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Políticas y Sociales de Rosario, 3ª serie, t. VII, n° I, 2, Rosario, 1938, p. 15 y ss.; *La locución "justo y razonable" en el derecho y en la jurisprudencia*, en *Estudios de derecho público*, tomo I, *Derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 479 y ss.; *Régimen jurídico de*

monopólico no tenga una ganancia irrazonable o excesiva. Es también un derecho de los usuarios "que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable",[4] pues ello se traslada a la sociedad. No se trata de innovaciones conceptuales profundas, pero en un país que pasó de un sistema con predominio del sector público de la economía a una fuerte privatización con otorgamiento de monopolio legal temporario, el efecto práctico de su aplicación o inaplicación a esta nueva realidad es de importancia innegable.

las tarifas de los servicios públicos en concesión, "AIDP", t. VII, Rosario, 1946, p. 97 y ss.; MAIRAL, *La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos*, "Revista Argentina de Derecho Administrativo", Plus Ultra, n° 2, 1971, p. 53 y ss.; *La fijación de tarifas en el marco de la privatización de empresas públicas*, "XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo", Rosario, 1989; GRECCO, CARLOS MANUEL, *Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (A propósito de la privatización de ENTel)*, "Revista de Derecho Administrativo", n° 5, 1990, p. 481 y ss.; BELTRAME, JOSÉ, *El régimen legal de las tarifas ferroviarias a través de sus antecedentes parlamentarios*, "Boletín de la Junta Consultiva de Abogados", noviembre-diciembre 1945, 505 y enero-febrero 1946-3; RODRÍGUEZ ARIAS, JULIO C., *El problema del precio de los servicios públicos*, en "Anuario del Instituto de Derecho Público", Rosario, 1938; CUARTA CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS, *Régimen de concesión de servicios públicos*, "JA", t. 61, sec. doctr.; TAGLIALAVORE, VICENTE, *Poderes del concedente (Estado, Provincia, o Comuna) para asegurar la continuidad, regularidad y precio módico del servicio*, "Trabajos de Seminario", Facultad de Ciencias Económicas Comerciales y Políticas, Rosario, 1944, 37; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, t. III, p. 188; DIEZ, *Servicio público de los teléfonos*, Buenos Aires, 1942, Abeledo, p. 146 y ss.; MESSONE, RICARDO M., *El control de las concesiones de servicios públicos*, "Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas", Rosario, mayo-agosto 1944-45; FIORINI, *El control de los servicios públicos*, "Revista de Derecho y Administración Municipal", junio 1946-487; TACCONI, ADRIÁN JOSÉ, "El contralor de las concesiones de servicios públicos", *Primer Congreso Nacional de Administración Pública*, t. II, Mendoza, 1954, p. 313 y ss., etc.

[4.4] ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado integral de los contratos administrativos*, volumen I, *Parte General*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 453. El Consejo de Estado francés, en igual tesitura, viene hablando desde comienzos de siglo de la equivalencia honrada u honesta (*équivalence honnête*) entre las cargas y los beneficios del concesionario (*Ministre des Travaux Publics vs. Compagnie Générale Française des Tramways*, dictamen del Comisario de Gobierno LÉON BLUM, *Conseil d'Etat*, 21-3-1910).

Otras variantes del mismo principio son la excesiva onerosidad del contrato en relación a los usuarios,[5] y también el principio de la ecuación económico financiera del contrato.Esa equivalencia honesta o relación razonable no solamente puede verse afectada en perjuicio del contratante, con el consiguiente reajuste en más del contrato, sino también en perjuicio del Estado o la sociedad, como ocurre precisamente cuando las ganancias son irrazonables o excesivas, caso en el cual corresponde el reajuste en menos.

En ambas situaciones repercute directamente sobre la sociedad de usuarios y contribuyentes, creando el interrogante de la legitimación para impugnarlos cuando son ilegales o inconstitucionales.

La novedad no aparece pues por el derecho de fondo, ya que en materia de obras públicas hace tiempo que quedó aclarado que no corresponde hablar de "mayores costos" sino de "variaciones de costos". [6] La novedad es que ello no puedan solamente discutirlo los funcionarios públicos, con la siempre presente amenaza de la corrupción o crimen organizado que denuncia la Convención Interamericana Contra la Corrupción, sino también los perjudicados por ese tipo de situaciones.

Sin embargo, no es fácil trasladar el principio de derecho de fondo a una legitimación procesal de quienes también se ven afectados en sus derechos o intereses por el contrato.

[4.5] CASIELLO, JUAN JOSÉ, *La adecuación del contrato*, LL, 11-V-95, VI-b: "la excesiva onerosidad sobreviniente encuentra solución por vía de un ajuste de las prestaciones correspectivas". El concepto de "excesiva onerosidad", por lo demás, se encuentra expresamente previsto en el contrato de transferencia a las licenciatarias de telecomunicaciones, tanto a favor como en contra de ellas (artículos 10.9., 10.9.1., 10.9.2., Boletín Oficial, 29 de enero de 1991, p. 11, contratos aprobados por Decreto 2332/90).

[4.6] El artículo 55 *in fine* de la ley de obras públicas de la Provincia de Buenos Aires expresa "En la misma forma beneficiarán al Estado los menores precios que, generados en las mismas causas, se reflejen en los conceptos antedichos".Ver CAROL, GUILLERMO C. y SANSONI, FÉLIX J., *Estudio de la legislación de obras públicas de la Provincia de Buenos Aires*, tomo II, edición de la Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1989, p. 594 y ss.

El enfoque clásico era legitimar exclusivamente al Estado, creando por ejemplo los impuestos a los *windfall benefits*, beneficios sin justa causa originados en situaciones de emergencia.[7]

Pero la evolución más reciente, tanto en materia contractual como en otras, es dar legitimación a todos los afectados, sea por acciones específicas como la *qui tam* en el derecho norteamericano, las acciones de clase o entre nosotros los derechos de incidencia colectiva.

Si existe una ganancia irrazonable o incausada debe no solamente rebajarse la tarifa sino sobre todo *devolverse a los usuarios lo cobrado de más*. Tenemos allí otro derecho individual de incidencia colectiva, en un todo a tono con el nuevo derecho supranacional europeo.

Una vieja institución de derecho civil cuya aplicación al derecho administrativo ha sido materia de opiniones conflictivas en nuestro país recibe también un espaldarazo de parte del derecho supranacional, en el caso la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Esta Convención dispone en su artículo III inciso 5°) que las contrataciones públicas deben responder al principio de equidad, lo cual parece resolver afirmativamente la controversia acerca de si se aplica o no como derecho de fondo el principio de la lesión [8] a los contratos de la administración que perjudican a los usua-

[4.7] Ver por ejemplo GROVES, HAROLD M., *Finanzas públicas*, ed. Trillas, México, 1965, p. 824 y ss.; HICK y ROSTAS, *The Taxation of War Wealth*, Clarendon Press, Oxford, 1941, p. 180 y ss.

[4.8] Considera aplicable el artículo 954 del Código Civil a los contratos administrativos MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión y el Derecho Administrativo*, "J. A.", 1976-II, p. 686 y ss.; en contra MARIENHOFF, *La lesión en el Derecho Administrativo*, J.A., 1975, p. 468 y ss.; *De nuevo sobre la lesión en el Derecho Administrativo*. J.A., 1976-III, p.766 y ss. ; RISOLÍA, *La lesión subjetiva: su invocación por el Estado o contra el Estado*, en la revista "120 años de la Procuración del Tesoro. 1863-1983", EUDEBA, Buenos Aires, 1983, p. 21 y ss., expresa que esa es la "sana doctrina" y que nunca ha invocado el Estado la lesión subjetiva, aunque no parece descartar la hipótesis de que ello ocurra; para ese supuesto prevé sanciones mayores: "De cualquier modo y para la triste hipótesis de la claudicación del Estado ante los trusts o empresas multinacionales, nos parece del caso recordar que la Constitución Nacional baldona a quienes la consientan (art. 29) y que la ley penal

rios: como es obvio, este derecho de fondo tiene importancia directa para los usuarios, cuya legitimación está en el derecho de incidencia colectiva. Allí se suman tanto el derecho de las asociaciones de usuarios a reclamar la recomposición del contrato en beneficio de los usuarios, como el derecho subjetivo de los usuarios a no ver violado su derecho de propiedad a no pagar tarifas inequitativas o injustas por servicios públicos de carácter monopólico.

Ciertamente que esta innovación produce fuertes rechazos tanto del contratante privado como de la administración y sus personeros doctrinarios; pero el principio constitucional parece claro en el artículo 43 e igualmente en la ley de defensa del consumidor. Hace falta solamente perfeccionarlo con acciones de *qui tam*, etc.

4.3. *Derecho a la no discriminación*

Si bien ya en 1990 sostuvimos que el Pacto de San José de Costa Rica tenía carácter supranacional, [9] el artículo 75 inciso 22 de la

castiga duramente los delitos contra la seguridad y la dignidad de la Nación (Cód. Pen., tít. IX, arts. 214 y sigts.)" (*op. cit.*, p. 29). Este instituto, aplicable tanto al derecho privado como público, sanciona la "ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación" que obtenga una de las partes merced a "la necesidad, ligereza o inexperiencia" del otro, lo que se presume *juris tantum* cuando existe una "notable desproporción de las prestaciones", a tenor del artículo 954 del Código Civil. La lesión, que en sus orígenes se relaciona con el delito de usura, queda así hoy vinculada al problema de las ganancias excesivas cuando existe situación de monopolio o exclusividad otorgada por el Estado en situación de lesión subjetiva. Risolía puntualiza que en tanto la prescripción de la nulidad de los actos administrativos por vicio de la voluntad es de dos años, la de la lesión es de cinco años, y se pregunta que si "se admite que el Estado puede y en ocasiones debe ocurrir ante el Poder Judicial para demandar la nulidad de sus propios actos a raíz de los vicios de error, dolo o violencia... ¿Cómo se explicaría — si es así— que no pueda invocar la lesión a los mismos fines en los términos del artículo 954 del Código Civil...?" (p. 29). Ver también t. 1 del *Tratado*, 8° ed., cap. XI, punto 6.5: "Lesión".

[4.9] Tanto que antes de la reforma, en la segunda edición de 1994 del tomo 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, capítulo V, incluimos a dicho Pacto como primero en la jerarquía normativa, por encima de la Constitución nacional, tal como lo habíamos adelantado en 1990 en el artículo *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*, "La Ley", 17 de abril de 1990 y en la 1° ed. de la presente obra,

actual Constitución es específico en darle al menos carácter constitucional. Con ello, principios tales como el de la *no discriminación* pasan a ser de aplicación directamente constitucional también en materia de tarifas de servicios públicos, y en cualquier relación de la sociedad. También en esta materia tenemos no solamente el primer y más rector principio de nuestro derecho supranacional de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino igualmente del derecho supranacional europeo. [10]

En todo caso, conforme al derecho supranacional, la Constitución de 1994 lo reinstala expresamente en el artículo 43, junto a otros derechos de incidencia colectiva, con los derechos que protegen "al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor" *y* "contra cualquier forma de discriminación."

4.4. *Derecho a un medio ambiente sano*

Este supuesto, claramente previsto en el texto constitucional del artículo 41, tiene un sesgo interesante: es más o menos el mismo texto del protocolo adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos, protocolo adicional que nuestro país no había suscripto ni incorporó por ende en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución.

Pero lo incluyó dentro del cuerpo normativo como artículo 41, con el resultado de que la norma tiene nivel constitucional al menos y cabe la pregunta de si abre o no una instancia supranacional, máxime atento que su texto no es sino el resultado de la interpretación armónica de la propia convención, como ya lo hemos argumentado anteriormente y ahora queda normativamente demostrado.

En todo caso cabe reiterar que la Constitución habla nuevamente en el artículo 43 de "los derechos que protegen al ambiente," con lo cual es el ambiente mismo el objeto jurídico de tutela

Derechos Humanos, 1990. En sentido análogo se ha pronunciado la Corte Suprema en los casos *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros, Fallos*, 308:647; ED, 148: 338 y *Fibraca*, sentencia del 7 de julio de 1993, entre otros.

[4.10] SCHWARZE, *op. cit.*, p. 545 y ss., 563 y ss.

constitucional, además de los individuos que en él se hallan como lo indica a título expreso el artículo 41. La legitimación tiene en este aspecto un doble sustento constitucional expreso en el ámbito judicial y por ende también en el administrativo.

El tema en cuestión es pues uno de los que se ve resuelto jurisdiccionalmente mediante acciones en las que se defiendan derechos de incidencia colectiva, lo que no importa negar la legitimación activa del ciudadano a título individual y de los vecinos o asociaciones de vecinos.

Pero ya no puede negarse la existencia de una tutela jurisdiccional amplia y que la legitimación ha sido extendida con el mismo alcance que el artículo 43 para el recurso de amparo: acá podrá utilizarse la vía del amparo o el juicio de conocimiento, pero la legitimación será siempre amplia.

5. *La legitimación en los derechos de incidencia colectiva*

5.1. *El principio general*

El principio constitucional, como lo tiene interpretado la Corte desde *Siri* y *Kot*, es que las garantías constitucionales son directamente operativas y el juzgador debe suplir las omisiones del legislador. Como también lo sostuvo la Corte *in re Ekmekdjian*, [1] aún en cuando el texto requiera expresamente del dictado de una ley reglamentaria, una irrazonable demora del legislador no puede obstar a su aplicación jurisdiccional. De nada valdría el capítulo incorporando "*nuevos* derechos y garantías" si hubiera que esperar a la ley o quedar supeditado a ella. Debe necesariamente recurrirse a la interpretación y aplicación directa de la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos que ella ha incorporado a su propio texto.

5.2. *Los tres supuestos constitucionales*

La Constitución establece en su artículo 43, segundo párrafo, que la acción de amparo en lo referente "a los derechos de incidencia

[5.1] *Fallos*, 308:647; E.D., 148: 338.

colectiva en general" (incluyendo explícitamente "los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor" *y* "cualquier forma de discriminación") tiene tres tipos de legitimados activos:

a) el propio afectado,

b) el Defensor del Pueblo,

c) "las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización". [2]

d) A estos tres supuestos constitucionales corresponde agregar un supuesto legal adicional previsto en la ley de defensa del consumidor, *el ministerio público*, al que luego nos referiremos.

5.2.1. *El propio afectado*

El propio afectado puede actuar en un doble carácter, defendiendo tanto su propio derecho subjetivo como el derecho de incidencia colectiva cuando, por ejemplo, ejerce acciones para resguardar su derecho a la salud y a un medio ambiente sano, de acuerdo al artículo 41, o cuando demanda por sus derechos como usuario de los servicios públicos conforme el artículo 42: allí se unen tanto el derecho individual como el general. [3] Así por ejemplo se ha condenado al Estado a cumplir sin dilaciones el cronograma de producción de la vacuna contra la llamada Fiebre Hemorrágica

[5.2] La redacción está expuesta en el orden a nuestro juicio más claro.

[5.3] Han tramitado diversos amparos iniciados por personas individuales en su condición de usuario, vecino, afectado, etc., que defendían al mismo tiempo un indubitable derecho colectivo: Sala IV, *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional*, LL, 1997-E, 535 (aumento del cospel de subterráneos, confirma el fallo de primera instancia que declara su inconstitucionalidad); el primer caso *Schroder*, Sala III, LL, 1994-E, 449 (medio ambiente); *Labatón* (discriminación, condena al Poder Judicial de la Nación a construir rampas de acceso para discapacitados); *Dalbon*, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil n° 54, RICARDO LI ROSI, LL, 1997-E, 570 (ordena a la Ciudad de Buenos Aires eliminar la propaganda vial al costado de la Avenida Lugones): este magistrado, a diferencia de otros que pretenden que el amparo no fue ampliado en la Constitución y los tratados internacionales, expresamente dice que ello es así, con cita del caso *Bravo*, CNCiv., Sala A, LL, 1996-E, 630.

Argentina o mal de los rastrojos (Sala IV, *Viceconte*, 2 de junio de 1998, causa 31.777/96, considerandos IV a X).

La evolución de la jurisprudencia ha sido progresivamente amplia, y ya puede hoy sostenerse, como lo ha resumido la Sala IV *in re Youssefian*, que "en última instancia la legitimación [se remite] a un punto de derecho sustancial (en la medida en que negar la legitimación equivale a negar el derecho)".[4]

5.2.2. *Otro sujeto de derecho que actúa por el afectado*

Ya de antaño hay casos en que el derecho puede ser ejercido por terceros en defensa de otro sujeto de derecho que forma, o no,[5] parte de ella como asociado.[6] Esto es muy importante pues a veces el propio interesado es renuente a acudir a la vía judicial, o no tiene los medios suficientes para hacerlo, e interesa al orden jurídico, en ciertos casos, que la lesión a determinadas circunstancias jurídicas individuales no quede sin corrección, lo que las transforma entonces en generales o colectivas. Partiendo del precedente de la ley de asociaciones profesionales —*stricto sensu*, gremiales o sindicales— la ley de protección al consumidor se adelantó a la Constitución de

[5.4] *Youssefian*, 7-XI-97, LL, 1997-F, 270 y sus precedentes: Sala V, *Rodríguez, Jesús y otros c/ Estado Nacional M° de Econ. y Ob. y Serv. Púb. —P.E.N.— s/ medida cautelar (autónoma)*, 19 de julio de 1996; Sala II, *Nieva Alejandro y otros c/ P.E.N. —Dto. 375/97— s/ amparo ley 16.986*, 10 de julio de 1997. La afirmación está limitada a apreciar "en el marco del proceso cautelar", "interina y provisionalmente, la concurrencia de un interés tutelable" (punto IV, párrafo tercero *in fine*).

[5.5] El ejemplo más dramático de nuestro pasado reciente es el de las Madres de Plaza de Mayo y otras instituciones análogas; a nivel internacional hay numerosas organizaciones de derechos humanos (*Amnesty International, America´s Watch*, etc.) que procuran la defensa de aquellos que no pueden defenderse por sí mismos. Otro caso de interés es el de la Sociedad Interamericana de Prensa, que brinda apoyo de opinión pública supranacional a los problemas locales de cada medio de prensa y puede también presentarse.

[5.6] En el primer caso podríamos encontrar una asociación que defienda derechos de terceros discriminados, perseguidos, etc., aunque éstos no sean miembros de ella. En el segundo encontramos supuestos tales como un gremio que defiende a sus afiliados, una corporación profesional a los miembros de la profesión, etc.

1994 en reconocer legitimación procesal colectiva a las asociaciones de usuarios y consumidores, concepto legal que recoge y amplía la nueva norma constitucional.

5.2.3. *Las asociaciones que propendan a esos fines*

También puede, finalmente, presentarse una asociación creada en defensa de todos los usuarios o de la colectividad misma, y ese es el caso de la legitimación de las "asociaciones que propendan a estos fines", conforme la terminología del artículo 43. Las hay tanto genéricas [7] como sectoriales.[8]

Ello incluye también el derecho a que exista una audiencia pública antes de que el Estado resuelva cuestiones que afectan a tales derechos de incidencia colectiva, [9] en la cual tales asociaciones puedan tener participación y aportar pruebas y argumentos en relación al proyecto en debate. Es que, en definitiva, derecho de incidencia colectiva y audiencia pública son dos conceptos paralelos.

También cabe tener presente el artículo 42, que precisamente reconoce que "Los consumidores y usuarios... tienen derecho... a la protección de... [sus] intereses económicos", lo cual es el derecho de fondo que necesita entonces de la indispensable tutela judicial operativa, sin necesidad de norma procesal legislativa alguna, para requerir de la justicia el derecho de fondo que la Constitución consagra.

[5.7] Consultar el CEC, Centro de Educación al Consumidor, Sarmiento 1967, piso 1°, of. 15, tel. 952-7990; ADELCO, Acción del Consumidor, 371-1661/0846; Unión de Usuarios y Consumidores, Pueyrredón 510, tel. 961-8153 y 963-3399; Consumidores Argentinos, Río Bamba 250, 953-9692/4551, etc.

[5.8] Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA); Madres de Plaza de Mayo; ADC, Asociación Por los Derechos Civiles; ADECUA; Asociación Vecinal de Belgrano "C"; Asociación Protectora de Suscriptores de Planes de Ahorro; Confederación Unificada Bioquímica de la República Argentina; Fatav, Familiares y víctimas de accidentes de tránsito, etc.

[5.9] Lo explicamos en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y el administrado*, 6° ed., 2003.

La antigua solución de los casos *Siri* y *Kot* resulta de directa aplicación al caso.

5.2.4. *Otros casos*

A lo expuesto cabe agregar que diversos fallos han admitido la legitimación de legisladores,[10] aunque la CSJN se inclinó por la tesis opuesta. Perdure o no esa solución, alcanza con la legitimación de las asociaciones, los afectados y el Defensor del Pueblo de la Nación.

6. *Procesos en que se aplica*

6.1. *No solamente el amparo*

Si se considera al artículo 43 referido a la más restrictiva de las vías judiciales, el amparo, de allí se sigue, *a fortiori*, que la legitimación así ampliada asimismo es aplicable a los juicios de conocimiento. La Corte Suprema admitió que el derecho del artículo 43 puede ejercitarse tanto por la vía del amparo como por la acción declarativa,[1] y la Sala IV aclaró que ese derecho se aplica a otros juicios sumarísimos y al juicio sumario, y que puede igualmente tramitarse como ordinario: "También abona la tesitura precedentemente esbozada la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual la acción prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional y en la ley 16.986 no es la única, exclusiva o ineludible para la salvaguarda de derechos y garantías constitucionales o legales, en tanto se admite que la tutela de los derechos y facultades

[5.10] *Nieva*, Sala II, 26-VIII-97, "RAP", n° 228, Buenos Aires, 1997, p. 124 y ss. y otros, entre ellos un previo fallo en la misma causa, Sala II, 10-VII-97; CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala *ad hoc* integrada por los Camaristas ROBERTO MORDEGLIA (Sala III), PEDRO COVIELLO (Sala I) y MARÍA GARZÓN DE COMTE GRAND, *in re Sociedad Aeronáutica San Fernando SRL y otros*, 1997. La CSJN rechazó las acciones, pero todavía el Juez de Primera Instancia Dr. SILVA GARRETÓN logró imponer la existencia al menos de un ente regulador con domicilio, presupuesto, organigrama, integración del directorio co representantes de las Provincias y los usuarios.

[6.1] *Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA)*, LL, 1997-C, 322, con nota: *Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva (Acción declarativa de inconstitucionalidad).*

constitucionales puede canalizarse por vías procesales que no se limitan a la específicamente reglada en la ley 16.986 (confr. doct. de Fallos, 310:877); y que, en el caso de que las cuestiones en juego exigiesen una mayor amplitud de debate y prueba, puede disponerse la sustanciación conforme al trámite previsto para el juicio sumario (Fallos 310:877; 311:810 y 2154) o el ordinario (Fallos 313:532)". (Considerando IX *in fine*.)[2] El mismo criterio de la Sala IV fue adoptado por la V:[3] "tales previsiones" ("una propuesta del órgano competente en la materia y su debate en audiencia pública") "no son sino el correlato sectorial de los derechos de incidencia colectiva reconocidos en el art. 42 de la Constitución Nacional" (considerando IV).

No existe obligación de interponer una acción de amparo, sinó sólo el derecho a hacerlo. Quien no quiere utilizar la acción de amparo puede prescindir de ella y utilizar entonces las demás vías que el ordenamiento procesal en cada caso le otorga. Imponer la "obligatoriedad" del amparo para el resguardo del derecho

6.2 *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. sumarísimo*, CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 17-X-97, LL, 1997-F, 273, causa 43.384/95, considerando X, p. 31 y ss. Ver también *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional*, CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, agosto 5 de 1997, LL,1997-E, 535. En la primera de las causas citadas la Sala IV expresó, refiriéndose al caso *AGUEERA*, que "Tal similitud [se refiere a la por la Corte mentada 'analogía existente entre esa acción y la de amparo'] se configura asimismo en el sub examine, en tanto la actora inició la presente acción como sumarísima (vía prevista en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para el trámite de las acciones de amparo contra actos de particulares: confr. art. 321), no modificando lo señalado la circunstancia de que la señora juez de primera instancia haya ordenado el trámite de la presente con las reglas del juicio sumario... Si se entiende que la actora se encuentra legitimada para iniciar una acción de amparo, no se advierte que el hecho de que se haya dispuesto la tramitación de la causa mediante las reglas de un juicio de conocimiento más amplio tenga influencia sobre la aptitud de la recurrente para estar en juicio como parte actora a fin de lograr una sentencia sobre el fondo o mérito del asunto" (considerando IX, tercer párrafo).

6.3 CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala V, *Consumidores Libres Coop. Ltda. y otro c. Presidencia de la Nación y otro*, 9 de mayo de 1997, LL, 1997-F, 265, con nota *La revisión judicial de las tarifas y la acción de defensa del consumidor*.

constitucional previsto en el artículo 42 u otros (36, etc.) de la Constitución nacional implicaría quitarle toda acción cuando su derecho no fuera afectado en forma manifiesta, lo que resulta jurídicamente inaceptable.

Nunca se podría producir prueba para la defensa de los derechos del consumidor frente al prestador de servicios públicos monopólicos. Ese razonamiento es inconstitucional por violación a la garantía de la defensa en juicio para el supuesto de que se interpretara que un usuario sólo tiene derecho a demandar a una licenciataria monopólica por la vía del amparo, sin oportunidad suficiente y adecuada de debate y prueba, ni por otra vía procesal fuera de los supuestos más estrictos del amparo. También ello surge explícito del artículo 41 de la Constitución en cuanto tutela el derecho a la salud y a vivir en un medio ambiente sano. Aquí la norma constitucional habilita en todos los casos la legitimación judicial amplia y sólo se deberán distinguir los distintos procesos conforme a las reglas generales que rigen unos y otros.Aún sin ley expresa, pensamos que el texto constitucional que autoriza iniciar la vía sumarísima del amparo para la tutela de derechos de incidencia colectiva, también debe entenderse aplicable a todos los procedimientos de conocimiento ordinarios o sumarios en lo que hace a la defensa del usuario, el consumidor, etc.

6.2. *La opción por una vía de mayor debate y prueba*

Por lo demás, ya es pacífico en nuestro derecho procesal que quien tiene derecho a iniciar un procedimiento sumario, por ejemplo de daños y perjuicios, puede optar por el ordinario; es el mismo razonamiento con el cual quien puede hacer un amparo puede optar por otro procedimiento de mayor amplitud de defensa y prueba para el demandado, sin que éste pueda alegar perjuicio procesal alguno. Lo mismo resulta de aplicación, según vimos, cuando se trata de la acción sumarísima de defensa del consumidor conforme a la ley 24.240. Igual conclusión corresponde al amparo contra particulares.

Esta es la solución aceptada por procesalistas como HUGO ALSINA, RAYMUNDO FERNÁNDEZ, CARLOS COLOMBO, en razón de que la

elección por el actor del proceso que acuerda mayor amplitud de defensa no irroga perjuicio alguno al demandado,[4] y halla también respaldo jurisprudencial.[5] Por nuestra parte, hemos sostenido que: "En esta variante se puede sostener que el juicio ordinario es o no una vía idónea *a criterio inicial del recurrente*, no del demandado o del juez: Si su necesidad es de un pronto pronunciamiento, entonces es vía idónea "primero" el amparo y no el juicio ordinario";[6] ello es así "Siempre exceptuando, como es obvio, los juicios sumarios o sumarísimos:... ley de defensa del consumidor,... etcétera".[7] "El requisito de que no exista otro medio judicial más idóneo ha de referirse a la idoneidad específica de otros remedios sumarios previstos por la ley,[8] no al juicio ordinario."[9] Es que, como dice COLAUTTI, "el amparo ha dejado de ser una vía subsidiaria para convertirse en una vía alternativa cuya elección como medio mas idóneo *se halla a cargo de la asistencia letrada*".[10]

7. *El proceso de conocimiento de la ley de defensa del consumidor*

7.1. *La legitimación de las asociaciones*

En el plano legislativo, la legitimación amplia para la defensa de derechos de incidencia colectiva ha sido reconocida expresamente

6.4 CARLOS J. COLOMBO, tomo III, p. 841 de su *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado.*

6.5 CNFED. Civ. y Com., Sala I, causas 5840 del 29-4-77, 9340 del 25-3-80; Sala II, causas 877 del 2-7-71; 8643 del 23-5-80; 67 del 22-8-80, y otras; entre las más recientes, los citados casos *AGUEERA,* LL, 1997-C, 322 y *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. sumarísimo*, CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 17-X-97, LL, 1997-F, 273.

6.6 GORDILLO, *Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional*, LL, 1995-E, 988, reproducido en ABREGÚ, MARTÍN, y COURTIS, CHRISTIAN (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1997, p. 201 y ss., e *infra*, cap XII.

6.7 Artículo citado, nota 22.

6.8 Nota 24: "... ley de defensa del consumidor..., etcétera".

6.9 Artículo citado, p. 59.

6.10 COLAUTTI, *Derechos humanos*, Ed.Universidad, 1995, p. 245.

en la ley de defensa del consumidor, desde luego aplicable a los servicios públicos privatizados, donde las asociaciones y organizaciones de este tipo han sido admitidas en forma extensiva.

En efecto, el artículo 56 se refiere a las "*organizaciones* que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor", de lo cual resulta claro que no se refiere a ningún tipo de asociación en particular, en lo que se refiere a la legitimación. Así lo ha resuelto la Sala I *in re Consumidores Libres*, en fallo que la administración acató. El mismo principio amplio cabe aplicar, a nuestro juicio, cualquiera sea la forma jurídica de la organización no gubernamental, o incluso estatal o pública no estatal, que tenga tales finalidades (fundaciones, gremios, cooperativas, etc.).

Cabe también postular, como lo ha hecho con acierto la Sala IV en *ADECUA C/ENARGAS*, que es suficiente con su reconocimiento como persona jurídica por el Estado (cons. III, causa 16.242/96, año 1998).

El artículo 55 destaca que "Las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar *cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores*, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el segundo párrafo del artículo 58."

7.2. *La legitimación adicional obligatoria del ministerio público*

El artículo 52 de la ley otorga "Acciones Judiciales" en los siguientes términos: "Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley."

Concluye el artículo 52 antes citado diciendo que "*En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público.*"

Aquí la legitimación para la defensa de los derechos de incidencia colectiva es cuádruple: el interesado, las asociaciones, la autoridad de aplicación *y el ministerio público*, quien tiene además obligación de proseguir las acciones en caso de desistimiento de la asociación actora.

7.3. *Proceso de conocimiento*

Por último, el artículo 53 dispone que "Se aplicarán las normas del *proceso de conocimiento más abreviado* que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente."

Hay quienes pretenden que esto implica la *obligación* de utilizar la acción de amparo, con su múltiple restricción a un plazo de quince días, limitación de debate y prueba, requerimiento de ilegalidad manifiesta, etc.

Por supuesto que esa no es una afirmación seria. El proceso de conocimiento más abreviado es el proceso sumarísimo e incluso el sumario; nada impide que se opte por el ordinario si el actor elige la vía que otorga mayor debate y prueba.

7.4 *Cláusulas nulas y recomposición del contrato. Interpretación más favorable al consumidor o usuario*

El artículo 37 de la ley de defensa del consumidor 24.240 dispone además que "Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: *a)* Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; *b)* Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; *c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.*"

Esta última norma, como bien se advierte, es un derecho de incidencia colectiva muy importante en materia de servicios pú-

blicos celebrados con contratos de adhesión, materia a que también se refiere el artículo 38.

Continúa el mismo artículo 37 señalando que "*La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor.* Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. *Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato*, si ello fuera necesario."

En el caso de aumento de tarifas de servicios públicos, el juez puede así no solamente anular la nueva tarifa sino también restablecer la vigencia de la anterior, como ocurre cuando se anula por inconstitucional un aumento por sobre la tarifa precedente. La regla de que "la abrogación de una norma abrogatoria no hace renacer la norma abrogada" (MESSINEO) cede ante el principio de orden público nacional de la ley de defensa del consumidor, que establece la recomposición parcial de la relación jurídica declarando la nulidad de solamente una parte de ella.[1]

Por aplicación de tales principios, en un amparo interpuesto por un habitante de la ciudad de la Buenos Aires que invoca su calidad de usuario del servicio de subterráneo e impugna el aumento de la tarifa por "redondeo", la Sala IV de la Cámara Contencioso administrativa confirma la sentencia de primera instancia que anula puntualmente el aumento por inconstitucional.[2]

[7.1] Igual solución encontramos en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, cuyo artículo 50 inciso 1 prevé que la sentencia podrá decidir "El restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés jurídicamente vulnerado y la adopción de las medidas o actos necesarios a tales fines".

[7.2] Sala IV, *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional*, 5 de agosto de 1997, LL, 1997-E, 535; el voto en disidencia de USLENGHI no lo es en materia procesal, sino en cuanto al fondo. Expresamente declaró la aplicabilidad de

De ello se desprende que la tarifa anterior es la que continúa vigente y debe aplicarse. Como es obvio, la misma regla se aplica en los demás aumentos de tarifas que adolezcan de vicios de ilegitimidad, como lo han declarado los tribunales del fuero en materia telefónica.[3]

7.5. *En caso de duda a favor del consumidor*

Igualmente resulta de interés el artículo 3° en cuanto dispone que "En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor", principio que reitera el artículo 37.

Dicho principio establece de pleno derecho un criterio *jurídico* a favor del derecho del usuario o consumidor, con lo cual el otorgamiento de una medida cautelar debe cumplir con este precepto legal de una ley de *orden público* nacional, sin poder oponer a ello la presunción de legitimidad de los reglamentos o actos administrativos, sean ellos nacionales o locales.

El artículo 65 es en tal aspecto categórico: "La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional".

La verosimilitud del derecho está dispuesta a favor del usuario por expresa disposición de la ley nacional de orden público que por lo demás se ajusta en un todo al texto y al espíritu del artículo 42 de la Constitución, razón por la cual no puede pensarse tampoco en su posible inconstitucionalidad.

los artículos 42 y 43 de la Constitución nacional, "Que es principio general en la materia que las tarifas de los servicios públicos deben ser justas y razonables de manera que se asegure el respeto de la necesaria proporcionalidad entre el servicio prestado y la retribución abonada" y la legitimación del usuario del servicio para pedir la declaración de inconstitucionalidad.

[7.3] Ver también *Defensor del Pueblo c. Poder Ejecutivo nacional*, Sala III, 31-III-97, LL, 1997-E, 506, con nota de GALLARDO, ROBERTO ANDRÉS, *Teléfonos: novedosas herramientas y peligrosas tendencias de la administración*; sentencias del 21 de febrero y 4 de marzo, en el mismo volumen. El primer precedente en este debate proviene del caso *Adelco*, Sala III, LL, 1997-C, 836. La solución específica que mentamos fue adoptada en primera instancia por la jueza DRA. MARÍA JOSÉ SARMIENTO, y confirmada por la misma sala III, en la misma causa.

7.6 *Plazos de caducidad y prescripción*

No puede por vía de una supuesta aplicación obligatoria del decreto-ley de amparo, o del decreto-ley de procedimiento administrativo, aplicarse un plazo de caducidad que nada tiene que ver con el cómputo de la prescripción que prevé la ley de defensa del consumidor.[4]

La ley de defensa del consumidor es una *ley federal de orden público* que tutela derechos y garantías constitucionales federales y supranacionales: su ámbito de aplicación temporal, y su expresa finalidad de beneficiar al usuario o consumidor, no pueden quedar cercenados por la aplicación de normas de derecho procesal o procesal administrativo locales que, a la inversa, cercenan los derechos del interesado, o conceden plazos más restrictivos para la defensa de sus derechos e intereses.

Existiendo dos modos posibles de computar el plazo de interposición de la demanda, o la disyunción entre un plazo de prescripción y uno de caducidad, esta ley federal de orden público obliga necesariamente a adoptar la solución más favorable al usuario o consumidor, cuando la defensa de sus derechos o intereses le lleve a impugnar un acto, hecho u omisión de la administración pública nacional, provincial o municipal. Queda con ello dicho que, a nuestro entender, si la defensa de los referidos derechos se intenta fuera del plazo de noventa días que prevé el decreto-ley nacional de procedimiento administrativo pero dentro del plazo de prescripción de la ley de defensa del usuario y consumidor, corresponde aplicar el plazo más favorable al usuario o administrado.

[7.4] En el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires distintas pretensiones pueden tramitarse en la misma acción contencioso administrativa, la cual a su vez puede ser tanto ordinaria como sumaria. A tenor de lo expuesto correspondería aplicar esta última, pero como ella no admite otra prueba que el expediente y la documental, es posible que la jurisprudencia se incline por la vía ordinaria.

7.7. *Cómputo de la prescripción*

Tanto en lo que hace al derecho de fondo como en cuanto al proceso, cabe recordar algunas normas de interés para los derechos de incidencia colectiva. Así por ejemplo el art. 50 de la ley 24.240 establece que "Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. *La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones* o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales".

La infracción cometida a través de una tarifa ilegal o excesiva consiste en lesionar los derechos e intereses económicos de los usuarios. Cuando es de carácter sistemático o constante no da lugar al comienzo del cómputo de la prescripción.

Esta norma, que al igual que todo el resto de esta ley es de orden público, debe también interpretarse, conforme al mismo texto de la ley, de la forma más favorable al usuario o consumidor. En la duda, por ende, el derecho en cuestión no se encuentra prescripto.

8. *Las restricciones empíricas y cómo superarlas.*

8.1. *Primera restricción empírica*

En los años posteriores a la reforma constitucional se han dictado tanto pronunciamientos restrictivos como amplios en cuanto al alcance de esta legitimación:

Algunos de los fallos restrictivos han dado como fundamento que no se había presentado también un interesado directo. Ello nos proporciona una *primera lección práctica a aprender*: que por el momento es conveniente incluir siempre un interesado directo en cualquier acción por derechos de incidencia colectiva,[1] a fin de quitar un posible argumento o excusa al tribunal para no asumir su responsabilidad constitucional.

Desde luego, este tipo de requisito que exige un interesado directo es sólo uno de los momentos difíciles del nacimiento de esta

[8.1] Esta precaución no debe llevarse al exceso de presentar solamente al interesado directo, como hace una de las entidades de defensa de derechos civiles y contra la discriminación mencionadas anteriormente.

nueva institución de nuestro derecho constitucional, pues parece obvio que si se trata de la tutela de derechos que la propia constitución denomina *de incidencia colectiva*, no se trata de situaciones exclusivamente individuales y concretas, sino necesariamente generales.

8.2. *Segunda restricción empírica*

En otros casos le han negado legitimación a algunas asociaciones o corporaciones por no tener como objeto específico esta tutela. Ello proporciona una *segunda lección práctica*, y es que hay que modificar los estatutos e inscribirlas en el Registro Nacional de Defensa del Consumidor. También, constituir una plétora de asociaciones para una plétora de derechos de incidencia colectiva, hasta tanto la jurisprudencia sea uniforme y pueda desandarse el camino que tan insólitamente se ha debido recorrer ante la enorme reticencia de algunos órganos judiciales.

En su primera etapa el Registro Nacional de Defensa del Consumidor intentó limitar en su aplicación práctica el espectro de instituciones reconocidas, por ejemplo excluyendo cooperativas y restringiéndolo solamente a las asociaciones civiles.

Ese intento fue anulado por la Sala I, en fallo que la administración acató, procediendo a la inscripción en el registro.[2] Pensamos, como la Sala I, que corresponde la inscripción de todo tipo de persona jurídica, incluso en formación, e incluyendo las asociaciones mutuales, sindicales, profesionales (el C.P.A.C.F., etc.), políticas (partidos políticos), etc.

Lo cual lleva a pensar si en verdad no es suficiente con que se trate de una persona jurídica legalmente constituida, sin necesidad de que haya un registro *especial* al efecto; por lo demás el registro está creado por una resolución de Secretaría, no por ley, por lo cual resulta obvio que no reúne los caracteres de ley formal

[8.2.] *In re Consumidores Libres*, 1997. El "Registro Nacional de Defensa del Consumidor" fue creado por resolución 289/95 SCI (B.O. 19-XII-95). Actualmente el registro depende de la Dirección Nacional de Comercio Interior, como también el Registro Nacional de Infractores a la ley 24.240: Res. S.C.I. y M. 1233/97, B.O. 24-XI-97, p. 4.

previstos en la Constitución. Desde el punto de vista jurídico y constitucional, entendemos que no cabe exigir la inscripción en un registro que no cumple la primera de las condiciones constitucionales, su creación por ley del Congreso de la Nación. Así lo ha resuelto, implícita pero inequívocamente, la Sala IV en *ADECUA c/ ENARGAS* (1998, causa 16.242/96, cons. III).

8.3. *Tercera limitación*

En algún caso, aún estando el Defensor del Pueblo como legitimado indubitable, se ha resuelto revertir en el artículo 43 el párrafo segundo al primero, y exigir una ilegitimidad o arbitrariedad *manifiesta a un derecho individual*.

Ello nos lleva a una tercera lección práctica, y es que en tanto sea posible es por ahora mejor utilizar las acciones de la ley de defensa del consumidor y del usuario de servicios públicos, o la acción por el derecho a un medio ambiente sano y sólo si éstas no proceden recurrir al amparo del artículo 43,[3] para evitar inútiles discusiones procesales. Incluso, utilizar preferentemente acciones de conocimiento como el juicio sumario o el sumarísimo, o el ordinario donde se pueda. Esto, que es mero consejo práctico para litigantes, no constituye la enunciación de un principio jurídico sino cómo evitar su defectuosa aplicación. Desde luego, existe allí un problema aún mayor, que es la denegación de acceso pleno a una justicia oportuna y eficaz que así se produce, como explicamos en el capítulo XI.

9. *La resistencia al cambio*

Esto no significa que se esté interpretando bien la Constitución en estos pronunciamientos restrictivos, solo que hay un tiempo de inevitable adaptación que debe aún transitarse y mientras tanto es

[8.3] Ver los fallos de 1° y 2° instancia en *Consumidores Libres*, LL, 1995-E, 516, con nota de CASSAGNE, *De nuevo sobre la legitimación para accionar en el amparo;* y nota de AGUSTÍN, *La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva*.

necesario encontrar vías paralelas [1] de sortear los obstáculos procesales que se van tratando de crear, inútilmente. Estas primeras dificultades son fruto de una resistencia a aceptar la nueva Constitución y los pactos supranacionales [2] como derecho interno directamente operativo en sede judicial. Ha cambiado la Constitución, pero todavía está pendiente el pleno cambio de cultura jurídica.[3] Con todo, existen otros avances en la legitimación y en los efectos de la sentencia, más allá de alguno que otro fallo

9.1 Es la eterna historia de los países atrasados, que ya explicamos en nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Civitas, Madrid, 1982 y reimpresión 1995; *L'amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, introducción de FELICIANO BENVENUTI, ed. Giuffrè, Milán, 1987.

9.2 Lo que viene de antes de la Constitución de 1994: *La creciente internacionalización del derecho y sus efectos*, nota a *Cafés La Virginia*, CSJN, LL, 1995-D, 277; *Giroldi*, 7-IV-95, con nota *La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales*, "Révista Argentina del Régimen de la Administración Pública", n° 215, 1996, p. 151 y ss.; y sus antecedentes *Ekmekdjian*, 1992, *Fibraca*, 1993, *Hagelin*, 1993, etc. El caso *Giroldi* se amplía en *Arce*, LL, 1997-F, 696, con nota *Los derechos humanos no son para sino contra el Estado.*

9.3 *Supra*, cap. I. Es un problema constante en derecho público, que en versiones jurídicas contrapuestas sostiene distintas visiones del mundo: MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *El proceso de la definición de derecho administrativo*, Madrid, 1967, pp. 42 y 43: "Este es el drama íntimo del Derecho administrativo: *su innata aspiración a ser un Derecho común, cuando la inestabilidad de su materia le inclina a un carácter de Derecho episódico*". En cambio VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo, op.cit.*, 10° edición, p. 8, expresa que "Esta búsqueda difícil desalienta, en ocasiones, a ciertos *espíritus más dispuestos a las cosas determinadas y fijas, pero estimula enormemente a quienes gustan de las renovaciones, y aman, si así pudiera decirse, la aventura intelectual*". Ver POPPER, *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*, Routledge, Londres, 1991, cuyo pensamiento expusimos en el tomo 1, capítulo I, primera parte: "La ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien ... la de descubrir incesantemente problemas nuevos, más profundos y más generales, y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas". La ciencia supone no adorar "el ídolo de la certidumbre ... la adoración de este ídolo reprime la audacia y pone en peligro el rigor y la integridad de nuestras constataciones. La opinión equivocada de la ciencia se detalla en su pretensión de tener razón: pues lo que hace al hombre de ciencia no es su *posesión* del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino su *indagación* de la verdad persistente y temerariamente crítica".

adverso.Hay que tener perseverancia: *Vigilantibus, et non dormientibus, jura subveniunt.*

A su vez, dado que las vías del derecho supranacional están abiertas sin estas limitaciones internas, es indispensable recurrir constantemente a ellas para luego hacer realidad en lo interno lo que en lo externo está dado. Finalmente administraciones y tribunales no tendrán más remedio que comprender, en base a los precedentes de *Giroldi* y *Arce*, que no pueden lógica ni jurídicamente retacear en el derecho interno la tutela y legitimación procesal que los individuos pueden pedir en el derecho supranacional.[4]

Desde luego, no todos los jueces y salas proceden del modo expuesto: hace falta que su ejemplo cunda y que haya más tribunales que los puedan aplicar. Nuestro pronóstico es optimista.[5]

10. *El esquema clásico y su evolución*

10.1. *Derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple*

El clásico derecho público argentino, atrasado respecto del derecho comparado, admitía pues básicamente la tutela en sede judicial del derecho subjetivo, no así del interés legítimo que sólo encontraba protección en sede administrativa.

El derecho de todo habitante se reducía en un "interés simple" que sólo permitía hacer denuncias administrativas pero no exigir nada, ni siquiera la cesación de la irregularidad denunciada, ni recurrir en sede administrativa o accionar judicialmente.

9.4 Igual solución en el derecho europeo. Ver P. VAN DIJK y G.J. H. VAN HOOF, y colaboradores, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3° ed., ed. Kluwer Law International, La Haya, 1998, pp. 40 y 47.

9.5 *Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia*, LL, 1997-F, 1318, y su versión actualizada en la 2° edición de *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, 1998.

10.2. *Interés difuso*

Frente a ellos se erigía el concepto más moderno de "interés difuso", más amplio que el interés legítimo pero sin llegar a la amplitud del interés simple: su gran peculiaridad era que habilitaba la acción judicial correctora de la ilegitimidad.

Mientras algunos procesalistas lo admitían y otros no, estaban los acérrimos opositores que gustaban llamarlo "interés confuso"; el concepto no pasaba a la realidad jurisprudencial salvo en materia de medio ambiente.

10.3. *La ley de defensa del usuario y del consumidor*

Ese esquema ha ido cambiando sustancialmente en los últimos años, por diversos motivos.

En primer lugar, la ley de defensa del usuario y del consumidor admitió la legitimación de los distintos tipos de asociaciones de usuarios y consumidores para actuar en juicio contra los proveedores de bienes y servicios, incluidos los servicios públicos, lo que no ha podido sino ser interpretado con la amplitud que el texto legal consagra.

Es además una ley federal de orden público, que consagra el principio: "en la duda a favor del usuario o consumidor" y otorga expresamente amplio acceso judicial para su tutela.

10.4. *Los artículos 41 a 43 de la Constitución*

Poco tiempo después de dictada la ley de defensa del usuario y del consumidor, la Constitución de 1994 admitió dos tipos expresos de interés difuso o colectivo con tutela judicial: el de los artículos 41 y 43 para el derecho a un medio ambiente sano, [1] y el del artículo 43 al amparo.

[10.1] El artículo 41 le otorga este derecho —sustantivo y adjetivo— a *toda* persona afectada por el problema ambiental de que se trate —caso típico, el vecino y la asociación vecinal—, con lo cual tenemos una figura similar al interés difuso. En cuanto al derecho de fondo ver *Derechos no enumerados: el caso de la salud y el medio ambiente*, en el libro de MILLER, JONATHAN M. Y OTROS, *Constitución y derechos humanos*, tomo 1, ed. Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 182 y ss.: la construcción que allí realizamos quedó consagrada en

A lo expuesto cabe entonces sumar el de la ley de defensa del usuario y del consumidor ya preexistente y los múltiples derechos del artículo 42; con más los derechos de los artículos 36 y siguientes, todos de igual naturaleza colectiva. La Constitución consagra así una proposición que ya había aparecido anteriormente en las multas aplicadas a los concesionarios de gas y electricidad a favor de los usuarios, en la legitimación del C.P.A.C.F., etc.

La introducción constitucional de los derechos de incidencia colectiva constituye la base indubitable del progreso futuro en esta materia no solamente para la legitimación judicial en cuanto al derecho sustantivo sino también para el adjetivo, por ejemplo en materia de participación de los usuarios en los servicios públicos conforme al artículo 42, o en el ya reconocido derecho a tener audiencia pública en sede administrativa antes que se modifique sensiblemente su régimen hacia el usuario.

Por supuesto, que exista la vía judicial no significa que el éxito corone toda propuesta impugnativa. Algunas veces con razón y otras sin ella, las sentencias definitivas no siempre hacen lugar a lo peticionado. Pero no esto no desmerece el valor del progreso que se ha producido en la materia.

10.5. *El derecho a la previa audiencia pública*

También se ha abierto camino la idea del derecho constitucional a la audiencia pública antes de que se adopten decisiones que puedan afectar a la colectividad, tomado del derecho anglosajón. Allí confluyen un derecho sustantivo y adjetivo de incidencia colectiva, y como veremos también un derecho subjetivo.

Al igual que el principio madre del debido proceso en su doble fase adjetiva y sustantiva, lo mismo ocurre con este su desprendimiento, en el derecho de incidencia colectiva y el derecho subjetivo a la audiencia pública.

el art. 41. También ha sido seguido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

El requisito de la audiencia pública es aplicable no solamente en materia de tutela de medio ambiente y emisión de normas generales, sino en todo lo atinente a los servicios públicos privatizados bajo condiciones monopólicas. Su utilidad práctica ha demostrado ser insustituible, al obligar a las autoridades públicas a escuchar razones y evaluar alternativas antes de tomar decisiones que afectan el medio ambiente o la comunidad en cualquier otro modo.

Ello se vio claramente, como derecho de incidencia colectiva, con el amparo iniciado primero por ADELCO en 1994 y más tarde por el Defensor del Pueblo y un partido político en 1996, para que no se renegociara en más las tarifas telefónicas sin previa audiencia pública; la situación se repitió en 1997 con la proyectada prórroga de la exclusividad en *Youssefian*.

ADELCO obtuvo en 1996 una medida judicial de no innovar, reconociéndose así su legitimación para la defensa de intereses o derechos de incidencia colectiva; la administración transó en realizar la audiencia pública, reconociendo entonces también el derecho sustantivo.Tras dos sucesivas audiencias públicas, el Ministerio debió dos veces reducir sus estimaciones previas de renegociación y aumento tarifario, aunque finalmente incrementó las tarifas sin cumplimentar con el recaudo de someter su proyecto de reestructuración tarifaria al escrutinio público previo. Su posición solo fue conocida *ex post facto;* su accionar fue por ende ilegal e inconstitucional. [2] Y aunque existen también precedentes adversos a la fiel aplicación del nuevo sistema constitucional, quedan todavía acciones en curso, y otras a iniciarse, que pueden reencauzar la sana aplicación del derecho.

Otra variante limitativa hizo el Jefe de Gabinete cuando se trataba de fijar la tarifa a cobrar por YPF por el transporte de petróleo crudo por su Oleoducto Transandino: simplemente con-

[10.2.] *In re Adelco*, Sala III, LL, 1997-C, 836; *Defensor del Pueblo c. Poder Ejecutivo nacional*, Sala III, 31-III-97, LL, 1997-E, 506, con nota de GALLARDO, ROBERTO ANDRÉS, *Teléfonos: novedosas herramientas y peligrosas tendencias de la administración*, p. 6 y ss.; sentencias del 21 de febrero y 4 de marzo, en el mismo volumen.

cedió vista de las actuaciones a los interesados, fundándolo en que "Que desde el punto de vista jurídico cabe expresar que uno de los principios elementales en materia de tarifas, es garantizar que todos los afectados por ella puedan verter sus opiniones."[3]

Otro procedimiento intermedio lo constituye la "consulta pública" que realiza en procedimiento únicamente escrito la Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía, previa publicación en el Boletín Oficial.[4]

Pero todos estos pasos alternativos se complementan con audiencias públicas formales dispuestas por iniciativa de la propia administración, para otros aspectos de la vida administrativa. También ayuda en esto el progreso del derecho público local, en el caso la consagración constitucional de la audiencia pública en la Ciudad de Buenos Aires.

Dado que la audiencia pública ha sido por otra parte oficialmente reconocida como mecanismo de lucha contra la corrupción,[5] y que la Convención Interamericana Contra la Corrupción establece precisamente el principio de publicidad en la contratación pública, el destino está echado.

Es cierto que se producen renegociaciones de concesiones y licencias de servicios públicos que por su envergadura constituyen verdaderas contrataciones directas, sin audiencia pública ni otra forma de participación; pero dado que se trata de contratos en ejecución y en marcha es inevitable que finalmente deban pasar por las manos reparadoras de la justicia. No valdrá argüir allí la violación a la seguridad jurídica, pues será de aplicación el sempiterno *Nemo turpitudinem suam allegare potest*.

10.3. Disposición administrativa 1/97, Boletín Oficial del 29 de agosto de 1997, p. 6.

10.4. Resolución M.E. y O. y S.P. n° 329/96, instrumentada por ejemplo a través de la resolución S.C. y M. n° 1212/97, B.O. 18-XI-97, p. 16. Estos mecanismos intermedios demuestran que la propia administración comienza a advertir la necesidad de contar con el resultado de una consulta pública en su propio interés, sin perjuicio de que también lo sea en el interés público.

10.5. MENEM, CARLOS, *Corrupción y el doble ocaso de la impunidad*, "Ambito Financiero", 19 de noviembre de 1997, p. 20: "Podemos citar también, entre otros avances en el control, ... la instrumentación de audiencias públicas."

Con todo, deberán recordarse los errores del pasado cuando se anularon contratos en sede administrativa. La recomposición contractual debe hacerse con indispensable intervención judicial.

La admisión de la legitimación procesal en el amparo en defensa de estos derechos de incidencia colectiva se vio también reconocida en sucesivos amparos iniciados por otras asociaciones en distintos juzgados federales con motivo de ulteriores audiencias públicas llamadas con carácter restrictivo, con información confidencial, etc.

Por su parte, la legitimación de tales asociaciones para participar en el trámite administrativo de la propia audiencia pública ha sido reconocida con amplitud por la misma administración, lo cual lleva inexorablemente a admitir la misma legitimación en sede judicial para la defensa de tales derechos en dichos procedimientos.

El 31 de enero de 1997, producida finalmente la reestructuración tarifaria, los mismos actores iniciaron similares vías y obtuvieron pronunciamientos favorables de las diversas Salas del fuero, con lo cual la procedencia de la vía quedó al menos establecida, independientemente de cuál sea el resultado final, nacional o supranacionalmente. Pensamos que la cuestión dista de estar concluida, aún con un fallo de la CSJN a favor del Poder Ejecutivo y las licenciatarias telefónicas, en el caso. Quedan acciones ordinarias pendientes en curso, cuyo resultado es prematuro vaticinar.

11. *Prospectiva*

Es materia de inquietud ciudadana si las leyes que en su caso reglamenten estos derechos lo harán en forma limitativa, o dejarán margen para un mayor desarrollo.

De cualquier manera, aunque las primeras leyes sean restrictivas, con la evolución del pensamiento jurídico nacional y en particular la aplicación del derecho y la jurisdicción *supranacional* será posible irlas superando progresivamente.

En primer lugar, la evolución jurisprudencial podrá ir declarando la inconstitucionalidad de las normas legales que eventualmente restrinjan el acceso a la jurisdicción tal como la Constitución lo estableció y garantizó.

En segundo lugar, el propio progreso político puede ir generando modificaciones legislativas, en la medida que exista creciente consenso social sobre cuál debe ser la extensión del acceso a la tutela jurisdiccional para la defensa de los derechos de incidencia colectiva.

De todas maneras, las normas que se van dictando son suficientemente amplias como para no requerir modificaciones normativas, ya que cuando los códigos locales establecen la tutela de los “derechos” (como lo hacen todos, aún cuando no tutelen el “interés”), la expresión “derecho” ya no es constitucionalmente equiparable en forma exclusiva a derecho subjetivo. Por imperio de la Constitución federal, naturalmente de obligatorio cumplimiento operativo por las Provincias, el derecho a ser tutelado con acceso irrestricto a la justicia es tanto el derecho subjetivo como el derecho de incidencia colectiva.

Capítulo IX

LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR COMO DERECHOS HUMANOS

CARLOS EDUARDO TAMBUSSI[1]

CAPÍTULO I

PERSPECTIVA HISTORICA: LOS DERECHOS HUMANOS Y LA LUCHA POR EL DERECHO.

a) Introducción

Cuando intentamos historiar la irrupción jurídica y política de la preocupación por los derechos humanos, necesariamente nos involucramos en reseñar el fenómeno el constitucionalismo, como el fenómeno normativo que regula las relaciones entre el poder (Estado) y los ciudadanos, habiendo nacido formulado en "frenos

[1] Abogado, Universidad de Buenos Aires (1991), Especializado en Derecho Administrativo (Plan Res. 809/85). Ejerce la profesión en forma independiente. JEFE DE TRABAJOS PRACTICOS Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, CATEDRA: Dr. ALBERTO DALLA VIA. MATERIA: Derecho Constitucional. PROFESOR ADJUNTO INTERINO: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. CATEDRA: Dr. AGUSTÍN GORDILLO. MATERIA: DERECHOS HUMANOS Y GARANTIAS. Egresado del Programa de Actualizacion Derechos del Usuario y del Consumidor (Departamento de Estudios de Posgrado.Facultad de Derecho - U.B.A). Miembro del Instituto de Derecho de Usuarios y Consumidores del Colegio Publico de Abogados de la Capital Federal. Presidente de la Comisión de Derechos del Consumidor de la Asociación de Abogados de Buenos Aires.

y contrapesos" el primero, y en reconocimiento de derechos a los segundos.

Afrontamos entonces el desafío de expresarnos sobre siglos de historia en poco espacio, y nos damos a esa tarea con la certeza que no estaremos relatando el curso de una evolución.

Porque si bien científicamente y dentro de lo estrictamente pertinente a la ciencia del derecho podemos hablar de un avance en la instalación del concepto "derechos humanos", significado y expresado en su identidad como objeto de estudio, o como materia legislativa o de tratados y declaraciones internacionales, en el mundo del "hecho" se aprecian en la historia una serie de marchas y contramarchas, avances y retrocesos en el comportamiento del hombre con respecto hacia los derechos fundamentales de sus semejantes, que descartan de plano el argumento evolucionista puro.[2]

b) La "prehistoria" de los derechos humanos:

La historia política de la Grecia antigua, abundante en implementación de regímenes políticos y dueña del primer "copyright" (aunque restringido) de la democracia, donde su constante apunta a la exaltación de la "Polis" (Ciudad - Estado) único ámbito donde era posible la realización de los fines de los individuos, que debiendo ser coincidentes con los de la Polis, acaban por confundirse con éstos.

Heredera de una tradición de la antigüedad basada en las monarquías teocráticas absolutas, es en Roma donde surgirán las primeras ideas que formularon que el Estado tenía algo a qué respetar. Las nociones de "derecho natural", "derecho de gentes"

[2] Para GERMÁN BIDART CAMPOS, la existencia de tres generaciones de derechos, no significa que los derechos comprendidos en una "nacieron con ella y se extinguieron cuando surgió la siguiente." Generación, alude a nacimiento, y en esa inteligencia cada una de las tres generaciones "se ha sumado acumulativamente a las otras (...) para componer la triada indivisible y subsistente," existiendo "derechos nuevos y contenidos nuevos en derechos viejos." ("Las tres Generaciones de Derechos," del autor citado, en *LL* del 29-9-03.

esbozaron que existía la persona (el "individuo") con anterioridad a la organización política, y ésta se funda en la protección y defensa de los derechos del hombre.

A la antigüedad griega se le debe, entonces, la primera preocupación por los derechos políticos, esbozada en sus pensadores (Aristóteles) con su defensa de la libertad política, y el rechazo a la tiranía- y a Roma la primigenia posición sobre los derechos civiles, plasmada en su sistema jurídico, de influencia aún actual.

El surgimiento del Cristianismo y su "conquista" y propagación por Occidente, provocó otro significativo impacto en la humanidad, al colocar un fin espiritual, de "salvación" y "vida eterna" mas allá del Estado, del cual no se abjura sino que se lo ubica y distingue como el poder terrenal, administrador de lo temporal y de lo limitado, distinto del poder eterno de Dios.

Avanzando en la historia ingresamos en la Edad Media, donde el escenario no muestra ya grandes imperios poderosos, sino que la descomposición del último gran imperio romano deja atomizada a la civilización occidental bajo el sistema de organización feudal. Durante este período desarrollan su pensamiento los teóricos de la Iglesia, sobre la base filosófica fundamentalmente aristotélica, donde se esboza la necesidad de limitaciones jurídicas al poder dentro del esquema: Mundo de Dios (perfecto - inalcanzable) y Mundo de los hombres (de necesaria regulación por su imperfección).

En la era feudal la estructura social se basaba en estamentos: nobleza, señores feudales, clero, vasallos (trabajadores rurales), e incipiente clase comerciante (burguesía) de asentamiento urbano, vinculadas a veces por pactos entre sí y con el poder político.

De esta naturaleza son los llamados "fueros", primeros antecedentes de organización y sujeción del poder a pautas que los contratantes -entre ellos los propios soberanos- juraban respetar. Entre ellos y cronológicamente ejemplificamos con los fueros de León (año 1020), Jaca (1064), Nájera (1076), Toledo (1085), Burgos (1073), Calatayud (1120), Zaragoza (1115) y el Ordenamiento de León (1188) entre otros.

En Inglaterra, la llamada "Carta Magna" otorgada por el Rey Juan Sin Tierra en 1215 es una enunciación de libertades y derechos concedidas a los ciudadanos, a perpetuidad y que inclusive contiene explícitas garantías penales y acuerdos sobre la fijación y monto de los tributos, que pasan a ser controlados por el Consejo del Reino. Es este el antecedente -aunque primitivo- más aproximado a lo que actualmente entendemos como Constitución.

Con los antecedentes normativos de la revolución inglesa como el "Agreement of People" (1647) y el Instrument of Goverment (1653) se ingresa a los prolegómenos del constitucionalismo, entendido como la formulación escrita de limites a los poderes constituidos, y consagración de derechos de los ciudadanos, reconociendo su antecedente en el documento anterior.

c) El constitucionalismo:

El desarrollo de las clases comerciantes, el mayor acceso al intercambio y a la cultura con mayor "apertura" que dio la reforma, generó el ascenso social, acompasado al incremento de su poder económico, del sector dinámico y librepensador que generaría un movimiento cuya herencia para la humanidad - y sin perjuicio de sus cultores y aplicadores - es de un valor incalculable: el liberalismo, padre ideológico de los derechos llamados "de primera generación" o derechos civiles y políticos, con el valor libertad como piedra basal[3] del denominado "constitucionalismo clásico".

Aparecen como hemos anticipado, las bases racionales de la organización política (JOHN LOCKE), en la propuesta de un sistema basado en las libertades individuales. Originados en la idea del pacto o contrato social (ROUSSEAU) y del estado de naturaleza formulan el diseño político que permita el desarrollo de sus intereses y necesidades. Desde la libertad e igualdad consagradas como atributos inalienables de los hombres y preexistentes al estado mismo, llegan las partes en equilibrio de condiciones para darse su propio gobierno, delegando facultades que le son propias en un

[3] LÓPEZ ALFONSÍN, MARCELO, "Protección Constitucional de Consumidores y Usuarios," Ed. Estudio, p. 11.

poder constituido por representantes fruto de su elección, que fijarán las pautas por las que se regirá la sociedad. El poder a su vez dentro de sí, estará compartimentado y contrapesado, (MONTESQUIEU) en distribución de roles y funciones de control mutuo y recíproco.

El poder resulta de la concesión de sus libertades que hacen las voluntades personales al estado, que no se extiende mas que a lo necesario para la organización de la justicia y la protección económica individual.

Así, al absolutismo monárquico hasta entonces vigente se opone la soberanía popular, la voluntad libre de las partes que acuden al contrato. A la concentración personal de las facultades coercitivas se enfrenta el postulado de la división de poderes. A la divinidad y a la continuidad dinástica se opone la idea de representación del pueblo, a la unicidad la noción de pluralismo y posibilidad de oposición y fundamentalmente al control fiscal centralizado se opone el libre juego de las fuerzas del mercado. Asimismo, se hace hincapié en la necesidad que las reglas de juego se plasmaran en un texto organizado y sistematizado, pergeñando así la idea moderna de Constitución.

Se enmarca una filosofía fundada en la idea de individuo, que por naturaleza goza de derechos inalienables que deben respetarse, y como ser libre e igual sus semejantes, todo lo cual produjo cambios sociales de significación. La clase emergente, la burguesía, y sus crecientes intereses precisaban mayor libertad de desenvolvimiento, reclamando y exigiendo y en tal virtud sembraron sus revoluciones el espacio político y económico que anhelaban, originando la democracia liberal como sistema político y el capitalismo como patrón económico.

Es en los nacientes Estados Unidos de Norteamérica donde se dicta la primer Constitución escrita, la cual contenía todo una declaración de derechos de carácter general, que eran reconocidos y garantizados por la Constitución. Poco tiempo después, el 4 de julio de 1776, la declaración de la Independencia consagra los principios filosóficos y políticos de la ideología triunfante.

La Revolución Francesa es la definitiva afrenta en Europa al absolutismo monárquico, la cual genera en 26 de agosto de 1789 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, enunciativa y en forma abstracta para toda la humanidad, con carácter de "naturales, inalienables y sagrados". La idea subyacente era que "el hombre tenia derechos por el solo hecho de ser tal, independientemente de su condición de ciudadano francés, con lo cual se estaba a un paso de afirmar que posee tales derechos independientemente que una norma positiva los consagre"[4]

Los hombres de las "nuevas ideas" propagaron el ideario económico y político del liberalismo por toda Europa. Estas ideas, son protectoras de la libertad y de los derechos individuales, sostenedoras del gobierno de la ley (estado de derecho) como elaboración racional normativa que planifica el orden político del estado, al que buscarán limitar y reducir al mero papel de administrador (estado gendarme) para que no altere las libertades individuales.

d) La cuestión social:

El desarrollo y la rápida difusión de las ideas liberales llevaron a éstas a constituirse en la ideología cuasi universal, al menos en occidente. Los Estados Europeos que diseñan su estructura política lo hacen inevitablemente bajo la forma constitucional, bajo los parámetros de libertad de intercambio y mantenimiento de la propiedad y los derechos individuales. Antes bien, en su primera etapa, no advirtió este floreciente "liberalismo" que las partes contratantes llegaban al acuerdo en diferentes condiciones, y que en muchos casos volvían a hacer falta los controles, los "pesos y contrapesos" para equilibrar la balanza en las relaciones entre individuos, y no tanto ya con el Estado.

Europa vive por entonces una segunda mitad de siglo diecinueve marcada por el acelerado desarrollo económico y comercial producido por la explosión de la revolución industrial y el surgi-

[4] MANILI, PABLO, "La difícil tarea de elaborar un concepto de los Derechos Humanos," Revista Jurídica de la UCES, Año 1 Nro. 1, 1999

miento del maquinismo, manifestaciones que se venían evidenciando de décadas atrás y que muestran su auge en esta etapa. A su vez, es un período marcado por las guerras entre países y revoluciones internas (Francia 1848) en las que se plantea la formación de los Estados Nacionales y en alguna medida también la llamada "cuestión social."

El planteamiento de esta cuestión, es la primera crisis del capitalismo liberal que lo sorprende en plena expansión y apogeo. Ese temprano liberalismo / capitalismo como dijimos, no prestó atención a las desigualdades de las "partes contratantes" en lo que refiere a la vida civil (sobre todo en las relaciones laborales y en las demandas sociales de cultura y educación, y en las demandas políticas de participación) y en su ánimo de desprender al Estado de toda intervención en la vida social, quedó sin árbitro en los problemas de la comunidad y sin organización de rumbos económicos y políticos.

De manera tal que el progreso del liberalismo, al principio aristocrático y restringido, fue aprovechado por pocos. Y esa primera crisis se produce por la presión de los excluidos de la participación política y de los beneficios económicos, que empiezan a bregar por sus derechos. Aparecerá la crítica al capitalismo, que reconocerá distintas fuentes y distintas actitudes.

Entra en crisis el modelo individualista, al oponérsele enfoques con sentido social, demandando la intervención del estado para equilibrar la ecuación del "contrato" como en la promoción del desarrollo político y social de las naciones. El valor fundamental es el de la igualdad, como idea rectora del llamado constitucionalismo social[5]

Hecha evidente la realidad de la situación social, los textos jurídicos debieron comenzar a reflejar los cambios producidos en las sociedades. Y desde luego, este fenómeno se presentó en las reformas o en las nuevas constituciones de los estados, que empezaron a incorporar cláusulas con contenido "social", consagratorias de derechos colectivos, de deberes del estado, en sentido activo e

[5] LÓPEZ ALFONSÍN, *op. loc. cit.*

intervencionista y no de abstención, como había sido propio del constitucionalismo clásico, limitando los derechos individuales (propiedad también incluida) en función del interés de la sociedad, propiciando formas de democracia directa, consagrando derechos de los trabajadores y deberes del estado para con ellos, organización sindical, derecho de huelga, propiedad del estado sobre recursos naturales, reformas de sistemas agrarios y propiedad de la tierra, derechos a la cultura y educación generalizados etc. Algunas pudieron traducirse en hechos legislativos, políticos y actos de gobierno concretos, mientras otras quedaron en enunciados que tuvieron vigencia mientras desde el poder se sostuvieron esos valores. Tales, las invocaciones a la "justicia social", "interés social", etc.

La introducción de estos cambios jurídicos obedeció, en algunos casos, a la necesidad de adaptación del sistema social a la nueva situación de agudización de la cuestión social, y en otras a directos hechos revolucionarios. Las "pioneras" en materia de cláusulas sociales fueron la constitución surgida de la revolución bolchevique en Rusia, la de la efímera República de Weimar (Alemania) en 1919 (inspiración de otras constituciones europeas), la carta magna de la España republicana en 1931 y en nuestra América la constitución de Querétaro, fruto de la revolución mexicana en 1917. Nace la noción de estado benefactor o "estado de bienestar" cuyo ejemplo primigenio es el "New Deal" del presidente Roosevelt en los Estados Unidos.

No obstante, si bien el capitalismo emerge de las crisis y se redefine, adaptándose a las circunstancias que se le presentan, es en el siglo XX donde la agudización del problema de la lucha social, la conformación de fuertes bloques económicos, y la crisis del derecho, a veces lento para interpretar los cambios de la realidad, (en lo cual también incurrió el constitucionalismo, pleno de cláusulas de vida "ideal" o "deber ser" en una realidad cambiante cuando no totalmente distinta) entre otras causas, provocaron la producción de fenómenos verdaderamente involutivos, en la consagración y respeto a los derechos humanos.

El acrecentamiento en algunos casos desmedido del rol del estado y su significación en la vida civil, las terribles crisis económicas, el progreso de la ciencia y de la técnica, acompasado por la sucesión de continuas guerras, la aparición de la "política de masas" -irrupción de las clases obreras y sindicatos en la vida política- fueron demasiados acontecimientos para que se haga cargo de ellos una democracia liberal que salía de su apogeo, disfrutaba de sus privilegios, pero languidecía en una existencia -al decir de LINARES QUINTANA.[6] "rutinaria, vegetativa y demasiado confiada". Así fue que estas condiciones fueron (sintéticamente) catalizadoras de procesos totalitarios como los originados en la Unión Soviética (comunismo), Alemania (nacionalsocialismo) e Italia (fascismo).

e) Derechos Humanos:

La herencia de la posguerra es un punto de inflexión, entre esas tantas "idas y vueltas" que como dijimos al principio nos muestran que en materia de derechos humanos la historia no es evolutiva. El mundo sale de la segunda guerra mundial contemplando el espectáculo del genocidio nazi y el primer ensayo atómico (con centenas de miles de vidas como víctimas) sobre la población civil del Japón.

Ante la oportunidad de constituir un "nuevo orden", el liderazgo mundial -en particular el de los países vencedores en la contienda- se prepara para darle forma. Sin embargo, y más allá de las intenciones de los poderosos, el fin de la Segunda Guerra Mundial marca el génesis del derecho de la comunidad internacional y de los derechos humanos, en referencia al concepto tal como lo entendemos hoy.

La Organización de las Naciones Unidas, creada el 26 de junio de 1945, sancionó el 10 de diciembre de 1948 la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" cuyas bases son el reconocimiento de la "dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" y "con-

[6] El *Tratado de Derecho Constitucional* de este autor, ha sido la base para la reseña de hechos de este capitulo.

siderando que el desconocimiento y menosprecio de los derechos del hombre han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad". Presenta la declaración de derechos como la formulación de un ideal común para la humanidad, consagrándose en su articulado los derechos fundamentales del hombre: eliminación de todas las formas de discriminación, derecho a la vida, libertad y seguridad, proscripción de la tortura, igualdad ante la ley, derecho de asociación, protección de la familia, derechos políticos, seguridad social, derechos de los trabajadores y de la infancia, educación y cultura, etc.

Asimismo, a nivel continental y regional se avanza en la instrumentación de sistemas internacionales de protección y consagración jurídica de los derechos humanos. En el ámbito americano, en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA, creada en 1948, habiendo dictado su "Declaración Americana de Derechos Humanos) se sanciona en el año 1969 la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, la cual se incorpora al derecho argentino recién en 1984, bajo la Ley 23.054. En varios sistemas regionales, como el citado de nuestra América, se llegaron a crear y funcionar organismos jurisdiccionales supranacionales en materia de derechos humanos, en una reafirmación de la primacía derecho internacional sobre la barrera de la jurisdicción interna, o ante su agotamiento sin éxito.

Esta etapa en lo que hace a los derechos humanos está protagonizada por los distintos organismos internacionales y los pactos que se van celebrando en el orden mundial, regional y continental. En ellos se reconocen o bien derechos en general, o se tratan aspectos específicos. Entre ellos mencionamos, en el seno de la O.N.U: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, su Protocolo Facultativo (1966), Convención sobre Genocidio (1948), Trata de Personas y Prostitución (1949), Derechos Políticos de la Mujer (1952), Apátridas (1954), Abolición de la esclavitud (1956), Discriminación -Empleo y Ocupación- (1958), Discrimina-

ción racial (1963/65), Discriminación de la mujer (1967), Asilo (1967), Apartheid (1973), Tortura (1984), etc.

Mientras la ciencia jurídica avanza con la incorporación de los derechos humanos como preocupación y objeto de estudio, como enunciamos al principio las formas de vulnerarlos y desnaturalizarlos se diversifican. El progreso técnico-científico y el desarrollo industrial amenazan destruir el planeta en que habitamos, lo cual motiva el surgimiento de la idea de derecho al medio ambiente sano. La aparente consolidación del capitalismo y el mercado mostraron el fenómeno de la situación de ciertos agentes del segundo, los consumidores, inermes ante la situación de tener que satisfacer sus necesidades impostergables de bienes y servicios según los dictados y precios que fijan los poderosos. La postergación, la miseria y la hambruna de muchas naciones nos hace hablar hoy de la existencia de un "derecho al desarrollo", la necesidad de aunar esfuerzos y objetivos entre países ha hecho surgir un "derecho de la integración", fenómenos todos que van siendo paulatinamente tenidos en cuenta y reflejados en las constituciones y tratados internacionales. No son estas todas las nuevas preocupaciones de la ciencia jurídica actual, que debe dar respuestas a una civilización que a la par de desarrollar excelentes comunicaciones y sistemas de información, no vacila en recurrir al terrorismo y a la guerra para exteriorizar sus pretensiones.

Mas que nunca es el tiempo de refrescar la remanida apostilla de Von Ihering, aquella que habla de la necesidad de la "lucha por el derecho". Nos es difícil imaginar las categorías de pensamiento y las pautas culturales de los seres humanos de un par de siglos atrás, como para vislumbrar qué era lo justo para ellos. Más al tiempo de hoy, con nuestra capacidad de registro de la memoria universal, y el desarrollo del acervo cultural de la humanidad, cada vez tenemos los hombres de todo el mundo y desde luego también los juristas, la misión irrenunciable de dar sentido a la palabra civilización.

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR COMO DERECHOS HUMANOS

a) Introducción - Desvirtuar mitos y complejos:

Para introducirnos al tema que nos ocupa, acerca de la relación entre derechos del consumidor y derechos humanos, hemos de intentar ayudar a la comprensión de la misma con un par de aproximaciones por oposición, que pretendemos sirvan para desmitificar algunas cosas y a la vez despejar algunos prejuicios respecto del estudio y defensa de estos derechos.

La primera de ellas consiste en afirmar, para luego intentar demostrar en este trabajo, que estudiar y/o bregar por los derechos del consumidor no es la preocupación feliz de la academia respecto a la necesidad de cubrir jurídicamente los padecimientos de la clase media respecto de los modernos negocios y servicios (celulares, tarjetas de crédito, contratos de tiempo compartido, etc.). La segunda, radica en también demostrar que derecho del consumidor no se reduce a la simple óptica del comprador en comercios desde el punto de vista del "ama de casa", en un enfoque demagógico-populista que agota el tema de nuestro estudio en el rol del consumidor que vigila el correcto peso del fiambre y la fecha de vencimiento del yogurt.

Estas cuestiones, no son ajenas a los derechos del consumidor, pero tienden a reducirlo a esquemas que son solo una parte de su objeto, y a menospreciarlo como disciplina, ignorando su directa vinculación con los derechos humanos y su sustancia como herramienta jurídica general.

Ambos mitos, hacen hincapié solamente en la faz patrimonial de la protección, en la lucha valedera pero no suficiente por la integridad y la "no profanación del bolsillo", relativa a consumos vinculados a una clase (primer mito) o a determinados hábitos de consumo diario (segundo mito), que reducen la problemática a una lógica simplista, y que tiende a minimizarla como rama del derecho.

El derecho del consumidor es sin duda, un vehículo social de protección general, vinculado a derechos elementales de la persona humana, encuadrados dentro del marco de lo que llamamos "derechos humanos".

Estos, que también por ser tan atacados y menospreciados han sido definidos en muchos campos técnicos en forma lábil e imprecisa, tienen –sin embargo- una formulación cierta y concreta, generada en sus años de evolución como noción jurídica:

El Dr. PABLO MANILI[7] cita a PRIETO SANCHÍS, donde afirma que "los derechos humanos, como categoría ética, cultural e histórica -es decir, prenormativa-, no constituye una concepción cerrada y acabada de la que puedan beber los ordenamientos positivos, sino un concepto abierto a distintas concepciones y desarrollos y, en consecuencia, no existe una formulación canónica, ni una forma exclusiva de respetar las exigencias que derivan de tales derechos. Tampoco es posible emprender la tarea de comprensión desde un punto de vista externo a la historia."[8]

Así las cosas, la consideración del tema es inescindible del momento histórico en que aparece y en el que se desarrolla. Casi no hay obra o articulo que no incluya la frase de JOHN F. KENNEDY respecto a que "todos somos consumidores." Un concepto tan amplio, tan generalizado, muchas veces ve socavada su importancia en su misma generalidad. Consumir es algo tan normal, tan de todos los días, que parece haber existido siempre, y a la vez muchas veces es sólo merecedor de análisis compartimentados, en una deformación de la "tendencia a la especialización" propia de los tiempos que corren.

También, desde cierto "pensamiento progresista" se aprecia de un modo peyorativo la noción de consumidor, adjudicándole despectivamente el rol de rótulo de una categoría subsistente después del triunfo del capitalismo. Se lo desprecia como una denominación que nos incluye a todos, como "involucrados en el siste-

[7] MANILI, PABLO, "La difícil tarea de elaborar un concepto de los Derechos Humanos" Revista Jurídica de la UCES, Año 1 Nro. 1, 1999.

[8] Por esa razón, incluimos en este trabajo un esbozo histórico acerca de la "evolución" del constitucionalismo y los derechos humanos.

ma" y ese es nuestro rol. Entendido así, al estudiar las relaciones de consumo se esta trabajando con elementos intra- sistema, lo que significa la comprensión de la unicidad, y la definitiva consolidación de la categoría como rol social. Es, para ellos, una noción conservadora, que acepta una situación social dada.

En síntesis, se considera a la consagración de los derechos de consumidores y usuarios como una concesión del capitalismo (o del "sistema) ante las distorsiones creadas en su mismo seno. Y he aquí el error del enfoque: aunque a veces no satisfaga apetitos ideológicos la velocidad del cambio, seria menester analizar si las concesiones son tales, o en realidad se trata de verdaderos, aunque parciales, triunfos frente a los abusos del sistema. Preguntarse, al fin, si el monstruo ha concedido, o le han arrancado brazos.

b) Un derecho cotidiano. Significado y proyección social:

Tengamos en cuenta el aspecto fundamental de nuestras vidas que estamos analizando desde el punto de vista jurídico. Mediante el consumo (en cualquiera de sus niveles) procuramos satisfacer nuestras necesidades elementales y alcanzar una adecuada calidad de vida. Ello nos lleva a buscar en el ámbito llamado "mercado", los bienes y servicios que necesitamos. Somos, como consumidores, destinatarios finales de todos los bienes y del producto de la actividad comercial.

En esa ineludible y constante "excursión" al mercado, con esos fines tan básicos, estamos a merced de abusos de nuestra situación y de la imposición de condiciones por parte de quienes tienen (venden) lo que necesitamos. Realizamos como consumidores un acto de confianza máxima, al adquirir bienes o contratar servicios. Ignoramos calidades, formas de producción, composición de materiales; en suma: nada sabemos respecto de la aptitud del producto o servicio que contratamos. Generalmente, contamos con poco tiempo para comparar, discutir, consultar. Y todo ello, con el apremio de la necesidad.

Esta situación de campo caracteriza a la posición del consumidor frente a la relación de consumo como la parte débil de la misma (débil jurídico). A tal desigualdad natural, se propicia corregirla mediante desigualdades jurídicas, que desembocan en el principio protectorio, de la misma manera que las inequidades del contrato de trabajo generaron la aparición del derecho laboral.

Se equipara muchas veces a la noción de consumidor con lo que en su momento represento la concepción de "ciudadano" en el constitucionalismo clásico –individuo erguido frente al estado absoluto- o de "trabajador" en el marco de la cuestión social – destinatario de la protección y del auxilio del estado-. El peso especifico de la cuestión, es hoy mayor y mas complejo. No debe confundirse la noción de débil jurídico con la de un sujeto que necesita solo protección, ni la de ciudadano como la de mero centro de imputación de normas, titular de derechos abstractos que se concretan solo en contadas ocasiones. Hoy la concepción de consumidor es mucho mas englobante que las de trabajador o de ciudadano. La propuesta – o lo que quizás sea lo mismo, el desafío- es una noción de consumidor que no reniegue de sus arquetipos pasados, pero que se proyecte hacia el futuro con una matriz superadora.

Esta se construye en base a la brega por un consumidor protegido, pero además informado, activo, participante de los procesos e instituciones de decisión acerca de su problemática, dotado además de acceso irrestricto a la justicia.

Hablar de derechos del hombre es "hablar del hombre en si mismo y en su relación con los demás."[9] Los derechos que nos ocuparemos de analizar, aparecen como una necesidad de regulación ante la situación de desequilibrio que plantearemos como ínsita en la relación de consumo, aplicando el mismo mecanismo protector que originariamente presidio la idea del derecho del trabajo y de la seguridad social, respecto de la nueva realidad de la sociedad de consumo, frente a la que (a veces) como consumidores, nos sentimos solos.

[9] LÓPEZ ALFONSÍN, *op. cit.* p. 12.

Crear derecho partiendo de la base de esta desigualdad [10] implica, como cita LÓPEZ ALFONSÍN, "una cierta ruptura del clásico principio de igualdad ante la ley del articulo 16 de la Constitución Nacional y lo acerca al mas novedoso criterio de "igualdad de oportunidades" introducido por el constituyente de 1994."[11] Propiciar, en fin, resguardo en el camino para aquel que -en los hechos- esta en situación desventajosa.[12]

Situaciones de inferioridad, inseguridad e indefinición frente a la necesidad ineludible de proveerse de bienes y servicios, tienen directa relación con derechos fundamentales que hacen a nuestra dignidad. La problemática que se abre será fundamentalmente analizada desde el punto de vista jurídico, pero haremos también un pequeño esbozo sobre los profundos significados sociales, culturales, políticos y características de los tiempos que corren, en relación con el ejercicio de estos derechos.

c) El quid *de la inferioridad. "Ganadores" y "Perdedores":*

Hay una concepción derivada del liberalismo conservador por la cual, los "perdedores" del sistema de libre competencia, se protegen en el estado que ampara sus agrupamientos, son subsidiados, protegidos por su inferioridad, a la cual combaten agremiándose. De ahí el recelo con que desde esta ideología se observa a toda

[10] Se habla de situación estructural de desigualdad de fuerzas (REICH, NORBERTO, *Mercado y Derecho*, Ariel, Barcelona, p. 169).

[11] LÓPEZ ALFONSÍN, *op. cit*, p. 24.

[12] La producción masiva de productos en la cual estamos societariamente inmersos, como así también el eventual inadecuado control de los mismos que son así lanzados, ha conformado una categoría particular de individuos -consumidores- y ha puesto en marcha una novedosa rama jurídica, como es la del derecho del Consumo. El legislador contemporáneo ha querido estar a la altura de la realización social de la temática relacionada con el derecho al consumidor. Así, la reciente sanción de la Ley 24.240 que disciplina propiamente los derechos del consumidor, y, "Mediante la cual, se pretende lograr un equilibrio, al denunciado desequilibrio por algunos, que se establece entre quien elabora y quien consume, y que las normas del derecho común no resultaban todavía satisfactorias" (*C5 de Apel. Civ y Com*. Córdoba, 11-11-86 en *ED* 175-65).

unión que persiga la defensa de intereses colectivos, extendida a lo publico en general y al mismo rol del Estado.

En su exégesis de ALEXIS DE TOCQUEVILLE, MARIANO GRONDONA [13] explica que la actitud básica del liberalismo es la de una opción por una sociedad "de libre competencia, donde a unos les va a ir mejor que a otros. La moral de los "ganadores" es que el que gana, gana y el que pierde, pierde. Los "ganadores" prefieren la libertad. Pueden estar arriba o abajo en la escala social, pero no es cuestión de la situación objetiva en que hoy están, sino de cuanta fe se tienen en dirección del horizonte". Y una segunda actitud es la dada por la irrupción de los "perdedores" en el sistema político tiene como método principal no competir individualmente, sino "colectivamente para aunar sus respectivas debilidades".

En este panorama, derechos para el consumidor implica necesidad de regulación. Tal función sigue siendo inescindiblemente un acto del Estado. Por ende, el análisis será propiciatorio de la existencia o creación de normas jurídicas que signifiquen participación activa del Estado en la relación de consumo, interviniendo allí donde es necesario corregir desigualdades, superando el complejo por el cual regulación significa tutelas o privilegios, generadores de paternalismo y subordinación. Tampoco será una sacralización de la actividad estatal: también veremos la necesidad que existan en la sociedad civil mecanismos de agrupamiento y decisión -y alguna manera de representación- al que se le reconozcan potestades, legitimaciones y concursos activos en las cuestiones de consumidores y usuarios.[14]

La ratio legis de esta necesidad de regulación estriba en la constatación objetiva que se satisfacen por la contratación mercantil tanto las necesidades, como los lujos y hasta las vanidades

[13] GRONDONA, MARIANO, *Los Pensadores de la Libertad*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1986, p. 87 y ss.

[14] La ley no tiene efecto mágico, hay que lograr "transformar a los consumidores de ignorantes en informados, otorgarles voz y por ende, acceso a la justicia, darles poder negocial para discutir con éxito los negocios." (MOSSET ITURRASPE y LORENZETTI, "Defensa del Consumidor" Ley 24.240, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 10)

humanas. Desde el nacimiento hasta la muerte se necesita recurrir a la contratación, por lo tanto esta desempeña una ineludible función y repercusión social.[15]

El consumidor se halla situado en el ultimo tramo del camino constituido por la producción, la distribución y el consumo, y por ello se los denomina consumidores finales. A través de los contratos procuran no solamente satisfacer sus necesidades, sino tener también una adecuada calidad de vida. Ello consiste en conseguir dentro del mercado los bienes y servicios que se precisan, en las mejores condiciones posibles, pero expuesto a toda clase de engaños o a la imposición de condiciones no equitativas por parte de las empresas.[16]

El consumidor no esta en condiciones de juzgar por si mismo sobre la bondad de los productos o servicios que le son ofrecidos, no influye en el mercado, ni en precios, cantidades, condiciones o modalidades de contratación. La publicidad presiona sobre el y afecta su capacidad critica. Sufre una terrible desproporción de medios para hacer valer sus derechos, con relación a las empresas productoras de bienes y servicios.

No existen débiles tutelados, "perdedores" con heridas suturadas. La diferencia filosófica con el planteo de la ortodoxia liberal es acerca de la naturaleza de la cuestión. Si se observa todo con la lente de una contienda, la tendencia es a buscar resultados de la misma: alguien que gana y alguien que pierde. El fundamento ultimo que propiciamos como base del análisis es el

[15] La defensa del consumidor se constituye como uno de los principios rectores en materia de política económica y social, lo cual si bien no esta dicho en forma explicita como lo hace el art. 51 del texto español, luce implícito pero sin menor vigencia y precisión en nuestra norma constitucional (*ED* 178-153)

[16] El mercado promete una forma del ideal de libertad, y en su contracara, una garantía de exclusión. Como se desnuda el racismo en las puertas de algunas discotecas donde los guardias son expertos en diferenciaciones sociales, el mercado elige a quienes van a estar en condiciones de elegir en el. Pero, como necesita ser universal, enuncia su discurso como si todos en el fueran iguales. SARLO, BEATRIZ, *Escenas de la Vida Posmoderna*, Ariel, 1994.

de la cooperación que implica definir con equidad las obligaciones y responsabilidades, garantías y prerrogativas de cada uno.

d) Consumidor - Globalización - Política y Ciudadanía

"El hombre nace demasiado indefenso para renunciar a su voracidad compensadora de poder; nunca le parecerá bastante lo conquistado y acumulado, nunca descansara de domesticar su entorno para desmentir su fragilidad irremediable, su mortalidad, su intrascendencia"[17]

d) 1. Exordio:

No es intención de esta pequeña aproximación hacer un tratado sobre el fenómeno de la globalización. Si, en todo caso, intentar definirlo y encuadrarlo en sus características fundamentales.

Así, para este ensayo, las características de este fenómeno serán las que se comentaran mas adelante.

Como definición de un momento histórico, la palabra globalización nace luego de la caída del Muro de Berlín, hecho simbólico y culminante de la desaparición política del llamado "socialismo real" con la disolución de la Unión Soviética y el fin del régimen socialista en los llamados países del Este.

Tal circunstancia, fue explicada entre otras razones (sin olvidar, sin duda, la falta de libertad en sus diferentes alcances), por la precariedad económica del sistema socialista, finalmente ahogado en la lucha desigual frente al fuerte, poderoso y avasallador capitalismo y su mercado.

Concomitantemente, el triunfador en la batalla gritó a quien quisiera oírlo el llamado "fin de las ideologías", a partir del cual el planeta (globalización quizás alude a la forma geométrica de la Tierra) queda (presuntamente para siempre) regido por un sistema común, democrático a lo occidental en lo político, y capitalista en lo económico, quedando solo algunas "islas" (literal y ejemplificadoramente hablando) refractarias del (no tan) Nuevo Orden.

[17] AGUINIS, MARCOS, "Elogio de la Culpa," p. 179.

Nuestra domestica frase hecha acerca que “la historia la escriben los que ganan”, nos introduce ahora en la necesidad de ingresar en la caracterización que prometimos al principio.

d. 2) Caracterización de la globalización:

Globalización esta significando la homogeneización e internacionalización de los patrones de consumo y producción. Este fenómeno pervive en unificar las necesidades creadas de la gente, estableciendo las mismas pautas y los mismos usos a nivel mundial, diluyendo las identidades que se definían, también, por el consumo. Consumir “lo propio” constituía una parte de la pertenencia que se ha perdido, en esta idea que todos consumamos lo mismo[18]

Implica, a su vez, una transformación constante en la tecnología de producción y diseño de los objetos, generando una ampliación de deseos y expectativas materiales.

La globalización acentuó la interdependencia de los movimientos de capital financiero, que son rigurosamente controlados por los países dominantes y los organismos del crédito internacional. Ya no existe -definitivamente- mas capital con patria; el flujo de dinero es mas un juego de corporaciones o de bloques que la resultante de políticas económicas o fiscales de países políticamente soberanos.

Por consiguiente, y para abundar argumentalmente en el excusario habitual de los funcionarios, esto genera una creciente exposición interna o “apertura” de economías, donde las crisis repercuten con efecto cascada afectando sectores aparentemente desligados del punto critico (geográficamente), creándose la nece-

[18] “Se asigna un ordenamiento de preferencias a una persona, y cuando es necesario se supone que este ordenamiento refleja sus intereses, representa su bienestar, resume su idea de lo que debiera hacerse y describe sus elecciones.... En efecto, el hombre puramente económico es casi un retrasado mental desde el punto de vista social. La teoría económica se ha ocupado mucho de ese tonto racional arrellenando en la comodidad de su ordenamiento único de preferencias para todos los propósitos,” *Los Tontos Racionales*, Amartya Sen, 1986.

sidad de "recetas" o políticas comunes a lugares con quizás situaciones muy distintas.

La globalización encierra una "interacción funcional de actividades económicas y culturales dispersas, de bienes y servicios generados por un sistema con muchos centros."[19]

Políticamente, como ya hemos dicho, globalización implica el sostenimiento (como única alternativa que permite "dejar hacer" al mercado), de la democracia liberal, como pensamiento único. Concomitantemente, el alejamiento de la política de las realidades sociales y su lentitud para la apreciación, diagnostico y solución de los problemas cotidianos (sin contar la corrupción en esta parte del esbozo) llevan a un descreimiento profundísimo de la utilización de la participación política (y de la política como tal) como herramienta valida para las correcciones necesarias. Hay un traslado de las esperanzas sociales hacia otras formas de agrupación, que van desde las organizaciones no gubernamentales (ONG) hasta congregaciones religiosas. Los modelos sociales pasan mas por el espectáculo, el deporte o por hasta el delincuente mas audaz, que por los tradicionales grandes repúblicos sobre cuyas biografías las naciones educaron a sus hijos. En nuestros países latinoamericanos, el escaso desarrollo de nuestras democracias, su creciente inestabilidad, la desaparición de una generación política e intelectual producto de las dictaduras de los setenta y de los ochenta, originaron un subproducto de escepticismo, sensación de eterna transitoriedad, y un temor al compromiso y a la participación del que solo en algunos casos extremos despertamos, y de cuyos resultados pocas veces sabemos cosechar.

La globalización trajo fuerte aumento del desarrollo tecnológico, y consiguiente incremento del poder de sus propietarios. Lo que se tiene se vuelve a cada instante obsoleto o fugaz.

En cuanto a las condiciones de trabajo, el fenómeno es el de la flexibilización (antes bien, precarización), condimentada con las perdidas de empleo ocasionadas por la sustitución de la mano de

[19] GARCÍA CANCLINI, NÉSTOR, *Consumidores y Ciudadanos, conflictos multiculturales de la globalización*, Grijalbo, México, 2000.

obra humana por la tecnología. “El modo neoliberal de hacer la globalización consiste en reducir empleos para reducir los costos, compitiendo entre empresas transnacionales que no se sabe desde donde se dirigen, de manera que los intereses sindicales y nacionales casi no pueden ejercerse”[20]

Culturalmente, la globalización masificó el acceso a los medios de comunicación, reduciendo a la apreciación mediática los hechos sociales significativos, con comunicación inmediata y alcance mundial de los patrones culturales estandarizados que se busca imponer.

Consecuentemente con lo anterior, se erosionaron las identidades culturales nacionales, presentándose al nacionalismo como cosa del pasado, en todo cuanto se oponga a la homogeneización imperante, es decir “la modernidad” (y ya nos desactualizamos, pues se habla de “posmodernidad”), por oposición a lo “antiguo”, como se califica a cualquier cuestionador. Las ideas tienen fecha de vencimiento, sin indagar por la fecha de nacimiento de la imperante. Existe, por supuesto, el derecho a mudar de ellas, según las circunstancias o sus posibilidades de éxito.

Globalización conlleva el surgimiento y consolidación de bloques económicos transnacionales, que se consolidan regionalmente y compiten entre si.

Su propuesta moral es la de la exaltación del individualismo y el éxito material (“eficacia comercial”) como meta personal y signo de reconocimiento social.

* Eficacia comercial, éxito material, implican posesión de cosas, acceso a bienes de consumo, que se adquieren en el espacio deificado llamado “mercado.” Siguiendo a GUIMARAES[21] coincidiremos en que el mercado se expandió en el tiempo del surgimiento del liberalismo, como un agente civilizador (y hasta con consecuencias igualitarias), para oponerse al privilegio de la aristocracia, como transformador de las relaciones sociales hacia niveles superiores de sociabilidad y progreso económico. Pero en

[20] GARCÍA CANCLINI, *op. cit.*

[21] GUIMARAES, “Modernidad, Medio Ambiente y Ética: los dilemas del desarrollo.”

el marco descripto, los resultados de la creencia en la autorregulación del mercado lo evidencian las cifras de pobreza, marginalidad, y tecnicismos varios para mensurar la situación de los que han quedado fuera del acceso al mismo.

* A la inversa, es en estos tiempos al estado al que se le reconoce como "el contrapunto bondadoso para contener las fuerzas ciegas del mercado, que abandonadas a si mismas son incapaces de lograr la felicidad humana."[22]

* Con que herramientas y con que credibilidad, el estado puede asumir esta tarea? En muchas comunidades se ha perdido la batalla cultural de la noción de "lo publico", bastardeado por sus detractores y traicionado por los responsables de cuidarlo, que muchas veces fueron los mismos. Últimamente se ha confundido lo publico con lo estatal, en desmedro de todo contenido social y los ataques con o sin razón se han dirigido a lo que es publico por naturaleza (política, partidos, etc.), por su manifestación (huelgas, marchas, movilizaciones), o por su concepción e influencias (cultura, educación).[23]

* Viene conveniente entonces asimilar la experiencia y evitar la vuelta al estado sobredimensionado, tecnológicamente atrasado, ineficiente y endeudado.

* El equilibrio propuesto solo puede ser encontrado por la política, por una nueva política. Y en esto debe ponerse especial énfasis ya que en el vació que ésta deja (provocado por su desprestigio), "se insertan los grupos económicos, los medios de comunicación y los resquicios oligárquicos, travestidos en agentes de la modernidad basada en la ideología neoliberal."[24] Frente a esto, se esgrime la verdad objetiva que no existen postulaciones capaces de defender sólidamente la tesis que la elaboración y gestión de la vida publica pueda realizarse sin la mediación de la política, para superar la pobreza, la marginación y la desigualdad.

[22] GUIMARAES, *op. cit*.

[23] Del autor "En defensa de lo publico," en *Sociedad Abierta*, año 2 Nro. 2, Abril de 1990.

[24] GUIMARAES, *op. cit*.

* Este diagnostico lleva consigo la necesidad de replantear la relación Estado - Mercado - Sociedad a través de la acción política (efectiva, legisladora, concientizadora), para lo cual esta actividad tiene necesariamente que salir de las reglas de la publicidad, el espectáculo y la corrupción.

d. 3) Consumidores - Ciudadanos:

Sostiene NÉSTOR GARCÍA CANCLINI[25] que "siempre el ejercicio de la ciudadanía estuvo asociado a la capacidad de apropiarse de los bienes y a los modos de usarlos, pero se suponía que estas diferencias estaban niveladas por la igualdad en derechos abstractos que se concretaban al votar, al sentirse representado por un partido político o un sindicato."

En ciertas formas de la participación política y en los primeros albores de la democracia liberal, la posibilidad del voto estuvo asociado a las posibilidades de consumo (desde la categoría de "vecino" necesaria para ser cabildante en tiempos coloniales, hasta la exigencia de cierta "renta anual" para ser legislador establecida en nuestra constitución). El sufragio universal no tiene un siglo de vida en nuestra Argentina (y en su versión completa - comprensiva del voto femenino- unos cuantos años menos), y vino a democratizar a través de la participación política la situación de la población de bajo nivel de consumo, con la que empezó a necesitarse contar para ser captada o seducida si se aspiraba a niveles de poder importantes.

En la actualidad, la complejización de los temas y la "tecnoburocratización de las decisiones", el traslado de la campaña política del acto publico a la televisión, la sustitución del debate doctrinario por la comparación de imágenes, hacen que ante la sensación que todo se planifica desde "instancias globales inalcanzables", una de las pocas autonomías de decisión que queda es el acceso a los bienes que nos provee el consumo.

Junto con el descreimiento de la política y de las instituciones, otros grupos participativos cobran gran fuerza. La gente empieza

[25] GARCÍA CANCLINI, *op. cit.*

a creer que su representatividad, sus derechos, su información, se responden mas en las reglas de consumo y en la protección y defensa de las cosas que hacen a su vida diaria que en las reglas abstractas de la democracia o en la participación colectiva en espacios de actuación.

Viendo solo mercado y consumo nos planteamos solamente los asuntos con la regla de la eficacia comercial, y la globalización como la manera de llegar mas rápido a las ventas. La mirada política ha sido ganada por el mercado, al que se lo "vende" como mas eficaz para organizar las sociedades.

Como hemos dicho supra, desde ciertas visiones del "progresismo", se ve al consumo como lugar de lo suntuario y lo superfluo, donde los impulsos primarios de los sujetos podrían ordenarse con estudios de mercado y tácticas publicitarias. Y la ciudadanía se reduce a una cuestión política, donde la gente vota y actúa de acuerdo a sus convicciones individuales.

Sin embargo, ser ciudadano no tiene que ver solo con los derechos reconocidos por los aparatos estatales a quienes nacieron en un territorio, sino también con las practicas sociales y culturales que dan sentido de pertenencia y hacen sentir diferentes a quienes poseen una misma lengua, forma de organización y satisfacción de necesidades.

El ejercicio de la ciudadanía, el rol de "consumidor ciudadano" necesita de la existencia de mecanismos de participación social, y de conciencia en lo individual, ambos ámbitos en los que también se hará política. La democracia social requiere la consolidación de la acción de grupos de consumidores, que unen transversalmente necesidades comunes, y que pueden ser el núcleo de una nueva representatividad. A su vez, requiere consumidores consustanciados y exigentes guardianes de sus derechos.

Conjuntamente, los mecanismos de democracia directa (referéndum, consulta popular), los sistemas de participación de los interesados en niveles de decisión (audiencias publicas) y la ampliación de la legitimación activa a nivel judicial para la interposición de acciones colectivas, coadyuvan a formar un punto de

partida interesante para esta nueva forma de representar y hacer política (una vez mas, en el sentido amplio de la palabra).

No obstante, la relación cultural no es simplemente de captación entre dominadores hipnóticos y pasivos receptores de avisos. Existen múltiples situaciones que pueden verse a través de distintas disciplinas (no solo la económica, o la jurídica), y es en un múltiple enfoque donde debe continuarse con este análisis.

GARCÍA CANCLINI define al consumo como *"el conjunto de procesos socioculturales en los que se realizan la apropiación y los usos de los productos."*[26] Así, el consumo manifiesta una realidad sociopolítica interactiva. Consumir es, en ese pensamiento, participar en un escenario de disputas por aquello que la sociedad produce y por las maneras de usarlo.

Este dato ha sido determinante, por ejemplo, en nuestro país, en la oportunidad de definir cuestiones políticas de trascendencia. El "voto cuota" de 1995, donde se asocio la permanencia de un modelo político y económico a la existencia de posibilidades de consumo y crédito, fue una respuesta social que supero las cuestiones ideológicas de muchos, que prefirieron resignarlas, en aras de mantener las posibilidades de acceder fácilmente a bienes materiales.

Hay también aspectos icnográficos y estéticos en el consumo, dado que la posesión de cosas enuncia hacia fuera un signo de status, una personalidad determinada, una repercusión social. Se construye un paradigma donde los "pertenecientes" comen, se divierten, estudian, se visten, habitan, viajan, de una manera determinada, que medios de comunicación consultan, etc.

Estamos entonces frente a un doble juego: En realidad, el consumidor sale al mercado forzosamente obligado a satisfacer sus necesidades, desde las mas simples, hasta las mas suntuarias -aquellos que pueden-. Por otro lado, la inducción cultural del consumo hace que se confundan necesidades con deseos y que en algunos casos estos se convierten en demandas y en actos socialmente inducidos, y culturalmente condicionados. En cualquier

[26] GARCÍA CANCLINI, *op. cit.*

caso, el consumidor no es un ser aislado, sino que se encuentra inmerso y condicionado socialmente:

"Consumidores efectivos o consumidores imaginarios, los jóvenes encuentran en el mercado de mercancías y en el de bienes simbólicos un deposito de objetos y discursos "fast" preparados especialmente. La velocidad de circulación y, por lo tanto la obsolescencia acelerada se combinan en una alegoría de juventud: en el mercado, las mercancías deben ser nuevas, tener el estilo de la moda, deben captar los cambios mas insignificantes del aire de los tiempos"[27]

Basándonos en el autor citado[28] y en los aportes de este trabajo, podemos concluir en que para articular el consumo con un ejercicio reflexivo de la ciudadanía, debe tenderse a construir:

* una oferta vasta y diversificada de bienes y mensajes representativos de la variedad internacional de los mercados, de acceso fácil y equitativo para las mayorías, que garantice el acceso a bienes y servicios esenciales.

* información multidireccional y confiable sobre la calidad de los productos, con control efectivo de los consumidores y capacidad para refutar las pretensiones y las seducciones de la propaganda, creando una "ética en las relaciones de producción", con mercados justos, competitivos y transparentes.

* participación democrática de la sociedad civil en las decisiones de orden material, jurídico y político donde se organizan los consumos, redefiniendo el papel del intervencionismo estatal en las relaciones sociales y económicas.

* Privilegiar la relación medio ambiente y consumo sustentable.

Estas son acciones políticas de consumidores ciudadanos que conciben al mercado como un ámbito de relaciones socioculturales complejas y no como un simple lugar de intercambio de mercancías. Es decir, tener presente que los bienes cumplen determina-

[27] SARLO, BEATRIZ, *op. cit.*, p. 93.
[28] GARCÍA CANCLINI, *op. cit.*

das funciones, y la mercantil es solo una de ellas. Y que el actor-consumidor- agente de mercado no es sujeto pasivo, sino consciente y formador de esas relaciones culturales.

Por ultimo, vincular el consumo con la ciudadanía requiere ensayar una reubicación del mercado en la sociedad, intentar la reconquista imaginativa de los espacios públicos, del interés por lo publico. Así, el consumo se mostrara como un lugar de valor cognitivo, útil para pensar y actuar significativa y renovadoramente en la vida social.

CAPÍTULO III

CARACTERES JURÍDICOS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR:

Derecho tuitivo

Importa el abandono del principio de la igualdad formal ante la ley propio del esquema clásico del derecho civil y comercial, para proteger a la que es (solo materialmente y en principio) la parte mas débil, "que se encuentra inerme frente a las empresas y a los profesionales con los que se relaciona."[29] El derecho protectorio consiste en contemplar, entonces, esa imposibilidad que tenemos los consumidores de juzgar por nosotros mismos calidades, precios, materiales de elaboración, condiciones y modalidades de contratación. "Salir" al consumo y adquirir bienes es muchas veces un acto de confianza extrema, un verdadera fe ciega y confiada en que lo adquirido va a cumplir con su función, porque para ello así ha sido fabricado y el Estado de alguna manera esta presente en el contralor de tal procedimiento, como también en las condiciones de comercialización. La formulación de la ley es una declaración de principios en este sentido, al llamarse "Ley de Defensa del Consumidor" y definir así su objeto (art. 1).

[29] FARINA, JUAN M. *Contratos Comerciales Modernos*, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 248.

Orden público mínimo de protección

La Ley del Consumidor tiene el carácter de legislación común en términos del art. 75 inciso 12 de la Constitución Nacional y abarca el nivel de protección elemental de estos derechos, sobre el cual se puede innovar en su mayor desarrollo en las legislaciones provinciales, nunca otorgando un resguardo en menor grado o extendiendo las restricciones mas allá de lo que el presupuesto mínimo establece (art. 65 Ley 24.240, extensible al conjunto de normas integrativas de protección que menciona el art. 3 de la ley, junto a las normativas de defensa de la competencia y lealtad comercial).

Superación del análisis de la temática por principios tradicionales del derecho civil y comercial

A través de una concepción contractual especial –que restringe la autonomía de la voluntad-, un sistema propio de responsabilidad, plazos mas extensos de prescripción, etc.) e incluso del administrativo (en materia de servicios públicos, sin desmedro de las potestades exorbitantes de la administración, se reconocen expresos derechos participativos al administrado – usuario, en esa relación triangular que se da cuando los servicios se encuentran en manos privadas). Superación de la noción abstracta de persona (ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones) y en particular de persona física (aquellas que presentan "signos característicos de humanidad") del derecho civil, para configurar una visión humanista dentro de la ciencia del derecho, propia de los derechos humanos. "Persona" (consumidor) es todo ser humano en toda la amplitud y significación de ese concepto. Amplitud porque no excluye a nadie. Y significación por cuanto la noción humanista de consumidor engloba al sujeto de los mismos, no en abstracto, sino en un medio y en una situación determinadas, presupuesta por el legislador y orientada hacia el ejercicio efectivo de los derechos.

* Esto implica ver por una óptica diferente, distinta también al del tradicional derecho comercial, el fenómeno de la contratación mercantil, cuya función social e importancia es fundamen-

tal para la "satisfacción de las necesidades materiales, espirituales, científicas, de esparcimiento, etc." del hombre, para las que "recurre a las empresas productoras y distribuidoras de los bienes y servicios que se lanzan al mercado a dicho fin."[30]

* La doctrina citada, con eje en el aspecto social antes enunciado, postula un enfoque distinto que sale del encuadramiento tradicional del derecho mercantil, que contemple la situación del "simple consumidor frente a la empresa predisponente de las condiciones generales de contratación."[31] Es decir, romper con la visión restringida a un análisis jurídico que solo se preocupa por la agilidad y la seguridad de las transacciones (un derecho para comerciantes), y se centra en el propósito de lucro de la actividad que regula, dejando en su camino jirones de equidad.

* Esto significa también la redefinición de la idea de contrato, mas allá de la definición del mismo como "acuerdo de voluntades" que utiliza el Código Civil, teniendo en cuenta que la desigualdad en la posición de las partes ante el acuerdo obsta a la libertad, y se traduce en menoscabo y perjuicio para una de las partes de la relación, que no puede negociar el contenido de la misma, no teniendo otra alternativa mas que aceptar o prescindir del bien o servicio buscado (lo cual torna dramático en dilema en caso en que este le resulte imprescindible). Concomitantemente, un sistema distinto de apreciación del régimen de vicios de los actos, buscando "salvar" la abusividad de convenciones mediante su integración en el contrato de un modo equitativo, en lugar de fulminar con la nulidad el negocio celebrado, en la inteligencia que el consumidor necesita de esa contratación.

* También esta redefinición implica una revisión del sistema de responsabilidad, adoptándose un sistema de objetivo en lugar del clásico basamento de la misma en la culpabilidad o en el dolo y desde luego, sin perjuicio de éste. "Esta época de enormes progresos científicos y tecnológicos, en la producción masiva de bienes, requiere una concepción "solidarista" del derecho."[32]

[30] FARINA, *op. cit.* p. 1.
[31] FARINA, *op. cit.* p. 26.
[32] FARINA, *op. cit.*, p. 197.

* En pocas palabras, legislar sobre consumidores importa superar el estigma liberal por el que el dirigismo o la intervención estatal en la autonomía de la voluntad constituyen un sacrilegio a la inconmovible libertad contractual. FARINA, en la doctrina citada, propone que "el concepto de consumidor sea el mismo en el derecho comercial que en el derecho del consumidor", con lo que no sólo estamos hablando de una rama jurídica con principios propios, sino de la extensión de sus conceptos a otras especialidades.[33]

* En igual carácter, MOSSET ITURRASPE Y LORENZETTI[34] mencionan que la filosofía básica del derecho del consumidor es justamente superadora de la tradicional visión que parte de "sujetos económicamente iguales", con poder de negociación similar, para reemplazarlo por la de consumidor como "ser necesitado", sujeto pasivo del consumo, receptor o destinatario de esta actividad.

Irrenunciabilidad

Consecuencia del orden publico, la imposición por imperativo legal de normas protectorias hacen nula toda renuncia a los derechos que la legislación reconoce.

Regulación contractual

Mediante contratos los consumidores buscan satisfacer sus necesidades y deseos, y acceder a una adecuada calidad de vida, buscando adquirir los bienes y servicios que se necesitan en las mejores condiciones posibles, en la cual están expuestos a toda clase de engaños o proposiciones no equitativas por parte de las empresas. Por ello, la legislación establece mecanismos de protección y garantías respecto a varios aspectos de la contratación (régimen de cláusulas abusivas, contenidos obligatorios de documentos de venta, garantías, etcétera) permitiendo al juez la facultad de corregir la estipulación desventajosa mitigando sus efectos, y "sal-

[33] FARINA, *op. cit.*, p. 255.

[34] *Defensa del Consumidor - Ley 24.240*, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 20 y ss.

var" el negocio jurídico o el contrato, teniendo en cuenta que el objeto del mismo era el querido por el consumidor.

Responsabilidad objetiva y solidaria

En tiempos de producción masiva o en serie, de existencia de diversos canales de comercialización en el mercado, con multiplicidad de bienes que resultan de la creación de varios fabricantes, y el riesgo del consumidor en cuanto a su salud y seguridad, requieren que el criterio de responsabilidad en este aspecto sea el de una responsabilidad objetiva y solidaria, sin la cual la posibilidad del consumidor de ser protegido se convertiría en una mera ilusión, costosa e incierta, de individualización y atribución de un responsable con los criterios comunes de la responsabilidad civil.

Sistema de solución de controversias especial

El tipo de conflictos y su especial relación con la satisfacción de elementales necesidades humanas hacen imprescindible la existencia de un sistema rápido, eficaz, económico, y garantista para la instrumentación procesal de la defensa de estos derechos.

* Sobre este punto insistiremos en la necesidad imperiosa de un sistema judicial propio para la materia, o al menos de la existencia de los tribunales de menor cuantía,[35] ya que dada la voluntariedad de los métodos extrajudiciales de solución de conflictos hoy existente, y el anquilosamiento, costos, tiempos que significa llevar cuestiones a la justicia ordinaria, conspiran en la actualidad contra la solución efectiva de problemas pequeños de consumo, con la consiguiente resultante de verse obligado el publico a trocar resignación por orgullo, tranquilidad por justicia.

[35] "Con el actual estado de la organización de la justicia nacional, carente de una cada vez mas necesaria justicia y procedimientos adecuados para estas causas, siquiera para las pequeñas causas que en buena medida absorberían los litigios fundados en los derechos de los consumidores," ANAYA, JAIME, "Meditaciones sobre los derechos del consumidor," en *ED* 177-218).

Reconocimiento expreso

a) Derecho interno

Desde el surgimiento de lo que podemos considerar el primer antecedente normativo, con la Ley de 1914 (USA) que crea la Federal Trade Comission, (enmienda de la conocida Ley Sherman, que combatía la formación de monopolios), hasta las sucesivas leyes de regulación contractual dictadas en nuestro derecho, y mas allá de los códigos de fondo (como por ejemplo la introducción de figuras como el abuso del derecho o la teoría de la imprevisión en el Código Civil), hoy contamos con legislación especifica pero no unificada para un amplio espectro abarcado por esta nueva disciplina. Coexisten numerosas normas de carácter administrativo nacional, provincial y municipal, con leyes especificas como el Código Alimentario Nacional o el Plan Medico Obligatorio (para citar algunos ejemplos), resoluciones de Entes Reguladores, normas propias de servicios específicos (hotelería, turismo, transporte, etc.), hasta la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor (24.240, sancionada el 22-9-93, promulgada 13-10-93), con sus sucesivas reformas -cuyo amplio espectro de aplicación resulta de su concepto de consumidor, proveedor y relación de consumo- y cuya misma denominación (Ley de "Defensa") la constituye en el avance legislativo mas significativo en la materia. Posteriormente se dictaron normas complementarias y reformas: Decreto 2288/93, Ley 24.568 de 1995, 24787 de 1997 y Ley 24.499 de 1998.

* A nivel constitucional, antes del hecho de la Reforma de 1994, buena parte de la doctrina consideraba a los derechos del consumidor como incluidos dentro de los implícitos del art. 33 de la Carta Magna, como relacionados con la salud, la dignidad de la persona, a mas del reconocimiento expreso del derecho de propiedad.

* El constituyente de 1994 ha incorporado estos derechos a nuestra Carta Magna, llevándolos a su mas alta consideración, en consonancia con la corriente que se venía dando dentro del

constitucionalismo provincial y en el derecho extranjero. Sobre este punto nos expediremos mas adelante, en cuanto a las consecuencias del reconocimiento expreso y las particularidades en cuanto a la legitimación activa para la defensa judicial de los derechos del consumidor y defensa de la competencia.

* Lo que queda expresamente plasmado es la trascendencia que ha tenido para el constituyente y para la ciencia jurídica la elevación a rango constitucional de este tema, con su correlato de beneficios y garantías para la población en general.

b) Tratados Internacionales

Las Directrices de las Naciones Unidas, probadas por la Asamblea General de la ONU en 1985, Resolución 39/248, ampliadas en 1999, enumeran expresamente cuales son los derechos de los consumidores y usuarios, la obligación de proveer a la protección de los mismos por parte de las autoridades, propiciando legislación que reconozca a los mismos y permita su intervención para esos fines. Constituyen "lineamientos para la aplicación de políticas gubernamentales de protección al consumidor"[36] y mas allá de su leve rango de directrices (no son tratados) constituyen postulados de los cuales la legislación interna no puede apartarse.

Las Directrices, pese a su actualización en 1999, no contemplan aun la situación de consumidores de servicios específicos, como los bancarios - financieros o de seguros, tema que en diversos países aun se discute su encuadramiento en leyes protectorias de consumidores o en las leyes especificas de la actividad.

c) Europa - Mercosur

En la Unión Europea, hasta comienzos de la década de 1980 los sistemas jurídicos de defensa del consumidor se basaban en los principios del liberalismo. La reacción a esto surgió en Inglaterra, con un movimiento conocido como "Consumerism", que trataba de trasladar a nivel publico la conciencia del efecto que pro-

[36] STIGLITZ, GABRIEL A., "El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur" en *LL* del 19-5-95.

ducía el incremento masivo del consumo como consecuencia de la ampliación del mercado.

En el derecho comunitario originario europeo (Tratado de Roma, 1957), solo existían breves referencias sobre la defensa del consumidor y usuario, y recién con la suscripción del Tratado de Maastricht (1992), y el de Amsterdam (1997) se reafirmo la necesidad de alcanzar un alto nivel de protección mediante directivas de armonización de las legislaciones nacionales.

En cuanto al MERCOSUR hubo un intento normativo integrador: el 22 de diciembre de 1996 se firmo en Santa María, Brasil, el Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en materia de relaciones de consumo, el cual fue aprobado por Decisión CMC 10/96, pero este protocolo contiene una cláusula que obstaculizo su entrada en vigencia, ya que su articulo 18 establece que no se tramitara su aprobación hasta que no sea aprobado el Reglamento Común del MERCOSUR para la Defensa del Consumidor, el cual no se ha dictado hasta el presente.

Los cuatro países integrantes del MERCOSUR en forma individual han elaborado su marco normativo: Paraguay, mediante la ley 1334 (1998), Uruguay (Ley 17189 de 1999), Brasil posee el ordenamiento que se plasmo primero (Ley 8078 de 1990), denominada Código de Defensa del Consumidor, que establece el sistema de protección mas fuerte y efectiva del MERCOSUR y presenta los siguientes principios:

* Universalidad: considerando consumidores y usuarios a todas las personas que adquieren bienes o contraten servicios con independencia de las características de la contratación, por otro lado considera proveedores a personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras.

* Responsabilidad Objetiva: salvo culpa del consumidor o de un tercero, los proveedores son siempre responsables. En caso de profesiones liberales se debe probar la culpa.

* Solidaridad: entre todos los intervinientes en la cadena de producción.

* Tipificación de conductas delictivas: cubriendo el vacío de las leyes penales.

En este cuerpo normativo, el estado tiene un papel activo, prestando asistencia jurídica integral y gratuita, incentivando la creación de asociaciones de defensa del consumidor y entre otras cosas juzgados de menor cuantía para solucionar litigios de consumo.

La efectividad del derecho del consumidor en el marco de un tratado de integración como el Mercosur, enfrenta el problema de la armonización legislativa a las distintas realidades de los países que lo componen, no obstante en su breve andar histórico ha dado efectos objetivamente beneficiosos, (algunos primarios),como el surgimiento normativo de leyes sobre la materia en aquellos países miembros que no la tenían en su ordenamiento jurídico, y en otros, el "efecto contagio", producido por la reciprocidad del intercambio, disparador de la necesidad de garantías legislativas comunes a consumidores de un país respecto del otro.[37]

Mucho por hacer queda en este campo que abarca a mas de doscientos millones de consumidores, para cubrir la brecha entre los derechos y su aplicación real y efectiva,[38] en el marco del lento avance de las negociaciones de integración y la aplicación de sus medidas, atenuadas por el permanente estado de crisis económica, el endeudamiento externo y las dificultades de las empresas pequeñas (que constituyen la mayoría de la estructura productiva) para asumir los costos de protección al consumidor.

Creemos firmemente en los marcos de integración regional como el Mercosur, como uno de los más propicios ámbitos para el desarrollo jurídico de la protección de estos derechos, formulando

[37] Así, el Articulo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, que al momento de la sanción de la ley fuera vetado por el Poder Ejecutivo, "vuelve" tras la ultima reforma de la ley, en 1999 (Ley 24.499) entre otros aspectos por la necesidad de armonizar nuestra legislación con el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, quien brego en los Comités Técnicos del Mercosur en este sentido.

[38] Ruiz Lacruz, Beatriz, "Mercosur y la protección de los Consumidores."

iniciativas de políticas y acciones que hagan a la sostenibilidad política, social, económica y ambiental de las sociedades.

CAPÍTULO IV

ECOLOGIA Y CONSUMO

"Anteponer un limite social a la racionalidad económica de la modernidad. Anteponer la biosfera a la lógica de la economía de mercado. Detener un paradigma y estilo de desarrollo ecológicamente depredador, socialmente perverso y políticamente injusto."[39]

Consumo sustentable para desarrollo sustentable

Si bien tanto la Ley del Consumidor y la Constitución Nacional no tienen previsiones especificas en esta materia, es indudable la intima vinculación entre la noción de desarrollo sustentable y consumo sustentable, que se implican mutuamente.

La inclusión de los derechos de consumidores y usuarios, junto a la normativa ambiental en el capitulo constitucional de "Nuevos Derechos y Garantías" incorporado tras la Reforma de 1994 es un fundamento en este sentido, en la inteligencia que no solamente se los agrupo por considerarlos derechos de "tercera generación", sino por su interdependencia.

Acompañando los conceptos de consumo y desarrollo sustentable, su objetivo es el de lograr que los consumidores estén dispuestos aun a pagar mas, por productos amistosos con el medio ambiente. Esto es un fenómeno que está dando en los países desarrollados donde se ha llegado a un punto en que no sólo los consumidores se interesan en que los productos que adquieren reúnan los mas altos parámetros de calidad, sino que en su proceso de producción no deterioren el ambiente. El "sello verde" en los productos, se convierte en un requisito fundamental en la decisión de los consumidores, que entiendan que "cuanto más

[39] GUIMARAES, ROBERTO, "Modernidad, Medio Ambiente y Ética: los dilemas del desarrollo."

sanos sean los productos que consuman, mayor es la posibilidad de disfrutar una mejor calidad de vida."[40]

A esos fines, se ha creado la International Standard Organization (ISO), que ha desarrollado parámetros para determinar el impacto ambiental de los procesos de producción. A través de las normas ISO 14.000, con sus actualizaciones periódicas, una empresa puede medir cuánto impacta en la naturaleza, a fin de minimizar el impacto de su proceso productivo.

La Conferencia de Río 1992 creo el Grupo Consultivo sobre el Ambiente (SAGE, Strategic Advisory Group of Environment), que propicia proveer a la administración ambiental. Para ello, es necesaria la ayuda y asesoramiento de organismos internacionales que otorguen capacitación para implementar sistemas de administración ambiental, y evaluar las acciones emprendidas.[41] Mediante el sistema de otorgar certificados de calidad ambiental, se proveerá a la creación de la conciencia productiva ecológica a niveles económicos.

Los problemas ambientales tienen una evidente naturaleza política, ya que de sus consecuencias puede resultar afectado un amplio espectro de la población. Los riesgos ambientales son, en general, "producidos por la industria, exteriorizados por la economía, individualizados por el sistema legal y convertidos en inofensivos por la política" [42]

Desarrollo sustentable y consumo sustentable. Pautas para su interrelación y líneas directrices

En líneas generales, el desarrollo sustentable:

- Satisface necesidades del presente, sin comprometer a generaciones futuras.
- Pone al ser humano como centro y razón de ser del desarrollo.

[40] Loria Chávez, Carlos, Defensoría de los Habitantes, Costa Rica, "La Virtud esta en el medio," en *Perfiles Liberales*, 1998.

[41] Ortega, Adolfo, *La Reforma*, México D.F. 1996.

[42] Lezama, José Luis, "Politización Ambiental." *La Reforma*, México D.F., 1998.

En los múltiples aspectos de su cosmovisión:

* Los conceptos vinculados de desarrollo y consumo sustentable se asocian con las características de un desarrollo que además sea:

- Políticamente sustentable: a través de la profundización de la democracia.

- Culturalmente sustentable: preservación de la diversidad de valores.

* El concepto de desarrollo que se hermana con la noción de consumo sustentable, es el elaborado por la Organización de las Naciones Unidas, en la siguiente evolución:

Desarrollo humano no es "anticrecimiento". No sólo tiene que ver con la distribución de la riqueza, sino también con su creación. Desde una perspectiva más amplia y concreta que los conceptos anteriores de desarrollo (es decir, los enfoques que concedían atención exclusiva al crecimiento económico), demuestra que éste, si bien es vital, no basta por sí para el mejoramiento de la vida de las personas. El crecimiento no es el fin del desarrollo humano, sino un medio. Ambos están estrechamente ligados: "las personas contribuyen al crecimiento, y el crecimiento contribuye al bienestar humano."[43]

No obstante, las confusiones economicistas persisten en la actividad científica. Hasta un Premio Nobel en economía como ROBERT M. SÓLOW,[44] se refiere a la sostenibilidad como un "concepto esencialmente vago", por tener que ver con nuestra obligación con el futuro. Y advierte, en consecuencia, sobre el peligro de un estancamiento económico y un desaprovechamiento de recursos, si se produce un apego a un conservacionismo ortodoxo. La principal objeción de este economista es, precisamente, que no podemos siquiera imaginarnos cuáles son las necesidades de las generaciones futuras, como para determinar cual debe ser

[43] Informe de 1992 del Programa de Naciones Unidas Para el Desarrollo.

[44] SÓLOW, ROBERT M. , Massachusets Institute of Technology, "El recurso que le queda al futuro," conferencia en la Woods Hole Oceano Graphic Institution, "El Espectador," Bogotá, Colombia, 1995.

el grado de nuestra utilización de recursos hoy. Reafirma nuestro "derecho a complacernos" siempre que no sea a expensas del bienestar futuro. Pero ese concepto tiene que tener en cuenta el tipo de medio que vayamos a legar, con su capacidad productiva y su conocimiento tecnológico. Es decir, no debemos asustarnos de consumir algún recurso hoy, si el conocimiento tecnológico va desarrollando algún sustitutivo. Hay en esto, cierto desprecio del sentido del futuro, y del compromiso generacional, y una confianza científico - industrial excesiva, no sujeta a prever consecuencias futuras, pensando que necesariamente mas adelante se va a estar mejor.

No obstante, hay criterios axiológicos apreciables. Sostiene el científico,[45] que el futuro no esta adecuadamente representado en el mercado", manifestando un claro escepticismo respecto a que éste se encargue de cualquier obligación que tengamos con el futuro. El medio ambiente, necesita de la protección de las políticas publicas, ya que en su uso irracional se pueden obtener ganancias, cuyo costo asumirán otros.

La industrialización no implica desarrollo, ni configura una panacea universal. Puede convertirse en un fenómeno ambientalmente nocivo si no implica un correcto manejo ecológico. El ambiente "no puede ser contado como una despensa, un almacén, ilimitado, al que se recurre de acuerdo con las necesidades humanas,"[46] de manera que se utilice irracionalmente y comprometa el futuro de las próximas generaciones.

Hoy, desarrollo económico como concepto, ha sido debidamente integrado en una visión humanista formulada por organismos internacionales, dentro de la noción de desarrollo humano.

En el informe del Programa de Naciones Unidas sobre Desarrollo Humano 1990, se define a este como:

"El proceso mediante el cual se amplían las oportunidades del ser humano. En principio, estas oportunidades pueden ser infinitas y pueden variar con el tiempo. Sin embargo, las tres vías más

[45] SÓLOW, *op. cit.*.

[46] RODRÍGUEZ, ANDRÉS, "Que elige: ¿desarrollo o conservación?," en *Medio Ambiente,* Lima, Perú.

esenciales son: a) disfrutar de una vida prolongada y saludable; b) adquirir conocimientos y c) tener acceso a los recursos necesarios para una vida decente".

El segundo informe, introduce la realización personal como dato integrante del concepto, elemento que cobra importancia para los países en nuestra situación (1991): *"el objetivo del desarrollo humano es ampliar las oportunidades de las personas". Sin embargo, para que ellas puedan ejercer sus oportunidades, deben gozar de libertad social, económica, cultural y política. Y agrega: "las personas deben ser el centro del desarrollo humano. El desarrollo debe ser forjado alrededor de las personas y no ellas alrededor del desarrollo"*.

El de 1992 sigue avanzando en la exploración del concepto:*"si el objetivo del desarrollo es mejorar las oportunidades de las personas, debe hacerlo no sólo para la generación actual, sino también pensando en las generaciones futuras, debe ser sostenible"*. El desarrollo sostenible no es simplemente un llamado a la protección ambiental, sino que implica un nuevo concepto de crecimiento económico, que provee justicia y oportunidades para toda la gente del mundo.

El reporte de 1993 se centra en la participación popular en el desarrollo, concretamente por intermedio de los mercados, el gobierno y las organizaciones de la comunidad. Sostiene que el objetivo del desarrollo humano es ampliar la gama de opciones para la población, pero agrega que *"el desarrollo humano es el desarrollo del pueblo, para el pueblo y por el pueblo"*.

El de 1994, se centra en el concepto básico de seguridad humana. Seguridad humana y desarrollo humano no son conceptos equivalentes. Desarrollo humano es un concepto más amplio definido como proceso de ampliación de opciones que tiene la gente. *"Seguridad humana significa que la gente puede ejercer esas opciones en forma segura y libre, y que puede tener relativa confianza en que las oportunidades de hoy no desaparecerán mañana"*.

Determinado ecológicamente, el desarrollo tiene que implicar "una relación más coherente entre "tecnósfera" y "biósfera", si es

que ambos pueden escindirse."[47] En una palabra, desarrollo sustentable es una precisión del concepto de desarrollo, como contraposición al pesimismo ecológico.

Y, desde luego, esta noción se afianza en la idea de la virtud aristotélica: el medio entre los extremos. No se trata ni de una despreocupación total por el uso de los escasos recursos, ni de una posición a ultranza por no tocar el medio ambiente. Se trata de "*como utilizar de la mejor manera posible los recursos existentes de manera que se logre la máxima riqueza en el presente y que a la vez potencie el mejor nivel de vida en el futuro.*"[48]

En conclusión, la sociedad moderna debe revisar los valores de la economía, para no caer en una deshumanización sin frenos. La economía y el mercado deben ser revalorados humanísticamente, constituyendo al hombre en el centro de la atención publica.

Al hablar de sostenibilidad, se esta forzado a pensar en equidad. A su vez, como obligación moral, la sostenibilidad es un mandato general, no especifico, que "*no obliga a preservar esto o aquello, sino a preservar la capacidad de bienestar.*"[49]

Cuando la economía y los mercados funcionan sin atender pautas ambientales, la sociedad paga altos costos. Y estos se reparten de manera desigual entre los miembros de la sociedad, que empiezan por desventajas para la salud, trabajo, convivencia y el desarrollo mismo. Así, no cabe duda que el principal peso cae sobre los pobres que son los más desprotegidos. El sistema de mercado, como mecanismo de asignación de recursos es completamente ineficaz al no computar este costo a nivel empresa, ni tener una demanda articulada de recursos ambientales.

Para que política económica y ambiental estén íntimamente ligadas, la categoría ambiental debe figurar en los objetivos económicos. Estos han de dejarse de analizar cuantitativamente y su lugar ocupado por un análisis del crecimiento cualitativo, por un aumento del bienestar general.

[47] RODRIGUEZ, *op. cit.*
[48] LORIA CHÁVEZ, *op. cit.*
[49] SÓLOW, *op. cit.*

El progreso en soluciones tecnológicas novedosas debe abrir camino cada vez más a la prueba de impacto ambiental, que puede convertir a lo "técnicamente factible, económicamente posible y socialmente deseable en, además ecológicamente justificable"[50] y se convierte en el factor de viabilidad que define la justificación ecológica. Extendida tanto a emprendimientos públicos como privados, conjuntamente con la auditoria ecológica, la convierte en un objetivo económico y estratégico.

La herramienta fiscal también tiene su participación como instrumento de política ambiental. Para cumplir con los parámetros que venimos esbozando, debe lograr que aquel que se comporte ambientalmente en forma respetuosa, no pague mas impuestos que hasta ahora. En una palabra, contaminar nunca puede ser mas barato que evitar.

La economía debe volverse humanitaria y tomar conciencia del verdadero costo de la contaminación: perdida de horas laborales, caída de la productividad, pérdida de empleos, etc. sin mencionar los que sufre la calidad de vida en general. Mientras se lo considere de "libre disponibilidad" y de "costo cero" el mercado no tendrá un mecanismo de autorregulación capaz de limitar una sobreexplotación del medio y una distorsión estructural de la economía a favor de los sectores intensivos en medio ambiente.

Los gobiernos deben desarrollar e implementar un programa de trabajo sobre modelos de consumo y producción sustentables, incluyendo objetivos e indicadores. Respecto de su implementación: es necesario controlar, evaluar y generar informes en forma regular, incluyendo las iniciativas intergubernamentales y de asociaciones.[51] Los consumidores tienen sus derechos: Estos derechos están definidos en las Directrices de las Naciones Unidas

[50] VOHRER, MANFRED, "Asociación Europea de Pequeños y Medianos Empresarios," en *De la economía social de mercado a la Economía Ecológica de Mercado.*

[51] Boletín ECO (España) 3 de junio de 2002. **Eco-Equity** es una publicación del Grupo Danés 92, World Wide Fund for Nature, Greenpeace International, Friends of the Earth International, International Institute For Environment and Development, Northern Alliance for Sustainability, Consumers International, Pelangi, Fundación Natura

para la Protección del Consumidor, y los gobiernos deben volverse a comprometer a cumplir con estas Directrices, especialmente las establecidas en la Sección G.

CAPÍTULO V

ASPECTOS PARTICULARES DE PROTECCION

A continuación, se desarrollara el plexo normativo de derechos expresamente protegidos en la normativa nacional y en la Constitución, en base al ordenamiento que sigue. Haremos mayor hincapié en aquellos aspectos no patrimoniales, que ya han sido profundamente desarrollados en otras obras y leyes comentadas.

Derecho de acceso al consumo

Como etapa previa a entablar la relación de consumo, (previo a su concreción) este derecho esta comprendido dentro de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (1985 y modificaciones), y presente en forma dispersa en distintos artículos de la ley 24.240, que no menciona este aspecto con la misma terminología, sino que hay que indagarlo en su espíritu. Constitucionalmente, se encuentra consagrado al establecerse el derecho al "trato equitativo y digno" (párrafo primero del articulo 42), aspecto que se extiende, además, a los supuestos en que la relación de consumo ya se encuentra entablada. La clasificación de derechos elaborada por el Dr. GABRIEL A. STIGLITZ,[52] cuya formulación compartimos, incluye este derecho entre los llamados "primarios" del esquema protectorio.

Acceso al consumo significa que la posibilidad de consumir, debe extenderse a todos los sectores de la población. En esta faz, no se analiza la capacidad económica para hacerlo (las posibilidades materiales de consumir son estudiadas por la economía, en primer termino, y determinadas por la política), sino que en su faceta de derecho humano involucra los siguientes aspectos:

[52] STIGLITZ, GABRIEL A., "El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur," en *LL*, 19-5-95.

* el trato equitativo y digno que la normativa constitucional consagra, sin distinciones y sin discriminación alguna. Dignidad significa trato justo en la relación de consumo, con respeto a la vida, salud, e integridad física de las personas.[53]

* acceso al consumo para todos se vincula indisolublemente con el principio de no discriminación y significa existencia de infraestructuras, medios e información para colocar al consumo al alcance y a la comprensión de todos los sectores de la población, e introduce la problemática de los sectores con necesidades especiales o características diferentes (ancianos, niños, discapacitados, personas de bajo nivel cultural, etc.).

En materia de servicios públicos, la temática del acceso al consumo reviste especial importancia, dado el carácter de universalidad de estos servicios, y su relación directa con las condiciones de calidad de vida y dignidad humana, a las que contribuyen directamente la posibilidad de gozar de estos beneficios. Importa el derecho de acceder a los servicios básicos por todos los sectores sociales y geográficos.

En el caso de las personas con capacidades diferentes, aparece patente su relación directa con los derechos humanos, en base al principio de no discriminación, que tiene raigambre constitucional a partir de la inclusión en el art. 75 inciso 22 del Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23.054) y es además una de las pautas básicas de interpretación y aplicación extensiva de los derechos humanos. No obstante, no existe en nuestro derecho legislación especifica en este sentido, que se refieran expresa y directamente a discriminación o arbitrariedad en el acceso al consumo. La misma se encuentra dispersa en normas separadas, relativas a consumidores y a usuarios de servicios públicos, y –en materia de garantías- la posibilidad de interponer la acción expedita y rápida de amparo contra actos discriminatorios.

[53] "Todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado como persona, a no ser perjudicado en su existencia y en un ámbito propio del mismo, y que cada individuo esta obligado frente a cualquier otro de modo análogo." (MOSSET ITURRASPE y LORENZETTI, *Defensa del Consumidor Ley 24.240*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 11)

Las medidas necesarias a dictarse en esta materia, deberán ser quizás en un primer momento medidas de acción positiva como punto de partida para el afianzamiento de la conciencia y respeto a las personas con capacidades diferentes (similares a las que se usan por ejemplo para contrarrestar la discriminación a la mujer en listas políticas - ej. ley de cupo femenino en listas de partidos políticos).

A nivel local, La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en su articulo 11: Prohibe la segregación de cualquier tipo. Remoción de obstáculos para la vida económica o social. Contiene asimismo un capitulo especial para la discapacidad en el que se promueve la plena integración, información y equiparación de oportunidades, las políticas de inserción social y dispone el fin de las barreras de cualquier tipo.

En el Derecho Internacional, las ya mencionadas Directrices de la Organización de las Naciones Unidas, establecen las siguientes líneas de acción, ubicadas en el capitulo "Acceso al consumo": a) Eliminar las practicas que perjudiquen la libertad de elegir. (art. 13); b) Protección al consumidor en todos los sectores de la población (art. 4) c) Programas de atención a necesidades de consumidores que se encuentren en situación desventajosa (zonas rurales o urbanas, bajos ingresos, analfabetos, etc.) en su articulo 31.

Por su parte, la Asamblea General de la International Consumer (World Congress 1984), contó entre sus propuestas el que los Estados pongan especial énfasis en las necesidades y dificultades de consumidores en situación desventajosa, especialmente niños, indigentes y personas con discapacidades. En especifico, incluye: a) componentes temáticos especiales en proyectos y programas: b) política de financiamiento y adaptación de programas y planes; c) bregar por adecuada provisión de bienes adaptados y servicios aptos para personas discapacitadas, y su integración en todos los aspectos de la vida y d) evaluar en los test de productos su utilización por personas discapacitadas.

En el derecho comparado, el Código Brasileño de Defensa del Consumidor, establece como política nacional de relaciones de

consumo el "Atender necesidades de consumidores: su dignidad, salud, calidad de vida". Prohibe la publicidad discriminatoria de cualquier tipo, respaldada con normas penales, incluyendo agravantes en caso que la publicidad se haga en detrimento de personas portadoras de deficiencia mental. En el ámbito americano, y a modo de ejemplo las Leyes chilena y venezolana establecen el derecho del consumidor a no ser discriminado arbitrariamente por proveedores de bienes y servicios.

La ley española cuenta con un capitulo especial para contemplar situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión, mandando tomar las medidas para equilibrar situaciones de ese carácter, individuales o colectivas, en la relación de consumo, por ejemplo, mediante la acción de los organismos públicos que proveerán mediante campañas de orientación del consumo a la atención de zonas geográficas o grupos sociales mas afectados.

Un deber del estado: la educación para el consumidor

Una nueva forma de comprender al hombre y sus relaciones con el medio social y natural[54]

El derecho a una educación para un consumo responsable está garantizado en la ley del Consumidor, y es uno de los deberes que el Constituyente previo para el estado en el parrafo segundo del articulo 42. Comienza por concientizar e informar desde los primeros niveles educativos los deberes y derechos que implica un acto de consumo.

El consumo responsable de bienes y servicios requiere de que los usuarios dispongan de la información necesaria para hacer las evaluaciones correspondientes, tomando en cuenta precio, calidad y durabilidad, entre otros factores.

Poco acostumbrados a reclamar y a hacer valer nuestros derechos, los consumidores argentinos, curtidos en el constante desengaño, en nuestra inercia de "no compromiso", y en los ultimos tiempos "curados de espanto", paulatinamente estamos comenzando a atrevernos a levantar la voz cuando lo que compramos no

[54] Seminario sobre Educación Ambiental, Bogotá, Colombia, 1990.

corresponde a lo que ofrecen o cuando hay errores de rotulación en los productos, defectos de informacion, aumentos contrarios a la legislacion en el caso de las tarifas de los servicios publicos.

Para cumplir con estos objetivos, y tratandose de una materia que tiene tiene como protagonistas a los consumidores del futuro, los niños,[55] se necesita, en primer lugar, capacitar a los docentes. Esto debe conjugarse con un programa nacional de formacion temprana de un consumidor consciente, que interprete y analice el lenguaje, la comunicación, significado de etiquetas y rotulos, comparacion de precios, etc. con un consiguiente efecto multiplicador, ya que desde la escuela, el conocimiento y la preparacion se trasladara a la casa del escolar, y a la sociedad en general.

El desafio educativo es de largo plazo porque se verá cómo seremos como consumidores y como ciudadanos, si somos defensores de nuestros derechos o simples actores pasivos de su regulacion y su cumplimiento. Solo esta herramienta puede llevar a que tome verdadera fuerza social el movimiento de consumidores, enseñando su importancia en hechos concretos, como la no adquisicion de productos que no cumplen con algun aspecto de la regulacion del consumidor, optando por aquellos que respetan la ley."

Importanciay prospectiva:

La Educación para el Consumidor es un campo que ha venido cobrando fuerza, pero en la actualidad no se encuentra consolidado. En todo proyecto pedagógico, subyace un proyecto político, y es en esa correlación donde deben buscarse las razones.

La educación es pauta básica para la creación de una conciencia de la trascendencia del problema. Debe propender a la formulación de soluciones en todos los campos, requiriéndose normas legales y administrativas orientadas a un objetivo común. Pero

[55] "En las salas de clases de hoy están los compradores, vendedores, gerentes y publicistas de mañana, así que es fundamental entregarles las herramientas para que realicen un consumo responsable y crítico, ejerciendo sus derechos y cumpliendo con sus obligaciones," como comenta ALBERTO UNDURRAGA, director de Sernac (Chile)

también la educación para el consumidor debe contribuir como catalizadora de una opinión publica activa y responsable.

La educación informal, en la que juegan un rol imponderable los medios de comunicación social, en su carácter de potentes vehículos de información y concientización ecológica para todas las edades, resulta determinante en su influencia a veces superior a la de la educación formal.

En esta tarea educativa, el papel de las ONG´s, también es decisivo en la sensibilización critica de la comunidad internacional, en cuanto a la urgencia de inculcar un cambio de mentalidad y propender para que la población y los organismos dirigentes luchen por un consumo sustentable y responsable.

La articulación de todos estos resortes educativos contribuye a la creación de la "conciencia de consumidor - ciudadano" que se basa en la construcción cultural de una interrelación sostenible entre población - ambiente - consumo, centrada en la persona humana, y sus condiciones de vida dignas. A su vez, es un instrumento que en los países en desarrollo contribuye a la erradicación de la extrema pobreza, generada especialmente por el continuo crecimiento poblacional.

Dado el panorama interdisciplinario expuesto, la relación Estado - Mercado - Medio Ambiente - Consumo, solo puede ser encomiada por la política. De no llenar esta actividad, los grupos económicos, los medios de comunicación y los intereses materiales en general serán los que actúen como poderes fácticos de determinante influencia en las decisiones.

Intentamos demostrar que la política es insustituible para la profundización de la democracia, para la superación de las condiciones generales de vida.

La crisis que se origina en la prioridad que se otorga en los niveles de análisis al criterio puramente economicista, tiene su correlato en el empobrecimiento progresivo del patrimonio natural y el debilitamiento de la capacidad de recuperación de los ecosistemas. Esto, sin duda, tiene directa relación con "los sistemas institucionales que regulan la propiedad, la distribución y el

uso de los recursos", en otras palabras, el consumo de los mismos.[56]

Concomitantemente, el proceso de profundización de la democracia y la construcción del concepto de "ciudadanía ambiental" (concomitante con el de "consumidor ciudadano"), están vinculados a la incorporación plena de las personas al proceso de desarrollo. Supone "reivindicar los derechos de acceder y pertenecer al sistema sociopolítico como el derecho a participar en la reelaboración del sistema, es decir, definir aquello en lo cual queremos ser incluidos"[57] Esto hace a la democratización de la sociedad a través del fortalecimiento de las organizaciones sociales y comunitarias.

La educación es clave para lograr el crecimiento económico, la formación de la capacidad institucional y un mejor grado de distribución de los ingresos. Es la base de la lucha de los pueblos pobres para fortalecer sus posiciones, luchar por la democracia y tener influencia sobre los procesos sociales y políticos. En otras palabras, la educación juega un papel vital para romper el círculo de la pobreza y aumentar las oportunidades de los pobres en un mundo 'globalizado'.

En los países industrializados, la educación juega un papel fundamental para garantizar la formación de patrones de consumo que fomenten el desarrollo sustentable. Esto incluye la integración de dimensiones de desarrollo sustentable en la educación formal en todos los niveles (desde las escuelas primarias hasta las universidades) y en la educación informal. De esta manera, la educación funciona como un "agente para el cambio" en los países ricos y pobres.[58]

[56] GUIMARAES, *op. cit.*

[57] GARCÍA CANCLINI, *Consumidores y Ciudadanos: Conflictos Multiculturales de la Globalización*, Grijalbo, México D.F.

[58] Boletín ECO (España) Mayo de 2002. Eco-Equity es una publicación del Grupo Danés 92, World Wide Fund for Nature, Greenpeace International, Friends of the Earth International, International Institute For Environment and Development, Northern Alliance for Sustainability, Consumers International, Pelangi, Fundación Natura.

Derecho a la libre elección

Otro de los derechos primarios según la clasificación de Stiglitz, ejercer la libertad de elección implica poder escoger entre la variedad y los distintos precios, en un marco de competencia leal y efectiva, corrigiendo las distorsiones del mercado. En otro aspecto, significa discernimiento, conciencia de derechos y obligaciones, cuyo motor es la educación.

En la ley 24.240 tampoco existen contenidos expresos sobre esta temática, que se tratan en un leyes especiales, que complementan el espectro protectorio según el articulo 3º, que son las Leyes de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial. Efectuaremos una breve reseña de estos instrumentos legales, que a la vez que resultan fuertes instrumentos reguladores, constituyen un resguardo de la economía de mercado, al protegerlo contra las distorsiones monopólicas y propiciando el libre acceso al mercado. Aunque vistas y hasta enseñadas en la academia como derechos atinentes a practicas "interempresarias" o a la ejercicio de poder de policía del Estado, estas también protegen a los consumidores "pues la falta de libre competencia coloca a estos en una situación de mayor inferioridad"[59]

La regulación del mercado es un mecanismo de carácter publico, que excede el ámbito exclusivamente contractual o de los usos y costumbres comerciales, para ir a una visión estructural del mercado.

Estos elementos legales también se conjugan con otros instrumentos estatales de regulación, como los que ordenan el funcionamiento de la Bolsa de Comercio (Comisión Nacional de Valores) y el Código Aduanero, mediante el cual la política económico-arancelaria puede utilizarse para proteger la producción local de la competencia extranjera, la cual ha tenido distintos usos según la ideología que la dirija, según los tiempos, según los hombres. La legislación sobre Marcas y Patentes también influye en nuestra

[59] PIGRETTI, DOMINGO, "La nueva ley de defensa de la competencia," *ED.* 98-857, citado por FARINA, *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, 1994, p. 257.

problemática del consumidor, pues procura evitar que "este incurra en errores y adquiera un producto no querido, por confusión en la marca."[60]

La libertad de mercado es una garantía constitucional e institucional, destinada a proteger finalidades de naturaleza publica, para satisfacer el bienestar general. El art. 42 CN protege todas las formas de mercado y las asocia con la protección al consumidor. La legislación del estado en esta materia es necesaria para regular que el mecanismo de toma de decisiones a través de la oferta y la demanda no se encuentre viciado. Para combatir el accionar de las concentraciones de poder económico que deriven del abuso y del privilegio, para garantizar el funcionamiento eficaz y transparente del mercado, a través de políticas activas. Esas políticas son:

* el establecimiento de mecanismos preventivos de la monopolización, control de fusiones de empresas o contratos de colaboración empresaria, estudiando su impacto económico, según el campo en que se muevan y en su contexto y casuística.

* mecanismos represivos de practicas anticompetitivas (abuso de posición dominante, acuerdos entre competidores, etc.).

* regulación de aspectos del mercado que producen o pueden producir resultados disvaliosos al interés general. Por ejemplo: supervisión o monitoreo de precios, cantidades o cualidades; información al consumidor sobre bienes y servicios, productos sustitutos, precios, etc.

* establecimiento de un régimen de garantías, mediante la consideración de estos derechos como defendibles mediante el amparo colectivo del articulo 43, no como defensa individual sino como instrumento de ordenación económica y control del funcionamiento global de los mercados.

El ámbito normativo esta compuesto por la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia (sancionada en septiembre de 1999) y

[60] FARINA, *op. cit.*, p. 263.

en materia de Lealtad Comercial, aun se encuentra contemplado por la ley de facto (22.802). Regula la identificación de mercaderías, estableciendo la responsabilidad solidaria de los productores, fabricantes, envasadores, fraccionadores e importadores son responsables por la veracidad de las indicaciones de los rótulos, regulando en algunos aspectos la publicidad de productos o servicios.

Derecho a la información

Debe cumplirse tanto en forma previa a entablarse la relación de consumo, como también concomitante a esta. En el primer ámbito, permite elecciones de consumo fundadas y racionales, (se relaciona con la libre elección, aplicándose la idea del "consentimiento informado") y en el segundo, permite una utilización adecuada (no riesgosa) del producto o servicio contratado (se relaciona con el derecho a la salud y seguridad, y con la protección de los intereses patrimoniales).

Se caracteriza a la información necesaria como aquella que es veraz (sin contenidos engañosos o falsos), detallada (discriminada en sus particularidades) y suficiente (apta para los fines previstos).

La ley regula, como se ha dicho, tanto aspectos informativos previos a la relación de consumo (art. 4, artículos 7 y 8, articulo 9), como propios de esta (art. 4, art. 6 párrafo segundo, art. 10, articulo 14 y articulo 21).

La relación con el Derecho a la Salud y la Seguridad (art. 42 CN primer párrafo y arts. 5 y 6 de la Ley 24.240), aparece reconociendo esta necesidad legitima de los consumidores, de ser protegidos y avisados de los riesgos que para estos bienes representan los bienes o servicios contratados. Es a su vez, un deber del estado de garantizar la inocuidad de los productos en un uso normal, y el deber de los fabricantes y distribuidores de poner en conocimiento del publico los peligros que puede importar un determinado uso de un producto.

Para la clasificación de Stiglitz ya citada, ambos derechos componen la categoría de derechos sustanciales, importando soluciones aportadas por el derecho de fondo.

Derecho a la protección de los intereses económicos:

Es también un derecho sustancial y quizá el aspecto con mas "vidriera" del derecho del consumidor, especie del derecho protectorio que defiende la integridad patrimonial. Halla consagración expresa en el primer párrafo del articulo 42 del texto constitucional, y en numerosos artículos de la Ley 24.240, como los relativos a los supuestos de incumplimiento (art. 10), la garantía legal (arts. 11 y siguientes), los relativos a la prestación de servicios (art. 19 y siguientes), la venta domiciliaria o por correspondencia (art. 32 y siguientes), el régimen de abusividad de cláusulas (art. 37), los contratos de adhesión (arts. 38 y 39) y el sistema de responsabilidad por daños (art. 40).

No solamente apunta a un criterio de resarcimiento, sino a asegurar la eficiencia y calidad de la inversión económica del consumidor al adquirir bienes o servicios, vigilando también la formación del consentimiento en la contratación para el consumo, y sus consecuencias de implementación, todo ello con los caracteres particulares que lo diferencian de los principios tradicionales de la legislación civil y comercial, que ya fueran esbozados en este trabajo.

Derecho a la calidad y eficiencia de los servicios públicos

Las privatizaciones y la libertad de mercado no suponen la ausencia del Estado en materia regulatoria, de acuerdo al fin de bien común, que se presupone en la actividad estatal.

El andamiaje legal de las privatizaciones esta dado por las leyes de Emergencia Administrativa (23.696), Emergencia Económica (23.697), de Convertibilidad (23.928), de Consolidación de deudas del estado (23.982) y el Decreto de desregulación 2284/91.

Este derecho, consagrado en el segundo párrafo del articulo 42 de la Carta Magna, se encuentra receptado en el Capitulo VI de la

Ley. El régimen de la ley es de aplicación supletoria a los servicios públicos que no cuenten con regulación especifica, lo cual trae el problema de la discusión de normas aplicables para el caso que la regulación especifica sea de rango normativo inferior a ley (decreto, resolución, etc.).

El estado debe regular tanto las condiciones técnicas de la prestación, estableciendo reglas generales e iguales para los prestadores, como aquellas que estimulen, impulsen y obliguen a la inversión y al desarrollo tecnológico, para una gestión eficiente de los recurso comunes, ya que la Administración no debe olvidar el carácter publico de estos servicios. A nivel de garantías, se impone la protección de los intereses de los usuarios, mediante la implementación de un sistema de consultas y reclamos, y las respectivas medidas de control de impacto ambiental. Son concomitantes a las potestades administrativas señaladas, la revisión periódica de tarifas, de estándares técnicos y operacionales, mediante la revisión de los planes estratégicos de las empresas y la publicación de sus estados financieros.

La protección de los consumidores en el rol de usuarios de servicios públicos, arraiga en los mismos principios protectorios, toda vez que se necesita insustituiblemente de la regulación para contrarrestar la disímil relación de fuerzas existente entre el prestador (que maneja volúmenes de servicios, tecnologías, costos, precios, inversiones, marketing, etc.) y el consumidor/usuario (que tiene solo la imperiosa necesidad de contar con el servicio y apenas puede decidir, en algunos casos, la frecuencia de su utilización, la opción por sustitutos, o distintas formas de afrontar sus costos).

Derecho a constituir asociaciones de consumidores:

El movimiento de consumidores se fortalece en la Argentina con su reconocimiento legislativo a través de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y principalmente con la reforma constitucional de 1994 donde expresamente se reconoce la necesaria participa-

ción de las asociaciones de consumidores en los entes reguladores.[61]

Estas son grupos organizados que actúan con criterio independiente, apolítico y sin fines de lucro. Su actividad esta reconocida por ley y la misma esta encaminada a educar, informar y orientar, proteger y defender los intereses del consumidor o usuario.

Su función se resume en exigir que se cumplan las disposiciones legales, normas y reglamentos que protegen al consumidor, y colaborar en la formulación de propuestas técnicas, legislativas y de organización, tanto del servicio en sí mismo como de la actividad de control. Su consideración legal y constitucional implican una política de estado de fortalecimiento de organizaciones y formas de democracia social, por cuanto estas pueden constituir una alternativa de poder, en cuanto a los fines que les conciernen, como contrapeso al desamparo de la relación individual frente al poderoso productor, a veces único proveedor del bien que el consumidor forzosamente debe adquirir para la satisfacción de sus necesidades de todo tipo, desde las mas elementales, hasta las suntuarias.

Una organización de consumidores es una entidad de fines sociales, democrática y autónoma, en torno a la defensa y promoción de los derechos del consumidor. En razón de sus objetivos, las organizaciones deben ser portavoces de los problemas cotidianos de la ciudadanía.

Para abordar estas materias, una organización de consumidores debe ser una entidad profesional y competente, tener liderazgo, capacidad de propositiva, y asumir responsabilidades de representación de los consumidores ante entidades reguladoras, empresas, instituciones y otros organismos, a fin de promover y proteger los derechos de los consumidores. En esta función no han de actuar aisladamente, siendo necesario que establezcan relaciones con otras entidades sociales, gremiales, académicas, y otras

[61] El autor agradece la colaboración para esta parte del trabajo de la Dra. ROMINA GISELA WUST.

que les ampliar su horizonte de trabajo y establecer relaciones de cooperación para el logro de objetivos comunes.

Garantías

Las acciones que surgen de la ley

El artículo 52 de la ley 24.240 establece que el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resultaren afectados o amenazados. Este puede ejercer las mismas en forma personal, como así también pueden hacerlo las asociaciones de consumidores constituidas como personas juridicas, la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio publico. El ministerio publico cuando no intervenga en el proceso como parte, actuara obigatoriamente como fiscal de la ley. Para estas acciones se aplican las normas del proceso de conocimiento mas abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente (art. 53).

El amparo del artículo 43 de la Constitucón nacional– amparo colectivo

Este articulo consagra el amparo como figura genérica y en particular con relación a los derechos de incidencia colectiva, extendiendo la protección a aquellos supuestos en los que no solo existe un conflicto meramente individual, sino que se hace patente la dimensión o repercusión social de su afectación.

El efecto principal de la consagración constitucional de la garantía del amparo, a mas de este hecho en sí mismo, esta dado por la ampliación de la legitimación y la consagración de la posibilidad de acciones colectivas. La norma se refiere a TODA PERSONA (primer párrafo) y menciona también a los demás legitimados (el afectado, el defensor del pueblo, y asociaciones que propendan a esos fines), protegiendo los derechos consagrados en la constitución, un tratado o una ley, concordando también con el art. 42, primer párrafo, que se refiere a “los consumidores y usuarios” en sentido amplio.

En nuestra interpretación, el art. 43 debe verse en su totalidad, considerando que el segundo párrafo amplia o particulariza, el "toda persona" a que se refiere el primero. No cabe admitir que el amparo "en general" del primer párrafo tenga mas amplitud en la legitimación (toda persona) que en el caso de los derechos de incidencia colectiva (segundo párrafo). La extensión del amparo no es ***diferente*** (no tiene mayor o menor legitimación en el primero que en el segundo párrafo, sino ***distinta*** -el segundo contempla supuestos especiales-).[62]

La jurisprudencia ha sido vacilante en cuanto a su posición respecto al efecto asignado a las sentencias, resultando necesaria una reglamentación en tal sentido.

Procedimientos eficaces para la solución de conflictos

El derecho del consumidor, por su propia naturaleza y por mandato constitucional requiere mecanismos y procedimientos que cubran las situaciones que se producen y que a veces no encuentran solución en los sistemas tradicionales. Estos, a su vez tienen que cumplir con el requisito de eficacia,[63] que implica la posibilidad de obtener una respuesta del sistema a sus reclamos en tiempo, modo y condiciones de acceso que no desanturalicen la protección de los derechos.

El análisis de estos sistemas excede los propósitos de este trabajo,[64] y remitimos en parte a lo expresado supra, al analizar los

[62] Ver "La Legitimación del Afectado, el Defensor del Pueblo y las Asociaciones," por MARÍA JEANNERET DE PÉREZ CORTEZ, en revista *Abogados* del CPACF, Nro. 26, julio de 2003, p. 20 y ss.

[63] En algunos tipos de servicios, la eficacia en materia temporal resulta determinante para la protección de los derechos, como es el caso de los servicios turísticos, donde el denunciante permanece pocos días en el lugar de los hechos, y por ende en el ámbito geográfico donde debe reclamar. Algunos países han establecido tribunales arbitrales para cuestiones turísticas, con procedimientos sencillos y rápidos (Benidorm, España).

[64] La propia Ley 24.240 crea las bases para el establecimiento de los Tribunales Arbitrales de Consumo, y las autoridades locales de aplicación de la ley han dictado normas de procedimiento administrativo tendientes a lograr una conciliación. Sin embargo, cabe destacar que de no lograrse el acuerdo de voluntades, el tramite termina para el consumidor, al que solo

caracteres jurídicos del derecho del consumidor. Sin justicia de menor cuantía, de sometimiento obligatorio, muchos casos de atropellos quedaran impunes, ya que no obtendrán respuesta en los sistemas administrativos conciliatorios ni en el arbitraje (cuya característica es la voluntariedad) y no llegaran a los tribunales por cuanto el afectado muchas veces carece de recursos para los mínimos gastos de la mediación prejudicial obligatoria, costo del patrocinio letrado, tasa de justicia, etc.[65]

Marcos regulatorios de servicios públicos y participación necesaria de los consumidores

En el marco de las privatizaciones, puede delegarse la prestación de un servicio pero no la obligación de asegurar la debida prestación de las actividades y los derechos de los usuarios.

El régimen regulador debe ser exorbitante (de derecho administrativo) y los entes reguladores han de ser especializados, independientes de los poderes políticos. Los entes reguladores tienen raigambre constitucional desde que su objeto es asegurar los derechos del consumidor que la poseen, en una misión especifica de control directamente asignada por la constitución, de lo que se colige la necesidad de su plena y necesaria autonomía.

La determinación del constituyente de la modalidad de la participación de los usuarios en los entes, calificándola de "necesaria," abre la polémica en cuanto al contenido especifico de tal calificación, que por ahora se reduce a algunos entes determinados y a titulo consultivo, siendo excepcional el reconocimiento de la intervención de los usuarios con algún nivel de decisión.

Uno de esos casos es el del el Ente Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que regula exclu-

le queda acceder a la justicia, sin perjuicio de la sanción administrativa que al denunciado pueda serle aplicada.

[65] En este sentido, la Ley de la Provincia de Buenos Aires 13.133 de reciente sanción (27-11-03), llamada "Código de Implementación de los Derechos de Consumidores y Usuarios" establece la gratuidad de los procedimientos, que en el ámbito nacional mereció veto presidencial en oportunidad de la sanción de la Ley 24.240, aludiendo un presunto temor a "avalancha de juicios."

sivamente los que se prestan solo en su jurisdicción (limpieza, saneamiento ambiental, transporte, aceras, red vial, higiene urbana, señalización y alumbrado publico, mobiliario urbano, cementerios, etc.) y concurrentemente los que la exceden (arts. 46, 138 y 139 de la Constitución de la Ciudad, y Ley es el que consagra la protección a consumidores y usuarios y los art. 138 y 139 disponen la creación del Ente Unico.

Capítulo X

DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN

MARCELO FERREIRA

1. *Objeto*

La palabra "expresión" designa el acto de manifestar con palabras, gestos o actitudes algo que uno quiere dar a entender. Podemos expresarnos de infinitas maneras: hablando, escribiendo, saludando con la mano, blandiendo el puño, etc. Incluso nuestros hábitos personales y nuestra forma de vestir entrañan alguna forma de expresión: la ropa puede representar sobriedad, respeto, alegría, desprecio, desparpajo, etc.

La "libertad de expresión" alude a la tutela jurídica de las formas de expresión, pero no de todas las formas posibles de expresión. El repertorio de las conductas tuteladas responde a un esquema teórico que permite *prima facie* determinar un criterio de decisión del sistema: cuáles conductas son protegidas y cuáles son excluídas.

En primer término, decimos que se requiere de *alguien* que manifieste *algo*. Pero ese *algo* debe estar dirigido a *otros*: un grito en el desierto no requiere de amparo o protección jurídica. Se trata, entonces, de una *relación entre sujetos*. Como modelo de análisis, partimos de la base de que esa relación requiere de cuatro elementos básicos: *a*) emisor, *b*) receptor, *c*) mensaje, *d*) medio por el cual se transmite el mensaje. La significación jurídica

de estos cuatro elementos ha variado considerablemente en el curso de la historia. Como norma general, las expresiones han sido prohibidas por considerarse inconveniente *aquello* que se expresa (contenido del mensaje), pero también hubo restricciones en función de *quién* las expresa (sujeto emisor) o *a quién* están dirigidas (sujeto receptor) y de *cómo* se las expresa (medios y modos).

En segundo término, decimos que ese *algo* que se transmite no debe causar daño a terceros. Pero aquí nos enfrentamos a un problema: justamente las expresiones que requieren de protección son las que afectan, molestan o de algún modo inciden sobre terceros, las expresiones inocuas o superfluas no necesitan de tutela alguna.

Como resultado de la evolución histórica señalada, la llamada libertad de expresión abarca en la actualidad un amplio repertorio de derechos. Del histórico derecho de imprenta de nuestra Constitución Nacional se ha evolucionado a las fórmulas de los modernos instrumentos internacionales de derechos humanos, que definen sus contornos en términos inimaginables para los hombres del año 1853. Así, el contraste entre el *derecho a publicar las ideas por la prensa sin censura previa* (art. 14 CN) y *la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección* (art. 13 CADH), refleja el tránsito entre distintos grados de civilización, y se proyecta sobre los alcances de la libertad en cuestión.

El primitivo derecho de imprenta se despliega en la actualidad en los derechos de pensamiento, de opinión, de prensa, de investigación y de información —como especies del género libertad de expresión—, y se relaciona con las libertades de culto, cátedra, ciencia, comercio, tribuna, reunión y asociación. El género complejo *expresión* comprende todos los objetos de la comunicación humana: noticia, opinión, creencia, ciencia, religión, arte, etc.

Analizaremos a continuación los sujetos, modos, medios y contenidos del género complejo *expresión*, dejando para último término el estudio de las limitaciones a su ejercicio.

2. *Sujetos*

¿Quiénes ejercen la libertad de expresión? En principio "*Todo individuo*" o "*Toda persona*".[1] Estas fórmulas reflejan el clima liberal e individualista de las Declaraciones de Derechos históricas[2] y requieren de precisiones a la luz de la comprensión actual del concepto.

Así, en principio, sostenemos que operan únicamente como pauta antidiscriminatoria —en el sentido de no excluir indebidamente a nadie—, ya que es difícil imaginar derechos cuya única condición de aplicación sea la sola pertenencia a la especie humana. A poco que se analice la cuestión surgen condiciones negativas de aplicación, como las propias de edad, condición social, inteligencia, etc.,[3] como asimismo condiciones jurídicamente institucionalizadas de fortalecimiento o atenuación de la posibilidad del ejercicio del derecho en cuestión: inmunidad de expresión de los legisladores, deber de secreto de los funcionarios públicos (art. 157 Cód.Penal), y respeto debido al superior jerárquico de los empleados administrativos y militares.[4] Pero por otra parte

[2.1] Art. 19 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 19.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13; Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 10 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

[2.2] En este sentido JOHN STUART MILL escribe: "si todos los hombres, menos uno, fueran de la misma opinión, la humanidad no tendría más justificación para hacerlo callar que la que tendría ese hombre si tuviera la fuerza necesaria para obligar a callar a toda la humanidad" (*Sobre la libertad*, Madrid, Ediciones Orbis S. A., 1980, p. 75). El mismo tipo de discurso se encuentra en la *Aeropagítica* de MILTON.

[2.3] FISS, OWEN, *Libertad de Expresión y Estructura Social*, Biblioteca de Etica, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara S. A., México D. F., 1997, p. 27.

[2.4] MILLER, JONATHAN, GELLI, MARIA ANGÉLICA y CAYUSO, SUSANA, *Constitución y Derechos Humanos*, Editorial Astrea, t. 2, Buenos Aires, 1991, p. 927, análisis del caso *Kusnir c. Universidad de Buenos Aires*, CSJN, *Fallos*, 275:60.

tenemos que la configuración actual del concepto ha ampliado al máximo el número de beneficiarios posibles. En efecto, en la época de la Constitución de 1853 la posibilidad de publicar en la prensa abarcaba a muy pocas personas —los cuadros ilustrados de la sociedad— y se agotaba en su ejercicio con el hecho de la publicación: se trataba —en rigor— de libertad de pluma para quienes sabían usarla. En la actualidad, en cambio, la libertad de expresión atañe no sólo al que publica sino también al que recibe lo publicado, y también al que investiga o busca información en internet, a los escritores, artistas y músicos, y —a estar al derecho judicial norteamericano— a quien quema banderas o certificados de reclutamiento, exhibe brazaletes negros, saluda o deja de saludar a símbolos de cualquier ideología, predica la violencia y para algunos hasta a quien pretende bailar desprovisto de ropas.[5]

En el siglo pasado, la libertad de expresión se agotaba en el derecho del *sujeto emisor*; la gran innovación moderna es la incorporación del *sujeto receptor* y del *sujeto difusor o transmisor*. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que "Cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" información e ideas...Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia" (Opinión Consultiva 5/85, sumarios 30 y 32). Asimismo, la Corte Suprema Argentina determinó que "El desenvolvimiento de la economía de la prensa y la aparición de las nuevas técnicas de difusión de información —cine,radio,televisión— obligan a un reexamen de la concepción tradicional del ejercicio autónomo del derecho individual de emitir y expresar el pensamiento. De este modo, se hace necesario distinguir entre el ejercicio del derecho

[2.5] *Texas v. Johnson* (*ED*, 143:306), *Junta de Educación de Virginia Occidental v. Barnette* (1943), *Brandenburg v. Ohio* (395 US 444, 1969), *Noto v.United States* (367 US 290, 1961), *Terminiello v. Chicago* y *Barnes v. Glen Theatre* (*ED*, 148:594).

de la industria y comercio de la prensa, cine, radio y televisión; el derecho individual de información mediante la emisión y expresión del pensamiento a través de la palabra impresa, el sonido y la imagen; y el derecho social a la información. Es decir, el derecho empresario, el derecho individual y el derecho social, que se encuentran interrelacionados y operan en función de la estructura de poder abierto que caracteriza a la sociedad argentina".[6] Por lo demás, ya no se trata solamente del ejercicio del derecho por parte de personas individuales, sino también de personas colectivas.[7]

3. *Modos y medios*

¿Cómo ejercemos la libertad de expresión?

MANUEL BELGRANO sostenía el 11 de agosto de 1810 que "La libertad de prensa no es otra cosa que aquella facultad de escribir y publicar lo que cada ciudadano piensa y puede decir con la lengua..." [1] Para la Constitución de 1853 se trata solo de *publicar*. Las modernas normas internacionales de derechos humanos dicen que el modo de ejercer la libertad de expresión es "investigar y recibir informaciones y opiniones, y ... difundirlas" (art. 19 Declaración Universal); "buscar, recibir y difundir" informaciones e ideas (arts. 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); "recibir o... comunicar informaciones e ideas sin que pueda haber ingerencia de autoridades públicas" (art. 10 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales).

[2.6] *Poncetti de Balbín c. Editorial Atlántida SA*; CSJN, *Fallos*, 306:1892; *LL*,1985-B, 120; *ED*, 112:242; *JA*, 1985-I, 513.

[2.7] OWEN FISS sostiene que este derecho ya no puede ser confinado a los individuos, abarcando asimismo a las organizaciones, ya que "*el punto de vista de una organización no es reducible a las opiniones de algún individuo particular, sino que es el producto de una compleja interacción entre personalidades individuales, estructuras organizativas internas, el medio ambiente en el cual opera la organización, etc*" (*op. cit.*, p.25).

[3.1] Correo de Comercio de Buenos Aires, nro 24; citado por FAYT, CARLOS, *La omnipotencia de la prensa*, ed. *LL*, Buenos Aires, 1994, p.138.

¿A través de qué medio ejercemos la libertad de expresión?. La Constitución de 1853 dice "por la prensa"; la Declaración Universal de Derechos Humanos "por cualquier medio de expresión"; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dicen "oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección"; la constitución de la UNESCO establece la finalidad de facilitar la libre circulación de ideas, por medio de la palabra y de la imagen.

El contraste revela el tránsito de la civilización del papel y el hombre tipográfico a la civilización de la imagen y el hombre cibernético.[2] La expresión ya no se ejerce solamente a través del diario sino también de la televisión por coaxil o inalámbrica, proyección de imágenes por medio de películas o casete; transmisión satelital y espacial, antenas parabólicas y decodificadores, internet, e incluso a las representaciones por medio de afiches murales o divulgaciones orales en plaza pública. Es decir que se incluye no sólo a la palabra —hablada, escrita o impresa—, sino también a la imagen y el sonido, e incluso a otras acciones o actitudes indeterminadas, dada la amplitud de la fórmula "o por cualquier otro procedimiento de su elección".[3] La relevancia de los *medios* es tan vasta que se ha llegado a sostener que son éstos los que determi-

3.2 Ver FAYT, *ob.cit.* pág.48 y sus referencias a la obra de MARSHALL MAC LUHAN, *La Aldea Global*.

3.3 Es importante al respecto la libertad de expresión artística. La CIDH destacó que "cuando se vulnera este principio no sólo se afecta el pensamiento y la actividad política de los pueblos; también sufre el desarrollo cultural, se restringe la libertad artística y expresiones culturales tan importantes como el teatro, las producciones literarias que muestran la idiosincracia de los países con sus virtudes y defectos, no encuentran un medio favorable para laborar con libertad y así progresar. La censura previa a la prensa, a los libros, a las producciones artísticas en general y el veto en ocasiones a escritores y artistas son manifestaciones más propias de sociedades totalitarias que deben ser desterradas de nuestro hemisferio" (*Informe anual 1982-83*, pág. 22). Y en el *Informe Cuba* (1984) la Comisión condenó "una acentuada intolerancia en relación a las manifestaciones artísticas que pudieran poner en cuestión, ya sea las bondades del sistema político o los aciertos del grupo dirigente", que derivó en la desaparición de "todo rasgo de crítica al gobierno o al sistema".

nan el *contenido* del mensaje,[4] condicionando la opinión pública merced al monopolio de la información.[5]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció importantes principios con relación a los medios en su Opinión Consultiva 5/85: *a*) la expresión y difusión del pensamiento son indivisibles, *b*) pluralidad de medios y restricción de monopolios, *c*) principio de no discriminación en cuanto al acceso a los medios. A saber:

a) "Sum 31. En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir información e ideas "por cualquier procedimiento", está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación

3.4 FAYT, *op. cit.*, y su referencia a MARSHALL MC LUHAN, *El medio es el mensaje*.

3.5 *Miami Herald v. Tornillo*: "la prensa de hoy es en verdad muy diferente de aquella que existió en los primeros años de nuestra existencia nacional"... "los periódicos se han transformado en grandes empresas y son ahora muchos menos para servir a una mucho mas grande población alfabeta";"..el resultado de estos grandes cambios ha sido el colocar en pocas manos el poder de informar a la población americana y de formar la opinión pública. Muchas de las opiniones vertidas en editoriales y comentarios que se imprimen, provienen de estas redes nacionales de información y como resultado en temas nacionales y mundiales tiende a haber una homogeneidad de estas opiniones. Los abusos de estos reportajes manipulados, se dice que son el resultado de la gran acumulación de poder irrevisable de estos modernos imperios de comunicación...el público ha perdido la capacidad de contribuir de manera significativa en el debate de los distintos temas, el monopolio de los medios de comunicación permite poco o casi ningún análisis crítico"; "la solución para los disidentes era antes tener periódicos adicionales, pero en la actualidad el ingreso al mercado de ideas de que se sirve la prensa es casi imposible"; "el fin de la Primera Enmienda de que el público sea informado, está hoy en peligro porque ese mercado de ideas es ahora un monopolio controlado por los dueños del mercado". (*Miami Herald Publishing Co., Division of Knight Newspapers Inc. v. Tornillo*, 418 US. 241:1974, citado por FAYT, *op. cit.*, p. 184).

representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente".

"36. ...como la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles, debe destacarse que las restricciones a los medios de difusión lo son también a la libertad de expresión".

b) "34. Por ello es indispensable la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que se pretenda adoptar".

56. En los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica "medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

c) Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comuniación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones con respecto a estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad".

4. *Contenidos*

¿Qué podemos expresar? La Constitución de 1853 se refiere a "ideas", concepto que en los documentos internacionales se hizo extensivo a "informaciones e ideas de toda índole".

El acotamiento del contenido posible de la expresión a "ideas" dio lugar a tres tipos de restricciones históricas: *a*) la que restringe el discurso a la expresión de ideas "políticas", *b*) la que excluye el discurso desprovisto de ideas y *c*) la que excluye determinado tipo de ideas.

El primer punto de vista fue sostenido durante mucho tiempo, al punto que FAYT afirma que el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa era la especie política del derecho de expresión. [1] Esto se justifica en que justamente el discurso político (junto con el religioso) fue objeto de la primera restricción histórica en función del contenido. URQUIZA, en su proclama del 17 de marzo de 1852, decía "...La sangre argentina, que por más de veinte años ha humedecido nuestros campos y salpicado nuestros bosques, se debe primero a la desmoralización nacida y fomentada en *esos libelos infames* que incendiaron los pueblos, insurreccionaron las masas, extraviaron las ideas, y elevaron triunfantes el libertinaje hasta los confines de la República".[2]

La Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, en su 41º período de sesiones, destacó que el derecho de expresión no puede ser solamente una cuestión de derecho o de política.

El segundo tipo de restricción encuentra eco aún en la actualidad. Así, la Corte Suprema Argentina afirmó que "no todo lo que se difunde por la prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino aquéllo que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas".[3]

El tipo de restricción que designamos en *c*) requiere un análisis particularizado de los distintos aspectos (política, violencia,

[4.1] FAYT, *op. cit.* p. 94.

[4.2] FAYT, *op. cit.* p. 100.

[4.3] Voto de los Dres. CAVAGNA MARTINEZ, MOLINÉ O´CONNOR y NAZARENO *in re Servini de Cubría* (*Fallos*, 315:1943, año 1992, *ED*, 149:245). Una distinción paralela a la descripta entre *ideas* y *no ideas* es la formulada por la Corte Suprema Norteamericana entre "discurso" y "conducta" (*speech* y *conduct*): el primero tiene impacto comunicativo y no puede ser regulado fuera de excepciones específicas; la segunda no tiene impacto comunicativo y puede ser regulada en tanto no se reduzca indebidamente el flujo de informaciones e ideas. Con sujección a este criterio el Tribunal convalidó el poder estadual de prohibir el baile totalmente desnudo para proteger el orden y la moralidad y consideró, en cambio, que el acto de quemar banderas es una conducta expresiva que debe ser protegida.

moralidad, seguridad nacional, etc), que será efectuado en el punto relativo a limitaciones en función del contenido. El principio general fue establecido por la Corte Europea en el caso *Lingens*[4] (entre múltiples antecedentes): la libertad de expresión es aplicable no sólo a la información o a las ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o como una cuestión indiferente, sino también a aquellas que conmocionan o molestan.

Cuestión importante es la relativa a la *"verdad"* del contenido del mensaje. En éste sentido, se ha argumentado sobre un supuesto "derecho a la verdad", y numerosos documentos internacionales recalcan el compromiso de los medios con la verdad.[5] VITTORIO MAHIEU, por ejemplo, dice que "cuando un grupo lo suficientemente poderoso logra engañar al público mediante la difusión sistemática de mentiras, lo que se viola es precisamente un derecho humano, el derecho a la verdad".[6] Sin embargo, éstos asertos son controvertibles: no siempre hay verdad que verificar, y cuando la hay ésta no es siempre fácilmente verificable.

En su acepción mas difundida, el término *verdad* designa una relación de correspondencia entre una proposición y el estado de cosas que ella describe.[7] Los valores Verdad y Falsedad, enton-

[4.4] MILLER, JONATHAN y otros, *op. cit.*, p. 1045. En el mismo sentido, la Corte Suprema Norteamericana sostuvo que las libertades "garantizadas por la primera enmienda deben ser acordadas a las ideas que odiamos: de lo contrario, tarde o temprano, serán denegadas a las ideas que amamos (citado por BIANCHI, ENRIQUE TOMÁS; GULLCO, HERNÁN VÍCTOR, *El Derecho a la Libre Expresión*, Librería Editora Platense S.R.L., 1997, p. 16).

[4.5] Por ejemplo, Resoluciones 59 y 127 de la Asamblea General, Convención sobre la Libertad de Información (adoptada en 1948 por la Comisión de Derechos del Hombre de la ONU; art.2); Código de Honor de Periodistas de la ONU (admitido por la Comisión de la Asamblea General en 1952; art.2), Declaración Hemisférica sobre Libertad de Expresión (Chapultepec, 1944; art.9); Código de Ética del Círculo de Antioquía de 1970 (art.3), Carta del Periodista de Francia de 1965).

[4.6] A. DIEMER y otros, *Los Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos*, Serbal/Unesco, 1985, p. 37.

[4.7] GUIBOURG, RICARDO A., *Introducción al Conocimiento Científico*, E. Eudeba, año 1997, pág. 88. Comparar GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 8° ed., 2003, cap. I.

ces, son predicables respecto de hechos o situaciones con contenido factual, y no se aplican a las opiniones o valoraciones desprovistas de sustrato fáctico: el comentario es sometido a la prueba de la equidad, la imparcialidad, la lealtad, la justicia..pero no de la verdad. [8]

Por otra parte, surge la pregunta: ¿quién determina lo verdadero y lo falso? La admisión indiscriminada de un derecho a la verdad obligaría al Estado a fabricar y poner ésta a disposición del público. Los penalistas niegan la existencia de este derecho, que alguna vez había sido admitido.[9] No hay delito de noticia falsa ni delito de opinión: cuando se disiente del dogma oficial, o de la verdad oficial. La noticia falsa solo puede ser el instrumento del delito, si es vehículo de calumnia o injuria (arts.109 y ss., Cód.Penal) o de fraudes al comercio y a la industria (art. 300, inc. 1°, Cód. Penal).

La libertad es para toda noticia, no sólo para las exactas e imparciales. La inexactitud tiene cabida en el proceso de la información como el error en la dialéctica, y son precisamente la diversidad y la dialéctica los medios para discriminar lo verdadero de lo falso, lo que solo puede surgir del libre intercambio de ideas.[10]

4.8 BALLESTER, ELIEL C., *Teoría y Cuestiones de la Libertad de Información*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 95. Asimismo, la Declaración Hemisférica sobre la Libertad de Expresión (Chapultepec, 1994), puntualizó diversas reglas de credibilidad, tales como la diferenciación entre mensajes periodísticos y comerciales (remedios contra la calvicie o la impotencia), reglas que deben ser autoimpuestas, estando el premio o castigo a cargo de la opinión pública.

4.9 SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino, LL*, Buenos Aires, 1945, V-306.

4.10 JOHN STUART MILL argumenta "si se obliga a cualquier opinión al silencio, dicha opinión podría ser, por lo que sabemos, verdadera. Negar ésto es suponer nuestra propia infalibilidad. En segundo lugar, aun cuando la opinión silenciada esté equivocada, es posible —y ello ocurre a menudo— que ella contenga una porción de verdad; y desde que la opinión dominante sobre cualquier tema raramente o nunca tiene toda la razón, es sólo a través del choque de opiniones contrarias que existe la posibilidad de que pueda aportarse el resto de la verdad". En el mismo sentido, el Juez HOLMES sostuvo en el caso *Abrams v. United States* que "el fin último deseado es mejor alcanzado por el libre intercambio de ideas, que el mejor test de la verdad es el poder que tiene el pensamiento de terminar siendo aceptado

Por último, es principio admitido que toda transmisión de mensaje de un sujeto a otro implica necesariamente una variación del contenido del mensaje. CARL JUNG enseña que cada palabra significa algo ligeramente distinto para cada persona, por lo que siempre hay diferencia de significado, que se incrementa cuando la gente difiere en experiencias sociales, políticas, religiosas o sicológicas. [11]

5. *Limitaciones y restricciones*

5.1. *Censura previa*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la prohibición de censura previa en forma más precisa que cualquier otro instrumento internacional. En efecto, el Pacto delimita los contornos de la prohibición, en tanto fija sus límites interno y externo. En el primer sentido, incluye la prohibición de restricción por vías o medios indirectos, que en nuestra jurisprudencia fueron asimilados a la censura; en el segundo, determina el caso en que sí es admisible la censura previa: espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y la adolescencia. Por otra parte, el Pacto incluye la prohibición de "controles particulares", y establece un elemento de equilibrio en el artículo siguiente: derecho de rectificación o respuesta.

En la OC 5/85 la Corte Interamericana estableció que la prohibición de censura previa rige incluso si se trata de prevenir un abuso a la libertad de expresión: en ésta materia toda medida preventiva significa inevitablemente el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención (sum. 38). Coherentemente, la jurisprudencia argentina estableció que no corresponde la censu-

en la competición del mercado, y que la verdad es la sola base sobre la cual sus anhelos pueden ser conseguidos sin riesgo" (citas de BIANCHI, ENRIQUE TOMÁS y GULLCO, HERNÁN VICTOR, en *El Derecho a la Libre Expresión*, ed. Librería Editora Platense S.R.L., año 1997, p. 8 y 9). Comparar GORDILLO, *op. ult. cit., loc. cit.*

4.11 JUNG, CARL G., *El hombre y sus símbolos*, ed. Aguilar, 1969, p. 40. Comparar GORDILLO, *op. ult. cit., loc. cit.*

ra previa ni aún en el caso de que la publicación implique la comisión de un delito: sólo es posible actuar *ex post* sobre la responsabilidad emergente de la publicación (caso *Verbistsky*, *Fallos*: 312:916).

Asimismo, la CIDH sentó el principio de que ni siquiera durante un estado de excepción (a pesar de que la libertad de expresión es uno de los derechos suspendibles) puede el gobierno censurar cualquier manifestación política, debiendo censurar solamente aquellas expresiones que tengan relación con la amenaza concreta (Informe Anual 1982-1983, con relación a Nicaragua).

5.2. *Responsabilidades ulteriores*

En los términos del Pacto, las responsabilidades ulteriores deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar: *a)* el respeto de los derechos o la reputación de los demás o *b)* la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

Los principios generales en ésta materia están contenidos en la OC 5/85, que recoge la doctrina europea establecida en los casos *Barthold*, *Sunday Times* y *Lingens*.[1] Análisis:

A) Requisitos para que se configure la responsabilidad ulterior: (todos exigidos por el tipo del 13.2).

1) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas.

2) La definición expresa y taxativa de estas causales por la ley.

3) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas.

4) Que esas causales de responsabilidad sean "necesarias para asegurar" los mencionados fines.

[5.1] En EEUU, *Test O'Brien* (*US vs.O'Brien*): "una reglamentación estatal está suficientemente justificada si está dentro del poder constitucional del estado, si promueve un interés estatal importante o sustancial, si el interés estatal no se relaciona con la supresión de la libertad de expresión, si la restricción incidental en las libertades alegadas de la Primera Enmienda no va más allá de lo esencial para la promoción de tal interés".

B) Delimitación de la expresión "necesarias para asegurar":

Cuatro reglas: la primera surge de los sumarios 41 y 42 confrontando las restricciones permitidas por el art. 13.2 con los criterios de interpretación de los arts. 29 *c* y *d* y 32.2; las tres restantes surgen del sumario 46 y son la aplicación de la doctrina europea en *Sunday Times*.

1. tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades o instituciones *democráticas*.

2. deben estar orientadas a satisfacer un *interés público imperativo*, no siendo suficiente que sean útiles, razonables u oportunas, por lo que entre varias opciones debe escogerse la que restringa en menor escala el derecho protegido.

3. deben justificarse según *objetivos colectivos* que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho de expresión.

4. deben ser *proporcionadas* al interés que la justifica, y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.

En lo que respecta a la *libertad de opinión*, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Comentario General 10 sobre el art. 19 del Pacto Internacional, sostuvo que el derecho de opinión no conoce *ni excepción ni restricción* (*Informe 1983*, pág. 109), y aplicó esa norma en casos de persecución contra dirigentes políticos y sindicales (*Jaona c. Madagascar* y *López Burgos c. Uruguay*).

5.3. *Limitaciones en función del medio*

Las normas históricas de la Constitución de 1853 se refieren a la *prensa* (art. 14) y a la *imprenta* (art. 32). La aparición de nuevos medios de comunicación planteó el problema de determinar si la prohibición de censura previa era también aplicable a ellos, suscitándose interpretaciones disímiles. La incorporación de la censura previa al Pacto permitió incorporar a la tutela a los medios que no son prensa, aunque antes del mismo la Corte ya había reconocido la *libertad de expresión artística* (*Colombres Ignacio c. Estado Nacional*). BIDART CAMPOS sostiene concluyentemente que

el art. 13.2 del Pacto prohíbe la censura previa para la libertad de expresión en sentido amplio y en todas sus formas.[2] En el derecho judicial, la tesis amplia fue adoptada en los casos *Mallo* (cine), *Ekmekdjian c. Sofovich* y *Servini de Cubría* (televisión), aunque en la doctrina predomina la tesis de las restricciones diferenciadas de acuerdo a los diversos medios. En *Servini de Cubría*, el Ministro LEVENE sostuvo que "la libertad de expresión se extiende a medios como el cine, la radio y la televisión, que los tutela ampliamente sin distinguir entre lo que constituye opinión, manifestación estética, de arte o de humor, pues la libertad de manifestación del individuo no puede ser entendida circunscripta sólo a cierto ámbito o finalidad... porque entonces la garantía quedaría en letra muerta". En cambio, los DRES. CAVAGNA MARTINEZ, MOLINÉ O'CONNOR y NAZARENO afirmaron que los medios electrónicos gozan de una protección más atenuada dado su "intensa penetración en el seno del hogar, donde el amparo del individuo a gozar de su intimidad desplaza los derechos de quien allí se entromete y además porque sus transmisiones son accesibles a la infancia".

En el plano internacional, el Comité de Derechos Humanos sostuvo en *Hertzberg c. Finlandia* que "la libertad de expresión no incluía un derecho de acceso a programas de televisión", y que "el negar acceso a los medios electrónicos de comunicación social no puede equipararse a la censura", cuando se trata de protección de la moralidad pública, dado que en esos casos "no es posible ejercer control sobre el público.. (y) no pueden excluirse efectos perniciosos sobre los menores de edad".[3]

En lo que respecta a las expresiones por Internet, la Corte Suprema Norteamericana estableció en 1997 la inconstitucionalidad de la *Federal Communications Decency Act*, concluyendo

[5.2] BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, ed. Ediar, 1986, p. 271.

[5.3] O´DONNEL, DANIEL, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 251. La doctrina de las restricciones diferenciadas de acuerdo al medio fue también sostenida por la Corte Norteamericana en *FCC v. Pacífica Foundation*, (438 US 726 (1978), en relación a la radio (BIANCHI-GULLCO, *op. cit.*, p. 432).

Cyberspace must be Free (*Reno et al v. American Civil Liberties Union et al*).[4]

Finalmente, y en relación a la responsabilidad de los medios de prensa, la jurisprudencia argentina se rige por dos criterios básicos, sentados en los casos *Vago* y *Campillay*.

En el primero de ellos la Corte acogió la doctrina de la "real malicia", siguiendo los pasos de la Corte Norteamericana en *New York Times v. Sullivan* (1964),[5] y afirmó que "quienes se sienten afectados por una información falsa o inexacta deberán demostrar que el autor de la noticia procedió con malicia", o también cuando "demuestre imprudente y notoria despreocupación sobre si es falsa o no". La doctrina es aplicable sólo cuando se trate de *figuras públicas o* manifestaciones que versan sobre funcionarios públicos, y no se extiende a los supuestos de expresión de ideas, juicios de valor o manifestaciones insusceptibles de verdad o falsedad. En éste sentido, la Corte Suprema Norteamericana estableció que "...no existen las falsas ideas. No obstante lo perniciosa que una opinión puede parecer, dependemos de la corrección no de la conciencia de jurados y jueces, sino de la competencia de otras ideas" (*Gertz v. Welch*, 418 U.S. 323; 1974).

Y en el caso *Campillay c. La Razón, Crónica y Diario Popular* (1986) nuestra Corte elaboró el siguiente test para eximir de responsabilidad a los medios de prensa. Es necesario: 1) utilización del modo potencial de los verbos, o 2) citar la fuente de información, o 3) dejar en reserva la identidad de los implicados.

6. *Limitaciones en función del contenido*

6.1. Moralidad

Estas restricciones presentan la dificultad de determinar el alcance del concepto "moral pública": no existe una pauta universal al

[5.4] Ver TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *Derechos Humanos y Jurisprudencia*, Eudeba, 1998, p.102. Asimismo, BIANCHI-GULLCO, *op. cit.,* p. 352.

[5.5] Doctrina elaborada por la Corte Norteamericana para el caso de Figuras públicas en *New York Times v. Sullivan* y extendida luego a los casos de personas privadas revestidas de interés público y particulares en los casos

respecto. Como primera aproximación, cabe admitir que se trata de una convención social, permeable a la mutación de las formas de vida aceptadas por la comunidad y relativa a condicionamientos sociológicos, geográficos, etc.

En el plano internacional el Comité de Derechos Humanos sostuvo en *Hertzberg c. Finlandia* que "la moral pública difiere ampliamente. No hay una norma común de aplicación universal. Por consiguiente, hay que conceder un cierto *margen de discreción* a las autoridades nacionales pertinentes", y decidió que la censura de unos programas para ser transmitidos por televisión sobre la homosexualidad no resulta violatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El mismo criterio fue sustentado por la Corte Europea en el *Caso del Pequeño Libro Rojo para Escolares* (HANDYSIDE), secuestrado por considerarse obsceno según las leyes inglesas.[1]

En nuestro país, se recuerda la censura de las películas *El Silencio* de INGMAR BERGMAN (caso *Muzureta y otros*, 1964), y *Último Tango en París* de BERNARDO BERTOLUCCI (caso *Saccome*, 1975). En el primero de ellos, la Cámara Criminal de la Capital consideró que, para calificar la obscenidad, hay que colocarse en el lugar "de nuestro modo de sentir y estilo de vida argentinos", criterio que hizo extensivo al contenido no censurable de la película, juzgado "no comprensible para la generalidad del público espectador".[2]

Por otra parte, la regulación de éste tipo de expresiones responde a parámetros distintos que los utilizados para otro tipo de discursos. (Políticos, religiosos, filosóficos, etc.) Así, son restringidas en tanto *afecten* a terceros, mientras que la relevancia de los últimos consiste precisamente en *afectar* a terceros. En éste sentido, la doctrina ha sostenido que "aún para las posiciones más tolerantes, existen dos clases de mensajes amparados por

Curtis v. Butts (1967), *Rosembloom v. Metromedia* (1971), *Gertz v. Welch* (1974) y *Philadelfia Newspapers v. Hepps* (1986).

6.1 HITTERS, JUAN CARLOS, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ed. Ediar, 1993, t. I, p. 135.

6.2 FAYT, *op. cit.*, p. 368.

las disposiciones sobre libertad de expresión: los considerados *serios* y *valiosos* (por ej. los mensajes políticos, religiosos, filosóficos o artísticos), que merecen una muy amplia protección y que sólo pueden ser restringidos en circunstancias excepcionales, y los de *menor valor* que son autorizados en tanto no *afecten* a terceros.[3]

La Convención Americana de Derechos Humanos establece el principio mas libertario de la legislación universal, en tanto introduce una distinción no contemplada en la Convención Europea ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que permite de consuno atemperar la *doctrina de la discrecionalidad* y elucidar la fórmula de la *afectación a terceros*.

En efecto, las limitaciones en función de la moralidad son contempladas en el Pacto desde el doble punto de vista de la *censura previa* y las *responsabilidades ulteriores*, es decir, antes y después de la publicación. Desde el primer enfoque contempla la censura previa de espectáculos públicos "con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.." (art. 13.4); desde el segundo, incluye en el campo de las responsabilidades ulteriores la regulación por ley para proteger la *moral publica* (art. 13.2.*b*).

Antes de la publicación sólo puede haber censura previa para protección de menores, después de ella, y con relación a mayores de edad, las responsabilidades emergentes deben estar fijadas por ley con sujección a los criterios de la OC/5: máxima protección para los menores, máxima libertad para los mayores.

Por último, y en el plano filosófico, KARL POPPER afirmó que "es mucho mas conveniente que la moralidad del estado sea controlada por los ciudadanos y no a la inversa. Lo que queremos y necesitamos es moralizar la política, y no hacer política con la moral".[4]

[6.3] BIANCHI-GULLCO, *op. cit.*, p. 369 (comentario al caso *Bresky*, CSJN, 1-9-98, J.A. 1989-II-306).

[6.4] POPPER, KARL, *La sociedad abierta y sus enemigos*, ed. Paidós, Bs. As., t. I, p. 175.

6.2. *Seguridad nacional (art. 13.2* b) *CADH)*

A partir de 1919, en ocasión de interpretar el sentido de la ley de Espionaje de 1917, la Corte Suprema norteamericana resolvió que los dicentes no podían ser reprimidos a menos que sus expresiones generaran un *peligro claro y actual* para la seguridad de la Nación (*Schenck v. United States*; 249 US 47; 1919). El Juez HOLMES formuló la doctrina en los siguientes términos: "La más estricta protección de la libertad de expresión no protegería a una persona que gritara falsamente *fuego* en un teatro lleno y causando un pánico... La cuestión en cada caso depende si las palabras han sido utilizadas en tales circunstancias y son de tal naturaleza, que produzcan un peligro claro y actual de forma de producir los males sustanciales que el Congreso se encuentra autorizado a impedir".[5]

En aplicación de esta doctrina, el mismo Tribunal prohibió en *New York Times Co. v. United States* (403 U.S.,713, 725; 1971) que el gobierno federal detuviera la publicación de los informes sobre la guerra de Vietnam, normalmente conocidos como los *Papeles del Pentágono* —que podían afectar la seguridad militar de los EEUU y prolongar la guerra en Vietnam—, y sostuvo que la censura previa solo podría ser justificada mediante "... la alegación y la prueba por parte del gobierno de que la publicación ha de causar de un modo inevitable, directo e inmediato el acaecimiento de un acontecimiento comparable con poner en peligro un transporte ya en alta mar..".[6]

Cabe preguntarse sobre la aplicabilidad de la doctrina del peligro claro y actual en el Derecho Argentino. En este sentido, ENRI-

[6.5] BIANCHI-GULLCO, *op. cit.*, p. 70. Estos autores sostienen que la doctrina tiene origen en el pensamiento de MILL, en tanto afirma "aún las opiniones pierden su inmunidad cuando las circunstancias en que ellas son expresadas son tales que su expresión constituye una instigación positiva a algún acto ilegítimo. Una opinión de que los comerciantes en cereales matan de hambre a los pobres o que la propiedad privada es un robo, no debería ser molestada cuanto simplemente es echada a circular a través de la prensa, pero puede incurrir justamente en una sanción *al ser expuesta oralmente ante una turba excitada que se encuentra reunida frente a la casa del comerciante de cereales*" (p. 69).

[6.6] Voto del Juez BRENNAN; ver FISS OWEN, *op. cit.*, p. 150.

QUE BIANCHI y HERNÁN GULLCO sostuvieron que "existen fuertes argumentos —fundados en los antecedentes constitucionales y jurisprudenciales argentinos— en favor de receptar dicha teoría en nuestro derecho... y pueden formularse buenas razones, desde el punto de vista valorativo, para defender la aplicación de dicha doctrina".[7]

En el Caso *Verbitsky*, la Cámara Federal hizo una aplicación *implícita* de la doctrina mentada, en tanto, luego de citar varios fallos norteamericanos que la establecen, dijo: "la similitud de los textos de la enmienda I —en lo que toca a la libertad de prensa— y el art. 32 de la Constitución nacional concede a la interpretación que de la garantía efectúa la Suprema Corte de EEUU, una interpretación que nuestra propia Corte ha resaltado en sus distintos fallos sobre el tema. De tal suerte, las conclusiones que puedan extraerse de la jurisprudencia norteamericana constituyen criterios hermenéuticos valiosos, cuya función orientadora no puede desecharse, puesto que arrojan luz sobre el alcance que debe acordarse a la libertad de prensa", agregando que "puede colegirse una sustancial coincidencia entre los puntos de vista de ambos tribunales".[8] Sin embargo, el Tribunal omite considerar en forma *explícita* las circunstancias que generaban el peligro. La solicitada que motiva el caso iba a ser publicada en un momento de situación extremadamente crítica para la vigencia de las instituciones en nuestro país, por lo que resultaba difícil calcular la potencialidad dañosa de sus palabras.[9]

Reformulamos la pregunta: ¿es necesario en nuestro medio llegar hasta la cornisa del peligro inminente?[10]

[6.7] *Op. cit.*, p. 91.

[6.8] MILLER, GELLI, CAYUSO, *op. cit.*, p. 949.

[6.9] MILLER, GELLI, CAYUSO, *op. cit.*, nota 1 del cuestionario, p. 955.

[6.10] Para responder ésta pregunta es interesante comparar nuestro contexto con el que surge de las posiciones antagónicas de los jueces en el caso *Dennis v. United States* (341 U.S.494) —en relación a dirigentes del partido comunista norteamericano— (BIANCHI-GULLCO, pp. 73/76). Presidente: "el derrocamiento del Gobierno por la fuerza y la violencia es, ciertamente, un interés lo suficientemente sustancial como para que el Gobierno limite la libertad de expresión. Por consiguiente, si éste interés puede ser protegido, el problema literal que se presenta es que se quiere decir con el uso de la

En el plano internacional, la CIDH condenó la existencia de leyes penales en blanco con fórmulas tales como *atenten contra la defensa nacional, u otros casos semejantes* o la locución, *etc.* (Informe *Diez Años...*, p. 326), y sostuvo que la prohibición de "la publicación de informaciones sobre actos contra revolucionarios, desórdenes, ataques a las autoridades, motines, huelgas, interrupción de servicios públicos, toma de tierras, fincas y haciendas, etc., era muy amplio e indeciso... lo que puede dar origen a serios abusos al poderse interpretar por las autoridades que cualquier crítica al Gobierno se encuentra prohibida" (Informe *Nicaragua*, 1981).

Con respecto a la emergencia prevista en la institución del Estado de Sitio (art. 23 CN), el único motivo de cuestionamientos —a través de votos disidentes— ha sido el relativo al secuestro de publicaciones y clausura definitiva de imprentas, convalidados por la Corte Suprema Argentina en épocas pretéritas.[11] La CIDH

frase "peligro claro y actual"...Obviamente, dichas palabras no pueden significar que *antes de que el Gobierno pueda actuar, debe esperar hasta que el golpe de estado está a punto de ser ejecutado, los planes hayan sido formulados y que se espere la señal*".

Juez DOUGLAS en disidencia: "Cómo es posible afirmar que exista un peligro claro y actual de que esta defensa (de la ideología comunista por parte de los acusados) vaya a tener éxito?. En los EEUU, los comunistas son miserables mercaderes de ideas rechazadas, sus mercaderías permanecen invendidas. El hecho de que sus ideas sean aborrecibles no las convierte en poderosas. Así, si hemos de proceder con base al *conocimiento notorio,* me es imposible afirmar que los comunistas son tan poderosos en éste país, o que están tan estratégicamente colocados, que deben ser reprimidos en razón de su discurso...". *En relación a nuestro medio, y con el criterio del "conocimiento notorio", ¿con cuál de las dos posiciones se identifica el estudiante lector?.*

6.[11] Casos *Bertotto* (*Fallos*, 160:104),*Voz Peronista, Diaro La Hora* (*Fallos*, 236:41), *Norte* (*Fallos, 244:59),* y *Agosti* (*Fallos*, 248:529). La Corte decide que el estado de sitio suspende todas las garantías constitucionales y que la medida de cerrar imprentas no importa una Pena. Tampoco puede cuestionarse la legitimidad del secuestro de la publicación. En el caso *Azul y Blanco* sostuvo que la prohibición del presidente de aplicar penas se entiende referida al resultado de efectos jurídicos permanentes, por lo que la clausura sería una medida transitoria, que deviene inconstitucional si subsiste luego de cesar los efectos de la ley que declara el estado de sitio.

En el caso *Sauce Almagro, Rodolfo* (*Fallos*, 252:246), la Corte convalidó la clausura del periódico *Nuevo País* con disidencia de BOFFI BOGGERO, quien

estableció que el estado de emergencia sólo autoriza la censura de expresiones que tengan relación con la amenaza concreta (Informe Anual 1982-1983). Y en el trabajo titulado *Diez Años...* afirmó que "Ya sea por las facultades que conceden esos estados de emergencia, por la legislación de excepción que ha sido promulgada en aplicación de ella, o por los precedentes creados por abusivas conductas anteriores de los gobernantes que arbitrariamente hayan clausurado diversos medios de comunicación social o encarcelado periodistas, lo cierto es que prácticamente todos los países en que rigen estos estados de emergencia, los medios de difusión del pensamiento aplican una autocensura por temor a ser sancionados, o los periodistas a ser detenidos" (p. 326).

6.3. *Violencia, discurso del odio*

La Convención Americana prohíbe en su art. 13.5 "toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones al uso de la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, incluso los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

El criterio que surge de ésta norma merece ser confrontado con la doctrina analizada en el punto anterior, en la tradición del derecho judicial norteamericano que protege el discurso que "exalta la ira, invita a pelear, provoca una situación de inquietud o crea desorden" (*Terminiello v. Chicago*), o la prédica de dirigentes del Ku Klux Klan (*Brandenburg v. Ohio*; 395 US 444 ,1969), o sostiene la invalidez de una medida cautelar destinada a impedir una manifestación nazi en un pueblo judío (*Village of Skokie v.*

sostuvo que es evidente que si el presidente no puede aplicar penas mediante un proceso en que las partes gozan de todas las garantías, menos puede hacerlo sin esas formalidades.

En los casos *Primera Plana* y *Ojo* (*Fallos*, 276:80), se convalidó el secuestro, clausura y prohibición de la revista y cualquier publicación sustitutiva, con disidencia de RISOLÍA, que consideró que se trató de un castigo sin ley y sin proceso, con lesión de los derechos de defensa, propiedad, trabajar y ejercer industria lícita.

National Socialist Party of America), porque "la impopularidad de las ideas o su caracter perturbador, repugnante y aún su impacto alarmante no son suficientes" para autorizar la prohibición.[12]

Entiendo que el art. 13.5 rechaza explícitamente toda interpretación que permita aplicar la doctrina del peligro claro y actual al campo por ella regulado. En efecto, la norma prohíbe el discurso que incita a la violencia "*o cualquier otra acción ilegal similar*": si consideramos ésta fórmula como comprensiva de acciones de menor efecto dañoso que el uso de la fuerza (no puede concebirse otra cosa) tenemos que no es necesario llegar hasta el extremo del peligro inminente —por aplicación del criterio *maiorus et minorus*—, bastando la configuración de esas causales de menor efecto dañoso.

Por lo demás, la Ley Antidiscriminatoria 23.592 establece que "Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma".

6.4. *Discurso político, juicios críticos y de valor*

La Corte Europea de Derechos Humanos estableció en el caso *Lingens* la protección de los juicios de valor, insusceptibles de verdad o falsedad. Al respecto, y luego de distinguir entre informaciones y opiniones, destacó la importancia de éstas últimas, señalando que la libertad de prensa es "uno de los mejores medios para descubrir y formar su opinión (la del público) acerca de las ideas y actitudes de los líderes políticos".[13] En relación a la crítica a funcionarios públicos, señaló que "los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular: el primero, a

6.12 Ver BIANCHI-GULLCO, *op. cit.*, p. 80.
6.13 MILLER, GELLI, CAYUSO, *op.cit.*, p. 1045.

diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante".[14]

En el mismo sentido, la Corte Suprema Argentina estableció en el caso *Timmerman* (*Fallos*, 269:200) que "ningún funcionario, ni siquiera los jueces, gozan del privilegio de estar exentos de la crítica".[15]

Por su parte, la CIDH sostuvo que "En algunos casos, el mantenimiento de los regímenes de excepción se ha prolongado por mucho más tiempo del necesario para garantizar adecuadamente la seguridad del Estado o ha llegado a alcanzar los caracteres propios de una real persecusión por motivos ideológicos. En los hechos, se han sancionado normas que importan la creación de verdaderos *delitos de opinión*, esto es, de delitos que se configuran por la ideología que sustente el individuo, sin necesidad de que ésta se revele en actos materiales dañosos. El mero hecho de sustentar y difundir una determinada doctrina político-filosófica ha sido erigido en figura delictuosa. La incriminación alcanza a toda expresión del pensamiento político, sociológico, económico, histórico o filosófico derivado de las enseñanzas de CARLOS MARX y de sus epígonos. Cualesquiera que sean las consecuencias a que pueda llevar la acción basada en determinada ideología, en todo caso, y cualquiera sea el juicio de valor que ese modo de pensar merezca, lo cierto es que *las ideologías no pueden ser eliminadas como se elimina una enfermedad epidémica o un grave vicio*

6.14 BIANCHI-GULLCO, *op. cit.*, p. 246. En la tradición anglosajona, históricamente se consideraba que "cuanto mayor era la verdad tanto mayor era la difamación", porque la crítica podía llevar más descrédito al gobierno. Es la jurisprudencia inglesa en el caso de *libellis famosis*, libelo escrito en verso por el cual se agraviaba al Arzobispo de Canterbury. Si el caso era exorbitante, la pena era la pérdida de las orejas. Esta doctrina fue cambiada en EEUU en el caso *Zenger*, periodista detenido por sus ácidas críticas al gobierno, que continuó escribiendo aún en prisión. El abogado HAMILTON aparentó ver la causa desde el lado de la parte acusadora, y obtuvo la absolución de JOHN PETER ZENGER. Más tarde la verdad se convirtió en una defensa absoluta contra el cargo de difamación.

6.15 BIANCHI-GULLCO, *op.cit.*, p. 273.

social, si es que han de subsistir los principios básicos del régimen democrático-representativo de gobierno... No es admisible que, por el solo hecho de sustentar y difundir una cierta ideología, un hombre se transforme en una especie de "intocable", a quien se considera legítimo privar de posibilidades de trabajo, cortarle la libre expresión de sus pensamientos y aun mandarlo a la carcel". [16]

[6.16] O´DONNELL, *op.cit.*, p. 248.

Capítulo XI

DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES

I. *ACCESO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES*

1. *La salud dentro de los derechos sociales*

El alcance relativamente amplio que hemos dado en los capítulos precedentes al derecho a la salud no debe llevar a una interpretación equivocadamente lata de la posible tutela jurídica del resto de los llamados "derechos sociales". La pertenencia temática de la salud a este género del lenguaje ordinario, no autoriza a hacer un falso silogismo que lleve al género lo que aquí sólo es propio de la especie.

2. *El enfoque clásico.*[1] *Triple encuadre posible*

Los derechos llamados sociales, y del mismo modo los culturales:

1°) Pueden estar introducidos en el orden jurídico como derechos subjetivos de los individuos, exigibles desde la misma sanción de la Convención[2] o de la Constitución y sin norma alguna de rango inferior que los reglamente,[3]

[2.1] En este punto nos limitamos a repetir lo ya dicho en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, Buenos Aires, 2003 y anteriores ediciones, capítulo III, número 19, y en la *Teoría General de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, p. 64 y ss

[2.2] A la cual nuestro país se sometió por ley de la Nación, aceptando igualmente la sumisión al tribunal supranacional creado para su contralor jurisdiccional.

[2.3] Por ejemplo, el derecho de huelga, de agremiación, etc.

2°) pueden encontrarse en la situación compleja que hemos explicado para la salud y el medio ambiente o, por fin, y es esto lo más común,

3°) pueden en cambio estar estructurados como derechos programáticos, que carecen de efectividad real mientras el Estado no instituya los instrumentos legales y administrativos complementarios necesarios para integrarlos en su funcionamiento real.

Lo último sucede a veces cuando se trata de servicios o prestaciones concretas a los individuos, y la formulación normativa es de tal manera general e imprecisa que resulta imposible a los jueces darle operatividad por aplicación directa de la Constitución o la Convención.[4] Esto es lo que pasa tradicionalmente con la mayor parte de las disposiciones constitucionales que contienen derechos sociales, las cuales son de antaño interpretadas en el sentido que "los textos que los enuncian están menos dirigidos a condensar en una fórmula solemne las realidades del derecho positivo, que a trazar para el futuro un programa al legislador".[5] En tal sentido, hemos señalado nuestra duda respecto a la supuesta necesidad de modificar la Constitución para incorporarlos, ya que ellos pueden ser introducidos directamente por la legislación sin necesidad de una reforma constitucional previa y, a la inversa, sin esa legislación y esa instrumentación práctica previa, no existirán en la realidad, a pesar que la Constitución o la Convención[6] los incluya como normas programáticas.[7]

A lo expuesto cabe agregar que una teórica multiplicación conceptual y verbal de derechos humanos de tipo social, presenta el

[2.4] Servicios de seguridad o previsión social, salud, educación, vivienda, cultura, etc.

[2.5] BURDEAU, GEORGES, *Les libertés publiques*, París, 1961, p. 312; KELSEN, HANS, *General Theory of Law and State*, Cambridge, pp. 261 a 262.

[2.6] Caso típico, los derechos económicos, sociales y culturales previstos en su artículo 26°.

[2.7] Para mayores desarrollos sobre el punto, ver cap. III, p. 19, del tomo I de nuestro *Tratado, y* la *Teoría General, op loc. cit.*

riesgo de diluir y esfumar el concepto *vigente* de derechos del hombre y reducir su valor:[8] no se puede calificar de "derechos" a todos los deseos y todas las aspiraciones, porque con ello se pone el acento en lo abstracto e irrealizable, y se descuida la indispensable concreción material sin la cual todo el discurso pierde sentido y valor jurídico.[9]

No ganamos nada con un generalizado "reconocimiento" verbal acompañado de parejo desconocimiento empírico.[10] Por ello, si de verdad queremos que los derechos humanos de tipo social no sean tratados como "meras aspiraciones" sino como "asuntos de legítima utilización por parte de juristas y abogados",[11] es imprescindible que nos atengamos a las reglas de interpretación jurídica.

3. *Los derechos sociales en época de crisis*

En todo caso, fuerza es advertir que lo atinente a la consagración y desarrollo e instrumentación de los derechos sociales[1] ha tenido su mayor potencialidad en épocas en que se concebía al Estado con progresivas posibilidades materiales de actuar como agente de desarrollo y de cambio,[2] con instrumentos tales como la planificación y un dinámico sector público de la economía al servicio del cambio social.[3]

2.8 RIVERO, JEAN, *Les libertés publiques*, t. 1, *Les droits de l'homme*, P.U.F., París, 1981, pp. 132 y 133.

2.9 RIVERO, *op. cit., p.* 134.

2.10 RIVERO, *op. cit.*, p. 1:29.

2.11 FRANK C. NEWMAN, en KAREL VASAK, editor, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. I, UNESCO, Barcelona, 1984, p. 243

3.1 Legislación protectora del trabajador, la mujer, el niño; promoción de la cultura y la educación; protección activa de las clases menos favorecidas de la sociedad; seguro de desempleo; seguro de salud; sistemas de seguridad social, etc.

3.2 Nuestro libro *Planificación, participación y libertad en le proceso de cambio*, México y Buenos Aires, 1973; una siguiente edición apareció bajo el título *Introducción al derecho de la planificación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982.

3.3 Nuestros libros *Empresas del Estado*, Ed. Macchi, Buenos Aires. 1966, *y Derecho administrativo de la economía*, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1966.

La crisis mundial de los años ochenta, en cambio, pone un freno inescapable a ulteriores crecimientos cuantitativos de los derechos sociales prestacionales, en cuanto eventuales mayores servicios del Estado a los individuos menos favorecidos de la sociedad, significan crecientes erogaciones que aquél no está en condiciones materiales de realizar.[4] Ya ni siquiera se habla hoy en día de "países en desarrollo": la nueva frase elegante es "países menos desarrollados" (LDCS).

En la actualidad "El Estado tiene que administrar la escasez para atender las demandas sociales tradicionales"; "La dialéctica entre demandas sociales y gastos públicos, se ha resuelto a favor de estos últimos". Aún manteniendo la idea del Estado benefactor hoy en día es ya claro que él "no está legitimado... para actuar deficientemente, con derroche de medios, con resultados parcos o con evidente desproporción entre recursos y logros".[5]

Se toma conciencia, en suma, que "La relación entre el costo de las organizaciones y los resultados obtenidos no guarda proporción"; "El Estado ha de aumentar su *efectividad social*, sus actuaciones han de ser productivas en términos sociales".[6]

¿Qué hacer en materia de derechos sociales en tales circunstancias históricas?

4. *Salir de la encrucijada*

Los países más desarrollados parecen aprestarse a salir de la encrucijada procurando reducir el aparato del Estado y racionalizar en lo posible sus servicios sociales, creando o ampliando al propio

[3.4] Empezamos a plantear este cambio en *Teoría General del Derecho Administrativo, op. cit.*, p. 79.

[3.5] Del *Documento Guía* elaborado en 1983 por el "Grupo de Iniciativa", formado por un conjunto interdisciplinario de expertos iberoamericanos, que hemos integrado, para el libro del INAP *Congreso Iberoamericano sobre sociedad, democracia y administración*, Alcalá de Henares-Madrid, 1985, p. 29.

[3.6] Artículo citado, p. 30.

tiempo los mecanismos de participación e integración social que fortalecen los derechos sociales.[1]

En este saber administrar la escasez hay que fortalecer pues aquellos mecanismos del desarrollo y cambio social que no generan nuevos gastos que el Estado ya no puede expandir. Puede allí incluirse *lato sensu* el aumento de las formas de participación ciudadana,[2] la tutela de la salud y el medio ambiente contra las lesiones arbitrarias, la superación de la discriminación,[3] el odio y la persecución,[4] la tutela de la dignidad [5] y privacidad [6] de la persona humana, el respeto a las tradiciones y costumbres,[7] etc.

Trátese o no de derechos sociales en una estipulación tradicional, son cuanto menos aspectos sociales no despreciables de los derechos humanos o individuales, todavía susceptibles de mayor desarrollo y que pueden y deben encuadrarse ya entre los de "primera generación", quitándolos de la más utópica "tercera generación".[8]

4.1 La vinculación de ambos temas no es nueva: MILLER, S. M y REIN, MARTÍN, *Participation, Poverty and Administration*, publicado en "Public Administration Review", Washington, enero-febrero de 1969, p. 15; SIMPSON, GEORGE E., Ethnic groups, social mobility, and power in Latin America, en el libro *Social Structure, Stratification and Mobility*, OEA, Washington, 1967.

4.2 Nuestros trabajos *Participation in Latin America*, Nueva York, 1982; *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981; *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio, op. cit.*; *Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina*, "Revista Internacional de Ciencias Administrativas", Bruselas, 1981, vol. XLVII-1981, n° 2, pp. 1261-32; "Revista de Direito Público", año XIV, n° 57/58, San Pablo, 1981, pp. 29 a 38.

4.3 Artículo 1° inciso 1° de la Convención y otras normas nacionales y supranacionales.

4.4 Artículo 13°, inciso 5° de la Convención.

4.5 Artículo 11°, inciso 1° *in fine*.

4.6 Artículo 11°, inciso 2°.

4.7 Surge del art. 12° (conservar, profesar y divulgar su religión y sus creencias), 8° inc. 2 ap. *a* (ser asistido por traductor o intérprete, por lo tanto usar su propio idioma), 20° (mantener la nacionalidad), 22° incisos 6° a 8° (tutela del extranjero en sus condiciones de tal, y principio consiguiente de tolerancia y pluralismo); a *contrario sensu*, surge también de la prohibición de toda forma de menoscabo étnico o racial que surge del art. 1°.

4.8 Para la génesis de esta terminología ver GROS ESPIELL, HÉCTOR, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 10 y 22.

En nuestros países todavía hay renuencia a buscar y adoptar las nuevas soluciones posibles, como se advierte en el generalizado rechazo en América latina a adoptar instituciones como el defensor del pueblo u ombudsman,[9] mecanismos semidirectos de participación ciudadana, incorporación de los administrados y usuarios a los órganos directivos de las administraciones públicas,[10] o a posponer la creación de dichos mecanismos de progreso social para luego de una innecesaria reforma constitucional, pretendiendo que esto es un prerequisito de aquello, o sugiriendo al menos la conveniencia de reformar *primero* la Constitución.

Una característica de la sociedad tradicional es su resistencia al cambio: una forma es posponerlo para "después" que se alcance tal o cual condición de difícil cumplimiento. Propender a la reforma de la Constitución para introducir *recién entonces* la ampliación de los derechos que estamos mencionando, es una forma efectiva de resistir al cambio.

Desde luego, si efectivamente se reformara la Constitución no estaría demás introducirle algunas previsiones expresas sobre el medio ambiente,[11] la tutela del interés difuso,[12] el defensor del pueblo,[13] la necesaria y operativa participación ciudadana, las

4.9 Hemos analizado el caso argentino en *An Ombudsman for Argentina: Yes, but...*, "International Review of Administrative Sciences", vol. L-1984, n° 3, Bruselas, 1984, p. 230 y ss., traducido al portugués en la "Revista de Direito Público", n° 75, San Pablo, 1985, pp. 76 a 81. Los que encabezan la resistencia ya han inventado un mote, la "ombudsmanía", como en Europa se hablaba antaño de los "eurofóricos".

4.10 Nuestros artículos *La participación administrativo,* en INAP, *op. cit.*, p. 199 y ss. y en "Revista de Direito Público" n° 74, San Pablo 1985, pp. 15 a 25; *Cauces de participación ciudadana*, "Crónica del V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios", Madrid, 1970, Instituto de Estudios de Administración Local, t. I, pp. 1057 a 1085; y en el libro *La planificación en los entes locales*, tomo I, Barcelona, 1971, pp. 37 a 63.

4.11 Algunas precisiones que sugerimos en 1974 para una eventual norma constitucional en el punto, igualmente introducibles por ley, pueden verse en "Ambiente y recursos naturales", vol. IV, n° 2, "La Ley", Buenos Aires, 1987, pp. 122 y 123.

4.12 Ver nuestro libro *La administración paralela,* Madrid, 1982, Civitas, cap. IV.

4.13 Ver *infra,* punto III de este mismo capítulo VIII.

audiencias públicas, etc. Pero convengamos que dado que ello puede hacerse directamente por ley y por decreto,[14] y no se lo ha hecho, la cuestión reside en nuestro medio en la falta de consenso o convicción social sobre tales reformas.

Si no estamos de acuerdo con ellas —y no lo estamos como sociedad—,[15] da lo mismo que discutamos acerca de su introducción por vía legislativa o constitucional, o que propugnemos preceder de una reforma constitucional la inmediata reforma legislativa. Y aún la reforma administrativa que siempre ha sido jurídicamente posible con tan sólo el poder, la decisión política y la voluntad de hacerlo.

II. *CONTROL SOCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. VIEJAS Y NUEVAS IDEAS SOBRE PARTICIPACIÓN EN AMERICA LATINA*

5. *Introducción. Algunas ideas tradicionales fundamentales*

La forma más tradicional y elemental de participación del ciudadano en la vida administrativa y política del Estado es la forma republicana y democrática de gobierno, en la cual el individuo participa en la gestión pública de manera indirecta, mediante representantes elegidos periódicamente a través de elecciones libres. Elecciones, partidos políticos, Congreso, prensa libre, son así elementos mínimos de participación y control en cualquier pensamiento democrático occidental, condiciones necesarias para la vigencia de un sistema de derechos humanos.

[4.14] Pueden llevarse a cabo por vía administrativa, sin ley: el defensor del pueblo u ombudsman ejecutivo, las audiencias públicas previas a la aprobación de todo proyecto o reglamento importante, la instrucción a los fiscales para que no opongan a los particulares que litiguen por el medio ambiente, la falta de legitimación activa, la integración de los cuerpos colegiados de la administración con representantes de los usuarios y entidades intermedias, etc.

[4.15] El ejemplo analizado en nuestro citado artículo *An Ombudsman for Argentina: Yes, but...,* es aplicable a virtualmente todo proyecto de cambio de la índole de los mencionados.

Sin embargo, ocurre en América lo mismo que en otros continentes en vías de desarrollo: muchas ideas reciben adhesión formal que no siempre se concreta en hechos, en una práctica continua que de vida real a las ideas que se dice profesar.[1] Una primera constante que es así dable encontrar en materia de participación en América Latina, es la obvia de que las instituciones democráticas no siempre ni en todos los países del continente funcionan conforme al ideario político y constitucional al cual casi todos los sistemas constitucionales están adscriptos: los derechos individuales siguen en tal caso la tónica dominante como no podía ser de otro modo.

6. *Algunas ideas recientes*

De aquella distancia entre el ideario al cual se expresa adhesión y la práctica administrativa y política que se ejercita, surgen vacíos y distancias en algunos casos muy grandes, que a veces se ha intentado cubrir recurriendo a nuevos empleos de la idea o la palabra de "participación". Ocurre así que en algunos regímenes de facto, cuando según la propia estimación interna o la presión externa se considera llegado el momento de distender el esquema de poder, o comenzar a compartirlo, se habla de la necesidad o conveniencia de comenzar a implementar la *participación civil* en el gobierno. La incipiente y a veces progresiva designación de civiles para funciones públicas de segundo o tercer nivel en la escala jerárquica, pasa así a ser encuadrada dentro de un tema al cual se intenta de tal modo conferir el rango de casi toda una teoría política, o al menos de una variante interesante en el modo de ejercicio del poder. Quizá el ejemplo jerárquicamente más significativo de participación por vía de designación de civiles dentro de regímenes de facto pueda ser el del Uruguay, que llegó a tener un presidente civil designado por las fuerzas armadas.

Otra forma de plantearse el tema de la participación en gobiernos de facto es el de considerar qué pasará una vez restablecido

[5.1] Observación ésta que ha hecho NAIPAUL en sus crónicas de viaje por distintos continentes: *An Area of Darkness, The Return of Eva Perón,* etc.

en el futuro el sistema constitucional de gobierno civil. Se ha pensado así en la conveniencia de implementar reformas constitucionales que aseguren en el futuro gobierno civil algún grado de *participación militar* de carácter institucional. Es el ejemplo que primero dio Portugal, siguió luego Brasil, e intentó seguir el gobierno del Uruguay en 1980 —aunque en el referéndum llamado al efecto, la ciudadanía votó en sentido adverso al proyecto oficial de institucionalizar la participación militar en los futuros gobiernos civiles. Es el mismo proceso que está viviendo Chile en los años noventa.

Tenemos así el tema de la participación civil en gobiernos militares, y el tema de la participación militar en gobiernos civiles, como dos formas relativamente nuevas de intentar plantear a nivel teórico o verbal la participación. En nuestra opinión, en ambos casos, y sin perjuicio de los méritos que cada uno pueda tener coyunturalmente como salida a alguna situación difícil, conceptualmente no cabe hablar de participación si no se parte al menos de la más elemental y primera forma de participación que supone un gobierno democráticamente electo. Por ende no se advierten allí signos positivos en materia de derechos humanos.

7. *Algunas ideas no tan recientes*

A aquella distancia que comentamos en el primer punto entre el ideario democrático y la práctica política, también se la ha intentado acortar con otras ideas corrientes de participación: *consejos asesores, comisiones mixtas de planificación, Consejos Económicos y Sociales*, etc. Ya hemos analizado antes de ahora estas experiencias,[1] y sólo nos cabe aquí reiterar nuestra con-

[7.1] GORDILLO, *Cauces de participación ciudadana*, ponencia general presentada al V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios, Santiago de Chile, 1969, publicado en *Crónica del V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios*, Madrid, 1970, ed. del Instituto de Estudios de Administración Local, tomo I, pp. 1057 a 1085; también publicado en el libro *La Planificación en los entes locales*, tomo 1, *Estudios generales*, publicación del Instituto de ciencias Sociales, Barcelona, 1971, pp. 37 a 63; posteriormente incluido en nuestro libro *Planificación, participación*

clusión de que han sido frecuentemente intentadas como formas sustitutivas de los canales y mecanismos mínimos de participación democrática (elecciones, etc.) en lugar de como formas complementarias integradoras y perfeccionadoras de un sistema democrático. Ello no debe llevar en modo alguno a rechazar estos mecanismos de participación en sí y por sí, ya que lo cuestionable es que se los pretenda plantear como la única, principal o excluyente forma de participación, siendo que en verdad nunca pueden llegar a suplir la mínima y elemental participación democrática ya referida, ni tampoco, por ende, mejorar el sistema de derechos humanos.

Desde la óptica política opuesta a la anterior cabe también recordar que a veces la participación ha sido planteada en América Latina desde el ángulo izquierdo del espectro político, como *participación de masa*, también como forma supuestamente principal de participación y como pretendida sustitución de los canales democráticos elementales de participación. Tales propuestas de generar una suerte de estado de asamblea popular, en los cuales toda la población pueda sentirse directamente resolviendo los asuntos públicos, pero sin permitirle a esa población ejercer el derecho de sufragio universal para elegir representantes de entre partidos políticos diversos, padece del mismo defecto que las propuestas de sustituir la democracia por otros mecanismos de participación. Derechas e izquierdas, como es tan frecuente en América Latina, incurren en el mismo error de concepto de pretender instituir "su" sistema de participación, sin elecciones, partidos, prensa libre, periodicidad de los gobernantes, etc.

y libertad en el proceso de cambio, México y Buenos Aires, 1973, pp. 165 a 216. Hemos vuelto sobre el tema también en *Participation in State and Non-State Administration in Latin America,* trabajo presentado al seminario *Law in the Design and Administration of Strategies of Alternative Development,* Universidad de Warwick, Coventry, 1980. ver también SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, *La participación del ciudadano en la Administración Pública,* Madrid, 1980. Es interesante destacar que la participación ha sido elevada a la jerarquía de principio constitucional expreso en la constitución española, artículo 9°, inciso 2. Ver GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo,* tomo II, Madrid, 1981, p. 76 y ss.

La diferencia que encontramos entre los mecanismos de participación recordados en este punto y los indicados en el precedente, es que los consejos económicos y sociales y entidades y órganos similares pueden complementar y mejorar un régimen democrático, pero no sustituirlo, en tanto que los señalados en el punto segundo por su propia concepción siempre van en desmedro de la forma primaria de participación democrática y pareciera que en ningún caso pueden llegar a complementarla. Ellos se oponen *per se* a la participación, en tanto que los consejos, etc., si bien pueden también de hecho ser postulados erróneamente como propuestas para sustituir la democracia, lo que en verdad no pueden eficaz ni legítimamente hacer, pueden en cambio complementar un régimen de participación democrática *stricto sensu*.

Resulta así que estuvo recientemente de moda hablar de participación en contextos que niegan su sentido primigenio; pero eso no debe arredrarnos para tratar de rescatar su significado en un contexto democrático, y de destacar que ella es un mecanismo por excelencia de control social de la administración pública. Parece verdad de perogrullo que es necesario reiterar en América Latina, que si no funcionan los canales democráticos mínimos de participación y todas las demás formas de participación y control ciudadano de la administración pública, difícilmente podrán tener éxito alguno todos y cuantos demás instrumentos y controles estatales de la administración puedan concebirse: Contralorías, Tribunales de Cuentas, Tribunales administrativos y hasta judiciales, pueden de hecho quedar minimizados en su significación y utilidad concreta, sin participación ciudadana, sin parlamento, sin prensa, sin libertad. Por ello pensamos que para realzar el control de la administración pública, debe también intentarse valorizar los mecanismos de participación y control social faltantes en América Latina, sin los cuales mal pueden estar tutelados eficazmente los derechos de los individuos.

8. *Ideas tradicionales, no receptadas en América Latina*

8.1. *Medios semidirectos de participación*

También cabe aquí recordar otros medios de participación que podrían fortalecer la vida política democrática en América Latina, pero que hasta ahora no han recibido mayor adhesión doctrinaria. Nos referimos, en primer lugar, a los medios semidirectos de participación, tales como plebiscito, referéndum, derecho de iniciativa,[1] derecho popular de veto,[2] recall, etc.

En general, la tradición latinoamericana es adversa a estas formas de participación,[3] e incluso en algún caso se interpretan las constituciones en el sentido de que las excluyen, lo que a nuestro juicio no es correcto. En la práctica, es de lamentar que han sido precisamente gobiernos no democráticos los que han hecho uso de algunos de estos mecanismos semidirectos de participación, recurriendo al referéndum para intentar legitimar reformas constitucionales cuestionables, como Chile y Uruguay en 1980. Bien se comprende que si algunos autores han criticado al referéndum en Francia, bajo un gobierno democrático, por considerarlo teñido de cesarismo, con más razón habrían de levantarse críticas en América Latina contra su empleo por gobiernos de facto. Con todo, al igual que en el punto 3, nuestra opinión es que estos medios semidirectos de participación, si bien no pueden sustituir

[8.1] Desde luego, si el ejercicio del derecho de iniciativa popular es muy complejo o requiere demasiadas firmas para poder ser puesto en marcha (por ejemplo, cien mil firmas en el Distrito Federal de México), entonces no funcionará en la práctica, como apunta ACOSTA ROMERO, MIGUEL, *Teoría general del Derecho Administrativo*, México, 1979, pp. 50-152.

[8.2] Proponemos, en efecto, la idea de un veto de iniciativa ciudadana, a ser creado en forma similar al derecho de iniciativa o al *recall*, para ser aplicado eventualmente a proyectos grandiosos de determinados gobernantes que pueden no contar con respaldo de la ciudadanía. Puede ocurrir que algunos gobiernos pretendan emprender grandes proyectos más por razones de prestigio o vanidad política que por real utilidad comunitaria es conveniente que la comunidad supuestamente beneficiaria de tales proyectos pueda *jurídicamente* impedirlos *si* no *re*sponden a la voluntad popular.

[8.3] Ver, por ejemplo, DANA MONTAÑO, SALVADOR M., *La participación política y sus garantías*, Buenos Aires, 1971, pp. 13-14.

la democracia representativa, sí pueden en cambio perfeccionarla e integrarla: son así los gobiernos democráticos los que debieran mejorar la participación política con estos canales semidirectos de participación, permitiendo a la población un rol más protagónico en la defensa y desarrollo de sus derechos.

8.2. *Participación de los usuarios en las empresas y servicios públicos*

Las diferentes formas de participación de los usuarios en los servicios y empresas públicas que se han intentado en Europa, tampoco han suscitado adhesión en las corrientes dominantes de opinión en América Latina, ni originado experiencias o prácticas estables.

Sea que se hable de la participación del usuario en las empresas públicas, o de la gestión tripartita de los servicios públicos con representantes del gobierno, los usuarios y los funcionarios del servicio;[4] o de la participación obrera en la dirección de las empresas públicas o privadas;[5] o de cualquier otra forma importante de participación del administrado o individuo en la dirección de los asuntos públicos, la opinión dominante en los círculos académicos y de poder es poco propicia a estas diversas formas de participación. Nuevamente la tradición viviente resulta adversa a la pretensión de un ejercicio activo y directo de sus derechos por los individuos.

Un ejemplo importante puede serlo en la Argentina lo que aspiró a ser el gobierno "tripartito" en las universidades nacionales,

[8.4] Para una crítica, ver BREWER CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, *El control de las empresas públicas por grupos de intereses de la comunidad, en* "Revista Internacional de ciencias Administrativas", Bruselas, 1967, vol. XXXIII, n° 1, p. 53.

[8.5] Desde luego, en el caso de la empresa privada intervienen también otros factores. En algún caso ha existido consagración constitucional del principio (Argentina desde 1957 en adelante, art. 14 *bis*), pero ninguna concreción legislativa ni práctica consolidada. Sobre el tema en otros países en desarrollo, ver GHAI, YASH P., *Law in the Political Economy of Public Enterprise,* Uppsala, 1977, pp. 232-237. Algunas experiencias en América Latina están reseñadas en INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Participation of Workers in Decisions Within Undertakings,* Ginebra. 1969.

propiciado a partir de la Reforma nacida en Córdoba en 1918. En una de sus manifestaciones, comenzada en 1957 y reiniciada en 1986, las universidades nacionales estuvieron gobernadas por cuerpos colegiados electivos, integrados por una mayoría y minoría, de profesores, mayoría y minoría de estudiantes, mayoría y minoría de graduados. La cantidad total de profesores era, en este ejemplo de ocho frente a cuatro graduados y otros tantos estudiantes, lo que permitía a veces que en determinadas votaciones se sumaran el voto de la mayoría estudiantil y de graduados con la minoría de los profesores, consagrando así a veces decisiones a las cuales la mayoría de los profesores era adversa. Esta sola circunstancia quizá sea suficiente para extrapolar a partir de ese ejemplo los juicios de valor que la idea de la participación puede suscitar en espíritus diferentes. Para quienes enfaticen la jerarquía y la autoridad, ese ejemplo será tal vez prueba suficiente de que la participación es una propuesta que cabe desechar de plano y no volver siquiera a intentarla con el alcance de coparticipación decisoria. Para quienes piensen que la jerarquía y la autoridad no son valores absolutos sino en tanto y cuanto sirven al cumplimiento de fines superiores para toda la sociedad; para quienes piensen que la democracia no es sólo una forma de llegar al poder, sino también una forma de ejercerlo; para quienes crean que toda la sociedad debe participar de tantas formas como sea posible en las decisiones públicas que van a afectar su forma de vida; para todos ellos, puede ser que tales experiencias muestren un ejemplo interesante para analizar críticamente y eventualmente perfeccionar con miras a su experimentación.[6]

A nivel de críticas que no sean, pues, rechazo total de tales ideas y experiencias, cabe destacar aquí aquella según la cual la gestión tripartita *igualitaria* (igual proporción de representantes

[8.6] En general y para distintos puntos de vista, ver SANGUINETTI, HORACIO, *Régimen administrativo de la Universidad de Buenos Aires*, 1963; GROISMAN, ENRIQUE, *La Universidad como problema jurídico,* Buenos Aires, 1968; VANOSSI, JORGE REINALDO, *La Universidad y sus problemas,* Buenos Aires, 1976. El tema de la participación estudiantil ha sido también planteado ocasionalmente como sustituto del gobierno compartido en la Universidad.

de usuarios, personal y gobierno central) o tetrapartita (según alguna propuesta universitaria no concretada en los hechos, profesores, graduados, estudiantes y personal administrativo) diluye ya en exceso la autoridad. Formas de equilibrio, de la participación, en las cuales el fiel de la balanza de alguna preeminencia a la jerarquía y a la autoridad formal (o sea, a los representantes del poder central o del poder constituido), y otorgue algún grado de influencia no exactamente igualitaria a los representantes de los administrados, usuarios del servicio o empresa pública, etc., pueden ser la tónica a buscar en futuras experiencias de esta índole.

En cualquier caso, y a fuer de reflejo fiel de la realidad de las ideas predominantes en América Latina, no cabe sino concluir en que esta forma de participación resolutoria, con voz y voto, en los cuerpos directivos de la administración pública, no cuenta con asentimiento ni consenso en América Latina, ni tampoco con experiencias generalizadas. Es así otro punto adverso que cabe consignar en el relevamiento del ejercicio de los derechos que corresponden a los individuos ante el poder público.

9. *Ideas tradicionales, receptadas parcialmente*

9.1. *Regionalización, descentralización, delegación*

Se ha vinculado frecuentemente la participación con la regionalización, la descentralización y la delegación. América Latina cuenta con interesantes e importantes ejemplos de entes de desarrollo, pudiendo aquí recordarse el caso de Venezuela, Colombia, México, Brasil, etc.;[1] también la descentralización territorial e

[9.1] Ampliar en el capítulo *La región* del libro de GORDILLO, *Después de la reforma del Estado*, 2ª ed., 1998. Ver BREWER CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, *Estudios sobre la reforma administrativa*, Caracas, 1980, p. 290 y ss.; GORDILLO, *La regionalización administrativa en Venezuela*, documento de Naciones Unidas, Caracas, 1975; POSADAS, ANTONIO J., y POSADAS, JEANNE DE, *CVC: un reto al subdesarrollo y al tradicionalismo*, Bogotá, 1966, p. 46, donde analizan la regionalización como un medio de participación democrática en el caso de la corporación del Valle de Cauca (CVC); en cambio, DANA MONTAÑO, *op. cit*, pp. 13-14, considera críticamente la posibilidad de que la regionalización

institucional ha sido frecuentemente propuesta como una forma al menos cercana o próxima a la idea de participación.[2]

Tanto los entes de tipo regional como los demás entes descentralizados, en general no funcionan como mecanismos idóneos de participación, ni existe tampoco una concepción clara de que deban serlo, entre otras cosas porque suelen funcionar a imagen y semejanza de la administración central. Padecen entonces del mismo vicio de excesiva centralización interna que caracteriza a la administración central, y no es frecuente encontrar dentro de tales entidades experiencias importantes de desconcentración o delegación, ni tampoco por ende de participación. Esto, al menos, como regla o conclusión general y sin perjuicio de que puedan señalarse excepciones en las cuales la participación pueda haberse presentado.

De la delegación, por fin, puede decirse que es de algún modo un paso previo o un prerrequisito administrativo a la introdución de la participación en la administración pública, en cuanto quien no quiera o no pueda de hecho delegar dentro de su propia organización jerárquica a sus mismos subordinados, difícilmente podrá dar participación a los administrados en la gestión de los asuntos públicos a su cargo. La delegación no es una práctica sistemática y constante en la administración latinoamericana[3] y ello está diciendo simultáneamente que tampoco la participación lo es. Lo mismo cabe decir por extensión, de los derechos individuales que estos institutos procuran fortalecer.

pueda operar como modo de participación, y recuerda en tal sentido a KAHN, JACQUES, *La Participation (Ce que De Gaulle Cache)*, Paris, 1969.

9.2 Pero tampoco han sido los entes descentralizados una forma significativa de participación, ni siquiera tratándose de entes participativos por excelencia como los Municipios. Sobre estos últimos, ver BREWER CARÍAS, *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela*, Madrid, 1975, pp. 430-451.

9.3 Sobre los distintos problemas que plantea la delegación ver nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, *Parte General*, Buenos Aires, 8° ed., 2003, capítulo XII, puntos 9 a 10.5.

9.2. *El derecho de defensa y las audiencias públicas*

Otro grupo de ideas tradicionales que han recibido recepción parcial en América Latina no se suele vincular con el tema de la participación, aunque puede relacionárselo con él e incluso en cierto modo lo integra. Se trata de la necesaria audiencia que debe darse al interesado antes de adoptar decisiones que le vayan a afectar, y de la audiencia pública o participación colectiva de los potencialmente afectados por una futura norma general o reglamentaria, antes de que ella sea dictada.[4]

9.2.1. *El derecho individual de defensa*

En el primer caso, el principio del debido proceso suele ser aceptado en América Latina como una garantía individual de que ninguna decisión concreta sea adoptada en perjuicio de una persona, sin antes haberle conferido oportunidad de hacer oír sus razones y producir la prueba de descargo de que quiera valerse.[5] No siempre el principio se cumple en la práctica, en la cual observamos más frecuentemente que de hecho la defensa sólo puede ser ejercida *después* que el acto adverso ha sido emitido; pero, en todo caso, no existen controversias mayores sobre la corrección del principio teórico enunciado.

[9.4] Para un desarrollo del tema ver Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 6° ed., 2003, cap. XI: "El procedimiento de audiencia pública"; BOSCH, JORGE TRISTÁN, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953, pp. 29 a 33 y 73 a 76.

[9.5] Por ejemplo, en Colombia el proyecto de la ley n° 52 de 1980, artículos 5, 6 y 8 del pliego de modificaciones del senador VIDAL PERDOMO, *Anales del Congreso*, Bogotá, 4-XI-80, pp. 1136-1138; en Uruguay, ver REAL, ALBERTO RAMÓN, *Nuevos estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1976, pp. 23-24, capítulo *Los principios del procedimiento administrativo en el Uruguay*, reproducido en Universidad de Chile, Anuario de Derecho Administrativo, Santiago, Tomo I, 1976, p. 280 y ss. FRUGONE SCHIAVONE, HÉCTOR, *Principios fundamentales del procedimiento administrativo*, en *Procedimiento Administrativo*, Montevideo, 1977, pp. 35 y 55, etc.

9.2.2. *Las audiencias públicas* [6]

En el caso de la audiencia pública no encontramos, en cambio, por lo general, reconocimiento constitucional o legislativo y a veces ni siquiera doctrinal,[7] ni tampoco por ende experiencia concreta generalizada, en el sentido de que debe igualmente permitirse exponer razones y arrimar pruebas a los destinatarios de la medida, *antes* que la administración emita una norma general, o antes de que apruebe un proyecto que va a afectar a un sector de la comunidad (típicamente, los proyectos que modifican el equilibrio ecológico, o los proyectos de reforma urbanística: autopistas, aeropuertos, etc.). En el derecho inglés y norteamericano se encuentran de antaño consagradas las *public hearings* o audiencias públicas y en el derecho francés las *enquêtes publiques*, pero en América Latina ha habido hasta ahora un aparente desinterés por incorporar estas experiencias comparadas a la realidad local. Aquellas voces que en los países desarrollados señalan imperfecciones o defectos de tales experiencias son tomadas en los países en desarrollo no como expresiones de conciencia científica crítica, a partir de un fenómeno que puede ser valioso, sino como demostraciones de su imperfección y, por lo tanto —en ilógico *ne sequitur*—, de la inconveniencia de experimentarlos en los países menos desarrollados. Consideramos que los países de América Latina mejorarían su grado y calidad de participación y, por lo tanto, de vida democrática, si establecieran la norma de la necesaria información, consulta y debate público previos a la emisión de normas administrativas generales o a la adopción de grandes proyectos públicos. Bien se advierte de qué poco valen los medios tradicionales de control de la administración pública si no se complementan y vivifican con estos otros instrumentos modernos de control ciudadano, con estos derechos individuales mínimos frente al poder estatal.

9.6 Ampliar en el capítulo XI, ya citado, del t. 2 de nuestro tratado.

9.7 Entre quienes comentan favorablemente la experiencia comparada en este sentido, ver BOSCH, JORGE TRISTÁN, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, 1953, pp. 29 a 33 y 73 a 76.

10. *Ideas no tradicionales*

Algunas ideas no tradicionales, por su parte, han comenzado a recibir un moderado apoyo doctrinario, y se señalan ya algunos intentos de ponerlas en marcha, pero las corrientes prevalentes de opinión también parecen todavía formarles un frente común de resistencia.

Podemos mencionar aquí a la institución del Ombudsman, o comisionado parlamentario, en cuanto procurador o representante del ciudadano, gestor de los intereses de los administrados y, en general, de los no representados o insuficientemente representados frente a los poderes públicos.[1] Tenemos ya algunos en el país, como el Defensor del Pueblo de la Nación y el Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. Conforme a esta propuesta se constituye un órgano público independiente, encargado de vigilar a la administración y los concesionarios o licenciatarios de servicios públicos en los abusos que puedan cometer frente a los administrados y, en general, de controlar el inoportuno o mal ejercicio de la función administrativa. Con esta institución se otorga una cierta voz y una cierta potestad indirecta a quienes de otro modo, a través de los medios usuales de participación y control de y en la administración pública, podrían no tener quizá acceso eficaz al control del poder. En el caso de audiencias públicas tramitadas en una primera fase escrita por *e-mail*, por ejemplo, pueden recibir en mano u oralmente las presentacones de los interesados y transmitirlas por *e-mail* a la audiencia.

[10.1] Ver ROWAT, DONALD C., *The Ombudsman Plan,* Toronto, 173, capítulo XVI en referencia a países en desarrollo: FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, "Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman", en *Memoria de El Colegio Nacional,* vol. IX, n° 2, México, 1979, pp. 99 a 149; SOTO KLOSS, EDUARDO, "El Ombudsman nórdico-sajón" en *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* n° 1, Buenos Aires, 1971, pp. 37 a 51; PADILLA, MIGUEL M., *La institución del comisionado parlamentario,* Buenos Aires, 1976; BARROSO LEITE, CELSO, *Ombudsman. corregidor administrativo,* Río de Janeiro, 176. Interesa también comparar la mayor viabilidad que ha tenido en la práctica la institución en otros países en desarrollo; por ejemplo, los africanos. Ver al respecto GHAI, YASH P., "Ombudsman and Others", en el libro de MARTIN, *Law and Personal Freedom in Tanzania,* pp. 217-220; MARTIN, ROBERT, *The Ombudsman in Zambia,* "Journal of Modern African Studies", vol. 15, n° 2, pp. 239-259.

En América Latina existen algunos primeros esbozos a nivel normativo, en Venezuela, Perú, Colombia; en Puerto Rico existe una oficina del Procurador del Ciudadano. Si bien las primeras experiencias y esbozos normativos son todavía muy recientes como para poder generalizar juicios de valor, puede quizá adelantarse la opinión expuesta por ROWAT [2] sobre estas experiencias en otros países en vías de desarrollo. Aunque posiblemente no habrán de constituir profundos cambios en la administración, de todos modos pueden contribuir a mejorar cualitativamente la conducción y control de la administración y del gobierno en general, y pueden dar complementariamente una no despreciable dosis adicional de participación indirecta a los administrados e incrementar el ejercicio efectivo de sus derechos individuales. Volveremos sobre este tema en el punto III del presente capítulo.

11. *Otras ideas no tradicionales*

De lo que hasta aquí expuesto, puede concluirse que a nivel teórico sobran posibles medios de enriquecer la participación de los individuos en la administración y el control de ésta por la ciudadanía. Pero escasean las experiencias y las convicciones. Nacen en cambio, y sobreviven más de lo que debieran, algunas seudo–propuestas de participación que no hacen sino confundir el panorama. Si con todo ello podemos enunciar la conclusión tentativa de que no existe en América Latina consenso doctrinario ni tampoco convicción en la opinión pública, acerca de la bondad de intentar instaurar un sistema tan participativo como sea razonablemente posible, ¿qué propuesta puede tener sentido práctico y teórico?

Desde luego, quien sea partidario de un sistema tan participativo como sea razonablemente posible, apoyará todo intento de introducir unos y otros de los múltiples medios y cauces de participación conocidos, en tanto no sean presentados como supuestamente excluyentes de los restantes. Pero con sólo mirar la experiencia y la historia reciente se puede advertir que esos esfuerzos aislados no han sido suficientes para hacer realidad la

[10.2] ROWAT, *The Ombudsman Plan*, p. 138.

participación en el múltiple sentido que estamos hablando. Desde esta perspectiva, pensamos que puede ser de interés considerar un enfoque de la participación que tome en cuenta algunas de las posibles causas de aquella falta de convicción y consenso acerca de su conveniencia.

Nos referimos al hecho de que la *educación*, por una parte, tanto pública como privada, y los medios masivos de comunicación por la otra, en especial la *televisión* por su enorme penetración en la vida diaria de la mayoría de los individuos, emiten a diario un mensaje no participativo y de gobierno o poder sin control, precisamente por su estructura de decisión no participativa. Un sistema administrativo de televisión y de educación en el cual la decisión es tomada en forma unilateral y excluyente, sin participación decisoria previa ni posterior de los destinatarios y afectados directos, sin audiencia pública ni privada sin descentralización ni delegación, sin Ombudsman que controle y a veces aún sin un sistema político democrático del cual partir como esquema de poder, inevitablemente enseñará diariamente a todo su público, en los más mínimos actos y expresiones, en innúmeras formas implícitas y explícitas, que la participación *no* es el sistema de valores del cual se parte ni al cual se aspira; en particular porque *no* es el sistema de valores que se practica. Ello estará diciendo todo lo que hay que decir sobre el valor allí reconocido a los derechos humanos previstos en la Convención.

Si en algún sector de la vida administrativa y pública ha de efectuarse un esfuerzo prioritario para atacar la falta de convicción existente en América Latina respecto al control y a la participación ciudadana, ha de ser entonces en materia de educación y de televisión, a las cuales como mínimo hay que exigirles tener un *Ombudsman* específico e independiente. Ahora bien, para que la participación no sea un *slogan* vacío, carente de contenido empírico, sin reflejo en la realidad; para que no transmita un mensaje falso que, por tanto, a nadie convencerá y quedará como tantas ideas en el campo de las que se dice compartir, pero que se prefiere no ejercitar "por ahora"; para todo ello, es necesario entonces

que se intente estructurar en tales sectores de formación de opinión un mecanismo de participación y control, razonablemente equilibrado, que permita acercar a la toma de decisiones a los destinatarios de las mismas.

No es necesario adscribirse a tal o cual forma concreta de experiencia; basta sí con advertir que participación en educación o televisión no es tampoco estatización de ambas, como a veces se ha pregonado y en algún caso parcialmente practicado en América Latina. No se trata, pues, como se intentara con los diarios en Perú bajo el gobierno de VELAZCO ALVARADO, de quitarlos a sus propietarios particulares para darlos a la "comunidad", pues ello en la práctica significaría darlos sólo al funcionario de turno, que actuará también en el estilo tradicional de la administración de la cual proviene. Se trata no de cambiar la titularidad formal del poder, asunto que viene resuelto por otros datos del sistema, sino de *cambiar el modo de ejercicio del poder*, de establecer la regla de que todas las decisiones a tomarse han de serlo con la participación integradora y controladora, en la decisión misma, de los afectados o destinatarios de la resolución de que se trata con derecho de réplica, con Ombudsman específico.

En América Latina algunos países han ido concentrando en el gobierno, a través de los años, una proporción creciente de medios de comunicación de masas y en algunos casos la totalidad de los canales nacionales de televisión (la Argentina en 1974) lo cual, en tanto y en cuanto la dirección de tales medios de comunicación se hace de modo no participativo, hace que el mensaje diario a la población sea el de la no-participación. Si se desea una democracia fuerte y estable, un pueblo no abúlico ni desinteresado de la vida pública, un pueblo que tome decisión responsable no sólo cuando vota, sino también cuando a diario con su acción o inacción afecta la conducta pública; si se aspira a que vayan poco a poco disminuyendo las condiciones que dan pie tanto a las experiencias populistas como a las subversivas y a las militares, si se quiere una administración controlada, entonces se puede empezar por crear canales reales de participación y control de la comu-

nidad en la toma de decisiones diarias en materia de televisión y educación.

Eso será entonces fortalecer con el protagonismo de los individuos el ejercicio eficaz de sus derechos y prerrogativas frente al poder, cualquiera que éste sea.

III. *EL OMBUDSMAN*

12. *Necesidad de su multiplicación por insuficiencia de los controles existentes*

Existe bastante unanimidad en los países desarrollados en el sentido de que la tutela brindada tradicionalmente a los administrados frente a la administración pública es en muchos aspectos insuficiente y no puede ser corregida por un simple mejoramiento o perfeccionamiento de los mecanismos clásicos de control de aquélla, haciéndose así necesaria la creación de este nuevo y adicional órgano de control. La existencia del Ombudsman en la mayor parte de los países desarrollados, es prueba más que suficiente de esa convicción. Pero además de un Ombudsman general hacen falta Ombudsman especializados en cada uno de los servicios públicos y en cada uno de los sectores del Estado: Justicia, Legislativo, Fuerzas armadas.

Desde el punto de vista de los controles de naturaleza jurisdiccional, en general la objeción que señala dos puntos centrales en que son deficitarios: tiempo y costo;[1] ello, a su vez, produce que importantes sectores poblacionales de hecho queden ajenos a la posibilidad de reclamar contralor judicial contra la administración pública, lo que lleva a hablar de sectores subrepresentados, esto es, insuficientemente representados le-

[12.1] Lo dicho sobre el Consejo de Estado francés, por ejemplo. Bien se comprende que si la observación es válida en los países desarrollados, con mucha mayor razón lo es en los países en vías de desarrollo. Ver, por ejemplo, MASSEY, I. P., *Administrative Law*, Lucknow, India, 1980, p. 294; PUCHETA ORTEGA, *op. cit.*, etc.

galmente ante la administración.[2] Sin duda, la inexistencia en la mayor parte de los países de América Latina de acciones de clase o *class actions*,[3] que permitan a cualquier miembro de la comunidad solicitar tutela jurisdiccional no sólo de su derecho subjetivo, sino también de su interés legítimo y aún de su interés simple, refuerza esa impresión de inaccesibilidad empírica del control a numerosos individuos, de la impotencia o ineficacia de sus derechos teóricos.

El problema del tiempo y el costo no es con todo el único que torna insuficiente el contralor jurisdiccional. Está también la cuestión de la limitación de la revisión judicial a los aspectos vinculados a la legitimidad del acto, lo cual hace que todos los actos administrativos que son inconvenientes, o hasta gravemente inconvenientes, queden exceptuados de aquel control. El particular tendría así tutela contra el acto ilegal, pero no contra el acto inoportuno, contra el ejercicio deficiente o defectuoso de la función administrativa que no alcance a romper el orden jurídico.

Los controles administrativos a cargo de organismos tales como Tribunales de Cuentas, Contralorías, Sigen, Comisión Bicameral, AGN, etc. también en los hechos se ejercen con principal énfasis en el control de legalidad, dejando de lado los aspectos atinentes al mérito de la acción administrativa, al menos en cuanto función importante del contralor.

Los controles administrativos por vía de recursos (jerárquico, etc.), en la medida en que son dictaminados por los letrados de la administración pública, llevan también invariablemente en su decisión el sello del énfasis normativo en la legalidad de los actos cuestionados.

[12.2] En América se ha creado la Asociación Interamericana de Servicios Legales, con sede en Washington y oficinas regionales en el Caribe y Colombia, entre cuyos objetivos se encuentra precisamente el estudio del problema descripto.

[12.3] Salvo quizás el supuesto de la acción de amparo en el Derecho mexicano o el mandato de *segurança* en el Derecho brasileño, cuya concepción es amplia, y los derechos de incidencia colectiva en el derecho argentino (*supra*, cap. VI).

En suma, ninguno de los controles mencionados está *per se* en condiciones prácticas de ejercer un control político o de oportunidad, ni existe tampoco entre ellos ninguno que tenga a su cargo preocuparse de la defensa ante la administración pública de los intereses de aquellas personas o sectores de personas que por las circunstancias que fueren, no estén suficientemente representados.

Todas esas circunstancias configuran una hipótesis de insuficiencia de control administrativo que la institución del Ombudsman trata de contribuir a remediar. Estimamos que en América Latina se da con exceso la deficiencia de control de la administración pública, y por ello consideramos indispensable que se instituya en los países una institución de estas características. El Ombudsman, por ello, es generalmente considerado como un instrumento adecuado para ejercer ante la administración la defensa de los derechos humanos de aquellos particulares que no pueden hacerlo eficazmente por sí sólos, o que encuentran muy deficiente el sistema de su ejercicio.

13. *Funciones y atribuciones*

Existe una estrecha correlación entre las funciones de carácter general y sistemático a desempeñar por el Ombudsman y las atribuciones que ha de tener. En su mayor parte ellas pueden centrarse alrededor de las siguientes:

a) *Discutir, disentir, innovar,* provocar la creatividad en el ámbito de la administración pública a través de la controversia y la discusión pública, representando los intereses y los derechos de los habitantes, los administrados, la sociedad: no el Estado.

b) *Investigar, publicar* aquellos comportamientos administrativos que constituyen un ejercicio defectuoso de la función administrativa.

c) *Investigar las denuncias* que lleguen a su conocimiento. Dado su carácter, el Ombudsman no necesita que las denuncias que le sean formuladas reúnan requisitos formales de naturaleza algu-

na. Hasta puede y debe investigar las denuncias anónimas que le lleguen, en tanto reúnan visos mínimos de seriedad intrínseca. A la inversa, una denuncia escrita manifiestamente improcedente no debe ser trasladada por el Ombudsman a la administración, por razones de economía procesal y para no perder su propio prestigio.

d) *Recomendar privada o públicamente* a los funcionarios intervinientes, sea en informes privados o a través de su informe público anual, o por intermedio de partes o conferencias de prensa convocadas al efecto, cuáles acciones estima necesario que la administración pública adopte, o cuáles comportamientos debe modificar, cuáles nuevas normas de procedimiento incorporar, etc., para mejor atender y servir los derechos de los particulares.

e) *Exhortar, argüir, influir* sobre los funcionarios públicos que a su juicio actúen en forma inconveniente, incorrecta o inoportuna, para la corrección de los comportamientos administrativos objetados, en beneficio de los particulares perjudicados en sus derechos o intereses.

Desde luego que este poder informal que tiene el Ombudsman para tratar de corregir las deficiencias de la administración pública se refuerza y respalda con el poder que también tiene de efectuar críticas y censuras públicas, lo que de hecho consiste en una potestad sancionatoria *moral* implícita, que puede no resultar despreciable en la práctica. Este es un poder que los individuos normalmente no tienen, y de allí su especial importancia práctica.

f) *Criticar, censurar, amonestar* en el sentido de represión de índole moral o política, pero sin implicar ejercicio de potestad disciplinaria *stricto sensu* sobre los funcionarios públicos. Tanto las sugerencias o recomendaciones como las censuras o represiones, pueden, según los casos, formularse en forma privada o pública. Todo indica que primero el Ombudsman censurará privadamente al funcionario que considere actúa incorrectamente o inconvenientemente, y que sólo ante la reiteración de la conducta

censurada, o en caso de especial gravedad de la inconducta, hará pública su crítica.

g) *Iniciar acciones o recursos judiciales* contra la administración pública, en aquellos casos en que a su juicio los Tribunales puedan por la índole del tema brindar una solución idónea al fondo de la cuestión, pero en que por problemas de falta de personería, de legitimación, de fondos o de tiempo, pueda no haber un individuo legitimado o dispuesto a iniciar él mismo la acción.

h) *Iniciar acciones o recursos judiciales* o ante Tribunales administrativos donde éstos existan, en las mismas situaciones que en el caso anterior.

i) *Efectuar un informe anual público* sobre sus propias funciones, del cual resultará cuál es el control que ejerce sobre la administración pública, qué éxitos y fracasos ha tenido en sus intentos de influir para el mejoramiento de ésta y qué recomendaciones formula, en su caso, a los poderes públicos al respecto.

De lo expuesto se desprende que el Ombudsman no tiene funciones decisorias, no puede revocar ni anular un acto administrativo, no puede ordenar nada a la administración pública salvo en cuanto a la averiguación o investigación de los hechos. Su función es tratar de convencer, es influir, arbitrar, presionar, en función de su prestigio, de su *status* como órgano independiente y de su acceso tanto a las peticiones que puede efectuar a los demás órganos judiciales o administrativos, al mismo parlamento desde luego, y fundamentalmente a la opinión pública a través de los distintos medios de comunicación de masas. No es una función concebida para un abogado en cuanto profesional del Derecho, sin perjuicio de que puede serlo un abogado, sino para un político independiente o para una persona independiente con vocación política, en el sentido arquitectónico y constructivo de alguien que se ocupa de mejorar el manejo de la cosa pública sin perseguir ni defender intereses sectoriales determinados, sino la

defensa de todos los derechos individuales desconocidos por el obrar administrativo.

14. *Comisionado parlamentario o ejecutivo*

En los países democráticos desarrollados, el Ombudsman se creó y desarrolló como un comisionado parlamentario, un órgano designado por el parlamento aunque independiente de él, constituido como quedó dicho con el propósito de mejor controlar a la administración. En algunos países democráticos y desarrollados, en cambio, se lo ha instituido como un organismo creado por la administración misma, con suerte variada: en los Estados Unidos parece funcionar adecuadamente, no así en igual medida en Francia donde también se lo ha concebido como un desprendimiento del ejecutivo.[1]

En base a tales supuestos, y sin dejar de reconocer que lo ideal es un conjunto de *Ombudsmen*, generales y espaciales, creado por el parlamento, no podemos ignorar la realidad de que en América Latina frecuentemente el parlamento de hecho no funciona, o no tiene suficiente y eficaz vocación de control del poder político.

Por lo demás, es interesante destacar que el reconocimiento de su necesidad se ha señalado no sólo en los países desarrollados, sino también en aquellos en vías de desarrollo,[2] y que incluso en países africanos cuyo sistema no es el tradicional de las constituciones americanas también se lo ha adoptado con algún apreciable grado de beneficio público.[3]

Precisamente, por todo ello, la institución del Ombudsman ha comenzado a despertar inevitablemente interés en Latinoamérica, no sólo a nivel doctrinario o académico,[4] sino también constitucional y legislativo, a lo que nos referiremos a continuación.

[14.1] WYNER, ALAN J. (Editor), *Executive Ombudsman in the United States*, Berkeley, 1793; véase FIX-ZAMUDIO, *Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman*, artículo citado, pp. 136-137, 140 y 143.

[14.2] MASSEY, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 289 y ss.

[14.3] GHAI, YASH P., *Ombudsman and Others*, artículo citado; MARTIN, ROBERT, *The Ombudsman in Zambia*, artículo citado, y sus respectivas referencias.

[14.4] FIX-ZAMUDIO, artículo citado; SOTO KLOSS, EDUARDO, *El Ombudsman nórdico-sajón*, en "Revista Argentina de Derecho Administrativo", n° 1, Bue-

15. *El Ministerio Público y las Contralorías o Fiscalías como Ombudsman. Insuficiencia*

Dentro de las primeras aproximaciones latinoamericanas al tema cabe mencionar al Perú, cuya constitución de 1979 prevé un Ministerio Público autónomo, con las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial, designado con idénticos requisitos y procedimientos, entre cuyas funciones se encuentra "actuar como defensor del pueblo ante la administración pública" (art. 250, inc. 4); en sentido parecido podría mencionarse también la Contraloría de la República en Venezuela.

Por nuestra parte, consideramos un error tratar de incorporar funciones de Ombudsman al Ministerio Público, o a las Contralorías de la República donde éstas existen. Su formación estrictamente profesional, por abogados y jurisconsultos, como el resto de sus funciones forenses, harán de algún modo inevitable que el énfasis dado a la función sea el legal. Ya vimos anteriormente que éste era precisamente el defecto por cuyo exceso pecaban todos los mecanismos de control existentes, a los cuales, a su vez, hemos calificado de insuficientes. Atribuir funciones de Ombudsman a un organismo de control legal es volver, para nosotros, al punto de partida.

No es suficiente con que exista una Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas dedicada a la investigación de los *delitos* que se puedan haber cometido en la administración pública. Una vez más, la asimilación con los fiscales, por ejemplo, en materia criminal, hace que el control funcione inevitablemente con criterio jurídico, lo cual en esta materia de derecho penal significará que si no se encuentra estrictamente probado un delito reprimido por el Código Penal, ninguna acción podrá tomar la Fiscalía, y que en caso de duda corresponderá pronunciarse por la inocencia penal del incriminado, etc. No se trata de que no sea importante perseguir y castigar a los delincuentes, sino de que

nos Aires, 1971, p. 37 y ss.; PADILLA, MIGUEL M., *La institución del comisionado parlamentario*, Buenos Aires, 1976; BARROSO LEITE, CELSO, *Ombudsman: corregidor administrativo*, Río de Janeiro, 1976, etc.

esto no basta ni es posiblemente lo más importante en materia de control de la administración y los concesionarios y licenciatarios del poder. Mucho más frecuente, y por lo tanto más importante y grave, son los innúmeros supuestos de actos altamente inconvenientes o gravemente inoportunos que no constituyen delitos,[1] pero no por ello son menos perjudiciales para el interés público y para la colectividad, o lesivos a los derechos de los individuos.

16. *Estabilidad relativa*

Puesto que consideramos al Ombudsman un órgano político o administrativo más que jurídico formal, no estimamos que quepa atribuirle la estabilidad *ad vitam* que es propia constitucionalmente de los tribunales judiciales. Más bien pensamos que debiera tener estabilidad relativa, sólo durante el período para el cual sea designado; por ejemplo, cinco o siete años. En lo posible puede ser deseable que su período no coincida con el período gubernativo.

No creemos que sea realista pretender atribuirle una estabilidad vitalicia que a veces ni tampoco los jueces tienen en nuestros países. Nada demuestra que la mayor de las estabilidades sea útil si la usa no para innovar, disentir y criticar al gobierno y a la administración actuante, sino para investigar los delitos y fallas de la administración anterior; por eso creemos importante que él también se sepa objeto del escrutinio público y de la censura social, cuyo efecto es mayor cuando el cargo no es vitalicio.

17. *Órgano de crítica oportuna, no de investigación histórica*

En el caso de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, en la Argentina, ella estuvo durante cerca de veinte años, y por lo tanto, a través de muy diferentes gobiernos, incluidos varios de facto, a cargo de la misma persona. Hombre probo y

[15.1] O que no se llega a probar que lo son. Si no se puede probar el delito, pero sí la inoportunidad, es obvio que resulta preferible lograr lo segundo. Es más objetivo y realista que estar, en cambio, persiguiendo supuestos o reales delincuentes que jamás llegarán a ser condenados.

respetado, no era con todo obstáculo político serio a gobierno alguno, porque siempre parecía investigar principalmente los supuestos o reales delitos del gobierno *anterior* al de turno. De ese modo el organismo se transformó en un historiador, al investigar hechos recientes, hasta historia casi contemporánea; pero no en órgano de control de la administración pública, entendiendo por ello un control que pueda ser *oportunamente corrector* de lo que está siendo en el presente realizado irregularmente. Un pronunciamiento que diga que era irregular o delictuoso determinado acto del pasado que ya la administración no ejecuta porque están nuevos y distintos funcionarios en el poder, puede servir a la historia, pero no sirve al control. Para que el control sea efectivo, debe ser control oportuno que pueda corregir lo corregible del presente, y no meramente censurar lo que ya no tiene más remedio porque se encuentra irremisiblemente en el pasado.

Tampoco sirve, desde luego, que en el apresuramiento por formular denuncias de actualidad no logre investigar adecuadamente los hechos y sus denuncias terminen siendo sistemáticamente rechazadas por la justicia. Como en tantas cosas, es el término medio lo que debe procurarse lograr.

Desde este punto de vista, y en base a la experiencia latinoamericana, pensamos que la justicia es apta para investigar y sancionar hechos que pertenecen al pasado. Al Ombudsman debe dársele el claro mandato de investigar los hechos del presente, señalando, por ejemplo, que no debe investigar ni formular conclusiones sobre el desempeño de funcionarios que ya no están en el poder. Si no puede hacer mucho útilmente, o no puede hacer nada, preferible que no lo haga antes que opere como una suerte de falso cohonestador del presente por vía de la fácil crítica del pasado. También cabría señalar que no puede ni debe constituirse en un inútil dispendio de actividad pública o privada, pidiendo con plazos exiguos informes sobre cuestiones manifiestamente infundadas o absurdas.

18. *Hombre o ratón. Cazador de leones o de moscas*

El problema que hemos expuesto hace que su función no sea nada fácil, y ello ocurre tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo. Incluso ha dado lugar a ingeniosos juegos de palabras, en los cuales más de uno se ha preguntado si es un Ombudsman o un *Ombudsmouse*.[1] Y ha dicho MARTIN refiriéndose a Zambia y otros países africanos, en palabras que pueden ser también aplicables en América Latina, que "en los Estados en que la crítica frecuentemente se equipara a la subversión, es ilusorio pretender que pueda estar totalmente aislado de la política".[2] Por ello, dicho con palabras de ROWAT también referidas a la experiencia africana y que tampoco podemos desdeñar, "puede ser cierto como dicen los críticos, que... no está muy bien equipado para cazar leones. Pero ciertamente puede aplastar bastantes moscas. Aún si funcionara en los países en desarrollo con sólo la mitad de su efectividad en el esquema original, su adopción valdría bien la pena".[3]

"Es de la controversia que nace la creatividad"; "No puede ser de otra manera... que la oficina del Ombudsman y otras similares sean disturbadores del *status quo*, y esto significa controversia"; "A veces el Ombudsman es colocado en el rol del que disiente e innova. Desafortunadamente, los innovadores y los que disienten son frecuentemente considerados como enemigos del orden establecido, sin tener en cuenta sus motivos".[4] Pero ésa es la función del Ombudsman como instrumento de control, y ésa es la aspiración final que transmitimos para mejorar el control de la administración pública en América Latina y la vigencia de los derechos humanos frente a ella.

Pero, eso sí, debe actuar con racionalidad y no como mero buzón que transmite los más disparatados pedidos de informe a la

18.1 GWYN, WILLIAM B., *The British PCA. Ombudsman or Ombudsmouse?*, en "The Journal of Politics", febrero de 1973, pp. 45 a 69, citado por FIX-ZAMUDIO, artículo citado p. 115.

18.2 MARTIN, *The Ombudsman in Zambia,* artículo citado, p. 245.

18.3 ROWAT, *The Ombudsman Plan, op. cit.,* p. 138.

18.4 YVANY, RANDALL, *Thirteenth Annual Report of the Ombudsman,* Alberta, Canadá, 1978, p. 1.

administración: ello inevitablemente lo desprestigia como institución y le quita eficacia en los temas importantes.

IV. *EVALUACIÓN GENERAL*

19. *Introducción*

Hemos explicado que la Convención tiene muchos derechos operativos, algunos posiblemente programáticos, y muchos principios jurídicos que tienen valor interpretativo.

Dijimos que la situación de crisis estructural porque atraviesan nuestros países hace simplemente irreal pensar que el Estado puede hacer lo que materialmente no puede hacer.

Mostramos en el acápite I de este capítulo la imposibilidad de consagrar con sentido jurídico operativo y exigible determinados derechos de carácter social.

Hemos señalado elementos sociales nada despreciables de ciertos derechos, como pueden ser el derecho a la participación decisoria en los asuntos públicos, a los medios directos y semidirectos de participación, a la institución del Ombudsman para la defensa de los derechos humanos de los subrepresentados ante el Estado, a las audiencias públicas para que la población tenga posibilidad de hacer oír su voz antes de la toma de grandes decisiones estatales que comprometen a toda la comunidad, a la tutela del interés difuso y del medio ambiente, etc.

20. *Los así llamados "derechos" "de nueva generación"*

Lamentablemente, muchas personas bien intencionadas se oponen a los progresos *posibles* que estamos mencionando, por considerar que constituyen insuficiente avance, y propugnan en cambio salir en defensa de los derechos humanos de tercera generación: el derecho al desarrollo, al progreso, etc. En esta categoría se encuentran los llamados derechos económicos, sociales y culturales que menta el artículo 26 de la Convención.

Nadie duda que es políticamente hermoso, hasta poéticamente atractivo, sostener que todo el mundo tiene derecho a tener sa-

tisfechas todas sus necesidades básicas en cualquier campo, ya sea respecto a la salud, vivienda, educación, cultura, progreso...

Pero en esa fraseología se desliza un grave inconveniente: quienes así hablan o escriben se olvidan que han hecho un cambio de paso, y ya no están hablando de *derecho* como si fueran abogados o juristas, hombres del foro o de la justicia, profesores o estudiantes de derecho, sino que hablan de "derecho" como si fueran personas que desconocieran el significado técnico jurídico de la palabra en el ámbito forense. Es como si tal vez pensaran que la palabra puede usarse también para describir aspiraciones o pretensiones que no son susceptibles de ser llevadas con éxito ante un tribunal de justicia en parte alguna del mundo.

Allí obviamente quienes emplean de ese modo la palabra "derecho" no hacen sino crear un mar de confusiones. Podrán fundarlo en consideraciones políticas, axiológicas, sociológicas, éticas, morales, religiosas, en principios universales. Podrán invocar textos de carácter internacional que de algún modo u otro lo digan. Pero lo cierto, lo concreto, es que si no pueden interponer una demanda contra el Estado y ganarla con ese planteamiento, no están hablando de "derecho" en sentido jurídico viviente.

Es indispensable no crear confusiones entre el derecho y otras ciencias sociales, o la política, o las aspiraciones, los sueños, los compromisos éticos, las obligaciones de solidaridad, etc.

21. *Desarrollo progresivo*

Por lo que hace al derecho vigente, el Pacto de San José de Costa Rica es más que enfático en esta materia, pues titula el artículo 26 que trata de tales "derechos económicos, sociales y culturales" con el inconfundible acápite de "Desarrollo progresivo".

Más aún, la norma del artículo 26 es categórica en señalar que la obligación que asumen los Estados es solamente tratar de "lograr progresivamente", o sea de a poco, lentamente, no de una sola vez, no ahora mismo, la efectividad de los "derechos" "que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia

y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos".

Pero no sólo el artículo 26 se autotitula "Desarrollo Progresivo" y aclara que el compromiso es tratar de lograr "progresivamente" la vigencia de tales "derechos" ahora no vigentes, sino que aclara, todavía más, que esa obligación de tratar de lograr esa progresividad está expresamente condicionada.

22. *Desarrollo en la medida de los recursos disponibles*

La condición de la progresividad en el avance de la entrada en vigencia de tales "derechos" aún no vigentes es nada menos que ello ocurrirá "en la medida de los recursos disponibles".

Y por si fuera poco, al comienzo del mismo artículo 26 se dice que todo esto lo harán los Estados "tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica".

23. *¿Desarrollo sin recursos disponibles?*

Ahora bien, ya hemos visto que el grado de endeudamiento de nuestros países excluye toda ayuda internacional que no sea para seguir pagando los intereses de la deuda externa; que estamos en estado de quiebra interna; que la naturaleza nos es adversa; que el desarrollo nos pasó de largo; y vemos en el presente capítulo que ni siquiera hacemos las cosas elementales que debiéramos hacer y sí podemos hacer.[1]

24. *Los derechos económicos, sociales y culturales mentados en el artículo 26 no son derechos* stricto sensu

¿Con qué seriedad se podrá hablar de "derechos económicos, sociales y culturales" en el contexto de este artículo, cuando se requiere para que ellos sean derechos por primera vez, que

[23.1] Un desarrollo del tema en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 8° ed., 2003, capítulo IV; *Después de la reforma del Estado*, 2° ed. 1998.

ahora no lo son, que haya 1°) la cooperación económica internacional a tal efecto, 2°) que el propio Estado nacional tenga "recursos disponibles", que sabemos en verdad no tiene ni para mantener los hospitales en discreto funcionamiento, mucho menos las escuelas o los demás servicios prestados al público con cierto carácter esencial; 3°) que además, cuando pueda, y tenga recursos disponibles, y le presten plata internacionalmente que pueda aplicar a este fin y no a pagar los intereses de la deuda externa ya contraída, aún entonces deberá "adoptar providencias" para "lograr progresivamente" el "desarrollo progresivo" de tales aún no nacidos derechos.

Todo esto puede parecer muy duro y muy cruel, pero la realidad que nos toca vivir a los países subdesarrollados en este fin de milenio lo es, y lo será peor aún.

Pero no es pensando confusamente como vamos a salir del subdesarrollo. La claridad de las ideas es casi una de las primeras condiciones indispensables para salir del círculo vicioso del subdesarrollo cultural, y sin superar el subdesarrollo cultural menos superaremos el subdesarrollo político, y sin ambos menos aún el subdesarrollo económico.

No significa esto, en modo alguno, que todas las normas del Pacto sean programáticas. Quienes hayan ido leyendo este libro y realizando sus trabajos comprenderán cómo en muchísimos casos diversas cláusulas se han interpretado como programáticas cuando en verdad eran operativas o cuanto menos podían funcionar como principios jurídicos indeterminados, como juicios de valor del legislador aptos para dar una solución *jurídica* novedosa y creativa a un problema determinado.

25. *El error de considerar programática cualquier norma*

Así en el caso *E., F.E.* que tratamos en el punto I del capítulo IV, la lectura de la guía de análisis demuestra que el Procurador y la Corte se equivocaron en tomar cierta cláusula como programática. Que pudieron haber prestado atención a su juicio de valor, como mínimo, y en base a ello llegar a una solución del caso más acorde

al Pacto que a la vieja legislación, ya derogada, que una vez más repitieron para el pasado.

26. *El error de no ver la realidad, cegado por la emotividad de un "derecho a la cultura"*

Ni tampoco significa, a la inversa, que la mera invocación de cuestiones culturales o sociales deba provocar una solución "jurídica" favorable. Ese es el error cometido por la Corte Suprema en el caso *Cine Callao*, en que con una deficiente percepción de la realidad concluyó en la constitucionalidad de una ley manifiestamente inconstitucional a poco que se analizaran en profundidad los hechos del caso.

27. *Varios errores posibles a evitar*

En el caso *Cine Callao* se encuentra el conflicto entre una serie de "derechos" de carácter cultural, y algunos otros bien concretos; también aparecen principios jurídicos indeterminados a favor de una y otra solución, y el memorioso o que desempolve inútilmente viejas colecciones de jurisprudencia, encontrará soluciones tan fáciles como inútiles.

Encontrará también conflictos emotivos, dificultades políticas, reacciones viscerales que pueden llegar hasta alguna dosis de intranquilidad.

28. *El error de desconocer qué filosofía jurídica se está aplicando en la interpretación de una norma, por emplear prejuicios de valor*

Estos son los casos verdaderamente interesantes, en que sólo un muy buen estudio de los hechos, una real superación de las trabas emotivas que impiden razonar correctamente, y una toma del Pacto de San José de Costa Rica como derecho supranacional, operativo —salvo casos como el artículo 26, obviamente—, inmediatamente aplicable sin ley que lo reglamente, todo lo cual ya explicamos, puede permitir poco a poco ir desentrañando *a)* las confusiones técnicas —llamar "derecho" a lo que no es exigible

judicialmente— y *b)* las filosóficas —creerse iusnaturalista pero razonar y votar como dogmático, como ocurre en el caso *E.,F.E.*

29. *La necesidad de tener muy bien estudiados los hechos y muy en claro la metodología y la filosofía jurídica a emplear*

Reitaramos por ello que *no existen soluciones generales, mágicas, válidas para todos los casos. Cada caso es diferente del anterior.*[1]

Concluimos así que el empleo de la fraseología "económicos, sociales y culturales" luego de la palabra "derechos" no hace sino introducir un elemento de confusión que cualquier estudioso del derecho debería en lo posible tratar de evitar.

Si hemos comenzado y concluido el presente capítulo precisamente por el empleo y censura de esta terminología es para desbrozar tanto como sea posible el trigo de la paja, y permitir que la materia Derechos Humanos crezca y se desarrolle como una materia jurídica y con juicios de valor claros, con filosofía jurídica clara y conscientemente elegida, con técnica y metodología adecuada, haga lo mucho que puede hacer con un texto breve y simple al cual todavía no se le ha querido sacar todo lo que tiene para dar por el mejoramiento de nuestro derecho.

Esa es la verdadera tarea, no la búsqueda de molinos de viento llamados "derechos económicos, sociales y culturales", al menos mientras subsistan en nuestros países las condiciones económicas que relatamos. [2]

ANEXO

En materia de derechos llamados sociales, como de derechos económicos y culturales, es frecuente que aspectos emotivos impidan al intérprete percibir y valorar adecuadamente la realidad o las normas. Como ejemplo de ello puede analizarse el caso "Cine Callao". Es conveniente que el estudiante analice primero el fallo,

[29.1] Para un desarrollo del tema GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 8° ed., 2003, cap. I; *El Método en Derecho, op. cit.*; *Compendio de casos y problemas de derecho,* en preparación.

[29.2] Ampliar en el cap. IV del tomo 1° del *Tratado*, 8° ed., 2003 y en el libro *Después de la reforma del Estado*, 2° ed., 1998.

procurando detectar la corrección o incorrección de su percepción de la realidad y de su razonamiento. Una vez tomada una posición al respecto, puede corregirla siguiendo la guía de trabajo que se enuncia a continuación. Dado que la guía es muy explicativa y detallada, no tendría ninguna utilidad para el lector si no realiza primero el trabajo de estudio del fallo sin la ayuda de la guía.

Como bibliografía metodológica general, nos remitimos nuevamente a GENARO R. CARRIÓ, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987; GORDILLO, AGUSTÍN, *El método en derecho. Hacer, crear, aprender, enseñar*, Civitas, Madrid, 1988, un volumen de 260 ps.

El caso del cine Callao
(Fallos, T. 247, ps. 121 y ss., año 1960)

I. *Los hechos: su percepción, prueba y valoración*

1. *Enumeración y clasificación de las distintas cuestiones de hecho*

Enumere los distintos problemas o circunstancias de hecho tenidos en cuenta por la Corte y por el legislador para tomar su decisión. Clasifíquelos.

Identifique si existen otros elementos o circunstancias de hecho que han sido omitidos por el legislador y la Corte, siendo no obstante determinantes.

Identifique elementos o circunstancias de hecho introducidos por el legislador y la Corte, que no sean *prima facie* determinantes.

Conjeture e identifique si existen posibles contradicciones entre la realidad entonces existente y la descripción que de ella hacen la Corte y el legislador en cada uno de los problemas enunciados.

Identifique modos de contrastar sus conjeturas con medidas probatorias de cualquier índole.

¿Existen o pueden formularse conjeturas de diferencias entre la realidad, según Ud. puede apreciarla con relación a aquel momento, y la realidad descripta en el fallo o en la ley?

2. *El arte o la cultura. Los artistas*

¿De qué tipo de artistas se trataba? Efectúe un listado lo más completo posible de las distintas variedades que lo componían y componen.

¿Cuántos eran aproximadamente los artistas involucrados al momento de la ley, del fallo, y hoy en día?

¿Qué proporción cuantitativa representaban y representan respecto del total de artistas nacionales de distintas especialidades o rubros?

Enumere lo más exhaustivamente posible las distintas especialidades existentes dentro del arte, en nuestro país.

¿Puede considerarse indubitable que los artistas involucrados en el caso representan un tipo de arte al mismo nivel cualitativo que los demás mencionados en la pregunta anterior?

Intente una clasificación por orden de importancia artística de las distintas manifestaciones del arte que haya podido identificar, y determine qué lugar ocupa en ella el tipo de artista involucrado en el presente caso.

3. *Las salas teatrales aptas al efecto*

Determine el número de salas de teatro existentes en este momento en que se estén dando representaciones artísticas.

Distinga qué frecuencia diaria y semanal de representaciones tienen, qué duración aproximada en cartel, e identifique qué relación guarda ello con el tipo de representación, el tipo de obra representada, el tipo de sala en que la representación se realiza.

Identifique en cuántas y cuáles de ellas se trata de representaciones del tipo de artista de que trata el caso.

Identifique el motivo por el cual se da la relación a que arriba en la pregunta precedente.

Enumere salas de teatro en las cuales no se dan en la actualidad representaciones teatrales.

Enumere salas aptas para representaciones teatrales, en entidades públicas: ministerios, secretarías, Bancos, empresas públicas, entidades descentralizadas en general, Municipalidad, etc.

Enumere salas aptas para representaciones teatrales en entidades privadas: Bancos, instituciones de enseñanza de idiomas, de enseñanza privada en general, asociaciones, clubes, entidades gremiales, cámaras o bolsas empresarias, casas particulares, etc.

Identifique si dichas salas se utilizan ocasionalmente para eventos culturales, y si se utilizan normalmente para representaciones artísticas.

Proponga una hipótesis o conjetura explicativa del por qué de la realidad actual.

Retrotraiga su opinión a diez, quince, o veinte años, y reformule su hipótesis.

Verifique si guardan coherencia entre sí y en caso de existir diferencia entre ellas ensaye una conjetura explicativa.

En base a todo lo expuesto, exponga una conjetura respecto a cada una de las mismas preguntas anteriores respecto a la época del fallo.

4. *El público*

Determine el número promedio de personas que asisten a los espectáculos teatrales, y los días de semana en que lo hacen.

Determine si existen representaciones teatrales que se levantan o cancelan por falta de público.

Estime cuántos espectáculos de una y otra naturaleza ha presenciado Ud. anualmente, como promedio, a lo largo de su vida.

Relacione su respuesta con la de sus demás compañeros y en base a dicho muestreo establezca cuál es la medida.

Ensaye una hipótesis explicativa del por qué de su nivel de asistencia, y el de sus compañeros, a uno u otro tipo de representación.

5. *Las salas cinematográficas*

Identifique el modo más sencillo y rápido de determinar el número de salas cinematográficas en actividad.

Efectúe un listado de ellas.

Determine promedios de asistencia diaria de público y compárelos con los de las salas teatrales. Ensaye una hipótesis de comparación con posibles espectáculos de variedades de los tenidos en cuenta por la ley y el fallo.

6. *Aspectos probatorios comunes*

¿El Tribunal califica alguna parte de los hechos que invoca como "de público y notorio"?

¿Lo eran o lo son realmente?

¿Se le ocurre algún medio de verificar este punto?

¿Pudo hacer alguna verificación sencilla de él?

¿Qué otros modos de verificación de los hechos puede imaginar?

¿Qué tipos de pruebas pueden producirse o deberían haberse producido al efecto?

¿Qué tipo de verificación judicial pudo o debió haberse hecho en su momento?

¿Es necesario verificar de algún modo los hechos del caso, hoy en día, para realizar su análisis? En caso afirmativo, ¿cuál?

¿Qué relación tiene el transcurso del tiempo con la modificación de dicha realidad: la situación sigue igual, ha empeorado, ha mejorado, en cada uno de los aspectos o elementos centrales del caso?

II. *El análisis constitucional de razonabilidad*

Resuma los aspectos centrales del sustento fáctico invocado por el legislador y la Corte.

¿En tales aspectos, tenían o tienen realmente sustento fáctico:

a) a la época de sanción de la ley,

b) a la época del fallo,

c) en la actualidad?

¿Existe proporcionalidad entre el sustento fáctico real y la finalidad perseguida por la ley?

¿La finalidad perseguida por la ley, qué entidad cuantitativa y cualitativa tiene?

¿Los medios elegidos por el legislador para cumplir con la finalidad legal, qué cantidad y calidad presentan?

¿Son conducentes, coherentes o proporcionados con el fin elegido? ¿La restricción a los derechos que la ley impone es exagerada o excesiva en sí misma?

¿Es proporcionada:

a) con el sustento fáctico real

b) la finalidad aducida, y

c) los medios empleados en su doble aspecto cuantitativo y cualitativo?

Capítulo XII

EL DERECHO A LA SALUD Y EL MEDIO AMBIENTE

1. *La tutela de la vida, salud e integridad física y la tutela del medio ambiente*

En la hipótesis que no exista norma expresa de carácter legislativo o reglamentario que prohiba determinada conducta lesiva a la salud humana o al medio ambiente, ¿podría sostenerse que dicha acción cae dentro del principio que todo lo no prohibido está permitido (por extensión de su específico campo penal en el artículo 9°)? Este problema puede verse a la luz del artículo 41 de la Constitución y del nuevo derecho supranacional. Pero también es a nuestro juicio de importancia que la solución no varía aún en ausencia de tales normas.

Frente a la genérica libertad de hacer todo lo no prohibido, existe con todo un derecho específico a la vida y a la integridad física, que puede considerarse razonablemente comprensivo de un derecho a no sufrir lesiones arbitrarias a la salud personal. Más aún, así como el trabajo forzoso como condena penal no debe afectar la capacidad física del recluido, *a fortiori* no puede disminuirse la capacidad física de las personas inocentes, no mediando siquiera condena penal a trabajos forzosos en su contra. Cabe del mismo modo tener presente el derecho a la libertad y a la seguridad personales, el cual puede razonablemente ser interpretado en el sentido de derecho a no sufrir menoscabos arbitrarios a dicha seguridad o libertad.

Además, el derecho a la dignidad humana[1] puede igualmente entenderse en el sentido que ampara el derecho de las personas a que se respete su salud y su *habitat* no ejerciendo sin su consentimiento menoscabos arbitrarios a ella; por extensión, que es un tratamiento no acorde ni respetuoso a su condición de personalidad jurídica,[2] que hasta importa en último análisis desconocerle su condición de sujeto de derecho. Por ello, la hipotética "libertad" de quienes realizan actividades lesivas a la salud de los demás se transforma en una ausencia de libertad correlativa del sujeto pasivo, por tanto en un sometimiento coactivo que transformaría en autoridad ilimitada una supuesta libertad de quien perjudique la salud de los demás.

El artículo 16° inciso 2°, si bien en materia diversa, hace referencia a la salud pública y a los derechos de los demás, como posibles limitaciones al derecho allí mencionado, lo que establece al menos indirectamente un juicio de valor que cabe tener en cuenta en la interpretación del orden jurídico. Tales consideraciones permiten concluir no en que existe una genérica libertad de dañar el *habitat y* la salud de las demás personas, sino al contrario un genérico derecho a no recibir tales daños sin habilitación legal expresa que así lo autorice, con sustento fáctico razonable y suficiente. Una interpretación dinámica de la Convención tutela pues el medio ambiente en que vivimos, previniendo contra una de las causas de su creciente contaminación, lo cual parte de la doctrina al menos considera también posible aplicación directa razonable del "normativismo supranacional" de la Convención, aún sin norma legislativa o administrativa expresa que prohiba la actividad nociva para la salud y el medio ambiente[3] o, como quedó dicho antes, ante la inexistencia de una norma legal contraria y permisiva de tal actividad lesiva.

La solución a que se arriba no es persecutoria respecto de la minoría de personas que tengan el hábito, con su actividad, de

1.1 Tutelado por el art. 11° inciso 1.

1.2 Art. 3°

1.3 PIGRETTI y BELLORIO, *Derecho ambiental*, Buenos Aires, 1985, pp. 14 y 15.

lesionar la salud de terceros, ni resulta en su discriminación arbitraria, pues no puede interpretarse el orden jurídico como confiriendo a nadie el derecho a perjudicar la salud de terceras personas ajenas a sus actos, no habiendo norma legal expresa que autorice con sustento suficiente dicho comportamiento.

Por ello la solución mencionada tampoco transgrede el artículo 1° de la Convención de Costa Rica, ni contiene una discriminación inversa, atento que "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común".[4]

No sería razonable requerir el dictado de una *ley* del Congreso para resolver lo que no es sino un simple problema o caso de interpretación, que por lo demás carece de complejidad jurídica alguna; aunque altere costumbres arraigadas en algunos sectores de la población. La mentada prohibición implícita no vulnera, en la especie, el derecho de un pueblo a mantener sus tradiciones y costumbres, tales como nacionalidad,[5] lengua nativa,[6] religión o creencia,[7] nombre,[8] ya que tales hábitos lesivos a la salud de terceros no son un aspecto del folklore; ni constituye parte de un rito o conjunto de creencias, el hacerlo en detrimento de los demás, ni lo es de pueblo o grupo social cultural alguno en particular.

2. *La diversidad de casos particulares*

Con todo, conviene advertir contra interpretaciones demasiado genéricas, sea en un sentido o en el otro.

2.1. *El caso de las bebidas alcohólicas*

Un primer caso es el de la venta de bebidas alcohólicas a mayores de edad. Pareciera no existir dudas que su consumo, por lo menos

[1.4] Artículo 329 inciso 20. Art. 200.
[1.5] Art. 20°.
[1.6] Art. 8° inciso 2° apartado a).
[1.7] Art. 12°.
[1.8] Art. 18°.

más allá de cierta medida —que algunos estudios recientes consideran muy baja— es dañino para la salud. ¿Significará esto que a partir de ahora la venta de bebidas alcohólicas debe considerarse prohibida por la Convención?

Entendemos que no, atendiendo a su bajo grado de peligrosidad, en dosis moderadas, a la imposibilidad práctica de controlar la cantidad de ingesta individual, a que se trata en todo caso de un daño que la persona se autoinflige voluntaria y conscientemente, con conocimiento suficiente, o al menos obligación cultural de tener tal conocimiento, de que su uso abusivo puede perjudicar la salud, y a que el consumo por unos no afecta la salud de otros. Beber, pues, no perjudica directa e inmediatamente la salud de los demás. Puede hacerlo en cambio indirectamente, si la persona que bebió en exceso maneja un vehículo, etc.

De todas maneras, un fabricante y un vendedor de bebidas alcohólicas demostrarían prudencia en el manejo de sus negocios si inscribieran en las etiquetas y en su publicidad mensajes similares a los existentes en otros países en los paquetes de cigarrillos. Ello trasladará en mayor grado la responsabilidad al consumidor, si es claramente advertido por el fabricante y el vendedor de los daños que puede acarrear su consumo. En todo caso, estas consideraciones son para adultos, pues no cabe sino considerar prohibida la publicidad destinada a los adolescentes, que consituye un 90% del total.

2.2. *El caso de drogas nuevas*

En el otro extremo cabe considerar aquellas drogas no medicinales que a veces se van inventando y que de hecho se fabrican y venden, mientras no ha salido todavía la reglamentación estatal agregándolas a la lista de drogas tóxicas que sólo pueden venderse bajo receta médica por triplicado, archivada, etc.

¿En el interregno que va desde la aparición de la nueva droga hasta su prohibición, es acaso lícita su venta? La respuesta es obviamente que no, aún cuando el país no tenga norma expresa prohibiendo la venta de toda droga no autorizada.

2.3. *La contaminación por desechos químicos*

En cambio, son más difíciles aquellas situaciones en que la actividad en cuestión no es tan fácilmente determinable en cuando al grado de perjuicio que produce a la salud humana. Los desechos químicos que arrojan al medio ambiente las fábricas ¿son causa de defectos genéticos que se producen en la zona de influencia, del aumento de mortalidad y morbilidad, etc.?

Supongamos por hipótesis que tales actividades han sido oportunamente autorizadas conforme a las normas legales existentes. ¿La inexistencia de norma legal o reglamentaria prohibitiva de arrojar tales desechos al medio ambiente, torna lícita tal actividad?

Nuestra respuesta, en tales casos, es igualmente que no, aunque comprendemos que es un caso sujeto a largos debates a través del tiempo, y que deberá reajustarse en su solución al caso concreto, naturaleza de los desechos, alternativas industriales de tratamiento, costo de éste, etc.

3. *El fumar en público*

El problema del cigarrillo ha cobrado actualidad social y difusión científica suficiente como para permitir un análisis detallado, menos sensibilizado y emotivo que el de otras drogas adictivas de mayor peligrosidad.

3.1. *El principio jurídico*

En el caso del cigarrillo, si adoptáramos una solución similar a las bebidas alcohólicas, en el sentido de la licitud de su venta bajo algunos resguardos de advertencia del fabricante sobre la peligrosidad de su producto para la salud, no por ello la solución es la misma. La diferencia de hecho fundamental es que el bebedor daña solamente su propia salud, en tanto que el fumador daña también la salud de los demás. Incluso hay quienes sostienen que son más cancerígenos los elementos contenidos en el humo expelido que en el inhalado.

¿Tiene otra persona el derecho a perjudicar mi salud, creándome un factor de riesgo cancerígeno, de enfermedad cardiovascular de desenlace fatal probable a través del tiempo, de embolia, enfisema, etc.?

Una respuesta afirmativa sería absurda. Es obvio, para nosotros, que la actividad de fumar en público debe considerarse automáticamente ilegítima y prohibida a partir de la entrada en vigencia de la ley 23.054.

Por lo tanto, si bien el derecho de fumar *en privado* no resulta *prima facie* restringido por las normas y principios precedentemente expuestos, no ocurre lo mismo con el acto de fumar *en público;* fumar en público supone lesionar arbitrariamente la salud de los demás, y por ende resulta violatorio a las normas indicadas y no se encuentra amparado por la facultad genérica que reconoce el artículo 19° de la Constitución nacional: ésta enfatiza la libertad de las acciones privadas y aun así, sólo en tanto y en cuanto no afecten la salud pública. No existiendo norma expresamente permisiva, cabe entonces concluir que no existe el "derecho" ni la "libertad" de fumar en público sino antes bien y al contrario el *deber jurídico de no hacerlo.*

De igual modo no podría el fumador invocar un supuesto "derecho" a fumar en público, lesionando la salud ajena, atento el principio de que "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común";[1] sólo tiene el derecho a fumar en privado, al amparo del principio de la privacidad [2] y de las acciones privadas de los hombres.[3]

En materia del derecho o la prohibición de fumar en público puede ser ilustrativo comparar el problema a) con el consumo de alcohol, permitido salvo en cuanto el exceso de su ingesta inhabilita legalmente el ejercicio de algunas actividades (verbigracia, conducir), *b)* con el consumo excesivo de alimentos de alto nivel de lípidos, perjudicial a la salud pero no limitado por norma alguna,

3.1 Artículo 32° inciso 2°.
3.2 Artículo 11° inciso 2°.
3.3 Art. 19° de la Constitución Nacional.

c) el consumo de drogas, discriminado penalmente en cuanto conducta privada, etc.

En todos estos casos y no obstante su diversidad, el factor común y la línea divisoria de conducta lo constituye siempre la existencia o no de *trascendencia de la conducta individual y* privada al ámbito compartido de la vida en sociedad; ya que no parece tutelado el "derecho" de *obligar* a los demás seres humanos a ser sujetos pasivos involuntarios de la ingesta de bebidas, drogas o alimentos nocivos, y no puede tampoco, por ende, aceptarse en el presente una supuesta obligación de ser sujetos pasivos involuntarios de la introducción compulsiva de agentes nocivos en sus vías respiratorias, ni puede reconocerse a nadie la potestad unilateral de imponérsela coactivamente sin fundamento normativo expreso y razonable, con sustento fáctico suficiente, nada de lo cual ocurre en la especie.

El que fumar constituya una costumbre muy arraigada en algunos sectores de la población no es argumento suficiente para sostener una solución contraria, máxime cuando el hábito de fumar se encuentra en constante descenso, y que hasta los fumadores están frecuentemente de acuerdo con las prohibiciones de fumar en público, considerando que puede ayudarles a abandonar el hábito.

3.2. *La tutela administrativa*

Tratándose entonces, a la inversa, de la tutela de la salud individual y pública amenazada por conductas violatorias y atentatorias contra ellas, debe la autoridad administrativa, al igual que el Poder Judicial en su caso, adoptar las medidas "*de otro carácter*"[4] que en el marco de su competencia sean conducentes a asegurar el respeto efectivo de los derechos tutelados en la Convención y en la Constitución.

No parece razonable ni necesario, ni satisfaría los criterios interpretativos de los artículos 27° y 31° inciso 1° de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, indicar que los

[3.4] Artículo 2° *in fine*.

eventuales lesionados deben necesaria y exclusivamente recurrir a los tribunales judiciales [5] en procura de la defensa de sus derechos, pues ni aún la vía del recurso "sencillo y rápido" un "otro recurso efectivo" previsto en el artículo 25° inc. 1°, satisfaría el criterio rector del artículo 8° inc. 1°, de una decisión "dentro de un plazo razonable". En efecto, tratándose de una lesión directa e inmediata, operativa perjudicial y definitiva e instantáneamente sobre la salud humana, sólo resguarda adecuadamente dicha salud un mecanismo de tutela del derecho afectado que evite la consumación del daño a la salud. Por lo tanto, cabe dentro de las obligaciones de los funcionarios públicos de hacer respetar las leyes del país, establecer lo conducente a que no se produzcan bajo su connivencia, complacencia o simple omisión, lesiones arbitrarias a la salud de las personas que concurren a los lugares públicos bajo su competencia.

Corresponde así a los funcionarios públicos en su ámbito de actuación declarar en forma expresa y en tutela de la salud de la totalidad de los asistentes, incluidos aquellos que fumen en su vida privada, la existencia de la prohibición razonablemente implícita en las normas mencionadas, de fumar en público. Ello no importa en la especie declarar en sede administrativa la inconstitucionalidad de una norma legislativa, ya que *no existe norma legal alguna tutelando expresamente la mentada actividad lesiva* a los principios de la Convención y la Constitución Nacional.

3.3. *La tutela jurisdiccional*

En ausencia de cumplimiento administrativo, el particular tiene entonces la vía del amparo para hacer cesar el daño a su salud —tratándose de una cuestión simple de derecho que no requiere prueba—, y posteriormente el recurso extraordinario y la vía supranacional, sin perjuicio de las acciones de daños que pueda intentar en vía civil contra los autores del daño, sus instigadores y la administración como responsable de la lesión por la inaplicación del orden jurídico.

[3.5] 0 peor, quedarse pasivamente a la espera que el legislador actúe.

3.4. *Actividad de aprendizaje*

Para mejor orientar la reflexión del tema, agregamos como anexo a este capítulo un caso sobre un decreto de prohibición de fumar que emite concretamente el Poder Ejecutivo, en ausencia de toda otra norma que el Pacto, con una serie de actividades, casos seriados y guías de reflexión.

4. *El transporte automotor privado* [1]

4.1. *Dióxido de carbono y tetrahetilo de plomo*

Iguales consideraciones son aplicables en el caso de las emanaciones de los vehículos de transporte no público.

El arraigo social del automóvil y los fuertes sentimientos de propiedad que provoca, con más la prolongación del yo, espacio de intimidad, territorialidad, dominio del espacio, goce individual, mecanismo de evasión y canalización de agresividad, etcétera, hacen de esto un caso difícil.

Pero la concentración urbana y el crecimiento inexorable del parque automotor privado, el progresivo embotellamiento de calles urbanas que ya no se pueden ensanchar más, culminando en el inevitable futuro de la paralización del tránsito, todo ello bajo una cúpula de "efecto invernadero" en que la vida misma sufrirá tanto como lo hacía ayer por el fumador, permite pronosticar lo que se avecina con alguna certeza probabilística.

A corto, mediano o largo plazo la sociedad se convencerá de la irrazonabilidad, por ende antijuricidad, del daño desproporcionado a la salud que se impone a todos para satisfacer algunas respetables veleidades de un núcleo minoritario de personas.

Lo hará el legislador, el Concejo Deliberante, o lo hará la justicia, pero la prohibición del transporte automotor privado en todo radio urbano densamente poblado es parte inevitable del futuro próximo. Es tan evidente esto que sólo hace falta sentarse, en lo

[4.1] Excluimos obviamente ómnibus que funcionen adecuadamente, taxis, remises, tal vez incluso los coches que transiten con la totalidad de sus asientos ocupados.

posible detrás de una ventana herméticamente cerrada, a esperar su desenlace.

4.2. *El caucho en polvo del desgaste de neumáticos*

Como argumento adicional, no es despreciable el daño pulmonar derivado de las actividades que importan arrojar al aire importantes partículas en forma de polvo; antiguamente, la ahora prohibida incineración domiciliaria, todavía hoy, el desgaste constante de los neumáticos de los automotores producto de su fricción en el rodamiento.

Si la incineración domiciliaria no estuviera ya prohibida, correspondería interpretar su prohibición implícita conforme lo venimos explicando. En cambio, en materia del daño a la salud provocado por los automotores privados, parecería que difícilmente la autoridad judicial resolvería, hoy por hoy, la restricción del tránsito automotor solamente al derivado de vehículos de transporte público, a fin de minimizar en la medida de lo posible el daño a la salud. Con todo, si aplicáramos iguales criterios que los explicados en materia del derecho o la prohibición de fumar en público, con más los que resultan del punto 4.1., deberíamos algún día llegar a iguales conclusiones también en dicho caso, por la acumulación de perjuicios a la salud que esta actividad provoca.

5. *Conclusiones*

Del somero análisis de algunos casos concretos surge claro que la inexistencia de norma específicamente prohibitiva de determinada actividad lesiva al medio ambiente y la salud de las personas no es óbice a la antijuricidad de tal conducta, la cual tanto los jueces como la administración tienen obligación de declarar.

Sin embargo, habrá que determinar en cada caso múltiples aspectos. Algunos serán comunes, tales como la prueba de la relación de causa a efecto entre la actividad y el perjuicio a la salud, la gravedad del daño, el carácter público o privado de la actividad, el que estén también involucrados el derecho de propiedad y

comercio o industria, las consecuencias sociales y económicas de una y otra solución, el estado de la ciencia médica al respecto, los comportamientos sociales en la materia, etc.

Habrá también, ciertamente, aspectos específicos y propios de cada caso que será necesario ponderar en su análisis. Simplemente, lo que no se podrá argumentar con sustento normativo suficiente, es que la inexistencia de norma legal o reglamentaria prohibitiva torna *per se* jurídica la conducta lesiva a la salud y al medio ambiente. Sea que se considere que hay derecho nominado o innominado a la salud y a la no afectación arbitraria del medio ambiente, o que se trata de un principio jurídico indeterminado, no estamos en cualquier caso, en modo alguno, ante un supuesto de carencia normativa a ser resuelto por la regla de que todo lo que no está prohibido está permitido.

Dogmática y normativamente, en conclusión, el principio es que no existiendo norma legal razonable que autorice a realizar determinada actividad lesiva a la salud humana y al medio ambiente, ella se encuentra prohibida de pleno derecho por la Convención y la Constitución.

ANEXO I

El caso del deber de no fumar en público

VISTO:
Los informes de la O.M.S.;
Y CONSIDERANDO:

1°) Que no existe discrepancia alguna en el campo de la medicina sobre el efecto nocivo que el humo del cigarrillo tiene sobre la salud humana, tanto del que lo fuma como de aquellos que respiran el aire contaminado por otros fumadores;

2°) Que no existe hasta el presente norma expresa, de carácter legislativo o reglamentario, que prohiba específicamente fumar en público;

3°) Que, en consecuencia, podría prima facie sostenerse que dicha acción cae dentro de las acciones privadas de los hombres (artículo 19 de la Constitución Nacional);

4°) Que, sin embargo, existe en la Convención de Costa Rica aprobada por ley 23.054 un derecho específico a la vida (art. 42) y a la integridad física (art. 5° inciso 1°), que puede considerarse razonablemente comprensivo de un derecho o no sufrir lesiones arbitrarias a la salud personal (argumento del artículo 4° inciso 1° in fine);

5°) Que, así como el trabajo forzoso como condena penal no debe afectar la capacidad física del recluido (art. 6° inc. 2° in fine), a fortiori y con mayor razón aún no puede disminuirse la capacidad física de las personas inocentes, no mediando siquiera condena penal a trabajos forzosos en su contra;

6°) Que cabe del mismo modo tener presente el derecho a la libertad y a la seguridad personales (art. 7° inc. 1°), el cual puede razonablemente ser interpretado en el sentido del derecho a no sufrir menoscabos arbitrarios a dicha seguridad o libertad (argumento del inc. 3° del mismo artículo 7°);

7°) Que el reconocimiento del derecho a la dignidad humana, tutelado por el artículo 11° inciso 1°, puede igualmente entenderse en el sentido que ampara el derecho de los no fumadores a que se respete su salud no ejerciendo sin su consentimiento menoscabos arbitrarios a ella; por extensión, que importa un tratamiento no acorde ni respetuoso a su condición de personalidad jurídica (art. 3°), que hasta importa en último análisis desconocerle su condición de sujeto de derecho y asimilarlo a un ser inanimado;

8°) Que, por ello, la libertad del fumador se transformaría en una ausencia de libertad correlativa del fumador pasivo, por tanto en un sometimiento coactivo que transformaría en autoridad ilimitada, en especial, la alegada libertad del fumador;

9°) Que, si bien en materia diversa, el artículo 16° inciso 2° hace referencia a la salud pública y a los derechos de los demás, como posibles limitaciones al derecho allí mencionado, lo que si bien no directamente aplicable al caso, establece al menos un juicio de valor que cabe tener en cuenta en la interpretación del orden jurídico;

10°) Que el derecho a no sufrir lesiones arbitrarias a la salud puede también construirse interpretativamente en nuestra Constitución nacional, y en todo caso en modo alguno resulta contrapuesto a norma alguna de la misma;

11°) Que, por lo tanto, si bien el derecho de fumar en privado no resulta prima facie restringido por las normas y principios precedentemente expuestos, no ocurre lo mismo con el acto de fumar en público;

12°) Que fumar en público supone lesionar arbitrariamente la salud de los demás, y por ende resulta violatorio a las normas indicadas y no se encuentra amparado por la facultad genérica que reconoce el artículo 19° de la Constitución nacional; que ésta, por lo demás, enfatiza la libertad de las acciones privadas y aun así sólo en tanto y en cuanto no afecten la salud pública;

13°) Que por ello, antes bien y a la inversa, sólo en virtud de ley expresa que tuviera razonable sustento fáctico podría obligarse a los individuos a sufrir lesiones a su salud personal por el ejercicio, por terceras personas, del acto de fumar en el mismo ámbito que ellas respiran;

14°) Que no existiendo norma alguna de esta naturaleza, cabe entonces concluir que no existe el derecho de fumar en público sino antes bien y al contrario el deber jurídico de no hacerlo;

15°) Que dicha prohibición o deber tiene sustento en las normas referidas al derecho a la vida e integridad personal y a la salud, de rango internacional e interno por la ley 23.054, e igualmente en la propia Constitución nacional, sin perjuicio de otras disposiciones ya mencionadas;

16°) Que una interpretación dinámica de la Constitución tutela igualmente el medio ambiente en que vivimos, previniendo contra una de las causas de su creciente contaminación, lo cual parte de la doctrina al menos considera también posible aplicación directa razonable del "normativismo supranacional" de la Convención, aún sin norma legislativa o administrativa expresa que prohiba la actividad nociva para la salud y el medio ambiente (PIGRETTI y BELLORIO, *Derecho ambiental*, Educa, Buenos Aires, 1985, ps. 14 y 15);

17°) Que también cabe merituar, a diferencia de otros casos de actividades industriales nocivas para el medio ambiente y la salud primigeniamente consideradas lícitas, que la interpretación de la ilicitud del hecho de fumar en público no lesiona el derecho de propiedad de los fabricantes ni les priva del ejercicio para el futuro del derecho de ejercer comercio o industria, ni supone el cercenamiento respecto de ellos de una empresa en marcha, lo cual excluye el eventual planteo de si tendrían o no derecho a una indemnización por el cese de su actividad hoy considerada antijurídica en el aspecto indicado;

18°) Que, no obstante ello y a mayor abundamiento, conviene recordar que ya existen en el país precedentes de actividades previa-

mente consideradas “licitas” que han sido consideradas antijurídicas ex nunc por el juez (caso de Ensenada), por lo cual menores dificultades de índole jurídica puede presentar la conclusión de que determinadas personas se abstengan, sin daño económico alguno para ellas y al contrario hasta con beneficio para su propia salud y economía, de realizar conductas perjudiciales para el medio ambiente y la salud ajena;

19°) Que algunos funcionarios y administrados, que constituyen una minoría, han expresado en algunas ocasiones su deseo de fumar en las oficinas de las administraciones públicas;

20°) Que la solución a que se arriba “ut supra” no es persecutoria respecto de la minoría de fumadores que solicitan fumar en público, ni resulta en su discriminación arbitraria, pues no puede interpretarse el orden jurídico como confiriendo a nadie el derecho a perjudicar la salud de terceras personas ajenas a sus actos;

21°) Que, por lo tanto, la solución mencionada tampoco transgrede el artículo 1° de la Convención de Costa Rica, ni contiene una discriminación inversa.

22°) Que de igual modo no podría el fumador invocar un supuesto “derecho” a fumar en público, lesionando la salud ajena, atento el principio de que “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común”, como determina el artículo 32° inciso 2° de la Convención en otras palabras, a lo sumo tendrá el derecho a fumar en privado, al amparo del principio de la privacidad (art. 11° inciso 2°) y de las acciones privadas de los hombres (art. 19° de la Constitución Nacional).

23°) Que, sin perjuicio de lo todo expuesto, el Poder Ejecutivo nacional debe ponderar cuáles son sus deberes y atribuciones en cuanto autoridad administrativa frente al caso bajo análisis;

24°) Que en su calidad de funcionario responsable de la administración nacional tiene el deber de respetar y hacer respetar el derecho a la salud, a lo cual no obsta la inexistencia de norma legal estableciendo la prohibición de fumar, pues la ausencia de ley no excluye la vigencia del artículo 2° de la Convención, en cuanto hace obligación de los Estados adoptar las medidas legislativas “o de otro carácter” que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, lo que incluye tanto normas jurisdiccionales como administrativas;

25°) Que no sería razonable requerir el dictado de una ley del Congreso para resolver lo que no es sino un simple problema o caso de interpretación, que por lo demás carece de complejidad jurídica alguna, aunque altere costumbres muy arraigadas en algunos sectores de la población;

26°) Que no vulnera, en la especie, el derecho de un pueblo a mantener sus tradiciones y costumbres, tales como nacionalidad (art. 20°), lengua nativa (art. 8° inciso 2° apartado *a*), religión o creencia (art. 12°), nombre (art. 18°) ya que el hábito de fumar no es un aspecto del folklore, como puede serlo en algunas tribus norteamericanas ni constituye parte de un rito o conjunto de creencias el hacerlo en detrimento de los demás, ni lo es de pueblo o grupo social cultural alguno en particular, pues se trata de un hábito tan universal como el consumo de bebidas alcohólicas, café, y otras sustancias análogas por su leve potencial adictivo, que satisface gustos o necesidades personales pero no constituye verdaderamente una tradición comunitaria;

27°) Que no se trata en la especie de una limitación a los derechos ni a la libertad de los individuos, pues como se ha visto nadie tiene el derecho de perjudicar la salud de los demás fumando en público sino que antes bien y al contrario tiene el deber jurídico de no hacerlo;

28°) Que de manera incidental puede ser ilustrativo comparar el problema en análisis *a)* con el tema del consumo individual de alcohol, permitido salvo en cuanto el exceso de su ingesta inhabilita legalmente el ejercicio de algunas actividades (verbigracia, conducir), *b)* con el consumo excesivo de alimentos de alto nivel de lípidos, perjudicial a la salud pero no limitado por norma alguna, *c)* el consumo de drogas, discriminando penalmente en cuanto conducta privada, etc.; pues en todos estos casos y no obstante su manifiesta diversidad el factor común y la línea divisoria de conducta lo constituye siempre la existencia o no de trascendencia de la conducta individual y privada al ámbito compartido de la vida en sociedad; ya que en todos estos casos no aparece tutelado el derecho de obligar a los demás seres humanos a ser sujetos pasivos involuntarios de la ingesta de bebidas, drogas o alimentos nocivos, y no puede tampoco, por ende, aceptarse en el presente una supuesta obligación de ser sujetos pasivos involuntarios de la introducción compulsiva de agentes nocivos en sus vías respiratorias, ni puede reconocerse a nadie la potestad unilateral de imponérsela coactivamente sin sustento normativo expreso y razonable, con sustento fáctico suficiente, nada de lo cual ocurre en la especie;

29°) Que tratándose entonces, a la inversa, de la tutela de la salud individual y pública amenazada por conductas violatorias y atentatorias contra ellas, debe la autoridad administrativa, al igual que el Poder Judicial en su caso, adoptar las medidas "de otro carácter" (art. 29 *in fine*) que en el marco de su competencia sean conducentes a asegurar el respeto efectivo de los derechos tutelados en la Convención y en la Constitución;

30°) Que no parece razonable ni necesario, ni satisfaría los criterios interpretativos de los artículos 27° y 31° inciso 1° de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, indicar que los eventuales lesionados deben necesariamente recurrir a los tribunales judiciales en procura de la defensa de sus derechos, pues ni aún la vía del recurso "sencillo y rápido" u "otro recurso efectivo" previsto en el artículo 25° inc. lo, satisfaría el criterio rector del artículo 8° inc. 1° de una decisión "dentro de un plazo razonable";

31°) Que, en efecto, tratándose de una lesión directa e inmediata, operativa perjudicial y definitiva e instantáneamente sobre la salud humana, sólo resguarda adecuadamente dicha salud un mecanismo de tutela del derecho afectado que evite la consumación del daño a la salud;

32°) Que, por lo tanto, cabe no sólo dentro de la competencia del Presidente, sino también dentro de sus obligaciones como funcionario público de hacer respetar las leyes del país, establecer lo conducente a que no se produzcan bajo su connivencia, complacencia o simple omisión, lesiones arbitrarias a la salud de los alumnos que asisten a clase;

33°) Que, por ello, corresponde declarar en forma expresa y en tutela de la salud de la totalidad de los asistentes, incluidos aquellos que fumen en su vida privada, la existencia de la prohibición razonablemente implícita en las normas mencionadas, de fumar en público en todas las oficinas públicas integrantes de la administración pública nacional centralizada y descentralizada, cualquiera sea su forma jurídica o denominación;

34°) Que lo expuesto no importa en la especie, por ende, declarar en sede administrativa la inconstitucionalidad de una norma legislativa expresa, lo que le estaría vedado a la administración y corresponde al ámbito judicial exclusivamente (C.S., *San Martín de Tabacal*, 269:243, y opiniones contrarias citados en MILLER, GELLI, CAYUSO, t. I, ps. 59 a 65), ya que no existe norma legal alguna tutelando expresa-

mente la mentada actividad Lesiva a los principios de la Convención y la Constitución Nacional.

Por ello y en virtud de las obligaciones que le impone el artículo 2° del Tratado de Costa Rica.

El Poder Ejecutivo Nacional

DECRETA:

Art. 1°.— Infórmase a los Sres. funcionarios y particulares de la prohibición de fumar en toda clase de oficina pública de la administración nacional centralizada o descentralizada, como aplicación razonada de los derechos tutelados por los arts. 4° inc. 1°; 5° inc. 1°; 6° inc. 2° *in fine*, 7° inc. 1° y 3°, 11° inciso 1°, conforme a las restricciones valorativamente contempladas en el artículo 16° inciso 2°, 4° inciso 1° *in fine*, 6° inciso 2° *in fine*, 7° inciso 3°, y demás disposiciones de la Convención de Costa Rica aprobada como derecho internacional e interno por la ley 23.054 y demás disposiciones congruentes, que pueden considerarse razonablemente incluidas en las garantías nominadas e innominadas de la Constitución Nacional.

Artículo 2°.— De forma.

Guía de reflexión

I. *Hechos*

1°) ¿Fumar daña a la persona que lo hace?

¿El humo del cigarrillo perjudica la salud de los no fumadores que lo aspiran, por ejemplo en una habitación donde otros fuman?

¿Es más perjudicial para la salud el humo del cigarrillo propio o de terceros?

¿Cuál es el *target* de la publicidad de cigarrillos?

¿Fuman más los hombres o las mujeres?

¿Es creciente o decreciente el hábito de fumar? ¿En qué proporción?

¿Existen cigarrillos con sabor frutal? ¿Por qué?

¿Alguna vez el fumar se publicitó como recomendado por los médicos, en las propagandas empresarias?

¿Qué efectos físicos produce el humo del cigarrillo?

¿Existe algún tipo de estrato social en que sea más o menos frecuente el hábito de fumar?

¿Las plantaciones de tabaco aumentan o disminuyen en los últimos años y cuál es la tendencia?

¿Tiene relación el hábito de fumar con el medio ambiente? En caso afirmativo, ¿cuál?

¿La decisión tutela parcial o totalmente la salud del fumador? ¿Lo hace en contra de su voluntad?

2°) ¿Qué tipo de profesional es indicado para efectuar una pericia sobre estos temas?

¿Qué tipo de organismos nacionales o internacionales pueden tener información recopilada y publicada sobre estos temas?

¿Conseguirla y conocerla permitirá apreciar más adecuadamente los hechos del caso, y su entorno social?

3°) ¿El acto tiene sustento fáctico suficiente?

II. *Valoraciones*

4°) ¿El acto es desproporcionado o arbitrario?

¿Cuál es el grado de interés actual del caso?

¿Es justa la solución del caso?

¿Lo sería si se tratara de bebidas alcohólicas? ¿Alimentos nocivos?

¿*Quid* drogas diversas?

III. *Normas. Interpretación*

5°) ¿Ha ponderado el acto todas las normas y principios jurídicos aplicables o ha omitido alguna norma o principio fundamental?

6°) ¿Fuerza las normas que invoca, u otras, o se ajusta a su texto y a su espíritu?

7°) ¿Excede las facultades regladas o discrecionales del funcionario?

8°) ¿Constituye un acto administrativo o un reglamento?

5°) En el segundo caso, ¿qué tipo de reglamento sería?

10°) En tal caso, ¿excede las facultades reglamentarias de la administración?

11°) Varía la solución del caso si el acto proviene: *a)* de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires *b)* del Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires?

l2°) ¿Cambiaría la solución si hubiera alguna ley expresa tutelando la actividad? ¿Cuál sería la obligación del funcionario en ese caso?

13°) ¿Es discriminatorio en sentido jurídico, sea de manera directa o inversa, contra el fumador?

l4°) ¿Agravia la honra y dignidad humanas en sus considerandos al efectuar una comparación con bebidas, alimentos y drogas?

15°) ¿Agravia la honra y reputación de los fumadores?

16°) ¿Tutela el medio ambiente?

17°) ¿Podría llegarse en el caso del deber de no fumar en público a la misma solución sin invocar la Convención?

18°) ¿La Convención a) facilita, b) dificulta, c) es neutra, para arribar a la decisión del caso?

19°) Establezca un orden de importancia de los argumentos invocados en el caso.

20°) Determine si ese orden cambia en otros casos de tutela de la salud y el medio ambiente. Diferencie los eventuales "derechos afectados" por la prohibición (derechos subjetivos, intereses legítimos, intereses simples).

21°) ¿Es razonable semejante invasión sobre su conducta personal? ¿Puede la administración, en el caso, sin ley expresa que la faculte a ello, imponer a los ciudadanos una prohibición de obrar?

22°) ¿Se relaciona el derecho a fumar:

a) con el derecho a la vida del fumador,

b) la "obligación de vivir",

c) el "derecho a morir",

d) el derecho a la vida de los demás? En caso afirmativo, ¿cómo y por qué? ¿Los vincula expresa o implícitamente el caso? ¿Por qué? ¿Debiera haberlo hecho de algún modo distinto? ¿Cuál?

23°) ¿Están previstos expresamente esos derechos y obligaciones en la Convención? ¿Puede derivárselos razonablemente de ella? En caso afirmativo

¿a partir de qué normas? ¿Cómo se lo podría argumentar, en pro y en contra?

24°) ¿Tiene importancia el considerando 33°) o es puramente superfluo?

25°) Analice las preguntas de MILLER, GELLI y CAYUSO, *Constitución y poder político*, t. I, ps. 65 a 67, a la luz del artículo 2° de la Convención.

26°) Redacte un acto por el que un abogado inicia un amparo, refutando todos y cada uno de los considerandos de éste.

27°) Acto seguido, redacte una sentencia en la cual recoge los principales argumentos de ambos criterios y resuelve fundadamente.

28°) El presente caso ¿tiene exclusivo interés metodológico por el análisis jurídico de los alumnos en el proceso de aprendizaje, o tiene también interés práctico que exceda el adquirir un método de razonamiento? En caso afirmativo, ¿cuál?

29°) ¿En qué se diferencia esta solución del caso de fábricas que producen desechos químicos nocivos a la salud?

30°) Identifique en la realidad local, preferiblemente en supuestos que Ud. conozca de manera personal, directa y actual, otros supuestos de daños a la salud y contaminación ambiental.

31°) Determine sus diferencias con el presente caso.

32°) Proyecte la solución del mismo en las siguientes hipótesis:

a) Ud. es un ciudadano común;

b) Ud. es el funcionario administrativo competente;

c) Ud. es el Juez a cuyos estrados llega el problema;

d) Ud. es legislador.

33°) *a*) Resuelva el caso del fumador como si Ud. fuera TRUEPENNY.

b) Resuelva el mismo caso como si Ud. fuera HANDY.

c) Resuelva el mismo caso como si Ud. fuera FOSTER.

34°) Considere una serie sucesiva de casos en todos los cuales estamos en presencia de un funcionario o particular del curso que quiere saber si tiene derecho a consumir determinada sustancia en una oficina pública. El problema podría asemejarse

en algunos aspectos al caso del fumador, con la diferencia que en cada caso varía el tipo de sustancia respecto de la cual se requiere una respuesta respecto a su derecho de consumirla:

1°) fumar (el caso ya visto), 2°) beber café, 3°) tomar una aspirina, 4°) tomar naltrexona recetada, 5°) tomar un medicamento no recetado, 6°) mascar tabaco, 7°) aspirar rapé, 8°) tener un acullico (bolo de hojas de coca que se mantiene en la boca), 9°) aspirar cocaína en polvo, 10°) tomar una pastilla de "crack".

Tenga presente que en estos casos, a diferencia de la tarea de los puntos 26, 27 o 32, la pregunta no es "¿qué debe hacer el funcionario?", ni "¿qué debe hacer el legislador?", o "¿qué debe hacer el juez?" y ni siquiera "¿qué debo hacer yo?", sino más específicamente:

"¿Tiene o no derecho, esa persona, a hacerlo?"

¿Conforme a qué filosofía jurídica da su respuesta?

¿Con qué fundamento concreto dentro de esa filosofía jurídica?

¿Cuáles son las consecuencias sociales —lato sensu— de una u otra solución?

35°) En los diez casos anteriores, identifique con precisión de qué modo la modificación de la situación de hecho —la sustancia ingerida— suscita cambios en las valoraciones y por consecuencia en la solución del caso. A los efectos de simplificar el análisis, prescinda de la existencia de una ley declarada inconstitucional en cuanto prohibe el consumo individual de drogas.

36°) En una segunda etapa, analice el caso a la luz de la norma legal declarada inconstitucional.

37°) Identifique en los diez casos mencionados en el punto 34 cuáles son los más complejos. Fundamente distintas soluciones a los casos más complejos *a*) en el estilo de TRUEPENNY, *b*) de HANDY y *c*) de FOSTER.

Capítulo XIII

EL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO HUMANO

MARCELO ALBERTO LÓPEZ ALFONSÍN Y CARLOS EDUARDO TAMBUSSI

1. *Introducción*

La cuestión de la preservación ambiental y la consagración del derecho al medio ambiente sano, hasta entonces interpretada como incluida dentro de los derechos no enumerados o implícitos del art. 33 CN, se encontró dentro de los "temas habilitados" para el tratamiento de la Convención Constituyente de 1994 (Ley 24.309).

En dicha Reforma Constitucional, se introduce el tema en cuestión dentro de la máxima jerarquía, a través de su consagración expresa en la Ley Suprema, dentro del Capítulo Segundo de la parte dogmática titulado "Nuevos derechos y garantías."

La inclusión de estas previsiones ambientales es indudablemente uno de los aspectos más positivos del proceso de reforma constitucional argentino concluido en 1994, a través de la ampliación del garantismo, extendiendo el catálogo de derechos con una amplitud que depende para su aplicación efectiva de la consideración como operativos y efectivos instrumentos protectores que le otorgue la jurisprudencia que tenga que decidir en los casos que se lleven a su conocimiento.

Asimismo, en los primeros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, la relación de éstos con el medio ambiente era considerada implícita. Las consecuencias del

descontrol de la contaminación ambiental tanto el países desarrollados como en vías de desarrollo, y la imposibilidad del disfrute y ejercicio de los derechos humanos en condiciones ambientalmente desfavorables, crearon la conciencia generalizada del íntimo vínculo entre derechos humanos y medio ambiente.

Así, la problemática ambiental como "derecho al medio ambiente" fue empezando a ser reflejada en instrumentos internacionales, y su consagración en la Carta Mundial de la Naturaleza desarrolló este principio al incluir el deber de los Estados pero también el derecho y la responsabilidad de los individuos en la protección del ambiente.

En el derecho constitucional actual, prácticamente ningún instrumento moderno ignora este derecho y estos principios. La cuestión, además, ha ganado en cierta medida a la "opinión pública," merced -lamentablemente- a grandes desastres ecológicos, a la formación y prédica de Organizaciones No Gubernamentales ecologistas de alcances nacionales e internacionales, y a la acción de algunos gobiernos.

El derecho a un medio ambiente sano es, sin duda, un derecho humano fundamental, y presupuesto del disfrute y ejercicio de los demás derechos, por la íntima vinculación del ambiente con el nivel de vida en general.

La Declaración de Estocolmo de 1972 (Conferencia de Naciones Unidas sobre ambiente humano) señalaba que el hombre tiene "el derecho fundamental a la libertad y a la igualdad, dentro de condiciones de vida satisfactorias, en un ambiente cuya calidad le permita vivir en dignidad y bienestar. Asimismo, tiene el deber fundamental de proteger y de mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras" (concepción derecho-deber).

La noción de "desarrollo sustentable," formulada principalmente a partir de los informes del Club de Roma e incorporada a los términos del Derecho Internacional en la Declaración de Río de Janeiro de 1992 en el seno de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo está contenida al manifestarse: "...y para que las actividades productivas satisfagan las nece-

sidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras."

2. *La Constitución Argentina reformada en 1994*

De esa reforma constitucional, deriva el art. 41 de la nueva carta magna, cuyas características principales son:

- Concepción derecho-deber de un ambiente sano en cuanto a su exigibilidad y participación en la tarea de protección y preservación del mismo. Por la naturaleza de la cuestión involucrada en el "contenido" de ese derecho, el bien jurídico protegido y el correspondiente deber, convierte a los habitantes en verdaderos "agentes" en el cuidado ambiental.

Las obligaciones, pesan también sobre el Estado, en toda su amplitud de "autoridades" en cualquiera de los niveles de gobierno (federal, provincial, municipal, y obviamente a los jueces, involucrados no sólo en la obligación de "no dañar" sino en ejercicios positivos de preservación, de evitar que otros destruyan el medio ambiente, y exigir a los particulares cada deber concreto en cada circunstancia que afecte el tema ambiental.

- Compromiso intergeneracional de preservación del medio ambiente (para las generaciones presentes y futuras, dentro de un concepto de desarrollo que amplía la gama de opciones para las personas, inspirado en las metas de largo plazo de una sociedad). Significa que el consumo actual no puede financiarse incurriendo en deudas económicas que otros tendrán que reembolsar en el futuro, y por ende, "los recursos naturales deben utilizarse de forma que no creen deudas al sobreexplotar la capacidad de sostenimiento y producción de la tierra" (COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO, 1987).

- Recepción de la noción de "desarrollo sustentable" (Actividades productivas satisfacen las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras -DECLARACIÓN DE RÍO DE JANEIRO, 1992-): lo cual comprende una mejor comprensión de la diversidad de ecosistemas, solución localmente adoptada para problemas ambientales y mejor control del impacto ambiental producido por las actividades de desarrollo.

- "Apto para el desarrollo humano": concepto del cual la Argentina es la primera Constitución en incorporarlo, de acuerdo a la visión de Naciones Unidas en sus Programas para el Desarrollo.

Este organismo define al desarrollo humano como "el proceso mediante el cual se amplían las oportunidades del ser humano" en donde se anotan las de disfrutar de una vida prolongada y saludable y tener acceso a los recursos necesarios para una vida decente, es decir que los beneficios sociales deben verse y juzgarse en la medida que promueva el bienestar humano.

Por lo que el concepto de desarrollo humano es amplio e integral. No es simplemente un llamado a la protección ambiental, sino que implica un nuevo concepto de crecimiento económico, que provee justicia y oportunidades para toda la gente del mundo.

Este es el gran interrogante y el gran problema para los países en desarrollo, donde el atraso económico muchas veces produce el equívoco de presentar a la necesidad de "industrializarse," de elaborar productos con mayor valor agregado, como contrapuesta a la preocupación ambiental.

- Jerarquía constitucional de la obligación de recomponer el daño ambiental y la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. El artículo 41 es operativo en cuanto a su contenido: sin perjuicio de la necesidad del consiguiente desarrollo legislativo -que determina el Constituyente de 1994-, es obligación de los jueces desplegar un activismo judicial garantizador que haga operativas y aplicables las exigencias de preservación y proveer a la protección del medio ambiente.

- Protección de la diversidad biológica.

- De acuerdo al sistema de delegación y reserva de poderes que sustenta el esquema federal de la Nación, se establece la noción de "ley marco" a través de un "federalismo de concertación."

Sin dudas, el art. 41 de la Constitución Nacional optó por categorizar como derecho subjetivo de todos los habitantes el derecho a un medio ambiente sano, con todas las especificaciones que a partir de allí se derivan.

Tal aserto se ratifica al comparar la citada norma con la regulación del amparo en el art. 43, que especifica las situaciones subjetivas que pueden protegerse mediante esa acción, y cuáles son los sujetos legitimados activamente para deducirla, aludiendo tanto a los "derechos que protegen el medio ambiente" como a los "derechos de incidencia colectiva en general."

Al reconocer la Constitución esta categoría de derechos y reconocer que existen afectados cuando se los vulnera, es dable entender que todos los miembros del grupo sujeto a la afectación se encuentran legitimados para interponer el amparo ambiental.

3. *El medio ambiente en el derecho público provincial argentino*

El proceso constituyente en las Provincias Argentinas fue registrando paulatinamente las corrientes consagratorias de los derechos humanos con rango constitucional. En esta reseña, podemos marcar tres etapas definidas:

1. El constitucionalismo clásico: consagración de derechos civiles y políticos dentro del esquema de libertades en sentido negativo, es decir, potestades del individuo frente al poder del Estado. Corresponde a los derechos humanos de **"primera generación"** (libertad, propiedad, etc.) propios del constitucionalismo liberal.

a) Constitución de la Provincia de Mendoza (texto original de 1916, con algunas reformas parciales en años posteriores: 1939, 1985 y 1991).

- No contempla expresamente el derecho al ambiente.
- Contiene una referencia al derecho a la salud dentro de las atribuciones municipales, poniendo a cargo de estas entidades la materia de salubridad.

b) Constitución de la Provincia de Entre Ríos: (1933)

- Tiene una referencia ambiental implícita a través de un artículo de derechos implícitos similar al art. 33 de la Constitución Nacional.

2. El constitucionalismo social: inducción de la intervención estatal como reguladora de las desigualdades sociales, económicas y culturales. Toma en cuenta al hombre como ser social (derechos humanos de segunda generación).

a) Constitución de la Provincia de La Pampa:

- Sujeta a las normas legales y administrativas los deberes de la solidaridad humana... y tiende a "asegurar la salud física e intelectual de los habitantes" (art. 5).

- En materia legislativa faculta a la Legislatura a dictar los códigos Rural y de Aguas (art. 16) y dictar leyes de defensa contra la erosión y de protección a la riqueza forestal (art. 22).

b) Constitución de la Provincia de Santa Cruz:

- Contiene un artículo de derechos implícitos (art. 15).

- Deriva a la ley agraria la defensa del suelo, "fomentando la forestación y reforestación, riego, defensa de las especies vegetales" y la explotación racional de los recursos (art.14).

- Compete a la Legislatura Provincial el dictado de las normas relativas a la salud pública, y los códigos -entre otros- rural, fiscal, sanitario, tierras públicas y bosques (art. 103).

- Es atribución municipal la salud pública, la higiene y seguridad -de los sitios de recreo y diversiones- y de todos aquellos lugares que puedan afectar la salud de la población.

c) Constitución de la Provincia de Misiones (1974):

- Deber de cada habitante de contribuir al bienestar común (art. 9, 2do. párr.).

- Derechos no enumerados que surgen de la dignidad humana (art. 29).

- La Provincia garantiza el derecho a la salud (art. 39).

- Fomento de la industria, el comercio y la producción, en el marco de contribuir al bienestar general. Explotación racional de los bosques, forestación y reforestación (art. 100 inc. 7).

- Competencia de la Legislatura el dictado de leyes de organización de tierras públicas y bosques (inc. 19).

- Competencia municipal, en materia de sanidad y asistencia social (art. 171).

d) Constitución de la Provincia del Chaco (1958):

- Derechos no enumerados que surgen de la dignidad humana (art. 11).

- Promoción e la salud, bienestar físico, mental y social de la población (art. 33).

- Competencia de la Legislatura de legislar en materia de tierras públicas, bosques, higiene, salud pública... y todo lo que tienda al bienestar social (art. 115).

e) Constitución de la Provincia del Neuquen (1961):

- Derechos no enumerados, que corresponden al hombre como tal y como integrante de la sociedad (art. 63).

- Competencia de la legislatura en materia de fomento económico, bosques, turismo, minería, geología, energía hidroeléctrica, leyes sanitarias, preservación de bienes naturales, protección de animales y especies vegetales útiles, forestación y reforestación, etc. (art. 101).

- Obligación ineludible de la Provincia de velar por la salud y la higiene públicas.

3. Etapa reciente: recepción en forma expresa del derecho al medio ambiente. Corresponde a los derechos llamados de "tercera generación" que derivan de la última etapa del constitucionalismo social, posterior a la segunda guerra mundial, posteriores a la consagración de los derechos a la cultura, la salud y la educación, contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el año 1948.

a) Constitución de la Provincia de Córdoba (1987):

- "El estado provincial resguarda el equilibrio ecológico, protege el medio ambiente y preserva los recursos naturales" (art. 11).

- Deber de todo individuo de evitar la contaminación ambiental y participar en la defensa ecológica (art. 38 inc. 8).

- Garantía de la protección de los intereses difusos (entre ellos los ecológicos) (art. 53).

- Derecho a un medio ambiente sano (art. 66).

*Este es entendido como el derecho a vivir en un ambiente físico y social libre de factores nocivos para la salud, conservación

de recursos naturales.... preservación de la flora y la fauna, protección del agua, el suelo y el aire. El estado Provincial protege el medio ambiente, preserva los recursos naturales, ordena su uso y explotación, resguarda el equilibrio ecológico.

*El Estado dicta normas que aseguren 1) la eficacia de los principios de armonía de los ecosistemas y la integración, diversidad, mantenimiento y recuperación de recursos; 2) la compatibilidad de la programación física, económica y social de la Provincia, con la preservación y mejora del ambiente; 3) una distribución equilibrada de la urbanización del territorio y 4) asignación de recursos para elevar la calidad de vida.

b) Constitución de la Provincia de La Rioja: (1986)

- Derecho a un ambiente de vida salubre y ecológicamente equilibrado. Deber de conservación por parte de los individuos (art. 66).

- Deber del Estado de promover la preservación, defensa y mejoramiento del medio ambiente.

- Extensión de la legitimación activa en la acción de amparo respecto a este derecho.

c) Constitución de la Provincia de Río Negro: (1988)

- Derecho/Deber de los habitantes de gozar un medio ambiente sano y preservarlo y defenderlo (art. 84).

- Atribuciones específicas del Estado: prevenir y controlar la contaminación, conservar la flora y la fauna, proteger la subsistencia de las especies animales, exigencia de estudios previos de impacto ambiental, uso racional de la agroquímica e ingeniería nuclear, educación ambiental en las escuelas y todos los niveles de enseñanza.

- Fijación de un organismo especial con poder de Policía para la custodia del medio ambiente (art. 85).

- Facultad de la Legislatura de dictar código minero, rural, alimentario, leyes orgánicas de bosques, etc. (art. 149).

d) Constitución de la Provincia de Catamarca: (1988)

- El Pueblo de la Provincia se asegura el poder decisorio sobre sus recursos naturales (art. 1 párr. 3).

- Facultad del poder Legislativo de control de investigaciones riesgosas para la comunidad (art. 110 inc. 18).

- Asimismo, elaboración de normas protectoras del Medio Ambiente, sistema ecológico, patrimonio natural, etc. (inc. 22).

- Atribución municipal de preservar el sistema ecológico, recursos naturales y medio ambiente (art. 252 inc. 9).

e) Constitución de la Provincia de Corrientes: (1993)

- Regulación por la Legislatura de las riquezas hídricas y su preservación (art. 180).

- Preserva los recursos naturales de la provincia, pudiendo accionar los particulares y las asociaciones intermedias por la vía del amparo (art. 182).

f) Constitución de la Provincia de San Luis: (1987)

- Derecho a un ambiente humano de vida salubre y ecológicamente equilibrado. Deber correlativo de conservación (art. 47).

- Prevención y control de la contaminación, ordenamiento del territorio biológicamente equilibrado.

- Creación de reservas y parques naturales, clasificación y protección de las especies.

- Ampliación de la legitimación por acción de amparo para la protección de los derechos. Promoción de la calidad de vida de los habitantes.

- Inclusión del paisaje natural en un marco ecológico como integrante del acervo cultural de la Provincia, que el Estado debe tutelar. (art. 68).

- Consagración del dominio imprescriptible e inalienable de la Provincia sobre todas las sustancias minerales que se encuentren en su territorio (art. 88).

g) Constitución de la Provincia de San Juan: (1986)

- Derecho de los habitantes a ambiente humano de vida salubre y ecológicamente equilibrado. Deber de conservarlo. (art. 58).

- Deber del estado de controlar la contaminación, la erosión, ordenamiento del territorio biológicamente equilibrado. Creación y desarrollo de parques naturales.

- Ampliación de la legitimación por acción de amparo para la protección de los derechos. Promoción de la calidad de vida de los habitantes.

h) Constitución de Tierra del Fuego: (1991)

- Derecho de los habitantes a un medio ambiente sano, libre de factores nocivos para la salud. Derecho a la conservación de los recursos naturales y la preservación de la flora y la fauna. (art. 25).

- Deber de todos los habitantes de evitar la contaminación y participar en la defensa del medio ambiente (art. 31).

- Legitimación activa amplia para la protección de los intereses difusos, ecológicos o de cualquier índole (art. 49).

- Necesidad de autorización del Estado provincial y de estudios previos de impacto ambiental para la instalación de determinadas plantas o fábricas (art. 55).

- Prohibición de introducir residuos nucleares o químicos (art. 56)

i) Constitución de la Provincia de Salta: (1986)

- Deber de conservar el medio ambiente equilibrado y derecho de disfrutarlo. Deber de resguardo del medio ambiente y prevención de la contaminación por parte del Estado (art. 30).

- Obligación del Estado de proteger los procesos ecológicos esenciales (art. 78).

j) Constitución de la Provincia de Jujuy: (1986)

- Derecho a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado y deber de defenderlo (art. 22).

- Misión del Estado de prevenir y vigilar las fuentes de contaminación del aire, agua y suelo en general. Promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando la capacidad de renovación y la estabilidad ecológica.

k) Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: (1996)

- Derecho de toda persona a gozar de un ambiente sano y deber de preservarlo y defenderlo (art. 26).

- Legitimación para el amparo ambiental para cualquier habitante y para las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, como la protección del medio ambiente... (art. 14).

- Innecesariedad de agotamiento previo de la vía administrativa (art. 14).

4. *El medio ambiente en el derecho comparado del Mercosur*

En el ámbito del Mercosur, tratado de integración regional que involucra a la Argentina desde 1991, es preciso hacer un análisis de los principios de derecho ambiental que surgen de las respectivas constituciones nacionales atento el proceso de armonización de legislaciones que propicia dicho acuerdo, compatibilizando las necesidades de crecimiento económico con la preservación del medio ambiente.

a) *Constitución de la República Oriental del Uruguay (1967):*

No contiene en su articulado norma que contemple expresamente el derecho al medio ambiente. Sin embargo, existen otras normas que consagran derechos humanos de tercera generación, como el artículo que establece la pertenencia al "tesoro cultural de la Nación" de toda la riqueza histórica del país, al cual la ley tiene que proteger, como finalidad y deber del Estado.

b) *Constitución de la República Federativa del Brasil (1988):*

Esta Carta Magna cuenta con un capítulo especial denominado "Del medio ambiente" (art. 225).

- Consagra el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, como bien de uso común del pueblo, esencial para la calidad de vida.

- Corresponde a la colectividad y al poder público el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones actuales y futuras.

- Medidas de protección con rango constitucional: preservación de los procesos ecológicos y del patrimonio genético de la Nación,

exigencia de estudios de impacto ambiental previos a emprendimientos, control de la producción que signifique riesgo para el medio ambiente, promoción de la educación ambiental, protección de la fauna y la flora, obligación de restaurar el medio ambiente degradado por cualquier tipo de explotación, sanciones penales, administrativas e indemnizatorias en caso de daño ambiental, declaración de patrimonio nacional de regiones naturales (Selva Amazónica, Mato Grosso, etc), indisponibilidad de tierras necesarias para la protección de ecosistemas naturales, reglamentación de la instalación de plantas nucleares, etc.

- Consagración de la acción popular para actos lesivos al medio ambiente (art. 5).

- Misión de los gobiernos federal, estadual y municipal la protección del medio ambiente (art. 23).

- Dictado de legislación correspondiente a flora, caza, pesca, medio ambiente, recursos naturales, etc. (art. 24).

- Papel del Ministerio Público en la protección del medio ambiente y otros intereses difusos o colectivos (art. 129).

- Orden económico financiero destinado, entre otros fines a la defensa del medio ambiente (art. 170).

- Pertenencia al patrimonio cultural brasileño de los sitios de valor ecológico art. 216).

c) *Constitución de la República del Paraguay*: *(1992)*

- Derecho a un ambiente saludable y equilibrado.

- Prioridad del interés social en la preservación, recomposición y mejoramiento del ambiente, como principio orientativo de la política estatal (art. 7).

- Regulación legal de las actividades susceptibles de alterar el ambiente. Prohibición de fabricación o introducción de residuos tóxicos. Consagración legal del delito ecológico. Obligación de indemnizar el daño ecológico (art. 8).

- Papel del Ministerio Público en la promoción de la acción penal pública para defensa del medio ambiente (art. 268).

5. *La jurisprudencia:*

Con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1994, los precedentes judiciales postergaron la cuestión del medio ambiente en aras de la dilucidación de la legitimación procesal para accionar en defensa de los derechos colectivos.

Sintéticamente, enumeramos los siguientes precedentes, y el primer pronunciamiento judicial posterior al reconocimiento constitucional expreso de estos derechos (art. 41, 42 y 43 segundo párrafo):

a) *Ricardo Quesada c./ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (LL 1980 D pág. 130):*

La Cámara Civil, entendió que la lesión invocada era respecto al derecho del recurrente de "vivir en una ciudad habitable, oxigenada." Consideró entonces que el mismo no acreditó en autos que la ciudad haya dejado de ser "habitable" u oxigenada, por lo que no reconoció frustración de derecho alguno de rango constitucional, y descartó la ilegalidad manifiesta.

Asimismo, calificó la cuestión como una decisión exclusiva de la autoridad administrativa, excluida de revisión judicial, desestimando la acción.

b) *Kattan, A.E. y ot. c./ Gobierno Nacional (LL 1983 D pág. 567):*

El fallo del Juzgado Federal Nro. 2 en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal hace lugar al amparo, decreta la nulidad de las resoluciones que autorizan la captura y exportación de las toninas basado en el derecho de cada individuo a que no sea modificado el medio ambiente. Basa su consideración en el art. 33, en la falta de estudios de impacto ambiental, atribuyendo la carga de la prueba de la falta de deterioro del medio ambiente a la autoridad demandada.

c) *Cartaña Antonio E. H. c./ Municipalidad de Buenos Aires (Doctrina Judicial 1991, Tomo II, pág. 471):*

La Cámara de Apelaciones en lo Civil reconoció la legitimación para obrar del accionante (Controlador General Comunal) e hizo lugar al amparo peticionado.

d) *Schroeder Juan c./ Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Presidencia de la Nación (La Ley, 6/12/94):*

La Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal reconoce al actor legitimación para accionar acreditada su calidad de vecino del lugar. Toma como base el art. 41 de la Constitución Nacional, introducido por la Reforma de 1994. Es el primer fallo firme en segunda instancia en la materia.

6. *Conclusiones*

El desarrollo de la preocupación ambiental ha sido consagrado en normas positivas constitucionales y supranacionales, como primera culminación de la etapa de "toma de conciencia" y de la necesidad de establecer reglas de juego y pautas de aplicación para los magistrados a quienes sean llevados los asuntos.

Queda entonces la internalización en la comunidad del significado de este derecho y de la necesidad de la vigencia de sus normas, como tarea ímproba a desarrollar a través de la educación, la difusión, la acción de gobierno y las decisiones de la justicia.

El control y la preservación de los recursos naturales debe necesariamente surgir de una aplicación programada de medidas coherentes y razonables de contenido económico, jurídico y político. En nuestro medio, donde existe gran cantidad de población con necesidades básicas insatisfechas (derechos humanos relegados), el problema debe tener la justa apreciación que tienda a satisfacerlas al mismo tiempo que incorpore la protección ambiental a las decisiones políticas y económicas. No es incompatible la necesidad de desarrollo con la preservación del medio ambiente. Constituye un error plantear la cuestión como una dicoto-

mía. El acierto reside en establecer una armonía entre ambas cuestiones, mediante el dictado de normas serias y razonables, acordes a la realidad en la que serán aplicadas. En este sentido, saludamos la sanción de las llamadas "leyes de presupuestos mínimos en materia ambiental": la Ley 25.612 para la gestión integral de los residuos industriales y otras actividades de servicios, la Ley 25.670 para la gestión y eliminación de los PCBs, la Ley 25.675 –conocida como Ley General del Ambiente-, la Ley 25.688 para la gestión de los recursos hídricos, y la Ley 25.831 para el acceso a la información ambiental. Entendemos que así se está cumpliendo el mandato constitucional de 1994.

"El Medio Ambiente como derecho humano"

Guía de reflexión y trabajos prácticos:

Tomando la síntesis de evolución de la Jurisprudencia en materia ambiental, citas de fallos mediante, el alumno debe analizar:

I) Determinar los hechos de cada caso y describirlos pormenorizadamente.

II) Analizar en cada caso las consideraciones vertidas por el sentenciante de primera y segunda instancia en cuanto a los requisitos de procedencia de la acción de amparo, consignando en particular el criterio aplicado:

- en cuanto a la legitimación activa.

- en cuanto a la protección de los intereses difusos o colectivos.

- el fundamento legal y Constitucional.

III) Haga un cuadro de doble entrada comparativo de las decisiones de primera instancia y de Cámara en aquellos casos donde las decisiones son diferentes.

IV) Determine y analice constitucionalmente, a la luz de la Reforma de 1994 de la Constitución Nacional y el Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los siguientes ítems:

- Competencia del Defensor del Pueblo en materia ambiental.

- Existencia de otros legitimados activos. Requisitos y condiciones. Diferencias entre los ordenamientos analizados.

- Alcance, y extensión del garantismo y de la protección al medio ambiente en ambos ordenamientos.

Capítulo XIV

EL DERECHO A SOLICITAR ASILO

ALEJANDRO RONDANINI

El asilo como forma de protección.

En su significado moderno, *asilo* es el lugar en el que las personas perseguidas por motivos políticos encuentran *inmunidad* [1]contra la prisión y reciben protección contra un peligro inminente. En su significado jurídico, *asilo* es la protección concedida por un Estado a aquél que la ha buscado, en el territorio del propio Estado o en lugares específicos bajo su jurisdicción.[2]

Por su parte el Instituto de Derecho Internacional de Bruselas[3] definió el *asilo* como "*la protección que un Estado otorga a quien lo solicita, ya sea en su territorio o en otro lugar que esté bajo la jurisdicción de alguno de sus órganos*."[4]

El término *asilo,* proviene del griego "asylon" que significa "el lugar que no puede ser violado."[5]

[1] Inmune: del latín immunis " exento de servicio," "libre de cualquier cosa," hacia l597 "exento de ciertas cargas y males," COROMINAS, JOAN, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana,* Tercera Edición, Ed. Gredos, Madrid, l987.

[2] FONTENLE, LEOPOLDO CÉSAR: *Asilo Político: Liberdades Individuais e Direito de Revolucao,* Brasilia, l994

[3] En su reunión llevada a cabo en l950.

[4] ATLE GRAHL-MADSEN: *Territorial Asylum*, Oceana Publications, l980, traducción libre.

[5] JOAN COROMINAS traduce *ásylos* como "*inviolable,*" *op. cit*.

La justificación fundamental de la práctica del asilo es, definitivamente, la protección de la vida humana.

El asilo es una institución tan antigua como la humanidad misma.[6] En el Antiguo Testamento encontramos alusión a esta forma de protección cuando leemos en Números (35, 9-15): "*Ciudades de refugio. Dijo el Señor a Moisés: Habla con los hijos de Israel, y diles: Cuando hubiéreis pasado el Jordán para ir a la tierra de Canaán, señalad las ciudades que deben ser asilo de los fugitivos que involuntariamente hayan derramado sangre. Estando en ellas el refugiado, no podrá el pariente del muerto matarle, hasta que se presente delante del pueblo y sea juzgada su causa. De estas ciudades destinadas para asilo de los fugitivos, habrá tres del Jordán allá y tres en la tierra de Canaán , tanto para los hijos de Israel como para los advenedizos y peregrinos, a fin de que se acoja a ellas el que involuntariamente derramare sangre*" y similares referencias en Deuteronomio (19, 1-3) y Josué (20, 1-6).[7]

Instrumentos internacionales que regulan el derecho a solicitar asilo.

A nivel convencional, el asilo fue regulado por primera vez por el Tratado de Derecho Penal de Montevideo de 1889. Ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay y estableció las bases de una figura convencional que adquiriría posteriormente dimensiones continentales gracias a las convenciones que precisaron la fisonomía del asilo como una institución protectora de derechos humanos fundamentales.[8]

[6] Para tener un sintético panorama de la insitución del asilo entre los antiguos grego-romanos ver MEHENSZ, CORTEL ZOLTÁN, *El Derecho de Asilo de los Antiguos Greco-Romanos*, Revista La Ley, Tomo 108, p.1228.

[7] Sagrada Biblia, Barcelona, Herder, l978.

[8] Estos instrumentos son: la Convención sobre Asilo de l928 (La Habana), la Convención sobre Asilo Político de l933 (Montevideo), el Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos de l939 (Montevideo), el Tratado de Derecho Penal Internacional de l940 (Montevideo), las Convenciones sobre Asilo Territorial y Asilo Diplomàtico de l954 (Caracas) y las precisiones que al respecto contiene la Convención Americana de Derechos Humanos de l969 (San José, Costa Rica).

Fue, sin embargo, luego de la Segunda Guerra Mundial, cuando la evolución jurídica de las naciones civilizadas del mundo occidental se ha dirigido a consolidar tanto en el campo interno como en el internacional, principios a favor de la protección de los derechos humanos.

Esta evolución mundial por el reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales del hombre, llega a su culminación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.[9] La Declaración Universal de Derechos Humanos constituye una síntesis admirable de los principios aceptados por las naciones civilizadas y por cuya implantación ha venido luchando la humanidad en diversas etapas de su historia.[10]

Así, el artículo 14 de la DUDH dispone:

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Advertimos así la consagración del derecho humano a solicitar asilo, con las reservas determinadas por el segundo párrafo. El derecho de asilo no puede ejercerse en forma absoluta pues no consiste en una protección incondicional. Cuando analicemos la definición de refugiado y las denominadas "cláusulas de exclusión" notaremos los motivos que impiden a una persona acceder a la protección internacional.

Por su parte la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [11] consagra en su artículo XXVII:

[9] Resolución Nro. 217 A (III) Asamblea General de las Naciones Unidas.

[10] Estudio Comparativo entre los Instrumentos Internacionales de las Naciones Unidas y los del Sistema Interamericano aplicables al régimen de asilados, refugiados y personas desplazadas, Organización de los Estados Americanos, Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, 1984, p. 29.

[11] Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana en la ciudad de Bogotá, Colombia, l948.

"Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales."

La Convención Americana de Derechos Humanos[12] (CADH) en su artículo 22.7 dispone:

"Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales."

Europa, por su parte, conoció los horrores de las dos Guerras Mundiales que azotaron a la Humanidad y, como consecuencia, se produjeron en el continente millones de desplazamientos de personas que, obligadas a abandonar sus países de origen, buscaban protección en países vecinos o en otras latitudes. Frente a esta situación de magnitud desconocida hasta entonces, la comunicad internacional, ya organizada a través de las Naciones Unidas debió adoptar criterios que fueran universalmente aceptados en materia de protección. Si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos ayudó a resolver esta espinosa cuestión, el 1º de enero de 1951 comenzó a funcionar la Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)[13] y el 28 de julio de 1951 fue aprobada la Convención de las Naciones Unidas relativa al Estatuto de los Refugiados[14] (Convención de 1951), instrumento que establecería, con carácter universal, el régimen jurídico aplicable a la protección de estas personas víctimas de los horrores de la posguerra.

Esta Convención establecería la definición de refugiado en su primer artículo. Sin embargo, el transcurso del tiempo y la apa-

[12] Adoptada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de l969 y aprobada por la República Argentina según ley 23.054.

[13] Con sede en Ginebra, Suiza, el ACNUR es el organismo internacional encargado de supervisar el cumplimiento de la Convención de l951 y de cooperar con los Estados en la búsqueda de soluciones al problema de los refugiados.

[14] Adoptada en Ginebra, Suiza, en el marco de la Conferencia de Plenipotenciarios convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de conformidad con su resolución 429 (V) del 14/12/50.

rición de nuevas situaciones que produjeron refugiados, hizo surgir la necesidad de aplicar a dichas situaciones las normas de la Convención. A esos fines, se adoptó el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Al adherir al citado instrumento, los Estados se obligan a aplicar las disposiciones sustantivas de la Convención de 1951 a los refugiados comprendidos en la definición, pero sin la fecha límite de 1951 que ella misma establecía y que analizaremos más adelante.[15] Los sucesos desencadenados a finales de la década del cincuenta y durante la década de los años sesenta, los conflictos motivados por la descolonización -como los de Argelia, Angola, Ruanda y Zaire- produjeron desplazamientos masivos de personas que aumentaban de manera constante, circunstancia que llevó a la Organización de la Unidad Africana (OUA) a aprobar la *Convención de la Organización de la Unidad Africana*,[16] instrumento que adoptó una definición de "refugiado" más amplia y moderna que la contenida en la Convención de 1951.

También el desarrollo y la diversificación de conflictos en algunos países centroamericanos y los acontecimientos ocurridos en países del Cono Sur en la década de los años setenta, inauguraban en América Latina el fenómeno masificado de la salida de personas en busqueda de protección. La situación en América Central condujo a propiciar un Coloquio realizado en la ciudad de Cartagena de Indias en 1984 que culminó con la adopción de la denominada *Declaración de Cartagena*, cuya Conclusión Tercera amplía la definición de refugiado establecida en la Convención de 1951.

Asilo y Refugio.

Hasta aquí, hemos utilizado los términos asilo, asilado y refugiado. Cabe pues detenernos, a fin de esclarecer las particularidades que muchas veces se confunden.

[15] Conf. FRAIDENRAIJ, SUSANA: *La Protección Internacional de los Refugiados en el Derecho Humanitario y en el Derecho de Refugiados*, Tesis de Doctorado, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

[16] Adoptada en l969 en Adis Abeba.

Hemos dicho que el *asilo* fue regulado convencionalmente, por primera vez a nivel convencional, por el Tratado de Derecho Penal de Montevideo de 1889. Ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, es decir, nació en Latinoamérica.

Conviene, entonces, determinar las similitudes y las diferencias entre asilado político y refugiado, por su incidencia en la región latinoamericana, donde concurren intrumentos regionales sobre asilo político e instrumentos de carácter universal, como la Convención de l95l sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de l967, adoptados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas.

Los tratados interamericanos sobre asilo político fueron concebidos para la protección del asilado tradicional, generalmente individuos perseguidos por delitos o motivos políticos. Casi siempre se trataba de personas de significación social y política que buscaban escapar a la persecución pasando voluntaria o forzadamente a otro país y que siendo los perdedores del momento devenían más tarde gobernantes o miembros del partido gobernante.[17] La República Argentina, para citar un caso, concedió asilo territorial al ciudadano paraguayo Lino Oviedo en el año 1999.[18] De los fundamentos de la resolución que lo concede, no surge la invocación de la Convención de 1951. De modo tal que los instrumentos interamericanos sobre asilo territorial y diplomático siguen manteniendo plena vigencia ya que el asilado tradicional sigue produciéndose. Algunas de las causas del asilo tradicional, como la persecución por motivos políticos, caben dentro de los supuestos de la institución del refugio diseñado por la Convención de 1951, pero los delitos políticos y los delitos comunes conexos con los políticos, que los instrumentos internacionales protegen, difícilmente podrían ser incluidos en la citada Convención.

[17] POHL, REINALDO GALINDO, "Refugio y Asilo y en la Práctica Política y Jurídica," en La Protección Internacional de los Refugiados en América Central , México y Panama: Problemas Jurídicos y Humanitarios, Memorias del Coloquio de Cartagena de Indias de l983, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo, Universidad Nacional de Colombia.

[18] Boletín Oficial del 30/3/99.

El fenómeno más reciente del refugio, configurado en la Convención de l95l y su Protocolo de l967, tiene caracteres peculiares, entre los cuales se pueden anotar los siguientes:

- Con frecuencia se trata de grupos muy numerosos que simultáneamente o de modo continuado buscan protección en el extranjero, preferentemente en países vecinos;
- Se trata de personas de todos los estratos sociales, que con frecuencia carecen de recursos económicos,
- Con frecuencia estas personas pertenecen a grupos, asociaciones o comunidades que han sufrido persecución, sin determinaciones individuales, por motivo de raza, nacionalidad, religión, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas,
- Por lo sucedido a miembros de su grupo, esas personas tienen fundado temor de perder su vida o su libertad y por lo tanto, tratan de escapar del peligro actual o potencial moviéndose a otro país.

JAIME RUIZ DE SANTIAGO, distingue entre *asilo latinoamericano* (regulado en tratados regionales) y *refugio universal* (que contempla la Convención de 1951, adoptada en el ámbito de la ONU) y expone, sin pretender llegar a una enumeración exhaustiva, algunas diferencias que existen entre ambas figuras.[19]

-El asilo latinoamericano representa una institución convencional regional, en tanto el refugio es una institución convencional universal.

- El asilo puede ser concedido en el propio país de origen del peticionante, en tanto que para el refugio es condición esencial que la persona se encuentre fuera de su país de origen.

[19] RUIZ DE SANTIAGO, JAIME, "Relaciones entre el Asilo y el Refugio" en La protección jurídica internacional de la persona humana y el problema de los indocumentados, Seminario realizado en La Paz, Bolivia del 12 al 15 de noviembre de l990, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Comité Internacional de la Cruz Roja, Comisión Internacional de Juristas y Comisión Andina de Juristas.

- El asilo latinoamericano es una institución que nació como protección frente a una *persecución*, la que debe ser *actual y presente*.[20]

- El refugio, por el contrario, es menos riguroso respecto de las circunstancias de la persecución; pues no requiere que esta sea actual y efectiva, bastando para solicitarlo el "*temor fundado de persecución*."

- Las causas que explican la concesión del asilo son más limitadas que las que dan lugar al refugio.[21]

Por su parte distingue algunas similitudes entre ambas figuras:

- Ambas instituciones coinciden en su carácter humanitario, circunstancia que explícitamente se menciona, con relación al asilo, en el artículo 3º de la Convención sobre Asilo Político de Montevideo de 1933: "*El asilo político, por su carácter de institución humanitaria, no está sujeto a reciprocidad.*"

Y el capítulo 1, párrafo 2 del Estatuto del ACNUR, dice, "*la labor del Alto Comisionado tendrá carácter enteramente apolítico: será humanitaria y social*," de igual modo en el Preámbulo de la Convención de 1951 en el considerando quinto.[22]

[20] Así por ejemplo, el artículo II de la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas (1954) establece: "El respeto, que según el Derecho Internacional se debe a la jurisdicción de cada Estado sobre los habitantes de su territorio se debe igualmente, sin ninguna restricción, a la que tiene sobre las personas que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas." Y el artículo I de la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas (1954) reza: "El asilo otorgado en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, a personas perseguidas..."

[21] El Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo (1889) establece que "El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos," La Convención sobre Asilo Territorial de Caracas (1954) se pronuncia sobre el asilo respecto de aquellas personas "que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas por sus creencias políticas, opiniones o filiación política, o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos." De igual modo, la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas (1954) en su artículo 1 hace referencia a "personas perseguidas por motivos o delitos políticos."

[22] Personalmente el autor de este capítulo no cree, verdaderamente, que las cuestiones políticas brillen por su ausencia en las relaciones entre Estados y organismos internacionales.

- Ambas instituciones humanitarias existen para brindar protección a las personas.

De lo expuesto se puede concluir que la distinción entre asilo y refugio *coexiste en América Latin*a en virtud de instrumentos internacionales y regionales que regulan la concesión de uno y otro estatuto [23]

Sin embargo, el resto del mundo aplica a los solicitantes de asilo, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, aunque los denomine *solicitantes de asilo.*

El asilo a nivel universal.

Las violaciones sistemáticas de los derechos humanos, las infracciones flagrantes del derecho humanitario,[24] las expulsiones masivas de poblaciones y la "depuración étnica" a gran escala ocasionaron importantes desplazamientos en muchas regiones del mundo, tanto a nivel interno de los países como a través de las fronteras.[25]

La salida masiva de personas de regiones devastadas por la guerra y con el tráfico y el contrabando de personas constituye

[23] Pese a que algunos funcionarios internacionales insisten en sostener que Asilo y Refugio son figuras idénticas en Latinoamérica, los remitimos a la nueva ley de migraciones de la República Argentina, publicada en el Boletín Oficial del 21/1/04,la que distingue en el artículo 23 inc. *k*) las subcategorías de asilados y refugiados para la admisión como residentes permanentes.

[24] No profundizaremos sobre derecho internacional humanitario puesto que no es el objeto del presente trabajo. Sin embargo aclaramos que se trata del régimen jurídico aplicable en situaciones de conflicto armado interno o internacional y puede definirse como "El cuerpo de normas internacionales de origen convencional o consuetudinario destinado a ser aplicado específicamente en los conflictos armados internacionales o no internacionales, y que limita por razones humanitarias el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los medios o métodos utilizados en la guerra o que protege a las personas y los bienes afectados por el conflicto." Conf. SWINARSKI, CHRISTOPHE: Introducción al Derecho Internacional humanitario. Ginebra - San José, CICR-IIDH, l984, p. 11.

[25] Nota de Protección Internacional, Comité Ejecutivo del Programa del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 50º período de sesiones, 7 de julio de l999.

un tema preocupante para la comunidad internacional, tanto para los países que "producen" el alejamiento se su gente, como para los "receptores" de estos flujos de personas, que cada vez intentan poner más condiciones para la concesión de la protección internacional.

Como son los casos más numerosos y preocupantes por la gravedad de sus propias situaciones, trataremos la protección internacional de los refugiados desde la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.

a) La definición de "refugiado" en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

El artículo 1º, apartado 2 de la Convención de 1951 establece que el término "refugiado" se aplicará a toda persona:

"...Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él..."

Las palabras " *acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951*" según la propia Convención, podrían entenderse -conforme su apartado B del artículo 1º- como "*acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 en Europa*" o como "*acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 en Europa o en otro lugar*" cuestión que quedaba librada a una declaración del Estado al momento de la ratificación de la Convención.

Notamos así que la definición emanada de la Convención establecía una *limitación temporal* (*"como consecuencia de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951"*). Esta limitación obedecía a la pretensión de los Estados -al momento de

adoptarse la Convención- de limitar sus obligaciones a las situaciones de refugiados que ya se sabían que existían o las que pudieran surgir ulteriormente pero a consecuencia de acontecimientos ya ocurridos antes del 1º de enero de 1951.

El apartado B, a su vez, permitía a los Estados que ratificaran la Convención formular una *reserva geográfica*, es decir, limitar la recepción de refugiados por "acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 en Europa" [26]

Como hemos adelantado más arriba, el transcurso del tiempo y la aparición de nuevas situaciones problemáticas, hizo surgir la necesidad de aplicar a dichas situaciones las normas de la Convención de 1951. Así, se adoptó el Protocolo de 1967. Al adherir al citado instrumento, los Estados se obligan a aplicar las disposiciones sustantivas de la Convención de 1951 a los refugiados comprendidos en la definición, pero sin la fecha límite de 1951.

b) Análisis de la definición de refugiado.

De la definición transcripta en el apartado a) surgen cuatro elementos importantes a tener en cuenta al evaluar una solicitud de un extranjero que solicite el estatuto de refugiado:

- *temor fundado;*
- *persecución*;
- *motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas;*
- *estar fuera de su país de origen*.

El *temor fundado* comprende básicamente, dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. Ambos aspectos deben ser considerados al momento de la determinación de la condición de refugiado. El elemento subjetivo es el "temor", que se refiere a un estado de ánimo y el objetivo se refiere a la situación del país de origen del solicitante. De modo que el temor deberá ser fundado en una situación determinada imperante en el país de origen del solicitante.

[26] La reserva geográfica fue adoptada por la República Argentina al momento de adherir a la Convención, luego fue suprimida como explicaremos más adelante.

En cuanto a la *persecución*, no existe una definición universalmente aceptada. Del artículo 33 de la Convención de 1951 puede deducirse que toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona pueden ser consideradas como persecución. También constituyen persecución otras violaciones de los derechos humanos.[27]

La Convención estipula protección contra la persecución pero -como dijimos- no se define la persecución ni se dice nada acerca de los autores de esa persecución. Esto ha provocado un considerable debate acerca del alcance de la protección de la Convención. Cuando se habla de persecución, se piensa en siniestros servicios del Estado, en el uso de la tortura por agentes de policía o en soldados oprimiendo a civiles. En la época del holocausto, toda una maquinaria estatal se dedicó a la persecución de personas concretas. Cuando los redactores de la Convención formularon la definición de refugiado, sin duda pensaban sobre todo en la persecución por parte de los servicios del Estado. Pero la Convención no dice que un Estado debe ser responsable de la persecución. Cualquier grupo que ejerza un poder sustancial en un país puede perseguir. En consecuencia, el ACNUR ha defendido sistemáticamente la idea de que la Convención es de aplicación a cualquier persona que tenga un temor fundado de persecución, sin tener en cuenta quién es el responsable de la persecución (agente de persecución). Esta posición es compartida por la mayoría de los Estados contratantes de la Convención de 1951. Sin embargo en algunos países las solicitudes de estatuto de refugiado no prosperarán si la persecución alegada por el extranjero que teme, proviene de actores no estatales y el gobierno del país de origen no puede o no quiere ofrecer protección.[28]

En cuanto a los *motivos*, los señalados en la definición constituyen los motivos fundamentales de persecución que deben ser interpretados a la luz de lo dispuesto respecto de ellos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos universales y regionales. Así, por ejemplo, la violación de la liber-

[27] Conf. *Manual de Procedimientos y Criterios para la Determinación de la Condición de Refugiado*, ACNUR, Ginebra, 1988, p. 15.

[28] La Situación de los Refugiados en el Mundo, año 2000.

tad de pensamiento, conciencia o religión, o de la libertad de expresión consagradas en dichos instrumentos, sería razón suficiente para reconocer a una persona la condición de refugiado.[29]

Estar *fuera de su país de origen*, es una condición esencial, por definición, para acceder al estatuto de refugiado. No hay refugiados en su propio país. Las personas que sufren persecución deben, necesariamente, cruzar una frontera para quedar bajo el amparo de la Convención de 1951. Si no logra cruzar la frontera pero padece algún tipo de persecución podría tratarse de un *desplazado interno*.

c) Determinación de la condición de refugiado.

Normalmente se pregunta quién determina la condición de refugiado de una persona y la respuesta es sencilla. Son los Estados los que deben resolver el problema. Sin embargo allí donde los Estados no adoptan ninguna acción es, normalmente, el ACNUR el que subsidiariamente irá a reemplazar la inactividad del Estado a fin de brindar protección a quien la solicite, siempre que reúna los requisitos establecidos en la definición analizada.

En su célebre Conclusión Nº 8 el Comité Ejecutivo del ACNUR[30] recomendó a los Estados que los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado se ajustasen, como mínimo, a los siguientes requisitos:

Funcionario competente:

El funcionario competente (funcionario de inmigración o funcionario de la policía de fronteras) al que se dirija el solicitante, debe tener instrucciones claras para tratar los casos que puedan estar incluidos en el ámbito de os instrumentos internacionales pertinentes. Debe actuar en conformidad con el *principio de no devolución* y remitir los casos a una autoridad superior;

[29] Conf. FRAIDENRAIJ, SUSANA, *op. cit.*

[30] Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, Conclusión Nº 8, XXVIII período de sesiones, 1977.

Orientación al solicitante sobre el procedimiento:

El solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse;

Autoridad competente para tomar una decisión en primera instancia:

Debe existir una autoridad claramente identificada -de ser posible una sola autoridad central- encargada de examinar las solicitudes de concesión de la condición de refugiado y de adoptar una decisión en primera instancia;

Orientación al solicitante sobre intérpretes y organismos de derechos humanos:

Deben proporcionarse al solicitante los medios necesarios, incluídos los servicios de un intérprete calificado, para presentar su caso. Debe darse, también, la oportunidad al solicitanta para que pueda contactarse con un representante del ACNUR.

Documentación:

Si se reconoce al solicitante la condición de refugiado, debe informársele al respecto y debe expedírsele un documento que certifique tal condición;

Derecho de recurrir la decisión denegatoria:

Si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, debe concedérsele un plazo razonable para apelar la decisión ante una autoridad diferente, administrativa o judicial, con arreglo al sistema de cada Estado, a fin de que se revise la decisión adoptada en primera instancia;

Posibilidad de permanecer en el país hasta la decisión final:

Debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que se adopte una decisión final al respecto.

d) Quienes no pueden ser refugiados

No todas las personas pueden recibir el estatuto de refugiado. Son aquellas personas a las que se le aplican algunas de las denominadas "*cláusulas de exclusión*" de las establecidas en el artículo 1º apartado F) de la Convención. Una personas no podrá ser refugiada cuando:

- ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito de lesa humanidad, de los definidos en los instrumentos elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
- ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiado;
- ha sido culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Otra causales quedan establecidas en los apartados D y E del artículo 1º de la Convención.

e) Cesación de la condición de refugiado

Una persona que ha obtenido la condición de refugiado en un país, no mantendrá dicha condición para toda su vida, pueden darse circunstancias que hagan "*cesar*" dicha condición. Estas circunstancias son conocidas como las "*cláusulas de cesación*", establecidas en el artículo 1º apartado C) de la Convención de 1951, entre otras causales pueden mencionarse la *adquisición de la nacionalidad* del país que le proporcionó originariamente el estatuto de refugiado o, por ejemplo, *cuando hubieran desaparecido las causales* que motivaron su solicitud de refugio.

La Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA)

Ya dijimos que a partir de1960, y durante el proceso de descolonización que se tuvo lugar en Africa, se produjeron desplazamientos masivos de personas cuyas motivaciones para solicitar refugio no estaban comprendidas en la Convención de 1951, así la Organización de la Unidad Africana (OUA) aprobó en

1969 la Convención de la OUA adoptando una definición más amplia que la de 1951 estableciendo que *"... el término refugiado se aplicará a toda persona que a causa de una agresión exterior, una ocupación interior o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar, fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad..."*

La Declaración de Cartagena de 1984.

También en Latinoamérica el desarrollo y la diversificación de conflictos en algunos países centroamericanos, llevó a propiciar el denominado Coloquio de Cartagena de Indias, encuentro que culminó con la adopción de la Declaración de Cartagena cuya conclusión tercera amplió la definición clásica de refugiado contenida en la Convención de 1951. Así, el Coloquio recomendó considerar como refugiado a *"las personas que han huído de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público"* [31]

El Principio de No Devolución (Non refoulement).

El término *non-refoulement* deriva del francés, *refouler*, que significa empujar hacia fuera o repeler.

La Convención de 1951 consagra este principio al establecer la prohibición para los Estados contratantes de poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, nacionalidad o de sus opi-

[31] Los motivos enumerados en la Declaración de Cartagena de 1984 han sido incorporados en algunas legislaciones de países latinoamericanos aunque, en tanto que se trata de una Declaración los Estados no están siempre dispuestos a aplicarla. Y la Convención de la OUA sólo es aplicable para los problemas de los refugiados en Africa.

niones políticas (art. 33.1). Por su parte el segundo párrafo del citado artículo establece dos excepciones que deben ser interpretadas restrictivamente en el entendimiento que privar a una persona de la protección internacional es una decisión extremadamente grave por sus posibles consecuencias.[32]

A nivel regional la Convención Americana sobre Derechos Humanos no admite ninguna excepción para la expulsión o devolución de un extranjero cuando su vida o su libertad estuvieran en riesgo de violación. En su artículo 22.8 establece:

"*En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas*"[33]

Por su parte la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, brinda protección contra la devolución, expulsión o extradición (art. 3). Por la particularidad del tratamiento y la importante jurisprudencia del Comité contra la Tortura en materia de expulsión de solicitantes de asilo, trataremos el tema a continuación, en apartado especial.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la labor del Comité contra la Tortura.

Hemos mencionado en el subtítulo anterior que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes admite la protección contra la devolución.[34] El su

[32] Conf. FRAIDENRAIJ, *op. cit.*

[33] Nos preguntamos cuál sería la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos si en una consulta tuviera que interpretar entre el art. 33.2 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados a la luz del artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conf. OC-1/82.

[34] Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/84. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, fue aprobada por Ley 23.338. Goza de jerarquía constitucional.

artículo 3.1 establece una prohibición hacia los Estados parte y en el apartado segundo del mismo artículo, las consideraciones que han de ser tenidas en cuenta por las autoridades competentes para la evaluación del caso. De modo tal que si persona se encuentra en el territorio de un Estado -parte en la Conveción citada- y las autoridades de este Estado deciden exponerla a devolución, expulsión o extradición a su país de origen (o a cualquier otro Estado en el que existan razones fundadas para creer que esta persona podría ser sometida a tortura) la persona puede acudir al Comité contra la Tortura constituído en virtud del art. 17 de la Convención.[35]

Es el artículo 22 de esta Convención el que permite, en las condiciones allí establecidas, la remisión y examen de comunicaciones por parte personas -o en su nombre- sometidas bajo la jurisdicción de un Estado parte, que alegaren ser víctimas de una violación de las disposiciones contenidas en dicho instrumento.

En general, la jurisprudencia del Comité contra la Tortura versa sobre gran cantidad de casos sometidos a su estudio por parte de personas cuyas solicitudes de refugio han sido rechazadas por los países a los que habían arribado y estaban expuestos, en consecuencia, a su deportación y, en algunos casos, a su extradición.

Veremos a continuación algunos casos en los que se ha pronunciado el Comité contra la Tortura cuando ciudadanos extranjeros se vieron en peligro de ser deportados por parte de las autoridades del país en el que habían solicitado la condición de refugiados.

Uno de los casos que el mismo Comité ha reiterado con posterioridad en distintas comunicaciones es *Mutombo vs. Suiza*.[36] El autor de la comunicación, ciudadano del Zaire solicitó la condición de refugiado en Suiza,[37] petición que le fue rechazada tanto

[35] La definición de "tortura" queda explicada en el artículo 1º de la Convención.

[36] Comunicación 13/ 1993 del Comité contra la Tortura. País denunciado: Suiza.

[37] Ver los antecedentes que motivaron la solicitud de refugio en la comunicación citada.

por la Oficina Federal de Refugiados como por la Comisión de Apelación en Asuntos de Refugiados. Por lo tanto, se veía expuesto al peligro de deportación. Al interponer la denuncia ante el Comité, este adoptó medidas provisionales en virtud se su reglamento interno y pidió a Suiza que no expulsara al peticionante durante el tratamiento de la denuncia; medida que fue acatada por el Estado.

En la comunicación, el denunciante había manifestado que la existencia de un cuadro persistente de violaciones de derechos humanos debería ser, por sí sola, razón suficiente para no devolver a nadie a un Estado (en este caso Zaire). Suiza, en sus observaciones consideró importante esta manifestación para la interpretación y aplicación del artículo 3 de la Convención y señaló que "*... si la situación general en un país basta por sí sola para concluir que existen razones de peso para estimar que alguien, en caso de ser devuelto, será víctima de tortura, la condición que figura en el párrafo 1 del artículo 3, en el sentido de que esta convicción se refiere personalmente a un individuo ya no tendría sentido por sí sola...*" y agregó que "*...la existencia de «razones fundadas» mencionada en el párrafo 1, tiene que determinarse a la luz de todas las circunstancias de un caso particular...*" señalando que "*... sólo en circunstancias excepcionales la referencia a una situación de violaciones graves de los derechos humanos basta para probar la existencia de razones fundadas para estimar que una persona puede estar en peligro de ser sometida a tortura, por ejemplo, si las violaciones se dirigen contra un determinado grupo de personas en un territorio confinado y si el individuo que debe ser devuelto pertenece a dicho grupo...*"

Para entrar en el estudio del fondo de la cuestión, el Comité verificó el cumplimiento de los recaudos del artículo 22.5 de la Convención y pasó a preparar su informe.

Asimismo tomó nota de las observaciones de Suiza en virtud de que la aplicación del artículo 3º sin más, podría prestarse a abusos por parte de solicitantes de asilo

El Comité, en su análisis de fondo, explicó:

"...con arreglo al párrafo 1 del artículo 3, el Comité debe decidir si hay razones fundadas para creer que el Sr. Mutombo estaría en peligro de ser sometido a tortura. Para llegar a esa conclusión, el Comité debe tener en cuenta todas las consideraciones pertinentes, con arreglo al párrafo 2 del artículo 3, inclusive la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos. Ahora bien, esta reflexión tiene por objeto determinar si el interesado podría personalmente ser sometido a tortura en el país al que fuera devuelto. De ello se sigue que la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos no constituye motivo suficiente en sí para afirmar que una persona puede ser sometida a tortura al regresar a ese país; deben existir motivos suplementarios para pensar que el interesado estaría personalmente en peligro. Igualmente, la inexistencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos no significa que pueda considerarse que una persona no corre el riesgo de ser sometida a tortura en su caso particular..."

Y a fin de encuadrar la situación del autor de la comunicación en el primer párrafo del artículo se manifestó de la siguiente manera:

"...El Comité ha observado los orígenes étnicos del autor, sus presuntas afiliaciones políticas y la historia de su detención, así como el hecho, no disputado por el Estado Parte, de que parece haber desertado del ejército y salido clandestinamente del Zaire y, en su solicitud de asilo, haber invocado argumentos que pueden ser considerados difamatorios para el Zaire...." y "...por otra parte, la creencia de que existen «razones fundadas» en el sentido del párrafo 1 del artículo 3, se ve reforzada por «la existencia en el Estado de que se trata de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos», prevista en el párrafo 2 del mismo artículo..."

Para reforzar sus opinión, el Comité explicó:

"*... Además, el Comité estima que, habida cuenta de que el Zaire no es parte en la Convención, el autor, en caso de expulsión al Zaire, correría el riesgo no sólo de ser sometido a tortura, sino también de no tener ya la posibilidad jurídica de recurrir al Comité para su protección....*"

Y concluyó:

"... Habida cuenta de lo anterior, el Comité opina que, en las circunstancias actuales, el Estado Parte tiene la obligación de no expulsar a Balabou Mutombo al Zaire ni a otro país en el que corra verdadero riesgo de ser expulsado o devuelto al Zaire o de ser sometido a tortura...."

El Comité reitera su posición años más tarde en la Comunicación Nº 91/1997 "*... la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos en un país no constituye en sí un motivo suficiente para decidir que una persona está en peligro de ser sometida a tortura al regresar a ese país; deben existir motivos concretos que indiquen que el interesado está personalmente en peligro. Análogamente, la falta de un cuadro persistente de violaciones manifiestas de los derechos humanos no significa que se pueda considerar que una persona no esté en peligro de ser sometida a tortura en su caso concreto...*" y resolvió que el Estado Parte denunciado (Países Bajos) debía abstenerse de devolver por la fuerza a su país de origen o a cualquier otro país en que esté en peligro real de ser expulsado o devuelto a Túnez.[38]

Por su parte en el caso de una denuncia presentada ante el Comité por un ciudadano pakistaní, originario de Cachemira, cuya solicitud de refugio había sido rechazada por la Junta de Inmigración y Refugiados de Canadá y con orden de expulsión del país, se decidió que efectivamente Canadá violaría el artículo 3º de la Convención si este país retornara por la fuerza al ciudadano pakistaní a su país natal. Para llegar a esta conclusión tuvo en cuenta que en el caso *existían importantes razones para creer*

[38] Comunicación Nº 91/1997 del Comité contra la Tortura.

que un activista político estaría en peligro de ser sometido a torturas. También valoró la copia de una orden de detención en su contra por organizar una manifestación y criticar al Gobierno y las pruebas que indicaban que los partidarios de la independencia de Cahemira habían sido víctimas de represión.[39]

En el caso mencionado el Comité determina que para aplicar el artículo 3º de la Convención contra la Tortura se deben tener en cuenta, por lo menos, las siguientes circunstancias: a) situación general de los derechos humanos en el país, pero la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos no es en sí determinante, b) la persona de que se trata (el autor de la denuncia o comunicación) debe estar *personalmente* [40] en peligro de ser sometida a tortura en el país al que fuera devuelta y c) en el sentido del párrafo 1 del artículo 3, por " razones fundadas" se entiende que el peligro de tortura a que está expuesto el autor de la comunicación en caso de ser devuelto a su país de origen es una "consecuencia previsible y necesaria" de esa decisión.

Otra situación notable da cuenta el caso de una ciudadana peruana detenida en Venezuela y sujeta a un proceso de extradición a solicitud del Gobierno de Perú, con pedido de asilo pendiente de resolución. Allí el Comité decidió que Venezuela había violado el artículo 3º de la Convención y que no había cooperado de buena fe en el cumplimiento de las medidas provisionales dispuestas por el órgano. Para decidir así tuvo en cuenta que en el país de origen de la autora de la comunicación era frecuente, por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, el uso de la tortura contra personas acusadas de pertenecer a organizaciones insurgentes y que esta situación había sido constatada por informes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), por la Organización de los Estados Americanos (OEA) como así también por otros organismos no gubernamentales. También se apreció que en aquel momento, si fuera extraditada, se le segui-

[39] Comunicación Nº 15/1994, Comité contra la Tortura.
[40] Bastardilla agregada.

ría un juicio que no garantizaría los principios fundamentales del debido proceso.[41]

Venezuela no suspendió la ejecución de la extradición ni aguardó la opinión final del Comité y procedió a hacer lugar al pedido del Gobierno de Perú. Conclusión: la ciudadana peruana fue condenada en un proceso, de dudosas garantías, a la pena de 25 años de privación de libertad, con reclusión bajo el régimen de máxima seguridad que implicaba, entre otros aspectos, *aislamiento celular durante el primer año (es decir 23 horas de encierro por una hora de patio al día) y sólo 1 hora semanal de visita familiar a través de locutorio.*[42]

En el caso *Elmi vs. Australia,*[43] ante la amenaza de expulsión, el reclamante acudió ante el Comité contra la Tortura invocando el artículo 3º de la Convención puesto que el Tribunal de Revisión de los casos de Refugiados de Australia había rechazado su solicitud de asilo y este país se disponía a deportarlo.

El señor Elmi vivía en Mogadishu donde su padre era dignatario del clan "shikal". El autor declaró que los miembros de dicho clan, de origen árabe, se caracterizaban por su tez más clara y por su acento. Manifestó que se atribuía a este clan la introducción del islam en Somalia y que sus miembros se distinguen por su relativa riqueza y por ser dirigentes religiosos. Aunque el clan shikal no ha participado directamente de la lucha armada, ha sido víctima de los ataques de otros clanes por su riqueza y por su negativa a participar en la milicia "hawiye" sea con combatientes o con aportes económicos. El padre el autor de la denuncia, fue contactado hacia finales de 1990 por unos dirigentes del clan hawiye para recabarle apoyo financiero y combatientes de su clan para las milicias hawiyes. Como su padre se negó fue asesinado, también fue muerto su hermano y su hermana fue violada en reiteradas ocasiones hasta que se suicidó.

[41] Comunicación Nº 110/1998.

[42] Bastardilla agregada en razón de la sorpresa que nos provoca estas condiciones de detención.

[43] Comunicación Nº 120/1998.

Fue por esta razón que el señor Elmi decidió salir de Somalia -antes de correr la misma suerte que su padre- y en virtud de esta situación solicitó protección internacional en Australia.

Las razones que el Comité contra la Tortura brindó para que Australia se abstuviera de expulsar de su territorio al ciudadano de Somalia fueron, principalmente, las siguientes:

1) Que la zona de Mogadishu en la que residen principalmente los shikal, y donde residiría probablemente el autor si alguna vez fuera expulsado, está sometida al control efectivo del clan hawiye que ha establecido instituciones cuasioficiales y administra varios servicios públicos;

2) Que, según fuentes fidedignas, no existía ningún acuerdo público ni oficioso de protección entre los clanes hawiye y shikal y que los shikal seguían estando a merced de las facciones armadas.

3) Que el caso había recibido amplia publicidad y, por lo tanto, si regresara a Somalia, se le podría acusar de empañar la reputación de los hawiye.

Particular atención merece lo decidido por el Comité en el caso del ciudadano peruano Tapia Páez[44] quien había solicitado el reconocimiento de su condición de refugiado en Suecia y su solicitud había sido denegada por la Junta Nacional de Inmigración al considerarlo incurso en una de las causales de exclusión del artículo 1 F) de la Convención de 1951.[45] Sin embargo el Comité sostuvo "*...que el texto del artículo 3º de la Convención es absoluto....*" y "*... el carácter de las actividades en que la persona interesada hubiera participado no puede ser una consideración material cuando se adopte una decisión en virtud del artículo 3º de la Convención*..." opinando en definitiva que la devolución del peticionante a Perú haría incurrir a Suecia en una violación del artículo 3º citado.

[44] Comunicación Nº 39/1996: Suecia

[45] Ver la explicación que dimos sobre las "cláusulas de exclusión."

La legislación en la República Argentina.

La República Argentina adhirió a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados[46] y al Protocolo Adicional de 1967.[47] En 1984 nuestro país levanta la reserva geográfica que originalmente limitaba la recepción de refugiados provenientes de Europa.[48] La admisión al territorio tanto para asilados como para refugiados se prevé en la subcategoría de "residentes temporarios" conforme la ley migratoria.[49]

La autoridad nacional con competencia en la determinación de la condición de refugiado es el Comité de Elegibilidad para los Refugiados (CEPARE),[50] de modo tal que el extranjero que arribe al país y peticione su condición de refugiado deberá tramitar su solicitud ante esta autoridad quien decidirá, en instancia administrativa, si el solicitante reúne las condiciones establecidas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Las resoluciones del CEPARE son apelables ante el Ministro del Interior.[51] De persistir la negativa en sede administrativa, el extranjero tiene el derecho de acceder a la instancia judicial.

En caso de reconocimiento, el extranjero quedará en el país como "residente temporario" conforme lo establece la ley de migraciones.

Además de lo expuesto anteriormente sobre la protección contra la devolución, la República Argentina tiene previsto en su

[46] Ley 15.869 (B.O. 11/10/61)

[47] Ley 17.468 (B.O. 10/10/67)

[48] Ley 23.160 (B.O. 23/10/84)

[49] Ley 25.871 (B.O. 21/01/04) en su artículo 23 dispone: "Se considerarán «residentes temporarios» todos aquellos extranjeros que, bajo las condiciones que establezca la reglamentación ingresen al país en las siguientes subcategorias...inc *k)* Asilados y refugiados: Aquellos que fueren reconocidos como refugiados o asilados se les concederá autorización para residir en el país por el término de dos (2) años, prorrogables cuantes veces la autoridad de aplicación en materia de asilo y refugio lo estime necesario, atendiendo a las circunstancias que determine la legislación vigente en la materia."

[50] Creado por Decreto 464/85 (B.O. del 14 de marzo de l985)

[51] Conf. artículo 7 del decreto 464/85.

legislación la denegatoria del pedido de extradición de un refugiado cuando la solicitud proviniere del país que motivó la necesidad de protección.[52]

[52] Ley 24.767 (B.O del 16 de enero de l997), artículo 20.

Capítulo XV

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD: FUNDAMENTOS Y ÁMBITOS DE VALIDEZ

MARCELO FERREIRA

1. Introducción

El concepto de *Crímenes de Lesa Humanidad* nace de las cáscaras del Derecho de Guerra a partir del Estatuto de Londres del 8 de agosto de 1945, por el que se constituyó el Tribunal de Nüremberg. Si bien la idea abreva en los antiguos *Delitos contra el Derecho de Gentes*, es desde el proceso de Nüremberg que se va abriendo paso la concepción de una clase de crímenes que son tales para todo estado, contra toda persona y en todo tiempo y lugar, incluso al margen o en contra de la voluntad de estados particulares.

En épocas pretéritas, en que se desconocían las violaciones sistemáticas a los derechos humanos en escala catastrófica propias de las guerras mundiales del siglo XX, los delitos contra el derecho de gentes abarcaban conductas tales como la piratería o el tráfico de esclavos, y carecían de los alcances que se atribuyen actualmente a los *Crímenes de Lesa Humanidad*. En otros términos, merced a la evolución del derecho internacional, los crímenes de lesa humanidad difieren de sus antecedentes históricos tanto en su fundamento como en los ámbitos de validez de sus normas tipificantes.

A continuación se desarrollarán éstos puntos, en cinco planos: fundamento, materia, personas, tiempo y lugar. En otras palabras: qué, quiénes, cuando, donde y porqué.

2. Fundamentos de Validez:

Cuál es el fundamento de validez de las normas que proscriben los crímenes contra la humanidad?. Porqué tales normas son obligatorias para los estados?. Los interrogantes no son superfluos, porque justamente el argumento que se esgrime contra éstos desarrollos es la negación de la sujeción del estado a normas internacionales, cuando no del carácter jurídico del derecho internacional.

Entendemos que nuestras preguntas conducen a un interrogante más genérico: ¿Cuál es el límite de la voluntad del Estado?.

Los iusnaturalistas situaban ese límite en un derecho natural suprapositivo, externo al estado: *Heterolimitación*. Sin embargo, en el plano de las relaciones internacionales éste enfoque presuponía la necesidad del *consentimiento* por parte de los estados. En efecto, la teoría del orden internacional iusnaturalista parte de la doctrina medieval del derecho natural y en la idea romana de un ius gentiun, cuyas normas provenían de la costumbre y los tratados, por lo que el sistema dependía del reconocimiento y los acuerdos de los Estados. Grocio -padre del derecho internacional- fundaba la validez de esos reconocimientos y acuerdos en la norma de derecho natural que impone la obligación de cumplir los pactos (*pacta sund servanda)*. El derecho natural suministraba la base axiomática de fundamentación y el sistema en su conjunto permitía afirmar la existencia de obligaciones de los Estados aunque no existiera una autoridad externa que los obligara, ni un orden internacional en el sentido moderno del concepto. En éste sentido, sostienen Bend y Peters que la teoría iusnaturalista de las relaciones internacionales constituyó "una manera de afirmar que los Estados pueden tener obligaciones *morales* recíprocas, aunque no haya autoridad política competente para obligar-

los, ni una fuerza coercitiva internacional para hacer cumplir sus obligaciones."[1]

El positivismo jurídico, por su parte, fundó la validez del derecho internacional directamente en el *consentimiento* de los estados soberanos, sin recurrir a una instancia superior. El estado soberano es un orden autosuficiente, y el derecho internacional vale en tanto haya sido adoptado por éste por un procedimiento de *Autolimitación*. Las obligaciones del Estado no se fundan en una base axiomática externa, sino en su propia voluntad. En ésta línea de pensamiento, GEORG JELLINEK sostuvo que el límite a la voluntad del Estado se encuentra en su propia naturaleza intrínseca (autolimitación). Su razonamiento fue: *si el Estado Soberano lo puede todo también podría destruirse a sí mismo, como ésto no es posible se sigue que el Estado encuentra la limitación en la existencia de un orden determinado*, que no es otra cosa que el orden interno del propio Estado, al margen de su contenido.

Las dos posiciones eran deficientes: la heterolimitación postulaba contenidos humanitarios pero carecía de normas jurídicas y órganos que los hicieran obligatorios para el estado, en tanto que la autolimitación presuponía la existencia de normas y órganos, pero como era el propio Estado el que se autolimitaba podía disponer cualquier contenido. Es decir: *contenidos sin normas jurídicas o normas jurídicas de cualquier contenido.*

En la actualidad, el *orden determinado* en que el Estado encuentra su límite se encuentra fuera del propio estado, en el Orden Jurídico Internacional, y su contenido está dado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, base axiomática de fundamentación jurídica, y no moral ni metafísica. El Estado no puede destruirse a sí mismo ni destruir a sus propios ciudadanos, no por imperio de normas morales sino de normas jurídicas, conclusión que permite reunir las ventajas de las dos posiciones antagónicas: se trata de heterolimitación, pero se dispone de normas y órganos para llevar a la práctica los contenidos.

[1] BENN, S.I., PETERS, R.S., *Los Principios Sociales y el Estado Democrático*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1984, p. 415.

En efecto, hasta mediados del siglo XX el axioma de la soberanía absoluta de los Estados era incontrovertible, y la norma sancionada por el Estado Soberano era válida con sólo ser dictada por el órgano competente conforme a un procedimiento preestablecido: cualquiera fuere su contenido. Mas a partir de la sanción de la Declaración Universal de Derechos Humanos e instrumentos complementarios se fueron gestando diversos sistemas jurídicos que exceden la soberanía estatal.

La validez de toda norma proviene de normas superiores -formales y materiales-[2] que, en el caso de los derechos humanos, se sitúan en el derecho internacional, orden jurídico supremo que, por delegación, confiere validez a los órganos de producción de normas estatales: el derecho convencional internacional y los derechos estatales se fundan en el derecho consuetudinario internacional.

Por ello, el Estado queda obligado aunque no haya ratificado Tratado alguno, al margen -e inclusive en contra- de su voluntad. Ya no se requiere del requisito del *consentimiento*, elemento común a los modelos iusnaturalista y iuspositivista. Así, si bien la regla general en cuanto a la vigencia de los Tratados o Convenciones es que rigen a partir de su ratificación, el principio se modifica en el caso que las normas contenidas en el Tratado se relacionen con el Derecho Consuetudinario Internacional, hipótesis en la cual no es preciso, en caso de incumplimiento, comprobar que el Estado acusado de violarla no la había aceptado. E incluso las *Declaraciones* de los organismos internacionales, en sí mismas no obligatorias, adquieren obligatoriedad en la medida en que sea posible considerar algunas de sus disposiciones como interpretaciones del alcance de derechos ya reconocidos como parte del Derecho Consuetudinario Internacional.[3]

En éste orden de ideas, los crímenes de lesa humanidad no son tales por voluntad de los estados, ni requieren de su consenti-

[2] VERNENGO, ROBERTO, "*Teoría General del Derecho*," Depalma, Buenos Aires, Cap.3, p.147 y ss.

[3] O´DONNELL, DANIEL, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, p.22.

miento, sino por imperio de normas universales inderogables constitutivas del ius cogens, que permiten actuar las normas contenidas en Tratados incluso en forma retroactiva y constituyen la última ratio en caso de inexistencia de norma convencional.[4] Así, la definción del Estatuto de Nuremberg afirma su carácter delictivo "hayan constituído o no una violación del derecho interno del país del país donde fueron perpetrados". En términos de la Corte Suprema Argentina *"...la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados ... sino de los principios del jus cogens del derechos internacional."*[5]

3. Ámbitos de Validez:

La categoría *Crímenes de Lesa Humanidad* excede en sus alcances al de otras instituciones de derecho interno e internacional, al punto que cada uno de sus ámbitos de validez permite derivar notas características:

Ámbito Material———— Inderogabilidad/Inadmistiabilidad
Ámbito Personal———— Responsabilidad Individual
Ámbito Temporal——— Imprescriptibilidad/ Retroactividad
Ámbito Espacial———— Jurisdicción Universal

En éste sentido, *Crímenes de Lesa Humanidad* es el nomen iuris que designa el conjunto de condiciones bajo las cuales se autoriza en determinados casos el desplazamiento de determinadas reglas de derecho interno por reglas de derecho internacional (ej: dadas tales condiciones, no se aplicará la garantía de la irretroactividad de la ley penal).

El razonamiento es entonces el siguiente:

a-dados determinados casos (el catálogo de crímenes en cuestión)

b-y dadas determinadas condiciones (ataque generalizado y sistemático contra población civil)

[4] LOPEZ GOLDARACENA, OSCAR A, *Derecho Internacional y Crímenes contra la Humanidad-*, Asociación Americana de Juristas, Rama Uruguaya, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1986.

[5] Fallos, 318:2148.

c-las reglas de derecho interno quedan desplazadas por normas internacionales (reglas relativas al debido proceso legal)

El delito de tortura, por ejemplo, será crimen de lesa humanidad si se da en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra población civil y es cometido por personas que participan de ese ataque, y no si es cometido por un particular al margen de ese ataque. En el primer caso se autoriza el desplazamiento de las reglas de derecho interno sobre debido proceso legal (ámbitos material, personal, temporal y espacial), en el segundo no.

3.1 Ámbito Material:

Nos referimos aquí a las acciones que permiten configurar el tipo penal internacional: qué y cuáles son los Crímenes de Lesa Humanidad. El análisis se desdobla en tres puntos: a) Concepto, b) Requisitos y c) Notas Características.

a) Concepto:

El Derecho Internacional Público distingue dos clases de ilícitos internacionales: 1) los Delitos internacionales, 2) los Crímenes internacionales.[6] La diferencia reside en su gravedad: en el caso del crimen el ilícito es de tal gravedad que afecta a la comunidad internacional organizada en su conjunto. Los crímenes contra la humanidad son una especie dentro del género crímenes internacionales.

Aunque históricamente se han formulado distintas clasificaciones,[7] el Estatuto de la Corte Penal Internacional formula una

[6] ABREGÚ MARTÍN/DULITSKY ARIEL, *Las leyes ex post facto y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno*, Lecciones y Ensayos, nro 60/61, 1994.

[7] El Estatuto para el Tribunal de Nuremberg distinguió entre: a) Crímenes contra la Paz, b) Crímenes de Guerra y c) Crímenes contra la Humanidad.

El *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* -aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de la Onu en 1991- definió como Crímenes Internacionales a las figuras de la agresión, la intervención armada, la dominación colonial u otras formas de dominación extranjera, el genocidio, el apartheid, las violaciones masivas y

sencilla distinción en cuatro categorías: Genocidio, Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Humanidad, Crimen de Agresión. Asimismo, la categoría Crímenes contra la Humanidad reconoce variados antecedentes históricos [8]

Son Crímenes de Lesa Humanidad cualquiera de los actos que enumera el art.7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional -

sistemáticas de los derechos humanos, los crímenes de guerra excepcionalmente graves, el reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de tropas mercenarias, el terrorismo internacional, el tráfico de estupefacientes y los daños internacionales y graves al medio ambiente.

En 1996 el proyecto fue enriquecido con la experiencia obtenida por el funcionamiento de los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda, y las figuras se concentraron: a) agresión, b) genocidio, c) crímenes contra la humanidad, d) crímenes contra el personal de la Onu y el personal asociado, e) crímenes de guerra. Los crímenes contra la humanidad incluyen el homicidio, la exterminación, la tortura, la esclavitud, la persecusión política, racial o religiosa o basada en razones étnicas, la deportación o la transferencia forzada de personas, la violación, la esclavitud sexual y cualquier otro abuso, así como cualquier otro acto inhumano.

[8] *Declaración de San Petersburgo (1868):* Primer antecedente normativo. Limitaba el uso de explosivos y otros proyectiles incendiarios como «contrario a las leyes de la humanidad».

Crímenes de la Guerra Franco-Prusiana: en 1872, Gustav Moynier, uno de los fundadores del Comité Internacional de la Cruz Roja, propuso la creación de una corte de justicia permanente, lo que nunca se llevó a cabo.

Cláusula Martens: año 1907, incorporada a las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, se estipula que: "Mientras aguardan que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado...las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública."

Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia (24 de mayo de 1915): proclamó que los crímenes perpretados por el Imperio Otomano contra la población Armenia en Turquía constituían «crímenes contra la humanidad y la civilización por los cuales los miembros del Gobierno Turco debe ser considerados responsables, al igual que sus agentes implicados en las masacres».

Informe de la Comisión (1919): informe de la Comisión instituida al término de la Primera Guerra Mundial, en 1919, sobre las responsabilidades de los autores de la guerra y sobre la aplicación de sanciones por violaciones de los derechos y costumbres de la guerra. La mayoría de los miembros concluyó que el Imperio alemán y sus aliados hicieron la guerra recurriendo a «*métodos bárbaros e ilegítimos contraviniendo así las leyes y costumbres establecidas y las más elementales leyes de humanidad*» y «*to-*

aunque la definición es enunciativa y no taxativa-, cuando son cometidos en forma generalizada o sistemática contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Los antecedentes de esa definición son el art.6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, su sentencia, las resoluciones 3 (I) y 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y los principios jurídicos que en esos documentos se exponen (sintetizados en 1950 por la C.D.I bajo el rótulo de "Principios de Nuremberg").

En efecto, el Art.6 punto c) del Estatuto de Londres define "crímenes contra la humanidad, esto es el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación y todo otro acto inhumano cometido contra todas las poblaciones civiles, antes o durante la guerra, o bien las persecusiones por motivos políticos, raciales o religiosos, siempre que esos actos de persecusión, hayan constituído o no una violación del derecho interno del país donde fueron perpetrados, hayan sido cometidos a consecuencia de cualquier crimen que caiga bajo la competencia del Tribunal o en conexión con tal crimen."[9]

La formula amplia del art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional añade otros casos en los siguientes incisos: e)

dos los súbditos de los países enemigos... que han sido acusados de delitos contra la leyes y costumbres de la guerra o las leyes de humanidad serán objeto de un procedimiento penal».

Conferencia de Versalles (1919): determinó que el asesinato, la masacre, la tortura de civiles, la deportación, el trabajo forzado y el ataque a plazas indefensas u hospitales, entre otros, constituían crímenes contra la humanidad y la civilización.

[9] Llama la atención la no inclusión expresa de la violación, que tampoco se incluye en la Convención de 1948 sobre Genocidio. Sin embargo, la violencia sexual contra la mujer y los crímenes sexuales en general nunca fueron contemplados seriamente en el derecho internacional humanitario, por lo menos hasta la sanción del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En efecto, la violación no fue incluída en el Estatuto de Londres -que crea el Tribunal Militar de Nuremberg-, en las Convenciones de La Haya la violencia sexual se contempla en un sólo artículo como una violación al "honor familiar" (art.46 de la Cuarta Convención), y en las Convenciones de Ginebra sólo un artículo prohíbe la violación sexual y la prostitución forzada (art.27 de la IV Convención).

Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; i) Desaparición forzada de personas; y j) El crimen de apartheid.

Tanto el Estatuto de Nüremberg como el de la Corte Penal Internacional incluyen la fórmula genérica "otro acto inhumano", que permite añadir otros actos no contemplados expresamente. Asimismo, ambos instrumentos incluyen la figura de la *persecusión* por motivos políticos, raciales, nacionales, culturales o religiosos, pero ello en conexión con otros crímenes, y no como figura autónoma, como se desprende de la aclaración hecha en un subpárrafo respecto de la desaparición forzada de personas. La inclusión de la persecusión por motivos *políticos* viene a llenar un vacío respecto a la Convención contra el Genocidio, que no comprende esa causal.[10]

b) Requisitos:

Los requisitos del concepto son: 1) humanidad como víctima, 2) ataque contra la población civil, 3) ataque generalizado y sistemático. Sin embargo, trataremos en primer término un requisito histórico que ha perdido vigencia: conexión con crimen de guerra.

[10] La Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948, establece que se entiende por tal «cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal», y excluye expresamente al grupo *Político*. No obstante, existe en la actualidad una interpretación iusinternacionalista que postula que la prohibición de genocidio tiene carácter de ius cogens, y como tal alcanza también a los grupos políticos, no obstante la relativización del tipo que resulta del derecho internacional convencional. Al respecto: Ambos, *Kai; Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Editorial Ciedla, Buenos Aires, 1997, p. 305.

Conexión con Crimen de Guerra

Los Crímenes de Lesa Humanidad nacen de la matriz del derecho de guerra, aunque la evolución posterior del concepto permitió descartar esa vinculación.[11]

En efecto, el art.6 inc. c) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg requería que éstos crímenes sean "cometidos en la ejecución de un crimen o en conexión con un crimen que queda en la competencia del Tribunal..", es decir, *crímenes de guerra* y *crímenes contra la paz*. Esta fórmula era circular, porque remitía a la competencia justamente en el artículo que define la competencia, autorreferencia que encuentra explicación en la necesidad de crear un nuevo tipo penal para sancionar conductas ocurridas en el pasado sin abandonar el terreno del derecho positivo, como intento de no incurrir en retroactividad de la ley penal. Por ello, la actitud de los autores del Estatuto podría compararse con la práctica del ciclista que necesita poner un pie en tierra para no perder el equilibrio: un pie en el plano del derecho consuetudinario, y el otro en el plano de la lex scripta, y ocurre que a la época de su sanción la única ley escrita en que hacer pie era el Derecho de Guerra.

Esa es la razón de que tanto en el escrito de la acusación como en la sentencia se resumen todos los crímenes de lesa humanidad en los crímenes de guerra. Y, si bien los jueces constatan que muchos de esos crímenes se habían cometido antes de la guerra, para la condena los tomaron en cuenta solamente en la medida en que se pudo establecer un nexo con la preparación o ejecución de la guerra.[12]

[11] DONNEDIEU DE VABRES, que actuó como juez en representación de Francia en el Tribunal Militar Internacional, afirma sin embargo que los crímenes contra la humanidad forman un género donde los crímenes de guerra no son mas que una especie (*Derecho Internacional y Crímenes contra la Humanidad*- LOPEZ GOLDARACENA, OSCAR A, Asociación Americana de Juristas, Rama Uruguaya, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1986).

[12] Así, sostiene RAINER HUHLE que "El ejemplo más apropiado para demostrar lo absurdo a que se llegó en inflar la idea de los crímenes de guerra, era la sentencia contra Julius Streicher, quien fue condenado a la pena de

La evolución posterior del concepto marca la ruptura del cordón umbilical entre Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, proceso que comenzó inmediatamente y en la propia Alemania. En efecto, la Ley 10, dictada por el Consejo de Control aliado para Alemania para enjuiciar a los acusados suprimió el nexo con la Guerra, en tanto no incluye la expresión "antes o durante la guerra."[13]

En el mismo sentido, El Tribunal para la Ex-Yugoslavia estableció que "es actualmente aceptado como regla de derecho internacional consuetudinario que los crímenes contra la humanidad no requieren conexión alguna con un conflicto armado de carácter internacional", aunque su Estatuto establece expresamente dicho requisito. Y la Sala de Apelaciones corroboró las conclusiones de la Sala de Primera Instancia por considerar que, al exigirse la prueba de la existencia de un conflicto armado, en los Estatutos se restringe el alcance del concepto consuetudinario de crimen de lesa humanidad[14]

muerte. Ese Streicher, un pequeño profesor de un colegio de Nüremberg, se hizo grande con la subida de los nazis, convirtiéndose en uno de los propagandistas más asquerosos del régimen, con un antisemitismo vociferante que hasta causó disgusto a algunos nazis. No participó, sin embargo, en la guerra, ya que probablemente era indispensable en su ardua labor de propaganda antisemita. No se sabe si él mismo mató a una sola persona, mucho menos en un contexto de guerra. Su crimen era la permanente incitación al exterminio de los judíos, antes y durante la guerra, pero sin una relación inmediata con las acciones de la guerra. La sentencia tuvo que basarse, en este caso ejemplar, en el crimen contra la humanidad. Se hizo así, pero no sin agregar, en la última frase, que Streicher también participó, con su propaganda, en la preparación de la guerra" (HUHLE, RAINER, *De Nüremberg a La Haya, Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas*¸ Centro de Derechos Humanos de Nuremberg). Ver: **www.derechos.org/koaga/v/** .Asimismo: **www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/nuremberg/nuremb2.htm**.

[13] GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D.T., *La contribución de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario -los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio-, la responsabilidad penal individual.* Ver **www.icrc.org/icrcspa**

[14] *The Prosecutor v. Dusko Tadic,* Case N° IT-94-1-A, *Judgement,* 15-VII-1999.

Finalmente, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, no exige que los actos sean cometidos durante un conflicto armado sino "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas."[15]

b.1) Humanidad como Víctima: El Tribunal Internacional para ex Yugoslavia, en su decisión sobre el caso *Erdemovic*, define: "Los crímenes de lesa humanidad son... actos inhumanos que, por su generalización y su gravedad exceden los límites tolerables de la comunidad internacional que debe necesariamente exigir su castigo...(y) trascienden igualmente al individuo pues cuando se ataca a éste, se ataca y se niega a la humanidad. Así pues, lo que caracteriza esencialmente a los crímenes de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima."[16]

En éste sentido, Hannah Arendt acotó, en relación al proceso de Nuremberg, que "el delincuente es llevado a la corte penal, no porque ha dañado a determinadas personas, tal como en el caso de la justicia civil, sino porque su delito pone en peligro la comunidad como entidad entera".

Y en oportunidad de juzgarse el Caso *Eichmann*, el entonces Presidente del Consejo Mundial de Judíos, Nahum Goldmann, pidió al gobierno de Israel instalar una corte internacional compuesta por jueces de varios países. En el mismo sentido se pronunció el filósofo Karl Jaspers: "el crimen cometido contra los judíos es a la vez un crimen contra la humanidad. La sentencia en este caso solo la puede dictar una instancia que represente a la humanidad entera".

Sin embargo, debe estarse a la terminología española, más precisa que la inglesa, en tanto se trata de crímenes *que afectan* a todos, mas que de crímenes *contra* todos (*de lesa humanidad*, en lugar de *against humanity*).

[15] ROBERGE, MARIE-CLAUDE, *Jurisdicción de los Tribunales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio.* Ver **www.icrc.org/icrcspa**

[16] Decisión del 29 de noviembre de 1966, Doc. IT-96-22-T de las Naciones Unidas.

b.2) Ataque contra una Población Civil: aunque entre las víctimas haya militares: lo decisivo es el carácter colectivo del crimen, más que la condición de la víctima. Tampoco es indispensable que el sujeto activo del ataque tenga condición militar. Un individuo que actúe a título privado también podría ser encontrado culpable si su acto se dirige contra la población civil, si tiene la intención de cometerlo y si sabe que tal acto forma parte del contexto más amplio del ataque sistemático o generalizado.

Por último, tampoco es necesario para que se configure el crimen que sea un Estado quien lo organice o planifique. En efecto, el crimen puede ser también cometido por una *organización*, aunque con la tolerancia o apoyo de un Estado.[17] El cuerpo de *Elementos de los Crímenes*, complementario del Estatuto de la Corte Penal Internacional, especifica que por *ataque* se entiende una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos que constituyen este crimen a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos. Por ello, los crímenes puedan ser cometidos no sólo por o bajo la dirección de oficiales del Estado involucrado, sino también por *organizaciones*, lo que buscó incluir a los grupos terroristas o a los grupos armados insurrectos o separatistas.[18]

b.3) Carácter Generalizado o Sistemático: La Comisión de Derecho Internacional ha explicado que el término "sistemático" se refiere a que los crímenes deben llevarse a cabo de acuerdo a un

[17] GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D.T., *op. cit.*: *The Prosecutor v. Dusco Tadic,*Case N° IT-94-1-T, *Judgement*, 7-V-1997; *The Prosecutor v. Goran Jelisic*, Case N° IT-95-10-T, *Judgement*, 14-XII-1999; *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic et. al.*, Case N° IT-95-16-T, *Judgement*, 14-I-2000; y *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case N° IT-95-14-T, *Judgement*, 3-III-2000, *The Prosecutor v. Goran Jelisic*, Case N° IT-95-10-T, *Judgement*, 14-XII-1999.

[18] ZUPPI, ALBERTO; *op.cit.*, p.133. Siete organizaciones que formaban parte del Gobierno nazi fueron también acusadas. Debemos recordar que ya en los Juicios de Nüremberg fueron juzgadas *organizaciones:* las SS (*Schutzstaffel*), la Gestapo o Policía Secreta (*Geheime Staatspolizei*), las SA (*Sturmabteilung*), las SD o Servicio de Seguridad (*Sicherheitsdienst*) y el alto mando de las Fuerzas Armadas alemanas. Ver: **http://members.fortunecity.es/jesarb/juicios_de_nuremberg.htm**

cierto plan preconcebido,que no necesita que se formalice o se declare expresamente pero ha de poder inferirse del contexto en el que se desarrollan los hechos.

El término "generalizado" se refiere a actos dirigidos contra una multiplicidad de personas, excluyendo aquellos actos que, aunque inhumanos, sean aislados o estén dirigidos contra una sola víctima. El homicidio de unas pocas personas o de una sola, encuadran en el concepto si son parte de un ataque generalizado; por el contrario, una multiplicidad de homicidios cometidos por un asesino serial, no encaja en el concepto.[19]

Los caracteres de generalizado y sistemático no son acumulativos: basta que se verifique uno u otro para tener por configurado el crimen.[20]

c) Notas Características:

c.1) Inderogabilidad: La inderogabilidad deviene de la propia naturaleza del *jus gentium*, ajeno a la autonomía de voluntad de los estados, en oposición al *jus dispositivum*. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados prescribe la nulidad de todo tratado que se oponga a lo dispuesto por una norma de ius cogens (arts.53 y 64): una norma tal se encontraría viciada de nulidad en razón de la ilicitud de su objeto.[21] Asimismo, el art. 43 establece que la nulidad, terminación o denuncia de un tratado no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado.

[19] RELVA, HUGO ADRIÁN, *La jurisdicción estatal y los crímenes de derecho internacional*, en Revista *Relaciones Internacionales*, nº20, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2001. Puede consultarse en **www.iccnow.org/espanol/articulos.htm** y en **www.fimvenezuela.org/articulo.asp.**

[20] Sin embargo, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia señaló en el caso *Blaskic* que en la práctica estos dos criterios suelen resultar difíciles de separar porque un ataque generalizado que se dirige contra un importante número de víctimas posiblemente se vincule con alguna forma de planificación u organización (Gutiérez Posse, Hortensia, *op.cit.id*).

[21] LOPEZ GOLDARACENA, OSCAR A, *Derecho Internacional y Crímenes contra la Humanidad-*, Asociación Americana de Juristas, Rama Uruguaya, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1986.

Asimismo, los cuatro Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario Bélico estipulan que si se produjera la denuncia del Convenio, ésta "…No surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública." Entre esas obligaciones se cuenta el respeto debido al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, aplicable a los conflictos armados internos. La Argentina, al ratificar los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 ha reconocido expresamente este carácter no derogable del derecho de gentes en el ámbito del derecho internacional humanitario, aún en el supuesto de la denuncia de los Convenios.[22]

En éste sentido, la Corte Suprema afirmó en el caso *Priebke* que:

"estas reglas establecidas consuetudinariamente no pueden ser dejadas de lado por tratados ni derogadas sino por la formación de una norma posterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter... El carácter jus cogens de los delitos contra la humanidad lleva implícita su inmunidad frente a la actividad individual de los estados, lo que implica la invalidez de los tratados celebrados en su contra, y la consecuencia de que el transcurso del tiempo no purga este tipo de ilegalidades. La función del jus cogens es así proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto.." (consid. 70).

c.2) Inadmistiabilidad: En el plano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la doctrina sentada es contundente en el sentido de negar la admisibilidad de amnistías concedidas contra graves violaciones a los Derechos Humanos. En éste sentido,

[22] MATTAROLLO, RODOLFO; *La Jurisprudencia Argentina Reciente y los Crímenes de Lesa Humanidad*, en: **http://www.abogarte.com.ar/mattarollo2.htm**

la CIDH ha declarado la incompatibilidad con la Convención Interamericana de las leyes de amnistía dictadas en El Salvador, Chile y Argentina.[23]

Y la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró carente de efectos jurídicos la amnistía dictada en Perú en el *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, sentencia del 14 de Marzo de 2001.

Sistematizando algunos de los principios mas importantes (Sistema Interamericano):

1) Amnistía*:* Ni la Comisión ni la Corte han suministrado una definición puntual de *Amnistía*. Sin embargo, ésta última delineó el concepto *en función de los efectos* de determinadas leyes. Así, en el Caso *Barrios Altos* (*cons.43*) la Corte determinó que son violatorias de la Convención las leyes que tengan por efecto la sustracción de la persona de la protección judicial y el ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz (arts.8 y 25).[24]

[23] *Las Hojas v. El Salvador*, Caso 10.287, Informe N 26/92, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 14 at 88 (1993). Informe 26/92, Caso 10.287, El Salvador, 24 de septiembre de 1992; Informe nro 136/99; Caso 10.488: *Ignacio Ellacuría, S.J.; Segundo Montes, S.J.; Armando López, S.J.; Ignacio Martín Baró, S.J.; Informe n Joaquín López Y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos*, El Salvador, 22 de diciembre de 1999**;** *Garay Hermosilla et al. v. Chile*, Caso 10.843, Informe No. 36/96, Inter-Am.C.H.R.,OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 156 (1997); *Meneses Reyes et al. v. Chile*, Casos 11.228, 11.229,11.231 and 11.182 Informe No. 34/96, Inter-Am.C.H.R.,OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 196 (1997). Informe Nº 34/96 CASOS 11.228, 11.229, 11.231 y 11282; Informe Nº 133/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el Caso 11.725 *Carmelo Soria Espinoza*, Chile, 19 de noviembre de 1999; Informe 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10309 y 10.311, Argentina).

[24] La cuestión no es superflua. En la Argentina la interpretación de la ley de Obediencia Debida dio lugar a dos posiciones encontradas –con conclusiones diversas-, sobre si se trataba de una ley de amnistía o de una causal de exclusión de la pena. Y ya con anterioridad al caso *Barrios Altos* la CIDH había caracterizado a la ley mentada con un criterio similar al establecido por la Corte. En el Informe 28/92 estableció que "32. El efecto de la sanción de las Leyes y el Decreto fue el de extinguir los enjuiciamientos pendientes contra los responsables por pasadas violaciones de derechos humanos. Con dichas medidas, se cerró toda posibilidad juridíca de continuar los juicios criminales destinados a comprobar los delitos denunciados; identificar a sus

2) Impunidad: La Corte ha definido la impunidad como "*la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana*", y ha señalado que ...*el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares.*[25]

3) Derechos Conculcados: El dictado y aplicación de leyes de amnistía implica la violación de la obligación genérica de los estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio (art.1), y de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertados (art.2), como asimismo del derecho a las garantías judiciales (art.8), y a la tutela judicial efectiva (art.25). La CIDH consideró también comprendido el derecho a la verdad en el Informe 1/99 *Parada Cea (El Salvador)*, conclusión compartida parcialmente por la Corte, que en el Caso *Barrios Altos* sostuvo:

48: *..el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los arts.8 y 25 de la Convención.*

4) Inadmisibilidad*:* La definición mas clara surge de *Barrios Altos*:

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el estableci-

autores, complices y encubridores; e imponer las sanciones penales correspondientes. Los peticionarios, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigacion judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos."

[25] *Caso Paniagua Morales y otros*, párr. 173, y *Loayza Tamayo*, Sentencia de Reparaciones, párr.168 y 170.

miento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

5) Las leyes de amnistía no son leyes: Esta definición surge de los considerandos 7 y 23 del voto concurrente del Juez A.Cancado Trincade en *Barrios Altos*:

7. la Corte observó, en su Opinión Consultiva de 1986 que la palabra "leyes" en los términos del art.30 de la Convención Americana significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, elaborada según el procedimiento constitucionalmente establecido, por órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos. ¿Quién se atrevería a insinuar que una "ley" de autoamnistía satisface a todos esos requisitos?. No veo como negar que "leyes" de ese tipo carecen de carácter general, por cuanto son medidas de excepción. Y ciertamente en nada contribuyen al bien común, sino todo lo contrario: configúranse como meros subterfugios para encubrir violaciones graves de los derechos humanos, impedir el conocimiento de la verdad (por más penosa que sea ésta) y obstaculizar el propio acceso a la justicia por parte de los victimados. En suma, no satisfacen el requisito de "leyes" en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

23. Hay que decirlo y repetirlo con firmeza, cuantas veces sea necesario: en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las llamadas "leyes" de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada mas que una aberración, una afrenta inadmisible a la conciencia jurídica de la humanidad.

6) Violación Permanente: Mientras dichas leyes permanezcan en vigor, confórmase una situación continuada de violación de las normas pertinentes de los tratados de derechos humanos

que vinculan al Estado en cuestión (considernado 7 del voto de Cancado Trincade en *Barrios Altos).*

7) La medida mas efectiva: la medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos es el enjuiciamiento y castigo a los responsables (CIDH Informes 28/92, (Argentina) párr.41, 29/92 (Uruguay) párr.51, No. 36/96 (Chile), párr. 78 y No. 34/96 (Chile), párr. 76. Asimismo, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6 rev, 13 de abril de 1998). El Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares *(Caso Paniagua Morales y otros*, párr. 173).

3.2 Ámbito Personal:

La nota característica de los Crímenes de Lesa Humanidad en éste ámbito es la Responsabilidad Individual[26] En efecto, el para-

[26] Si bien la idea de la responsabilidad penal individual solo cobra vuelo a partir de los procesos de Nüremberg y Tokio, su evolución reconoce lejanos antecedentes históricos.

En efecto, ya en el Estatuto para el Gobierno del Ejército publicado en 1386 por el Rey Ricardo II de Inglaterra, se prohibían los actos de violencia contra las mujeres y los sacerdotes desarmados, el incendio de casas y la profanación de iglesias. Y en los códigos promulgados por Ferdinando de Hungría en 1526, por el Emperador Maximiliano II en 1570, y por el rey Gustavo II Adolfo de Suecia en 1621, se estipulaban disposiciones de esta misma naturaleza.

El primer caso de condena internacional por crímenes de guerra fue el de Peter Von Hagenbach en el año de 1474, por atrocidades cometidas en la ciudad de Breisach, en el Alto Rin. Se conformó una corte *ad hoc* conformada por 28 jueces de una coalición aliada de estados y ciudades (Austria, Francia, Berna y las ciudades y caballeros del Alto Rin), y von Hagenbach fue condenado a muerte por haber «pisoteado las leyes de Dios y del hombre».

Varios siglos despues, durante la Guerra Civil estadounidense (1861-1865), el Presidente Abraham Lincoln promulgó el Código Lieber -Instrucciones para el Mando de los Ejércitos de los Estados Unidos en el Terreno, Órdenes Generales No 100, del 24 de abril de 1863-, quizás el primer intento de codificar las leyes de la guerra, que tuvo una gran influencia en los reglamentos militares de otros ejércitos.

digma vigente en materia de derechos humanos establece que sólo los Estados son los obligados a respetarlos, y sólo ellos responden por las denuncias efectuadas en el marco de los sistemas europeo e interamericano.[27] Sin embargo, el desarrollo del Derecho Penal Internacional ha sentado el principio de la responsabilidad individual en el caso específico de crímenes de lesa humanidad.

En efecto, se entiende por Responsabilidad Jurídica la condición de un sujeto que lo hacer pasible de una sanción. La responsabilidad es personal cuando hay coincidencia entre sujeto obligado y sujeto sancionado, y objetiva en caso contrario: cuando el responsable no puede evitar la aplicación de la sanción. Asimismo, la responsabilidad puede ser individual o colectiva, según el sujeto pasivo sea singular o plural. Combinando ambas clasificaciones, tenemos cuatro tipos de responsabilidad: 1) responsabilidad personal individual, 2) responsabilidad objetiva individual, 3) responsabilidad personal colectiva, y 4) responsabilidad objetiva colectiva.[28]

En Derecho Internacional, casi siempre la responsabilidad es objetiva y colectiva: es el Estado como persona jurídica, cuando no toda la población de un Estado, la que sufre las sanciones internacionales por los actos de algún sujeto (funcionario, jefe de

En el siglo XX, el Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919 estableció el derecho de las Potencias aliadas a enjuiciar y castigar a los individuos responsables de «violaciones de las leyes y costumbres de la guerra», disponiendo que podía constituirse un tribunal internacional en caso de que un individuo fuese declarado «culpable de actos criminales contra nacionales de más de una de las Potencias aliadas y asociadas». En éste sentido, se aprobó la creación de un «tribunal especial» compuesto por jueces designados por Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón, para juzgar la responsabilidad del *Kaiser* Wilhelm II de Hohenzollern, iniciativa que fracasó por el refugio de éste en los Países Bajos.

[27] PEREZ SOLLA, MARÍA FERNANDA, *Algunos Casos de Responsabilidad Internacional en el Sistema Interamericano*; en *Derechos Humanos*, de AGUSTÍN GORDILLO, GUILLERMO A. GORDO, ADELINA LOIANO, GREGORIO FLAX, MARCELO LOPEZ ALFONSÍN, CARLOS E. TAMBUSSI, MARCELO FERREIRA y MARÍA FERNANDA PEREZ SOLLA, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 4ta edición, 1998, Cap.XIV.

[28] VERNENGO, ROBERTO; *op.cit.*, pp.215-17.

Estado). Sin embargo, en el caso de Crímenes de Lesa Humanidad se configura el supuesto de responsabilidad personal individual en el marco del Derecho Internacional.

Así, ya en el juicio de Nuremberg la defensa planteó la excepción relativa a que el derecho internacional no prevé el castigo de individuos, pero el Tribunal Militar rechazó éste argumento y dijo que la idea de que un Estado cometa un crimen es una ficción: los crímenes se cometen sólo por los individuos. La sentencia citó un caso de la Corte Suprema de los EEUU en la que el juez Stone afirmó que los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres y no por entidades abstractas, y sólo castigando a los hombres que violan esas disposiciones se permite poner en vigor la ley internacional.[29]

La cuestión de la responsabilidad individual dió lugar al Principio I de Nuremberg: *Toda persona que cometa un acto que constituya un delito dentro del Derecho Internacional es responsable por él y está sujeto a sanción.*

Con posterioridad a la guerra, fue reiterado en la Convención sobre Genocidio y en las Cuatro Convenciones de Ginebra sobre derecho humanitario bélico (ratificadas por nuestro país por decreto ley 14.442 del 9 de agosto de 1956, ratificado por ley 14.467).

El tema fue analizado en la Opinión Consultiva 14/94 del 9 de diciembre de 1994, con las siguientes conclusiones:

53...actualmente la responsabilidad individual puede ser atribuída solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio, que, naturalmente, afectan también derechos humanos específicos.

56. En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos. Toda violación de

[29] *Ex Parte Quirin, 317 US 1 (1942),* cit. por Zuppi, Alberto; *Jurisdicción Universal para Crimenes contra el Dcho Internacional,* Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pag.53.

los derechos humanos por agentes del Estado es, como ya lo dijo la Corte, responsabilidad de éste (caso "Velazquez Rodriguez", sentencia del 29-VII-1988, serie C, nro 4, párr.170; casp "Godínez Cruz", sentencia del 20-I-1989, serie C, nro 5, párr.179). Si constituyere, adicionalmente, un delito internacional generará, además, responsabilidad individual.

Y en el Caso *Barrios Altos* el Juez Cancado Trincade expresó:

12: no veo sentido alguno en intentar contraponer antagónicamente la responsabilidad internacional del Estado a la responsabilidad penal individual. Los desarrollos, en relación a una y otra, hoy se dan, a mi modo de ver, pari passu. Los Estados (y cualquier otra forma de organización políticosocial) son compuestos de individuos, gobernados y gobernantes, siendo éstos últimos los que toman decisiones en nombre del respectivo Estado.

13.La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos internacionalmente consagrados, -incluídas las configuradas mediante la expedición y aplicación de leyes de autoamnistía-, y la responsabilidad penal individual de agentes perpetradores de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, son dos faces de la misma medalla, en la lucha contra las atrocidades, la impunidad y la injusticia.

Obediencia Debida y Condición Oficial: La responsabilidad individual se desdobla en dos aspectos, que descartan sendos eximentes: 1.exclusión de la condición oficial, 2. exclusión de las órdenes de superiores.

1. Exclusión de la Condición Oficial como eximente de responsabilidad: Fue establecida en los siguientes instrumentos:

-Convención sobre Genocidio de 1948: "las personas que cometan genocidio o cualquiera de los demás actos enumerados en el artículo III serán castigadas independientemente de que se traten de gobernantes constitucionalmente responsables, funcionarios públicos o personas privadas" (art.IV).

-Carta de Nuremberg de 1945: "el caracter oficial de los acusados, sean jefes de estado o funcionarios responsables de Departamentos de Gobierno, no podrá ser tomado en cuenta para eximirlos de responsabilidad o como atenuante de penas" (art.7).

-Sentencia del Tribunal de Nuremberg: "El principio de derecho internacional que, bajo determinada circunstancia, protege a los representantes de un Estado, no puede ser aplicado a actos condenados como criminales por el derecho internacional. Los autores de estos actos no pueden ampararse en su condición de funcionarios públicos para quedar exentos de castigo".

-Principio III de Nuremberg: La circunstancia de que una persona que haya cometido un acto que constituya un crimen conforme al Derecho Internacional, haya actuado como Jefe de Estado o como funcionario público, no le exime de responsabilidad.

-Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia: "la condición oficial de cualquier acusado, sea Jefe de Estado o de Gobierno, o Funcionario Gubernamental Responsable, no liberará a dicha persona de su responsabilidad penal" (art.7).

-Estatuto para el Tribunal Internacional para Ruanda (1994): la misma cláusula anterior.

-Estatuto de Roma para el Tribunal Penal Internacional: "la condición oficial de Jefe de Estado o de Gobierno en ningún caso exime de responsabilidad penal bajo los términos de este estatuto".

En el campo del derecho judicial, la exclusión de la inmunidad del jefe de estado tiene su máxima expresión en las sentencias dictadas por la Cámara de los Lores en los casos sobre Pinochet.[30]

[30] "La Reina c/Evans y otro y el Comisionado de Policía de la Metrópolis y otros ex parte Pinochet", en "Suplemento Especial de Derecho Constitucional. Caso Pinochet," La Ley, Buenos Aires, 11 de septiembre de 2000; La Ley, 1999-A 431; 1999-B 738 y 1999-C 653). La argumentación mas elocuente fue desarrollada por Lord Nichols en la primera de ellas: *"...en otras épocas, antes de que se desarrollara el concepto de estado como entidad independiente, el soberano era indistinguible del Estado: l´Etat c´est moi. Era natural, entonces, que en aquellas épocas un ex jefe de estado recibiera inmunidad personal especial en relación con los actos que realizara como jefe de Estado. Estos actos eran indistinguibles de los actos de Estado propiamente dichos. Desde los días de Luis XIV, los métodos de gobierno*

2. Exclusión de Órdenes de Superiores como Eximente de Responsabilidad [31]

-El Principio II de Nüremberg establece que "el hecho de que la legislación interna no imponga una pena por un acto que constituye una violación al derecho internacional no exime a la persona que hubiera cometido el acto de la responsabilidad ante el derecho internacional", y el Principio IV que "el hecho de que una persona haya actuado bajo las órdenes de su Gobierno o de un

de los estados han cambiado. La conducción de los asuntos de estado suele estar en manos de ministros de gobierno, correspondiendo al jefe de estado un papel en gran medida ceremonial."

"...Los actos de tortura y toma de rehenes, proscriptos como están por el derecho internacional, no pueden ser atribuídos al Estado con exclusión de la responsabilidad personal. La tortura está definida en la convención..y en la legislación del reino unido...como un delito cometido por funcionarios públicos y personas que actúan en calidad de tales. como ya se señalara, la Convención contra la toma de rehenes (1979) describió la toma de rehenes como una expresión de terrorismo internacional."

"...Cuando Hitler ordenó la «solución final», su acto debe ser considerado como acto oficial derivado del ejercicio de sus funciones de jefe de estado. Allí nos conduce inexorablemente el razonamiento del Tribunal de División. El letrado patrocinante del Gral Pinochet afirmó que esta conclusión es el resultado inevitable de los términos en que está redactada la ley."

"Si un jefe de estado mata a su jardinero en un acceso de ira, de ningún modo podría ser descripto como un acto realizado en el ejercicio de sus funciones de jefe de estado. Si un jefe de estado ordena que las víctimas sean torturadas en su presencia con el solo objeto de disfrutar el espectáculo de los lastimeros espasmos de las víctimas agonizantes (lo que Montaigne describió como el punto mas extremo al que la crueldad puede llegar), esto no podría describirse como actos cometidos en el ejercicio de las funciones del Jefe de Estado.

"...La fragilidad esencial del reclamo de inmunidad queda subrayada por la insistencia de la representación del general Pinochet de que no se le imputa haber cometido «personalmente» ninguno de los delitos. Pareciera que se concede que, si hubiera torturado a las víctimas personalmente, la situación sería diferente. Esta distinción se burla de un principio elemental del derecho, compartido por todos los sistemas legales civilizados, de que no cabe establecer una distinción entre el hombre que golpea y el hombre que ordena a un tercero que golpee. No es concebible que al sancionar la ley de 1978 el Parlamento haya buscado mantener la inmunidad legal de un ex jefe de Estado basándose en un principio diferente."

[31] Al respecto, ver: Dictamen del Procurador General de la Nación en contra de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final, Causa S.C.S.1767,

superior no le exime de su responsabilidad ante el derecho internacional, siempre que en los hechos hubiese sido posible una elección moral".

-Las Cartas de los Tribunales de Nuremberg y Tokio y los Estatutos de los Tribunales de Yugoslavia y Ruanda no admiten tal eximente.

-El artículo 33.2 del Estatuto de Roma estipula que "las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas", por lo que las órdenes de superiores no pueden servir de circunstancia eximente en el caso de estos delitos.

-El principio 19 de los "Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias" dispone que "no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias".

-El artículo 6.1 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas estipula: "Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar una desaparición forzada. Toda persona que reciba tal orden o tal instrucción tiene el derecho y el deber de no obedecer".

-El artículo 2.3 de la Convención contra la Tortura establece: "No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura".

L. XXXVIII.- "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. Causa nº S.C.S. 17768. Asimismo, Dufour Genevieve, *¿Existe verdaderamente la defensa de las órdenes superiores?*; Garraway, Charles, *Las órdenes superiores y la Corte Penal Internacional: justicia impartida o justicia denegada; y* Vergaegen, Jacques, *La negativa a obedecer órdenes manifiestamente criminales: a favor de un procedimiento accesible para los subordinados*: **www.icrc.org/icrcspa**

La Responsabilidad Individual en el Tribunal para la Ex Yugoslavia:[32]

El Tribunal para la Ex Yugoslavia sentó las siguientes reglas.[33]

-Los criminales no pueden transmitir inmunidad a sus agentes amenazándolos con la muerte si se rehusaran a ejecutar sus órdenes, y la defensa de la obediencia debida sólo es invocable si la violación se cometiese para evitar un daño físico serio e irreparable inmediato, si no hubiese modo de eludir la orden, si el remedio no fuese desproporcionado al mal que se cometía; y si no hubiese sido posible efectuar una elección moral, debiéndose tener en cuenta –a más- las circunstancias en que el superior impartió las órdenes.[34]

-Responsabilidad del comandante: por acto positivo -órdenes- y por omisión culpable -no controlar, prevenir o castigar-, estableciendo los siguientes elementos para que se configure ésta última: a) la existencia de una relación superior-subordinado; b) que el superior sepa o que haya tenido razón de saber que el acto criminal se había cometido o que se iba a cometer; y c) que el superior no haya tomado las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o castigar a quien lo había perpetrado.[35]

-no sólo un militar sino también un civil, por cuanto la posición de comandante o superior no está referida exclusivamente a una posición de jure sino a todo aquel que tenga un control efectivo sobre quienes son acusados de haber cometido las violaciones.[36]

[32] Toda la jurisprudencia del Tribunal puede ser consultada en el sitio **http://www.un.org/icty/tadic**. Asimismo: MERON, T: *War crimes in Yugoslavia and the development of international law*, *AJIL*, 1994, p. 70.

[33] GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D.T., *op.cit.id*.

[34] The Prosecutor v. Drazen Erdemovic, case N° IT-96-22-T, Sentencing Judgement, 29-XI-1996.

[35] The Prosecutor v. Zejnil Delalic et. al., Caso N° IT-96-21, Judgement, 16-XI-1998.

[36] The Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Case Nº IT-95-14-T, Judgement, 3-III-2000.

-no sólo sobre quien haya cometido los crímenes sino también sobre quien –sin haber participado en la ejecución- los planeó o ayudó a planearlos, prepararlos o ejecutarlos. La orden de llevar a cabo el crimen no necesariamente ha de ser una orden escrita sino que puede ser, aún, implícita [37]

-la ayuda no ha de traducirse necesariamente en un hecho físico sino que basta para configurarla el mero soporte moral a quien comete el crimen, o alentarlo para que lo realice, siempre que tal soporte o aliento produzca un efecto sustancial sobre quien está llevando a cabo el acto.[38]

La Responsabilidad Individual en el Tribunal para Ruanda:[39]

Los autores de crímenes están clasificados en cuatro categorías:[40] 1. organizadores, planificadores, autoridades en general, asesinos que se hayan distinguido por su saña, y autores de torturas sexuales, 2. autores o cómplices de homicidios voluntarios o de atentados seguidos de muerte, 3. otros atentados contra las personas, 4. infracciones contra los bienes y la propiedad.

En virtud del artículo 9 de la ley orgánica, el fiscal general ante la Corte Suprema publicó una primera lista de 1.946 personas provisionalmente pertenecientes a la primera categoría.

La clave del procedimiento es la confesión: a cambio de una confesión completa el reo de las categorías segunda, tercera y cuarta puede beneficiarse de una importante reducción de pena, y el reo de la primera categoría también puede ser clasificado en la segunda, si no se ha publicado su nombre en la lista referida.

[37] The Proscutor v. Anto Furundzija, Case N° IT-95-17/1T, Judgement, 10-XII-1998.

[38] The Procureur v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, Jugement, 2-IX-1998.

[39] Sitio en Internet: **www.un.org/ictr**

[40] DUBOIS, OLIVIER, Las Jurisdicciones penales nacionales de Ruanda y el Tribunal Internacional, en **www.icrc.org/icrcspa.nsf**

La Responsabilidad Individual en el Estatuto de la CPI:[41]

Mientras los Estatutos de los Tribunales Ad Hoc regulan la responsabilidad individual en un sólo artículo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional lo hace extensamente en la Parte III, titulada "De los principios generales de derecho penal": Art.25 Responsabilidad penal individual, Art. 26 Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte, Art. 27 Improcedencia del cargo oficial, Art. 28 Responsabilidad de los jefes y otros superiores, Art. 30 Elemento de intencionalidad, Art. 31 Circunstancias eximentes de responsabilidad penal, Art. 32 Error de hecho o error de derecho, Art. 33 Órdenes superiores y disposiciones legales.

Este cuerpo legal es complementado por otros dos extensos instrumentos -"Elementos de los Crímenes" y "Reglas de Procedimiento y Prueba"-,[42] lo que constituye en general una regulación farragosa y quizás demasiado exhaustiva, al punto que puede afirmarse que avanza sobre materias que debieron ser objeto de la jurisprudencia posterior del Tribunal. La motivación de ésta puntillosa casuística puede encontrarse en la desconfianza de los EEUU frente a la institución a crearse, a más de la tradición propia de los sistemas jurídicos del Common Law frente a los sistemas orgánicos de los países de derecho continental o Civil Law.

De las normas citadas del Estatuto pueden derivarse las siguientes reglas jurídicas:

-*Será responsable por crímenes de competencia de la Corte quien, actuando con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen (art.30), cometa, ordene, proponga o in-*

[41] Sitio en Internet de la Corte Penal Internacional: **http://www.un.org./icc**

[42] Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Proyecto de texto definitivo de las Reglas de Procedimiento y Prueba, 12 de julio de 2000: **http://www.un.org/law/icc/statuterules/rulefra.htm**,y**http://www.iccnow.org/espanol/org_interg/onu/prep_com/reg_proc_prue.pdf** . Asimismo, Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes: **http://www.iccnow.org/espanol/org_interg/onu/prep_com/elem_crim.pdf**

duzca, sea cómplice o encubridor o incurra en tentativa, o contribuya de algún modo en la comisión o en la tentativa, o en actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume (art.26), o por actos de personas bajo su mando o autoridad y control efectivo (aunque no sea militar), siempre que hubiese sabido o hubiese debido saber que estaban cometiendo crímenes, y no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenirlos (art.28), incluyéndose expresamente la responsabilidad del Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno (art.27), y actuando como eximentes de responsabilidad la enfermedad, deficiencia mental o intoxicación que impidan apreciar la ilicitud de la conducta, o como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona (art.31), y el error de hecho o de derecho, si hacen desaparecer el elemento de intencionalidad (art.32).

En cuanto a la cuestión de las Órdenes Superiores, el Estatuto contiene una curiosa disposición:

Art.33:

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;

b) No supiera que la orden era ilícita; y

c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

Como la competencia de la Corte se extiende a Genocidio, Crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión (art.5), la combinación de los incisos 1.c.) y 2 restringe la aplicabilidad de ésta eximente a los crímenes de guerra, en el

marco de un conflicto armado (el crimen de agresión aún no está regulado). Así, en el caso de Crimen de Guerra, quien actuare en cumplimiento de una orden no será eximido de responsabilidad, salvo que estuviere obligado por ley a obedecer órdenes, con lo que la regla queda vaciada de sentido: basta el dictado de una ley para sortear la norma.

3.3 Ámbito Temporal:

La aplicación de la ley penal en el tiempo pone en juego dos cuestiones: a) irretroactividad de la ley penal, y b) imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad.[43]

a) Irretroactividad de la Ley Penal:

El principio *nulla poena sine lege* ha sido invocado reiteradamente como obstáculo para el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, la prohibición de reglas *ex post facto* no es aplicable en el ámbito del Derecho Internacional, y específicamente en el caso de éstos delitos.

Como sostienen ABREGÚ y DULITZKY "es ridículo exigirle al Derecho Penal Internacional que se maneje con un principio de legalidad idéntico al de los derechos locales. KELSEN resalta la diferencia con suma claridad: «el Derecho Internacional General no prohíbe -como lo hacen algunas legislaciones locales- la promulgación de normas con fuerza retroactiva» (KELSEN, 1965)."[44]

[43] Amnesty Internacional: *Catorce Principios Fundamentales sobre el Ejercicio Eficaz de la Jurisdicción Internacional:*

3. *Ausencia de inmunidad por delitos cometidos en el pasado.* Los cuerpos legislativos nacionales deben garantizar que sus tribunales tienen competencia respecto de los delitos graves comprendidos en el derecho internacional independientemente de cuándo se hayan cometido.

4. *Imprescriptibilidad.* Los cuerpos legislativos nacionales garantizarán que no se impone ningún plazo a la obligación de procesar a una persona responsable de delitos graves comprendidos en el derecho internacional.

[44] ABREGÚ MARTÍN/ DULITSKY ARIEL; *Las leyes ex post facto y la imprescriptibilidad de los crimenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno*, Lecciones y Ensayos, nro 60/ 61, 1994, p.126.

En éste sentido, debe tenerse por configurado el *principio de no aplicación del principio de legalidad*,[45] en el caso de crímenes de lesa humanidad. O, mejor aún, corresponde reconocer el *Principio de Legalidad Internacional*, que se expresa en la fórmula *nullum crimen sine iure*: las incriminaciones deben tener base normativa, aunque las penas no estén formuladas de manera explícita.

Lo expuesto no implica escándalo jurídico alguno, ni violación de ninguna tradición jurídica: el sistema jurídico internacional se encuentra edificado sobre el mentado principio, establecido por primera vez en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: "nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho Nacional e Internacional." (art.11 ap.II). Dicho de otro modo: la irretroactividad de la ley penal es una premisa política del Estado Liberal, que es dejada de lado en caso de crímenes de lesa humanidad.

En efecto, el principio de irretroactividad de la ley penal debe ser entendido a la luz de las normas internacionales:[46]

El art.9 de la Convención Americana de Derechos Humanos -titulado Principio de Legalidad y de *Retroactividad*-- dice: "Nadie podrá ser condenado por acciones u omisiones que en el mo-

[45] ABREGÚ MARTÍN/ DULITSKY ARIEL¸ *op.cit*, p.130. Afirman éstos autores que "existe en el ámbito del Derecho Internacional una regla por la que la prohibición de normas ex post facto no le es aplicable a este Derecho, como consecuencia de su cualidades específicas. Esa costumbre internacional ha sido recogida por algunos tratados internacionales, lo que obviamente no le quita calidad de disposición consuetudinaria, debido a que el Derecho Internacional admite la pluralidad de fuentes para una misma norma"; *op.cit.id*.

[46] Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder (adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985):

B-Víctimas del abuso del poder:

18. Se entenderá por «víctimas» las personas que individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones *que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional,* pero violen normas internacionalmente relativas a los derechos humanos.-

mento de cometerse no fueran delictivas *según el derecho aplicable*...". ¿Qué significan éstas últimas palabras?. La reproducción de los artículos equivalentes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Europea arroja luz sobre el asunto.

El art.15 del primer documento dice: "Nadie será condenado por actos u omisiones que *en el momento de cometerse* no fueren delictivos *según el derecho nacional e internacional:*"[47] es decir, no basta que la acción no sea delictiva en el derecho nacional, tampoco tiene que serlo según el derecho internacional. Y en el

[47] La República Argentina formuló la siguiente Reserva: "El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del art.15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deberá estar sujeto al principio establecido en el art.18 de nuestra Constitución Nacional." Sin embargo, la Argentina no formuló reserva alguna al art.11 de la DUDH, lo que es entendible: la Declaración Universal no es susceptible de reservas.

Asimismo, existe doctrina y jurisprudencia que ha sentado la inaplicabilidad del art.18 en caso de crímenes de lesa humanidad, en virtud de la remisión al Derecho de Gentes operada por el art.118. Así, ABREGÚ y DULITZKY sostienen que "el art.118 establece una remisión expresa al Derecho Internacional en materia de delitos o crímenes contra el Derecho de Gentes. Por ende, en estos supuestos, el Derecho Penal Internacional ingresa a nuestro Derecho Interno con todas las cualidades y consecuencias (restricción del principio de legalidad, imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad, etc.);" *op.cit.*, p.144. Afirman asimismo que "Al derecho de gentes, receptado por nuestro ordenamiento interno, por la previsión normativa del art.118, debemos aplicarlo en todos aquellos casos en los que nos encontramos frente a crímenes internacionales, de manera de no suponer que la remisión al Derecho de gentes que hace la Constitución ha sido «inútilmente usada o agregada y (debe) rechazarse como superflua o sin sentido» (Fallos, 92: 334)," *op.cit*., p.154.

En el mismo sentido, la Sala II de la Cámara Federal sostuvo: «el art.18 de la Constitución Nacional no resulta aplicable en el ámbito del derecho penal internacional. Y ésta afirmación surge de la preeminencia del Derecho de Gentes establecido por el art.118 de la Constitución Nacional" (Causa nro 19.580 "Incidente de apelación en autos Scagliusi, Claudio Gustavo por privación ilegal de la libertad personal," Jdo Fed.Nro.11, Sec.Nro.21, Registro nro 20.725).

Finalmente, cabe tener en cuenta que el Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U., sostuvo con fecha 3 de noviembre de 2000, en relación al caso argentino, que las violaciones graves de los derechos civiles y políticos perpetradas durante el gobierno militar "... *deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesa-*

inciso 2 agrega: "Nada de lo dispuesto en este artículo *se opondrá al juicio ni a la condena* de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional".

Por su parte, el art. 7 de la Convención Europea dice: "Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, *en el momento en que haya sido cometida*, no constituya una infracción según el derecho *nacional o internacional*..." Y en el inc.2. añade: "El presente artículo no impedirá el juicio o la pena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, *en el momento de su comisión*, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

El significado de la locución "según el derecho aplicable" (Convención Americana) es entonces *según el derecho nacional o internacional*. Lo expuesto es indubitable porque el propio Presidente de la Comisión Redactora del Pacto de San José de Costa Rica lo dejó sentado a la época de sanción del instrumento: dijo que no era necesario reproducir el texto de los documentos citados porque la expresión "el derecho aplicable" lo comprende todo: derecho nacional e internacional.

La prohibición de toda legislación retroactiva debe entonces enmarcarse "en el entendimiento de que los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad de naciones, son suficientes para que un acto u omisión sean reconocidos como delictivos."[48]

Por último, la tipicidad debe configurarse "en el momento de cometerse" los actos, límite temporal que clausura la posibilidad

rio y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores" (Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, de 3 de noviembre 2000, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/70/ARG, párrafo 9).

[48] VASAK, KAREL, *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Ed.Serbal/Unesco, Barcelona, 1984, Vol I, p.228. Sin embargo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional no recoge el mencionado principio: el art.24.1 dispone que "nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor."

de cualquier amnistía ulterior. La Comisión Interameracana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre este tópico en una decisión sobre la ley de amnistía en Chile. El Estado chileno afirmó que la derogatoria del Decreto Ley de amnistía no surtiría efectos contra los responsables de las violaciones debido al principio de la irretroactividad de la ley penal contemplado en el artículo 9 de la Convención Americana y 19 (3) de la Constitución de Chile. A lo cual, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó que:

> "el principio de irretroactividad de la ley que consiste en que nadie puede ser condenado retroactivamente por acciones u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable, no podría ser invocado por los amnistiados por cuanto al momento de cometerse los hechos imputados se hallaban tipificados y penados por la ley chilena vigente".[49]

La cuestión de la retroactividad en los Juicios de Nüremberg:

Como la figura *crímenes contra la humanidad* nació vinculada a la de *crímenes de guerra*,[50] el Tribunal estableció un límite temporal a su competencia, en función de ese nexo. Los crímenes cometidos con posterioridad al 1-09-39 estaban indisolublemente conexos con la guerra de agresión nacional-socialista, mientras que los cometidos con anterioridad a esa fecha carecían de ese vínculo y quedaban fuera de su competencia.

La defensa de los inculpados planteó la excepción propia del aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*, argumento que fue rechazado por el Tribunal con fundamento en que no podía existir duda alguna de que los acusados estaban actuando en violación al derecho internacional. Así, rechazó que la Cuarta Convención de La Haya de 1907 no les fuera aplicable por no ser parte en la misma, y dijo que las disposiciones de esa convención

[49] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°133/99, Caso 11.725, Carmelo Soria Espinoza (Chile), 19 de noviembre de 1999, párrafo 76.

[50] Ver *supra*, 3.1.b

ya habían sido reconocidas por todas las naciones civilizadas en el año 1939 y eran entendidas como declaratorias de las leyes y costumbres de guerra.[51]

El principal argumento, entonces, para sostener que el derecho de Nuremberg no fue retroactivo es el carácter vinculante del derecho internacional consuetudinario, que ya estaba en vigencia con anterioridad a los hechos bajo juzgamiento.

En el caso *Altsoetter*,[52] conocido como "Caso de la Justicia" pues los acusados habían participado en la estructura judicial del régimen, el tribunal señaló que el derecho internacional:

> "..no es producto de una ley (Statute). Su contenido no es estático. La ausencia en el mundo de un cuerpo gubernamental autorizado para erigir reglas sustantivas de derecho internacional no ha impedido el desarrollo progresivo de dicho derecho."
>
> "..la circunstancia que dota a los principios de la conducta internacional con la dignidad y autoridad de la ley, es su aceptación general como tal por las naciones civilizadas, las cuales manifiestan esta aceptación por medio de tratados internacionales, convenciones, textos doctrinarios de autoridad, las prácticas y las decisiones judiciales."
>
> "..sería un absurdo sugerir que la regla ex post facto, tal como es conocida por los estados constitucionales, podría ser aplicada a un tratado, a una costumbre, o a una decisión del common law de un tribunal internacional, o a la aquiescencia internacional que sigue a tal evento. Haber intentado aplicar el principio ex post facto a la decisión judicial de un tribunal del common law podría haber significado ahogar la ley en su nacimiento".

Y en la acusación del fiscal Robert H. Jackson ante el Tribunal Militar en la audiencia del 21 de noviembre de 1945, al referirse al fundamento jurídico del proceso, se afirma:[53]

[51] ZUPPI, ALBERTO, *op.cit.*, p.52.

[52] ZUPPI, ALBERTO: *La Prohibición "Ex Post Facto" y los Crímenes contra la Humanidad* (*ED* 131-765, p.767).

[53] MATTAROLLO, RODOLFO, *La Jurisprudencia Argentina Reciente y los Crímenes de Lesa Humanidad*, en: **http://www.abogarte.com.ar/mattarollo2.htm**

> " Los acusados tenían (…) pleno conocimiento del carácter criminal de sus actos, y por eso se esforzaron por disimular sus infracciones."
>
> "El cuarto cargo está basado en los crímenes de lesa humanidad, entre los cuales se incluye sobre todo los asesinatos masivos, a sangre fría, de innumerables seres humanos. ¿Puede sorprender a los acusados que el asesinato sea tratado como un crimen?"
>
> "Puede decirse que ésta es una nueva ley, que no fue promulgada válidamente antes de la comisión de los actos que sanciona, y que esta declaración de la ley los ha tomado por sorpresa. No puedo negar, por supuesto, que estos hombres están sorprendidos de que esto sea la ley; están sorprendidos de que exista una cosa tal como la ley."

La cuestión de la retroactividad en los Casos sobre Pinochet:

En las dos sentencias dictadas por la Cámara de los Lores, la cuestión de la retroactividad tuvo distintas soluciones. En el primer pronunciamiento se consideró que las convenciones contra la Tortura y contra la Toma de Rehenes eran aplicables al caso, aún cuando se tratara de hechos anteriores a su ratificación por Gran Bretaña; en el segundo, que las leyes inglesas que las establecían no estaban en vigencia al momento de tener lugar los hechos. La segunda sentencia estableció un límite temporal a la responsabilidad criminal: Pinochet sólo puede ser juzgado por los crímenes perpetrados después de setiembre de 1988. Se consideró que con anterioridad a esa fecha, las torturas cometidas fuera del Reino Unido no estaban tipificadas como delito ni podían ser juzgadas por los tribunales británicos, y por tanto no gozaban de la consideración de crímenes extraditables. Debe tenerse muy especialmente en cuenta que se trata de un orden jurídico impermeable al derecho internacional.

Quedan para la historia los sencillos -y contundentes- argumentos de la primera sentencia.[54]

[54] -Lord Lloyd: "Se alegó que la tortura y la toma de rehenes recién se convirtieron en delitos extraditables después de 1988 (tortura) y 1982 (toma

La cuestión de la retroactividad en el Tribunal Ad Hoc para la Ex Yugoslavia y Ruanda:

En el caso *Jelicic*,[55] acusado de Genocidio, el Tribunal para la Ex Yugoslavia fundó la aplicabilidad de la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en el derecho internacional consuetudinario y en la naturaleza de ius cogens de la prohibición de cometer tal crimen, citando las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*,[56] y en el caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd*.[57]

Asimismo, el Tribunal dejó sentado que la fórmula "Otros actos inhumanos" (art.5 inc.1), no implica violación del principio *nulla poena sine lege* ni de la prohibición de crear tipos penales por analogía, por cuanto la fuente positiva de éstos delitos se encuentra en diversos instrumentos internacionales complementarios.[58]

de rehenes), ya que ni la sección 134 de la Ley de Justicia Penal de 1988, ni la sección 1 de la Ley sobre Toma de Rehenes tienen carácter retroactivo. Pero estoy de acuerdo con el Tribunal de División en cuanto a que este argumento es defectuoso. Involucra una mala interpretación de la sección 2 de la ley de Extradición. La sección 2 (1) se refiere a una conducta que constituiría un delito en el Reino Unido *ahora*. No se refiere a una conducta que habría constituído un delito *entonces*."

-LORD NICHOLS:"...la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra justifica la conclusión de que, *para la época del golpe de estado de 1973*, y ciertamente a partir de entonces, el derecho internacional condenó el genocidio, la tortura, la toma de rehenes y los crímenes contra la humanidad...".

Además, en la segunda sentencia, LORD MILLET sostuvo que el derecho consuetudinario internacional es parte del common law inglés, y por ello la tortura ya era punible antes de la entrada en vigor de la *Criminal Justice Act 1988*. Ver: AMBOS, KAI, *El Caso Pinochet y el Derecho Aplicable*, en Revista Penal, No.4, 1999, Ed. Praxis, asimismo, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Editorial Ciedla, 1997, p.314.

[55] *The Prosecutor v. Goran Jelisic*, Case N° IT-95-10-T, Judgement, 14-XII-1999.

[56] C.I.J., *Recueil* 1951, p.23

[57] C.I.J., Bélgica c. España, *Recueil* 1970, p.32

[58] *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic et. al.*, Case N° IT-95-16-T, *Judgement*, 14-I-2000. Ver: GUTIÉRREZ POSSE/ HORTENSIA D.T., *La contribución*

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda se pronunció en el mismo sentido en los casos *Akayesu*[59] y *Kayishema*.[60]

b) Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad:

¿Cuál es el origen de la mentada imprescriptibilidad?, ¿tiene sustento normativo?, ¿las normas sobre imprescriptibilidad operan retroactivamente, o a partir de su ratificación por los Estados?, ¿implican acaso escándalo jurídico, o violación de garantías elementales?.

Comenzando por el último interrogante, debemos hacer notar que no todos los países contemplan la prescripción como causa de extinción de la acción penal, y no todos la prevén para los mismos delitos, encontrándose algunos de ellos excluídos su alcance: no es una exigencia de derecho sustancial.[61]

La imprescriptibilidad surge históricamente como intento de evitar la impunidad de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de un vasto movimiento de opinión mundial que, a partir de la década del 60, comenzó a bregar para que no se aplicaran los plazos de prescripción común en tales supuestos. Nace entonces como norma de Derecho Consuetudinario Internacional -o bien como Principio de Derecho

de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario -los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio-, la responsabilidad penal individual. En: **www.icrc.org/icrcspa**.

[59] *Le Procureur v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Jugement*, 2-IX-1998.

[60] *Le Procureur v. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, *Jugement et Sentence*, 21-V-1999.

[61] "Simón, Julio Héctor y otros, s/ privación ilegítima de la libertad" (Causa nro S.C.S.17.768, Caso Poblete) : "La prescripción de los crímenes no constituye un derecho esencial de la persona y mucho menos del criminal acusado e incluso condenado; *no constituye una exigencia de la justicia misma*, consagrada generalmente en las instituciones de los países civilizados, constituye una práctica de oportunidad convertida en norma en épocas que a menudo son recientes" (Graven, "Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficiers de la prescription?," Revue Penale Suisse, t. 81, Pasc. 2, 1965, citado por FERMÉ, L., *op. cit.*, p. 42).

Internacional generalmente reconocido,[62] que posteriormente cristaliza en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968.[63] La secuencia histórica es la siguiente: en primer término, la norma consuetudinaria, en segundo término, la norma convencional. Lo expuesto es importante, porque implica que la regla se aplica con anterioridad a la ratificación de la Convención, e incluso a países que no la ratificaron.

En efecto, la Convención no legisla *ex novo,* sino que *afirma* una regla que ya estaba vigente en el Derecho de Gentes. Esto surge de su Preámbulo, en tanto reconoce "que es necesario y oportuno *afirmar* el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal": se introdujo el verbo "afirmar" en reemplazo del verbo "enunciar" que contenía el proyecto original.[64]

[62] En éste sentido, ABREGÚ y DULITZKY sostienen que ...no podemos afirmar que en éste momento exista una norma internacional que regule tal imprescriptibilidad, que tenga como base la costumbre o una obligación contractual....La no consolidación de una costumbre y la falta de una obligación contractual no son elementos suficientes pra inferir la ausencia de una norma de Derecho Internacional que prevea tal imprescriptibilidad. Por el contrario, existen manifestaciones coincidentes que permiten sostener que la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es «un principio de Derecho Internacional generalmente reconocido." Este es el caso de los diversos tratados que prevén la imprescriptilidad de los crímenes internacionales. En idéntico sentido se ha manifestado en varias oportunidades la Asamblea General de las Naciones Unidas. Otros ejemplos son el trabajo que viene realizando la Comisión de Derecho Internacional en favor de tal empresa y la consideración por parte de los Estados, que han debido juzgar éste tipo de crímenes como imprescriptibles. Todos estos hechos y prácticas vienen a atestiguar en favor del reconocimiento de la imprescriptibilidad. Esta confluencia de elementos de distinta naturaleza (contractual, consuetudinaria, prácticas estaduales) demuestra que la comunidad internacional ha configurado a este tipo de delitos como de imposible prescripción" (*op.cit.,* p.138).

[63] Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por ley Nº 24.584, Decreto de Adhesión nro 579/2003 del 8 de agosto de 2003, publicado en el Boletín Oficial con fecha 13 de agosto de 2003.

[64] Al respecto, VINUESA afirma: "Se ha sostenido que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra hace a la naturaleza misma de esos crímenes que

El Artículo I de la Convención expresa que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad "...son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido....aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos", y el Artículo IV establece la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena no se aplique a los crímenes mencionados, y en caso de que exista, sea abolida.

En forma coincidente, el art. 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, establece que "Los crímenes de competencia de esta Corte no prescribirán", principio reiterado en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. VII). Asimismo, los *Principios de Cooperación Internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de*

de esta forma se diferencian de los delitos comunes. En nuestro criterio, el reconocimiento de esa imprescriptibilidad por parte de la Convención del 26 de Noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Resolución de la Asamblea General de la ONU No. 2391 (XXIII) no hace mas que reiterar el contenido de una norma consuetudinaria que recoge la esencia básica de normas aceptadas y reconocidas ya desde 1907, como leyes y costumbres de la guerra terrestre" (Cfr. VINUESA, RAÚL EMILIO, "*La formación de la costumbre en el Derecho Internacional Humanitario*," Revista Internacional de la Cruz Roja del 30 de julio de 1998. Ver: **http://www.icrc.org/icrcspa)**.].

Asimismo, el Tribunal que condenó a Priebke (luego de que fuera extraditado por nuestro país), expresó en su sentencia del 10 de julio de 1997 que: «...la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad es un principio general del ordenamiento internacional... la imprescriptibilidad no proviene del convenio de 1968 aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, porque éste no es sino una 'consagración formal del principio de imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión'. Es decir, la convención no hizo otra cosa que expresar un principio ya afirmado por el derecho internacional consuetudinario» (Cfr., "Dictamen auspiciado por la FAJP sobre la persecución por los tribunales españoles de los crímenes contra la humanidad cometidos por las dictaduras chilena y argentina," Madrid, 7 de octubre de 1998, elaborado por los catedráticos MERCEDES GARCÍA ARÁN, HERNÁN ORMAZÁBAL, JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ, JOSÉ RAMÓN SERRANO PIE DE CASAS, DIEGO LÓPEZ GARRIDO, p. 20): cit en "Simón, Julio Héctor y otros, s/ privación ilegítima de la libertad" (Causa nro S.C.S.17.768, Caso *Poblete*).

guerra, o de crímenes de lesa humanidad (Resolución 3074 (XXVIII de la Asamblea General, del 3 de diciembre de 1973), establecen que: "Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, *dondequiera y cualquiera sea la fecha en que hayan sido cometidos*, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de su culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas".

Dado su origen consuetudinario -previo a la cristalización convencional-la imprescriptibilidad nació como una norma destinada a ser aplicada ex post facto, existiendo amplio consenso sobre su vocación retroactiva[65] Debe descartarse de plano el argumento que limita la aplicación de la Convención para los casos futuros, luego de su ratificación por los Estados, por una sencilla razón de orden lógico: no puede afirmarse coherentemente que un delito es imprescriptible a partir de determinado momento. Será imprescriptible o no lo será: tertium non datus. Por lo demás, el derecho interno no puede recortar el contenido y alcance de normas internacionales inderogables.[66]

[65] ABREGÚ-DULITZKY señalan que "El instituto de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales se relaciona directamente con la limitación de la prohibición de normas ex post facto. Esto dicho, considerando que ambos institutos están muy ligados por una razón histórica: la positivización de la imprescriptibilidad de éstos crímenes está intimamente ligada con la punición de las atrocidades que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial. La imprescriptibilidad nació como una norma a ser aplicada ex post facto y la mayoría de las veces que se apeló a ella fue como norma positiva que regiría con retroactividad" (*op.cit.*, p.137).

Asimismo, el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Sr. Doudou Thiam, sostuvo que ésta convención es de «carácter simplemente declarativo [... pues] las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido». (Informe sobre el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», documento de las Naciones Unidas A/CN.4/398, de 11 de marzo de 1986, párr. 172).

[66] Así lo entendió la Corte Suprema de Chile, al determinar que los Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario son aplicables con el efecto de hacer imprescriptibles e inadmistiables los delitos contemplados en sus normas. En efecto, el Tribunal dejó sentado que "La Constitución Política de la República no fundamenta la validez de la norma internacio-

En la jurisprudencia Argentina,[67] la regla de imprescriptibilidad se aplicó como norma de Derecho de Gentes,[68] aún antes de la ratificación por nuestro país de la Convención respectiva. El primer precedente es el voto del Dr. LEOPOLDO SCHIFFRIN como miembro de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata al resolver el pedido de extradición de Franz Josef Leo Schwammberger formulado por la República Federal de Alemania (fallo del 30 de agosto de 1989, E.D. 135-326). El principio fue reiterado en el caso *Priebke* (Fallos 318:2148), y sostenido por ambas Salas de la Cámara Federal, en los pronunciamientos de fecha 9 de septiembre de 1999 *in re* "Massera s/excepciones" (Sala I, expte. 30514), 4 de mayo de 2000 *in re* "Astiz, Alfredo s/nulidad" (Sala II, expte. 16.071), y 4 de octubre de 2000 *in re* "Contreras Sepúlveda s/ prescripción de la acción penal" (Sala II, expte. 18.020).

Asimismo, el Dictamen del Procurador General de la Nación en la Causa "Simón, Julio Héctor y otros, s/ privación ilegítima de la libertad" (Causa nro S.C.S.17.768, Caso *Poblete*), dejó sentado que "la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Gue-

nal, sino sólo su aplicabilidad. La Constitución sólo es competente para dar al Tratado el carácter de aplicable una vez aprobado y ratificado, siendo el derecho internacional el que determina la forma en que deben ser aplicadas las normas creadas por él y ello implica que, incorporado un tratado al ordenamiento jurídico chileno, ninguna norma interna puede decidir su inaplicabilidad o pérdida de validez" (cit. por BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Los Tratados de Derechos Humanos y la Constitución en una Sentencia de Chile*, E.D. t.161, p.305).

[67] Ver SCHIFFRIN, LEOPOLDO, *De Eichmann a Schwammberger, de Priebke a Videla. La Evolución de la Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad en el Derecho Argentino*, en Balaban Odeb y Megged Amos, *Impunidad y Derechos Humanos en América Latina, Perspectivas Teóricas*, Ediciones Al Margen, La Plata, 2003, pp.131-52.

[68] La aplicación del Derecho de Gentes está prevista ya en el art.21 de la ley 48: "los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con las naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes que han regido anteriormente a la Nación y *los principios del Derecho de gentes* según lo exigan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido."

rra y Lesa Humanidad y de la Convención Interamericana sobre Desaparición de Personas -que en su art. séptimo declara imprescriptible ese crimen de lesa humanidad-, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro país en virtud de normas imperativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia, en el Caso "Arancibia Clavel,"[69] dejó sin efecto una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal en cuanto había declarado extinta la acción penal por prescripción en la causa seguida por el delito de asociación ilícita con fines de persecusión y exterminio de opositores políticos. La Corte sentó que la aplicación retroactiva de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no lesiona el principio "nulla poena sine lege", pues tales delitos usualmente son practicados por agencias estatales operando fuera del control del derecho penal, por lo que no es razonable la pretensión de legitimar el poder genocida en virtud del paso del tiempo, máxime si se considera que aun antes de que comenzara a regir dicho tratado existía una costumbre internacional respecto de su imprescriptibilidad.[70]

3.4.Ámbito Espacial:

En la actualidad, existen tres mecanismos de justicia en caso de crímenes de lesa humanidad: justicia nacional, justicia internacional y justicia universal. La justicia nacional es ejercida por los tribunales ordinarios en la jurisdicción interna de los Estados, la justicia internacional emana de las Naciones Unidas, la Corte Penal Internacional y los Tribunales Ad Hoc (Ex-Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona), y la justicia universal puede ser en principio ejercida por cualquier tribunal de cualquier país en

[69] La Ley, 2004/09/09, p.7; ver Suplemento de Derecho Constitucional La Ley del 13 de octubre de 2004.-

[70] La postura del Dr. ZAFFARONI está desarrollada in extenso en *Notas sobre el Fundamento de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad*, en Nueva Doctrina Penal, 2000/B, pp.43-46.

relación a delitos cometidos en cualquier otro país, aunque en la práctica solo está al alcance de naciones poderosas y con tradiciones jurídicas importantes.[71]

La regla general en cuanto a la jurisdicción de los Estados en materia penal es el principio de Territorialidad. Sin embargo, existen otras reglas que permiten extenderla fuera de las fronteras, estableciendo una conexión relevante con un hecho ilícito: principios de Nacionalidad, Protección y Personalidad pasiva.[72]

El principio de nacionalidad permite al Estado ejercer su jurisdicción sobre sus nacionales dondequiera que éstos se encuentren, y se justifica en el caso de aquellos estados que no permiten la extradición de sus nacionales, para evitar la impunidad de quienes delinquen en el extranjero y pretenden ampararse en su país de origen.

El principio de Protección permite al Estado ejercer jurisdicción extraterritorial en los casos en que se vean involucrados sus intereses fundamentales, o se afecte la seguridad del Estado o el ejercicio de las prerrogativas del poder público.

El principio de la Personalidad Pasiva faculta al Estado para perseguir los hechos perpetrados por no nacionales fuera de su territorio cuando las víctimas de tales hechos sean sus ciudadanos nacionales, y se prevé para casos específicos, como terrorismo, tráfico de drogas, hechos perpetrados en buques no nacionales en alta mar.

Jurisdicción Universal es aquella que desvincula el ejercicio de la jurisdicción de toda circunstancia fáctica, es decir, sin conexión alguna con el territorio, la nacionalidad de la víctima o victimario, o los intereses del Estado, en función de la naturaleza

[71] CASTRESANA, CARLOS, *Los Tribunales Penales Ad Hoc y la aplicación efectiva de la justicia universal en relación a los crímenes de lesa humanidad, cuestiones y dificultades de la aplicación del principio de justicia universal en los diferentes Estados. Relaciones Poder Judicial-Poder Ejecutivo;en* **alsurdelsur@wanadoo.es**

[72] Acogen el Principio de Jurisdicción Universal España, Italia, Suecia y Dinamarca; Austria se rige por el Principio de Protección, mientras que Alemania, Suiza, Finlandia, Francia, Bélgica, Portugal y Grecia lo hacen por el Principio de Personalidad Pasiva (conf. AMBOS, KAI, *op.cit.*, pp. 307-11).

del delito: casos en que el agravio a la conciencia de la humanidad es tal que el castigo es un deber de todos los Estados como agentes de la comunidad internacional.

La jurisdicción universal puede surgir de la costumbre (piratería, crímenes de guerra, genocidio) o puede ser consecuencia de la firma de un Tratado (secuestro de aeronaves, terrorismo, tortura, apartheid), pero debe tenerse en cuenta que sólo un pequeño número de delitos que son considerados crímenes internacionales la habilitan.[73]

El art. 1 del Código Penal establece que la ley penal se aplicará:

1. Por delitos cometidos, o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.

2. Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en el ejercicio de su cargo.

El Código de Procedimiento Penal en su Título III Capítulo I, bajo el encabezado de "jurisdicción" establece en su art.18 que la competencia penal de los jueces y tribunales instituídos por la Constitución Nacional y la ley, se extenderá a todos los delitos que se cometan en el territorio de la Nación y a los delitos perpetrados en el extranjero, cuando sus efectos se produzcan en nuestro país o fueren cometidos por agentes o empleados argentinos en ejercicio de su cargo.

Y la propia Constitución Nacional contiene un reconocimiento de los delitos "contra el Derecho de Gentes" en su art.118 (originariamente, art.102), y asigna competencia al Poder Judicial de la Nación para juzgarlos, inclusive cuando sean cometidos fuera del territorio nacional[74]

En el ámbito internacional, la jurisdicción universal está establecida en los siguientes instrumentos:

[73] Conf. ABREGÚ/ DULITZKY, OP.CIT., p.140.

[74] SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Los delitos 'contra el derecho de gentes' en la Constitución Nacional*, ED, 146-936. p. 939. Asimismo, Colautti, Carlos E.; *El art.118 de la Constitución Nacional y la Jurisdicción Extraterritorial*, La Ley 1998-F, pag.1101, y *La Jurisdicción Extraterritorial y los Delitos contra el Derecho de Gentes*, La Ley 1999-E, p. 996.

1) Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio sancionada por la ONU en 1948. El art. V de esta Convención contiene el compromiso de los Estados Parte para adoptar las medidas legislativas necesarias "*...para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el art. III*".

2) Las Convenciones de Ginebra de 1949 contienen en un artículo común una enunciación de graves violaciones a las mismas que los Estados Parte se han obligado a perseguir y castigar habilitando también el principio *aut dedere aut iudicare*.

3) En 1958 se sancionó la *Convención de Alta Mar*, que persigue el transporte de esclavos y a la piratería, reconociendo su art. 19 la aplicación del principio de jurisdicción universal, y autorizando a la captura y al juzgamiento del pirata.

4) Convención sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive agentes diplomáticos: establece el principio de extraditar o juzgar en su art. 7, como también lo hace la *Convención internacional contra la toma de Rehenes* en el art. 8.1.: el Estado que tiene en su poder al autor si no lo extraditara, debe sin excepción y con independencia del lugar donde haya sido cometido el delito, someterlo a sus autoridades para juzgarlo.

5) La Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea de la O.N.U. del 3 de diciembre de 1973 sobre *Principios de cooperación internacional para la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o crímenes de lesa humanidad*" establece en su artículo 1º:

> "Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes, serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas".

6) El 10 de diciembre de 1984 se aprobó en el seno de las Naciones Unidas la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. El art. 7 inciso 1 establece el principio *aut dedere aut iudicare* cuando dispone que el Estado Parte en el que se encuentre la persona acusada de la comisión, complicidad o participación de cualquiera de los delitos de tortura o su tentativa "*si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento*".

7) El *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en 1991, establece en su art.8 que, sin perjuicio de la competencia de una eventual Corte Penal Internacional, cada Estado parte tomará las medidas que estime necesarias para establecer su competencia sobre los crímenes, con independiencia del lugar donde los delitos hayan sido cometidos.

8) La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece en su art. IV:

> "...Todo Estado parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descripto en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo..."

El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia fue instituído en virtud de las resoluciones 808 y 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobadas los días 22 de febrero y 25 de mayo de 1993, mientras que el Tribunal Ad Hoc para Ruanda lo fue por resolución 955, del 8 de noviembre de 1994. Son, hasta la fecha, los únicos ejemplos de jurisdicción penal instituida por la comunidad internacional en su conjunto, ya que no fueron impuestas por los vencedores a los vencidos en un conflicto internacional.

En cambio, el Tribunal Especial para Sierra Leona fue creado con fecha 26 de diciembre de 2001 por medio de un acuerdo entre la ONU y el gobierno de ese país, por lo que constituye un tribunal sui generis.

En cuanto a la Corte Penal Internacional, solamente se prevé la jurisdicción universal en el caso de que fuera el Consejo de Seguridad el que active el procedimiento. En efecto, el Tribunal ejerce su competencia si el crimen se ha cometido en el territorio de un estado parte o si el acusado es nacional de un estado parte (art.12), cuando la investigación haya sido iniciada por un estado parte o por el Fiscal de oficio (art.13). Pero el art.13 prevé también que el Consejo de Seguridad pueda remitir al Fiscal una situación en que parezca que se hayan cometido uno o varios crímenes de competencia de la Corte, caso que no está vinculado ni a la territorialidad ni a la nacionalidad del acusado.[75]

Jurisprudencia:

.*Caso Eichmann* (1962): Sentencia del Tribunal de Distrito de Jerusalém del 12 de diciembre de 1961. Israel ejercitó su competencia sobre hechos ocurridos en el extranjero, por extranjeros, sobre víctimas que en el momento de los hechos no tenían nacionalidad israelí y sin afectar los intereses del Estado de Israel, que no existía durante la Segunda Guerra Mundial. La Corte Suprema afirmó su jurisdicción en el carácter universal de los crímenes por los que se acusaba a Eichmann, y citó el caso "*Lotus 7*" de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1927), en el que se afirmó que no existía ninguna norma de derecho internacional que impidiera a un Estado juzgar a un extranjero por un acto cometido fuera del límite de sus fronteras. Asimismo, expresó que "*...En ausencia de una Corte Internacional el derecho internacional necesita de las autoridades legislativas y judiciales de cada país, para ejecutar sus disposiciones penales y llevar los criminales a juicio. La autoridad y jurisdicción para juzgar crímenes bajo el derecho internacional son universales.*"[76]

[75] ANELLO, SUSANA CAROLINA, *Corte Penal Internacional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 58.

[76] ZUPPI, A.L., "*La jurisdicción extraterritorial...*," *op. cit.*, p. 93., donde se cita "The Attorney-General of the Governement of Israel v. Eichmann," 56 AJIL, 1962, 805-845. Asimismo: *El Proceso Eichmann* **http:// www.derechomilitar.info/artidoc/eichmann.htm**, *Sobre la Triviali-*

La Corte Israelí, finalmente, sentó la aplicabilidad de la Convención contra el Genocidio:

> "El artículo VI refleja una obligación contractual de las Partes en la Convención, para aplicarla a partir de ese momento. Ello significa, los obliga a ellos a perseguir casos futuros de genocidio que tengan lugar dentro de sus fronteras. Pero ese compromiso no tiene nada que hacer con el poder universal que tiene cada Estado de perseguir casos de este tipo que tuvieron lugar en el pasado, poder éste que se basa en el derecho internacional consuetudinario."

.*Fedération Nationales des Déports et Internés Résistants et Patriotes v. Barbie*[77] (1985)*:* la Sala Penal de la Corte de Casación Francesa sostuvo que los crímenes contra la humanidad no entran dentro del derecho doméstico francés, sino dentro de un orden penal internacional en el que las nociones de fronteras y reglas de extradicción son contradictorias. Tales crímenes son imprescriptibles y pueden ser objeto de un juicio en Francia, cualesquiera hayan sido la fecha y el lugar de su comisión.

.*Demjanjuk v. Petrovsky (776 F ed 571*, 1985*):* una Cámara de Apelaciones norteamericana sostuvo que el principio de jurisdicción universal está fundado en que algunos crímenes son condenados universalmente y sin excepción por todos los sistemas jurídicos y son tan repudiables que sus perpretadores son enemigos de la humanidad toda, por lo que cualquier nación que aprehenda al responsable puede castigarlo conforme a sus leyes.[78]

.*Filartiga v. Peña Irala (630 F 2d 876):* un tribunal norteamericano hizo aplicación de una norma del año 1791 -el Alien Tort

dad del Mal y el Problema de la Culpa en Hanna Arendt **http://www.upf.es/materials/fhuma/facultat/11567/tema6.htm**.

[77] Ver ANELLO, SUSANA CAROLINA, *op.cit.*, p.101. Asimismo, ZUPPI, *op.cit.*, p. 97. Asimismo: *The Trial of Klaus Barbie, en* **http://members.aol.com/voyl/barbie/Barbie.htm**.

[78] United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, *John Demjanjuk, Petitioner-Appellant, v. Joseph Petrovsky et al,* Nro 85-3435, Nov.17/93. **U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit No. 85-3425 Nov 17/93, http://www.ukar.org/sixthc00.htm**

Statue- que disponía que las Cortes de distrito tenían jurisdicción original por cualquier acción civil contra un extranjero, cometido "en violación a la ley de las naciones o a un tratado de los Estados Unidos". Se trataba de un caso de tortura que derivó en la muerte de Joselito Filartiga a manos de Peña Irala, lo que fue considerado una violación del derecho consuetudinario internacional.[79]

.*Forti v. Suarez Mason* (198, 28 U.S.C. &1350): la Corte de Distrito Norte de Carolina consideró a la tortura, a la detención arbitraria prolongada, a las ejecuciones sumarias, a la desaparición forzada de personas y a los tratos crueles, inhumanos o degradantes como violatorios de la ley de las naciones, y rechazó la aplicación de la "teoría del acto de estado", ya que si bien la conducta de Suárez Mason fue *oficial*, los actos de un jefe de policía que tortura o manda torturar a prisioneros bajo su custodia de ningún modo ingresa dentro de los límites de la teoría del acto de estado regulada en la FSIA (Foreign Sovereign Inmunities Act).[80]

. *United States of America v. Noriega* (1990): el tribunal llegó a la conclusión de que la imputación de tráfico de drogas a Noriega de ninguna forma podía constituir un Acto de Estado. Pero éste precedente no permite sentar doctrina para fundar un caso sobre extradición: Noriega fue secuestrado y no extraditado.[81]

. *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (1992): la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito rechazó la regla de la inmunidad del estado para comparecer ante

[79] *Filartiga v. Pena Irala*, Documents by Proyect Diana **http://www.derechos.net/links/law/civil.html** .

[80] California Western School of Law. Forti v. Suarez-Mason, 694 F.Supp. 707 (N.D.Cal. 1988), United States District Court, N.D. California. *Alfredo Forti and Debora Benchoam, Plaintiffs, **v**. Carlos Guillermo Suarez Mason;* **http://www.u-j.info/xp_resources/material/Cases/USA/SuarezMason/Suarez-Mason-%20Decision%20to%20Plaintiffs%20Motion.doc**.

[81] United States Court of Appeals, Eleventh Circuit. Nos. 92-4687, 96-4471; *United States of America, Plaintiff-Appellee v. Manuel Antonio Noriega*, Defendant-Appellant. July 7, 1997 en **http://laws.lp.findlaw.com/11th/924687man.html**.

tribunales extranjeros, con fundamento en que las reglas del ius cogens son obligatorias para los Estados con independencia de su consentimiento. Señaló que "La legitimidad de las acusaciones en Nüremberg no se apoyaron en el consentimiento de las potencias del Eje o de los acusados particulares, sino en la naturaleza de los actos cometidos por ellos: actos que la ley de todas las naciones civilizadas define como criminales... Los derechos humanos universales y fundamentales identificados en Nüremberg - derechos contra el genocidio, la esclavitud y otros actos inhumanos...- son los ancestros directos de las normas universales y fundamentales reconocidas como *ius cogens*. En las palabras de la Corte Internacional de Justicia, estas normas, las que incluyen 'principios y reglas concernientes a los derechos básicos de la persona humana', son preocupaciones de todos los estados, 'son obligaciones *erga omnes*'. ('*The Barcelona Traction, Light & Power Co. "Bélgica v. España"*, 1970, I.C.J. 3, 32").[82]

. *Kadic v. Kasradzic (70 F 3d 232, 243-244):* la Corte Suprema Norteamericana sostuvo que la violación, la tortura y las ejecuciones sumarias cometidas por un individuo como parte del genocidio eran susceptibles de ser perseguidos como violaciones a la ley de las naciones bajo la Alien Tort Claims Act.[83]

. *Bosnia y Herzegovina v. Yugoslavia*: la Corte Internacional de Justicia reiterando lo ya sentado en el *Caso de las Reservas a la Convención para Prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio*, estableció que "debe seguirse que los derechos y obligaciones consagrados en la Convención son derechos y obligaciones erga omnes. La Corte advierte que la obligación de cada Estado de impedir y castigar el crimen de genocidio no está limitada territorialmente por la Convención."[84]

[82] *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, U.S. 9th Circuit Court of Appeals, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992) 965 F.2d 699, **http://www.derechos.org/nizkor/arg/ley/siderman.html**.

[83] United States Court of. Appeals For the Second Circuit, Nos. 1541, 1544; **http://www.tourolaw.edu/2ndCircuit/october95/94-9035.html**.

[84] Internacional Court of Justice, 16 Abril 1993; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and*

. *The Prosecutor v. Anto Furundzija:*[85] el Tribunal Ad Hoc para la Ex Yugoslavia estableció el caracter de ius cogens de la prohibición contra la tortura, por lo que genera obligaciones erga omnes, y todos los miembros de la comunidad internacional pueden reclamar su cumplimiento. La responsabilidad penal individual por la tortura no se ve afectada por ninguna norma interna, confiriendo jurisdicción penal universal a todos los Estados.

Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la Jurisdicción Universal en el Informe nro 133/99 sobre el Caso nro 11.725 *Carmelo Soria Espinoza* (19 de noviembre de 1999), sentando los siguientes principios:

Conclusión

Desde sus orígenes en Nuremberg hasta su actualidad en La Haya, el tema de los Crímenes de Lesa Humanidad ha variado sustancialmente, y su análisis genera múltiples interrogantes.
El gran problema teórico es que el marco de condiciones que hace que los crímenes de lesa humanidad sean tales es voluble y mutante.

En efecto, serán tales crímenes el exterminio, la tortura, la violación, la desaparición forzada, etc., siempre y cuando sean cometidos en el marco de un "ataque generalizado y sistemático contra población civil". ¿Cual es el alcance de ésta fórmula?. ¿Cuando un ataque es generalizado y sistemático y cuando debe entenderse dirigido contra población civil?. En la actualidad, todas las guerras son ataques contra población civil, y también otras situaciones que no constituyen propiamente guerras. Asimismo, ¿cuántos crímenes deben cometerse para que se tenga por configurado el concepto?, ¿basta un sólo caso?. Así pareció entenderlo la Cámara de los Lores Británica en el segundo caso sobre Pinochet: un sólo caso de tortura aislado es crimen de lesa

Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro),en **www.icj.law.gla.ac.uk/idecisions/isummaries/ibhysummary19930416.**

[85] *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case N° IT-95-17/1-T, *Judgement*, 10-XII-1998, **www.un.org/icty/Supplement/supp18-e/furundzija.htm**.

humanidad. ¿Y si el crimen es cometido en un lugar distinto a aquél donde se da el ataque generalizado y sistemático?. Pues la Corte Suprema Argentina juzgó un crimen cometido en la Argentina -el asesinato del General Prats-, en el marco de una persecusión política originada en Chile. ¿Y si el crimen es cometido por agrupaciones terroristas?, ¿cómo distinguimos entre terroristas, insurgentes y heroicos resistentes?.

En los orígenes, fue un tribunal militar de un ejército vencedor el que dió el primer paso; en la actualidad, la teoría indica que podrían hacerlo tribunales internos de cualquier país, en relación a crímenes cometidos por otro país, incluso en el pasado. Pero ¿podría en la realidad un tribunal Sudamericano juzgar crímenes cometidos antaño en Europa?.

Finalmente cabe preguntarse "¿la Corte Penal Internacional será un altar de justicia universal o sólo un instrumento de las grandes potencias?.

Todas éstas preguntas conducen a un interrogante más vasto: ¿se puede teorizar válidamente sobre el tema, o es que la teorética marcha detrás de la política?.

La única certeza es la existencia de una conciencia y una convicción universal, que proclama que determinados crímenes deben ser perseguidos siempre y por todos, en cualquier confín de la Tierra. Este es el avance que se advierte de Nuremberg a La Haya y, al parecer, se trata de un camino sin retroceso.

Capítulo XVI

EL DEFICIENTE ACCESO A LA JUSTICIA Y PRIVACIÓN DE JUSTICIA COMO VIOLACIÓN DEL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS [1]

I. *LA INSUFICIENCIA Y SUS REMEDIOS PARCIALES*

1. *Introducción*

Pareciera existir una suerte de "tabú" para exponer y discutir en forma sistemática y constante, en nuestra profesión, los temas atinentes a las falencias del Estado a través de su representación visible. Fundamentalmente en lo que se refiere al Poder Judicial, en cuanto al real y efectivo acceso a la justicia para la tutela de los derechos humanos.

Parece que señalar que hay en verdad efectiva privación de justicia generalizada para la tutela de los derechos humanos es como decir que el rey está desnudo... Es cierto, pero no se dice, no se ve, no se comenta, salvo trabajos y obras aisladas que no parecieran conmover a la sociedad o al Estado para la toma de decisión. Es posible que haya una sencilla explicación psicológica, como ejemplo de automecanismo de defensa del yo: inconscientemente, uno trata de no ver aquellas falencias sistémicas de su profesión que llegan poco menos que a invalidarla totalmente.

[1.1] Ampliar en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 6ª ed., 2003, capítulos XII a XVI.

Los problemas que afectan al Poder Judicial no son todos de su propia creación ni invención. Algunos sí, por supuesto. Pero nadie con poder de decisión o iniciativa recoge el guante y trata al menos de dar solución al problema que esté a su alcance.

2. *La lucha de la justicia contra el poder*

Conviene recordar el axioma de que "no importa lo que un Juez dice que hace, sino lo que hace", y por ello no interesan los *obiter dicta* de las sentencias, sino si en verdad hacen lugar a la tutela impetrada por el particular o utilizan alguna de las cientos de razones y fundamentos existentes para negársela, por respetabilísimos como antiquísimos principios de derecho procesal, jurisprudencia, costumbre judicial, etc. Si en tal caso el juez dice que el individuo tiene seguramente razón, pero que equivocó la vía, no hizo el reclamo previo, no agotó la instancia, etc., lo que hace es claro: no otorga la tutela impetrada, cualquiera sea el motivo invocado.

Claro está que es duro y solitario el papel de crítico de la sociedad o del poder. Fue duro el antiguo trabajo solitario y admirable de algunos funcionarios de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas. Es duro el trabajo del autor que quiere hacer progresar el derecho, que a veces le vale el mote de "doctrina minoritaria", como si la razón se contara con un ábaco.

También es duro y solitario el trabajo del juez que sin ninguna recompensa pública o privada debe levantarse, él sólo, para fulminar de nulidad nada menos que un acto de los más altos y poderosos órganos del Estado, que, ellos sí, no se privan de criticar ante la prensa la decisión judicial, en los más duros términos que les parezca conveniente.

Tal vez, entonces, demasiados ciudadanos poco informados sienten en el juez un opositor al gobierno, no advirtiendo que parte de un buen gobierno es tener una justicia que lo controle y le anule sus actos cuando los perciba ilegítimos.

Puede ser que no adviertan que un órgano de control que sirva de algo, debe precisamente criticar y en su caso invalidar la ac-

ción del gobierno de turno, a tiempo, y no llegar con su sentencia recién cuando el gobierno ya cambió, y la sentencia sólo alcanza al gobierno anterior.

Molestan las medidas cautelares, los amparos que tramitan con celeridad procesal, todo.

Los poderes públicos de nuestros países no comprenden que jamás debieran permitir que órganos menores del Estado se pronuncien públicamente en contra de un magistrado de la Nación, como a veces lo hacen cuando éste no es conformista con el poder, y olvidan sancionar a los funcionarios administrativos que comienzan a perseguirlo y hostigarlo. Tal vez todos se dejan llevar por el rechazo a lo diferente, a lo extraño, aquello que por ser distinto parece constituir una amenaza, por poder llegar a erigirse en ejemplo de conducta a imitar antes que rechazar.

Siempre está el poder público disconforme con la justicia: que hay muchas condenas contra el Estado, demasiados juicios ganados por particulares, condenas demasiado altas, etc. Preocupación ésta que no parece ser exclusiva del gobierno nacional, sino compartida por los gobiernos provinciales. Y que no parece haber merecido demasiados pronunciamientos en sentido contrario de los restantes grupos de poder (o sea, proyectos de ley aumentando el número de juzgados en esta materia para llevarlo, en relación a la población, al siguiente escalón mínimo, el de los jueces penales).

Parece como si todos salvo algunos autores estuvieran en el fondo de acuerdo, lo mismo que en no instituir el Defensor del Pueblo, no hacer justicia barrial o de menor cuantía para la defensa del usuario y del consumidor, no promover la tutela judicial del medio ambiente y de los intereses difusos, el derecho a la salud y a la vida, etc. ¿Es de sorprender entonces que no funcionen los derechos individuales?

3. *El recargo endémico de trabajo. Resolver en contra por cuestiones formales, o entrar al fondo de la cuestión*

Para que el juez no se atenga a cuestiones formales al rechazar la acción de amparo, y sepa superar las vallas formales para hacer

justicia pronunciándose sobre el fondo de la cuestión, o para animarse a dictar una medida cautelar a favor del derecho o garantía constitucional invocada, necesita él mismo no verse superado por el número y atraso de todas las causas de su juzgado y el permanente y endémico recargo de trabajo.

La jurisprudencia y los pronunciamientos denegando justicia por cuestiones procesales no son sino una respuesta inevitable de un sistema superado por lo que percibe la avalancha de casos, la agresión de los justiciables, el embate de los abogados que pretenden llevar causas a los tribunales en procura de justicia...

Les pasa quizás a veces lo mismo que a los empleados de mesa de entradas de una repartición con mucho trabajo, que ven en cada administrado un enemigo antes que un titular de derechos que deben tramitar, respetar y resolver. Le tienen fastidio desde antes que se acerque a la ventanilla, y se lo hacen sentir claramente. Un poco lo mismo ocurre cuando un letrado inicia un amparo: no es precisamente con gran simpatía que lo recibirán en el juzgado.

Si esto ocurre es humano que en una suerte de autodefensa, el sistema de órganos jurisdiccionales, camaristas, jueces, empleados, busque cerrar las vías de acceso a la justicia, y nada más fácil que hacerlo por los infinitos argumentos procesales que nuestra jurisprudencia de todos los tiempos ha sabido crear. La clave, nuevamente, es el recargo de trabajo fruto de la escasez de juzgados.

4. *El remedio heroico de la delegación de justicia*

Quienes frecuentan la experiencia de la judicatura conocen que una de las formas de enfrentar el problema del recargo de tareas es distribuir trabajo entre los empleados del juzgado.

Es un secreto a voces que los estudiantes de derecho hacen sentencias. Como nos decía un excelente juez de otra jurisdicción, a cuyo juzgado entran 6.000 causas anuales, no tiene más remedio que elegir las causas más importantes para decidirlas él

mismo, y en el resto, tratar de que sus empleados hagan la mejor justicia que puedan.

Pero delegar o no la justicia en los empleados, por más grave que parezca, no es lo esencial. Lo cierto es que ni siquiera con el remedio heroico de que *todos* los empleados del juzgado resuelvan, sean abogados o estudiantes de derecho, o ni siquiera estudiantes de derecho, se llega al desiderátum de un número suficiente de órganos con función jurisdiccional que puedan resolver en tiempo oportuno el número de causas que la población tiene derecho a llevar, pero no puede llevar, por falta de jueces y hasta de empleados que hagan de juez.

Faltan jueces en medida mucho más heroica que la solución heroica de que los empleados hagan sentencias.

Resulta así que tanto el rechazar acciones por aspectos formales y no de fondo, como el dictar sentencia en tiempo oportuno, o poder efectuar un más acabado estudio del caso, todo está sujeto a la condición necesaria, aunque no suficiente, de que exista un número de juzgados adecuadamente razonable en relación a la población.

5. *Las presiones externas y la existencia de un Poder Judicial independiente*

En tales condiciones de fatiga crónica, de años de atraso con la pesada carga de salud mental que ello impone por la imposibilidad de salir del mecanismo con éxito, más débil resulta el poder judicial a las presiones externas y a otras deformaciones.

Cualquier lector informado que haya leído la breve explicación de JONATHAN MILLER al caso *Marbury vs. Madison* sabe que en todo caso existe un contexto sociopolítico que influye en la decisión del tribunal.

Sabe también que hay intereses sociales y económicos en juego que es necesario componer adecuadamente en el acto de hacer justicia en el caso singular.

Y no desconoce que existen cabildeos, entretelones, pasillos.

En épocas “duras”, el Ministro del Interior llamaba por teléfono al juez competente para “argumentarle” un caso, y el Juez no tenía más salida que atenderlo, y tratar de resolver justamente a pesar de ello. En épocas más “blandas”, el Presidente o el Ministro del ramo no ocultan su enojo contra los jueces por los pronunciamientos adversos a la administración, y presionan hasta presentando escritos judiciales el titular del Poder Ejecutivo, o dictando Decretos írritos pretendiendo restar fuerza ejecutoria a las sentencias condenatorias de la Nación. Los jueces, no siempre dispuestos a defender sus potestades y su independencia con énfasis categórico, a veces eluden la trampa o el cerco con artilugios procesales. Y así se va armando la compleja trama del fallido sistema jurisprudencial que tiene explicación para todo, pero respuesta para muy poco.

En esa lista de situaciones cabe incluir también las presiones que ejerce el propio medio o “familia” judicial, con su natural búsqueda de coherencia, uniformidad, sistema, que puede también desde otra perspectiva llegar a ser conformismo a un orden establecido, resistencia al cambio, etc. Dicho más brutalmente, el poder judicial se inclina en la duda mucho más fácilmente a favor del poder estatal y en contra del derecho individual que a la inversa. Y a quien lo critica o piensa lo contrario se lo desacredita con el argumento *ad hominem* de ser “abogado del interés individual”.

Olvidando, claro está, que quienes verdaderamente abogan por el interés individual con éxito, saben que corresponde hacerlo en los pasillos, las antesalas, los almuerzos, los seminarios, las excursiones, los viajes, los alegatos de oreja, las buenas relaciones públicas con cada nivel decisorio de cada juzgado y secretaría. Así se ganan verdaderamente los asuntos, a la callada, no haciendo ruido, no moviendo la estantería, no criticando públicamente. Apoyando el sistema como bueno porque produce un buen resultado para uno. Pero lo bueno para uno, en este esquema es malo para todos, uno mismo incluido.

6. *El número de causas entradas y salidas cada año*

De todos modos, aún superando presiones ajenas y careciendo de debilidades internas, aún trabajando al máximo en lo que un juez denomina "tarea de titanes": tener al día un juzgado. Lo cierto es que cada año entran más causas de las que salen de su despacho, sin que el Poder Legislativo instituya más tribunales.

Esta necesaria correspondencia del número de jueces con la población, y esta enumeración de causas entradas por año, que del mismo modo corresponde vincular a la población, da la medida si no exacta al menos aproximativa del acceso a la justicia o su denegación y privación.

También se relaciona, desde luego, con el interés y el coraje que los particulares demuestren en defender judicialmente sus derechos frente a la administración. Pero ello depende de que existan jueces *suficientes* que puedan sin trabajo titánico darle, en tiempo *razonable*, una decisión, buena o mala, adversa o favorable, sobre el *fondo* de la cuestión. Por más dispuesto que esté alguien a cuestionar judicialmente una conducta administrativa, y aunque tenga los recursos para soportar el costo de la *litis*, y el coraje de enfrentarse con la administración, de nada le sirve todo eso si no hay jueces que tengan tiempo material de atenderlo. Y deban además sus empleados recurrir a prepararle providencias dilatorias, y los fiscales hagan lo mismo, y el juicio se eternice, la sentencia tarde años, etc.

En materia penal, a título de ejemplo, hay un juez por cada 50.000 habitantes en la Capital Federal, y un juez penal cada 300.000 o 350.000 habitantes en el Gran Buenos Aires. Si a ello se suman parecidos guarismos en materia de número de policías, móviles, institutos de detención, etc., fácil es encontrar una explicación concurrente de por qué en dicha área ciertas formas de criminalidad presentan aparentemente mayor frecuencia o en todo caso, menor efectividad de la represión del sistema institucional.

En materia civil y comercial en la Capital Federal hay juzgados donde se puede acudir a peticionar acceso a la justicia. No hay en cambio justicia barrial, ni para cuestiones de vecindad.

No son eficaces los tribunales arbitrales y del consumidor previstos en sede administrativa en forma *voluntaria* para el comerciante. Tampoco los colegios profesionales de abogados han organizado eficientes tribunales arbitrales que suplan esa deficiencia, no porque no lo hayan intentado, sino porque las partes son renuentes a recurrir al arbitraje.

Pero es en materia administrativa donde la insuficiente cantidad de juzgados excede lo meramente cuantitativo para transformarse en cualitativo, en verdadera y sistemática privación de justicia.

Sigamos considerando la Capital Federal: doce jueces federales en materia administrativa para tres millones de habitantes daría un juez por 500.000 habitantes, *peor que los juzgados penales en el Gran Buenos Aires*. No sea entonces de extrañar que los índices de criminalidad en aquella zona guarden razonable comparación con las irregularidades administrativas que no pueden llevarse a la justicia en el ámbito federal.

La cuestión es con todo peor que lo que tales números sugieren, pues a los tres millones de habitantes de la Ciudad de Buenos Aires hay que agregar los cinco millones de habitantes del Gran Buenos Aires que son usuarios de los servicios concedidos o licenciados por la administración nacional (gas, teléfonos, transporte aéreo y ferroviario, electricidad, agua, etc.), y los administrados *de todo el país* que con demasiada frecuencia deben atenerse a la idea general de que deben demandar a la Nación en su propio domicilio, o sea en la Capital Federal.

Sean diez millones de justiciables potenciales, u ocho millones, o seis millones, de todos modos estamos en los grandes números: alrededor de un millón de justiciables potenciales por cada juez de primera instancia. Pensamos que desde esta perspectiva cualicuantitativa y estadística, no puede sino arribarse a la conclusión que no existe, simplemente, poder judicial al cual acceder.

Por cierto que a esta grave aseveración pueden oponérsele las aproximadamente dos mil causas que cada año entran a cada juzgado. Pero la cuenta se puede rehacer: diez millones dividido diez o doce mil implica en trazos gruesos que sólo una persona de

cada mil tendrá posibilidad de acceder a la justicia, cada año. Si tomamos como ejemplo los 20.000 estudiantes de derecho, 20 de ellos pueden llegar a acceder a la justicia, estadísticamente hablando. Y si nos referimos a los más de 50.000 abogados matriculados en esta jurisdicción, ¿cuántos pueden materialmente litigar en esos doce juzgados?

7. *El efecto acumulativo y circular*

Ahora bien, considerando:

1°) la cantidad de valladares formales que aplica la jurisprudencia (llámense "habilitación de instancia", "agotamiento de la vía administrativa", plenario *Petracca*, "vista al fiscal", "cuestión susceptible de mayor debate y prueba", "existencia de otra vía", "no impugnación de actos generales en forma directa", "no declaración de inconstitucionalidad de actos".[1]

2°) la lógica incertidumbre del particular accionante contra el Estado, en cuanto al resultado,

3°) el tener que recurrir a un abogado,

4°) el necesario pago del impuesto de justicia,

5°) la previsible lentitud de la justicia, que aún andando rápido no logra estar a la altura de las expectativas subjetivas del justiciable. Éste piensa en meses, la justicia se cuenta por años.

6°) Afrontar los gastos de pericia, y otros que puedan presentarse,

7°) las costas del juicio en caso de perderlo, y

8°) teniendo en cuenta el contexto social y político en que desde el poder se presiona a los jueces, fácil es saber que de entrada se está limitando más allá de lo razonable la decisión de litigar contra el Estado, que pasa a constituir, para muchos, una hipótesis irracional, impensable, carente de sentido práctico: allí han perecido *todos* los derechos humanos frente al poder.

9°) si de cada mil justiciables sólo *uno* puede acceder a la justicia, y aún ese uno no entra al Paraíso sino a un lugar kafkiano

[7.1] Ampliar en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 8° ed., 2004, *Introducción*.

donde habrá de librar todas las batallas que venimos de enumerar, afrontar los gastos, asumir los riesgos, exponerse al poder público, a veces a *todos* los poderes públicos, incluso la prensa, más escueta se vuelve otra vez la fila imaginaria.

Muchos dirán, muchos dicen, que ni en sueños se colocan en esa fila de aspirar a acceder a la justicia. La maldición gitana "Que tengas juicios, y los ganes", es así una doble manifiesta imposibilidad. No es simplemente posible, estadísticamente, tener juicios contra el Estado, no más de *uno* de cada mil ciudadanos por año. No hay entonces derechos humanos tutelables en forma efectiva. La palabra "derecho" ha perdido allí toda connotación técnica realista.

8. *Algunas categorías teóricas de posibles justiciables sin justicia*

Son parte de los millones de usuarios queriendo reclamar por su factura de gas, de teléfono, de obras sanitarias, por el boleto de transporte, por el servicio mal prestado o dejado de prestar, por la obtención de la conexión al servicio, por los actos de la administración nacional centralizada y descentralizada, los concesionarios o licenciatarios, los entes reguladores. Son también los millones de jubilados y pensionados, los usuarios de servicios hospitalarios, los particulares en cuya privacidad invaden los medios de difusión masiva sin reconocerles el derecho de réplica y sin que la justicia restablezca el equilibrio.

9. *Algunos que acceden*

En esa lista entran por fin los grandes contratistas y proveedores de la administración, los grandes intereses perjudicados o lesionados por el Estado, y alguno que otro individuo motivado o exacerbado más allá de lo razonable. Cómo para querer entablar pleito a pesar de todo... Veamos:

Allí se encuentra la selección del uno por mil que componen en materia administrativa la clientela del poder judicial existente y

posible, aquel que está concebido a razón de un juez y dos mil causas por cada millón de habitantes o más.

¿Puede uno extrañarse que los juicios contra el Estado, en tal situación de inaccesibilidad de la justicia, estén constituidos por dos grandes grupos de casos:

a) los asuntos de elevado monto económico, en que el empresario no tiene más remedio que sortear todas las vallas, afrontar todos los riesgos, soportar todos los costos del sistema, para intentar recuperar el quebranto que el Estado le impuso;

b) los asuntos "exóticos", "raros", "quijotescos", "de moda", etc.: aparecen allí de tanto en tanto los derechos de incidencia colectiva, de éxito variable.[1]

10. *El mito del acceso a la justicia, la realidad de su constante privación*

Si éstas fueren conjeturas razonables, cabe entonces concluir que en la Argentina de hoy y de siempre, a nivel nacional —¿y por qué no al provincial?— el acceso real y efectivo constituye nada más que un mito, nunca una posibilidad real y concreta al alcance de todos y cada uno de tales miles y millones de ciudadanos.

Si todos tomáramos conciencia que esta realidad impide la vida civilizada en sociedad, consagra la ley de la selva, la justicia por mano propia, la venganza, la corrupción, el amiguismo y la influencia como modos de encarar los asuntos de la administración pública por los particulares, o el descreimiento, la desesperanza, la falta de fe, el cinismo, y si queremos paliar o evitar todo esto y tener realmente vigente un eficaz acceso material a la justicia en materia administrativa, entonces podremos pasar al punto siguiente, la inevitable primera conclusión posible.

Hay que aumentar el número de jueces en materia administrativa para que llegue por lo menos al número de jueces penales por habitante, y todavía sería ínfimo. Un juez por cada 50.000 usuarios de los servicios nacionales, a razón de ocho o diez

[9.1] Ampliar en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, caps. II y III.

millones, da como resultado doscientos juzgados contencioso administrativos más en el orden nacional, nada más que en primera instancia.

Hoy hay doce, antes había tres o seis, mucho antes había uno. Saque el lector las conclusiones, diga el lector si con esta relación de usuarios—juzgados—causas, existe en la realidad, el acceso a la justicia en materia administrativa, si hay derechos humanos vigentes en nuestro medio.

11. *¿Existen soluciones?*

En las actividades de aprendizaje y enseñanza que complementan esta introducción general, se pueden trabajar no menos de diez alternativas parciales de mejorar la situación, aún ante la inacción de los Poderes Legislativo y Judicial.

Pero antes de pasar a ellas, insistamos en algunas otras soluciones parciales, o sucedáneos, que sin ser tan útiles como un número adecuado de juzgados al menos pueden ofrecer paliativos de menor valía. Creemos justicia barrial y de menor cuantía, si se puede y los poderes quieren. Pero no dejemos de analizar la justicia de menor cuantía como complemento no excluyente de la verdadera justicia que debiéramos tener pero no tenemos. Hablemos también, entonces, de sucedáneos menos buenos, para suplir en algo la indefensión hasta que haya jueces verdaderos en números suficiente como para proveer justicia. Asumamos el subdesarrollo.

Y vayamos tomando nota, sin desesperar, de los fracasos, como tribunales arbitrales y de derechos del consumidor, creados por el decreto como opción para el comerciante, que éste por ahora y salvo pocas excepciones, no acepta.

12. *La justicia pública no estatal a cargo de los Colegios Profesionales*

Los colegios profesionales creados por ley, como el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, o los distintos Colegios

de Abogados de las provincias argentinas, se encuentran en grave falencia de soluciones creativas para el problema descrito.

En lugar de insistir en mínimas cargas públicas para jóvenes abogados, de asumir la defensa de personas sin recursos, los Colegios profesionales deberían crear tribunales arbitrales gratuitos en torno a una agrupación cualquiera de alguna de las siguientes posibles ideas:

1°) ser constituidos como jurisdicción voluntaria,

2°) ser barriales o vecinales, sin perjuicio de organizar también tribunales arbitrales a nivel centralizado del Colegio, para asuntos de alzada o mayor envergadura,

3°) en una alternativa, estar a cargo de abogados del foro con experiencia de veinte a treinta años en la profesión, que como carga pública gratuita o remunerada por hora de trabajo, tengan que atender obligatoriamente una vez por semana, o por mes, o rotativamente, sin desatender el giro normal de su profesión, la resolución de las contiendas que las partes sometan voluntariamente al Colegio Público para su decisión como tribunal arbitral,

4°) en otra alternativa, crear nuevos puestos de trabajo a abogados de la matrícula que se presenten voluntariamente a concursos públicos de oposición a fin de ser designados por períodos determinados de tiempo como magistrados arbitrales, a ser remunerados conforme la carga horaria que los asuntos sometidos a su jurisdicción razonablemente requiera,

5°) soluciones intermedias de tribunales arbitrales colegiados compuestos al par de jóvenes profesionales y otros con experiencia, o incluso presididos por magistrados o ex magistrados del foro, en todos los casos sin desmedro de su función u ocupación habitual, pero aprovechando su experiencia,

6°) el procedimiento podría ser verbal y público, sin perjuicio del derecho de las partes de presentar también las piezas principales del proceso (demanda y contestación, alegato), también por escrito,

7°) el procedimiento debiera prever que las audiencias de testigos y toda la prueba que ambas partes, actora y demandada,

acuerden producir privadamente, pueda ser válidamente introducida de ese modo, sin perjuicio de la facultad del tribunal arbitral de ordenar la nueva producción de alguna prueba u otra que estime conveniente de oficio,

8°) si bien se piensa, aumentar de este modo el número real de tribunales a los cuales acceder a procurar justicia, no sólo permitiría mejorar en algo la privación generalizada de justicia que padecemos, sino que hasta brindaría nuevas y hoy inexistentes fuentes de trabajo a los jóvenes abogados que no tienen clientes ni tribunales.

13. *Apreciación general*

Es una llamativa deficiencia de la profesión que nos agrupa, que otras instituciones públicas o semipúblicas como la Bolsa de Comercio hayan creado tribunales arbitrales, y el propio Colegio de Abogados no ofrezca un servicio eficaz, operativo, de esa naturaleza a toda la sociedad que tanta dificultad o imposibilidad tiene de acceder a la justicia estatal.

No sería demasiado difícil a un Colegio imaginativo y creativo instituir las condiciones necesarias de imparcialidad, gratuidad e independencia para que el profesional que actúe como magistrado sea un verdadero tercero desinteresado del proceso.

Lo han hecho todos los tribunales internacionales que existen en el mundo, que son integrados por profesionales con actuación concreta y se reúnen dos o más veces al año para resolver las causas sometidas al tribunal, sin que su condición de abogados fuera de ese tribunal haya sido jamás óbice para un juzgamiento imparcial e independiente.

Pueden hacerse combinaciones con tribunales colegiados, que presida por ejemplo un magistrado del poder judicial que como tarea privada y personal de bien común acceda a prestar el servicio de integrar un tribunal público no estatal; pueden buscarse profesionales que por su larga actuación y el tipo de asuntos que atienden habitualmente en la etapa de su vida profesional en que se encuentren, tengan verdadero desinterés del resulta-

do de la causa o del tipo de causa en la cual le tocará intervenir.

Todo ello puede y debe supervisarlo el Colegio, estando atento a corregir las posibles desviaciones que se produzcan.

Hay más que se puede hacer, liberando la imaginación creadora. Veamos.

II. *LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS COMO COMPLEMENTO O PALIATIVO ANTE LA PRIVACIÓN DE JUSTICIA*

1. *Introducción. ¿Opción excluyente?*

Una de las cuestiones discutidas en el derecho administrativo de América Latina y comparado es la de si los actos administrativos deben ser juzgados por tribunales judiciales y cuáles en su caso, o por tribunales administrativos:[1] el criterio que parece ser mayoritario se inclina generalmente por el juzgamiento exclusivo a cargo de tribunales judiciales,[2] sin creación de tribunales administrativos,

[1.1] Ver, por ejemplo, la clásica obra de BOSCH, JORGE TRISTÁN, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?,* Buenos Aires, 1951; SEABRA FAGUNDES, M., *O contrôte dos atos administrativos pelo poder judiciário,* 5ª ed., Río de Janeiro, 1979, ps. 122-128; GONZÁLEZ COSÍO, ARTURO, *El poder público y la jurisdicción en materia administrativa en México,* México, 1976, p. 60 y ss, aunque también se discute en México el sistema de organización del control Judicial, GONZÁLEZ COSÍO, *op. cit.*, p. 103, y sus referencias; NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho procesal administrativo,* México, 1959. También cabe mencionar los mecanismos judiciales por los cuales se ejerce control constitucional que explica FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos,* México, 1980, p. 135 y ss., ya que como este autor señala, la administración, "debido a su desbordamiento en todos los campos, se ha transformado en la fuente esencial de las violaciones a los derechos" (p 23). También en Europa el énfasis ha sido puesto en el control *judicial* de los derechos individuales: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y otros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos,* Madrid, 1979.

[1.2] O sea, en favor de no crear tribunales administrativos y mantener exclusivamente el control judicial amplio, sea a través de la jurisdicción común o de una jurisdicción especial usualmente llamada contencioso-administrativa. Por nuestra parte, y con aplicación al caso argentino y sus normas constitucionales vigentes, nos hemos pronunciado antes de ahora por la *indispensable revisión judicial amplia,* lo que sin duda *no excluye* la

y el debate se ha centrado en realidad alrededor de si tales tribunales judiciales deben ser los ordinarios, o deben ser tribunales comunes con competencia contencioso-administrativa, o si deben ser tribunales especiales de naturaleza judicial.[3]

En el Derecho fiscal en cambio han nacido y se han desarrollado tribunales que en su origen son considerados administrativos, dotados de gran autonomía, que tienen a su cargo —en forma optativa o no— la resolución de las controversias de los contribuyentes con la administración activa, y respecto de cuyas decisiones existe ulterior revisión judicial, sea amplia o limitada. Ello ocurre, por ejemplo, en la Argentina,[4] Brasil,[5] México,[6] etc., y tiene antecedentes también en el resto del Derecho comparado.[7] Cabe señalar desde ya que la experiencia no ha sido en absoluto

posibilidad, que ahora analizaremos, de una *previa* revisión por tribunales administrativos que no impida *in limine* la posterior revisión judicial; ver, al respecto, nuestro *Tratado de Derecho Administrativo,* tomo 1, *Parte general,* 8ª ed., Buenos Aires, 2003, capítulo IX, parágrafo 7 y sgs.; tomo 2, 6ª ed., *op. cit.,* capítulo XV.

1.3 De naturaleza judicial por sus condiciones de absoluta imparcialidad e independencia, potestades, etc., sin perjuicio de que pueda ser organizado en forma autónoma no sólo de la administración, sino también del Poder Judicial tradicional, como ocurre con el Consejo de Estado en Colombia.

1.4 Es el Tribunal Fiscal de la Nación, contra cuyas decisiones existe un recurso llamado de "apelación limitada" por ante la justicia, artículo 174 de la Ley 11.683, t.o. 1978. Ver GIULIANI FONROUGE, CARLOS M. y NAVARRINE, SUSANA, *Procedimiento tributario,* Buenos Aires, 19.74; VILLEGAS, HÉCTOR, *Curso de finanzas, Derecho financiero y tributario,* 3ª ed., tomo 1, Buenos Aires, 1979, p. 350 y ss.

1.5 Ver BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO, *El proceso administrativo en Iberoamérica,* México, 1968, ps. 199-200; también existe en Brasil, como en otros países, un Tribunal Marítimo Administrativo, de cuyos actos existe revisión judicial: Seabra Fagundes, *op. cit.,* pp. 141-142.

1.6 Se trata del antiguo Tribunal Fiscal de la Federación, que explica SERRA ROJAS, ANDRÉS, *Derecho Administrativo,* 6ª ed., tomo II, México, 1974, p. 552 y ss.; FRAGA, GABINO, *Derecho Administrativo,* 7ª ed., México, 1958, p. 505 y ss.; ver también HEDUÁN VIRUÉS, DOLORES, *Hacia un tribunal federal de justicia administrativa,* en el libro de homenaje a GABINO FRAGA, *Estudios de Derecho público contemporáneo,* México, 1972, p 129 y ss.

1.7 Ver BREWER CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisdicción venezolana,* Caracas, 1964, pp. 443444.

Un antecedente inmediato de estos tribunales administrativos en materia fiscal que dejan expedida la posterior revisión judicial de lo resuelto por

negativa en cuanto a la posibilidad práctica ofrecida a los justiciables, en el caso contribuyentes, de obtener una revisión imparcial e independiente de los actos tributarios que los afecten, primero ante estos tribunales administrativos y luego ante la justicia.

Trataremos aquí de brindar elementos de análisis para discutir si se trata de un sistema susceptible de ser extendido del ámbito fiscal al administrativo, manteniendo una posterior revisión judicial *amplia* de lo resuelto por el tribunal administrativo, sea por parte de los tribunales judiciales comunes con competencia fiscal o contencioso-administrativa, sea de tribunales judiciales especializados y diferenciados.[8]

Adelantamos, desde ya, que lo que nos interesa principalmente a los efectos de este trabajo no es tanto la experiencia concreta de los tribunales fiscales en cuanto se aproximan a los tribunales judiciales, sino el concepto de instituir un sistema de tribunal *administrativo*, independiente e imparcial, pero próximo a la administración, ante el cual se puedan recurrir actos administrativos y contra cuyos pronunciamientos exista luego revisión judicial amplia y plena. O sea, que exista aunque mas no sea una modestísima instancia a la cual acudir en procura de la defensa de los derechos humanos conculcados por la misma administración.

2. *Imparcialidad e independencia*

Con todo, antes de entrar al análisis del tema conviene introducir algunas aclaraciones o precisiones terminológicas en cuanto al

ellos, lo encontramos en los tribunales económico-administrativos españoles, que sin integrar el Poder Judicial ni tener reconocidas funciones jurisdiccionales tienen, sin embargo, "una cierta independencia en la medida en que no están insertos en la organización administrativa a través de vínculos jerárquicos", como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo, op. cit.*, tomo II, p. 571. Ver también GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Los recursos administrativos y económico-administrativos*, Madrid, 1975, p. 320 y ss.

[1.8] Para la cuestión terminológica nos remitimos a las aclaraciones hechas en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, *op. cit.*, caps. XIII, parágrafos 1 a 4 y ss.; BOSCH, JORGE TRISTÁN, *Lo contencioso-administrativo y la Constitución nacional, LL*, 81:830, 842 y ss.

sentido con el cual empleamos la palabra "tribunal", que por cierto es susceptible de divergentes estipulaciones.

No consideramos incluido dentro del concepto de "tribunal", sea judicial o administrativo, a aquel cuerpo que carezca de un mínimo elemental de *imparcialidad* e *independencia*.[1] Imparcialidad en el sentido de no ser parte ni tener interés en el proceso, no haber tenido intervención activa en la producción de los actos que serán sometidos a su juzgamiento, no ser superior jerárquico de los autores de tales actos; es el sentido de tercero desinteresado del proceso, en palabras de CARNELLUTI.

Independiente, por no estar a su vez sometido a instrucciones u órdenes superiores de la administración activa. Si se planteara el caso de algunos órganos de la administración, que sin perder su condición de tales tuvieran al mismo tiempo la función de dictar los actos sujetos a contralor y de controlarlos ulteriormente, entonces no estaríamos ya hablando de tribunales administrativos, sino de simples órganos administrativos de los cuales se podrá, en todo caso, discutir si están o no ejerciendo, *además*, alguna función jurisdiccional. A los efectos de este trabajo, dichos órganos administrativos con pretendida función jurisdiccional están excluidos del análisis. A la inversa, puede también darse el supuesto de órganos con una imparcialidad e independencia en un todo análoga a la del Poder Judicial tradicional —que permita en verdad considerarlos con ese alcance parte del Poder Judicial—, que tengan, sin embargo, atribuida por la Constitución y por la Ley, además de sus facultades jurisdiccionales, funciones administrativas y consultivas: tal el caso del Consejo de Estado en Colombia;[2] esos supuestos quedan comprendidos en este estudio, pero en cuanto órganos judiciales o jurisdiccionales.

[2.1] Para un mayor desarrollo nos remitimos a nuestro *Tratado de Derecho Administrativo,* tomo 1, *op. cit.*, capítulo VIII, parágrafo 8 y sigs; cap. IX, n° 7.

[2.2] Ley 167 de 1941, artículos 23 (funciones consultivas, administrativas y jurisdiccionales), 45 y 46 (iguales derechos, prerrogativas y estabilidad que los miembros de la Corte Suprema de Justicia). Véase VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho Administrativo,* 7ª ed., Bogotá, 1980, p. 459 y ss.

3. *Algunas limitaciones comunes*

A su vez, conviene adelantar y recordar que existen algunas limitaciones al funcionamiento de los tribunales, tanto administrativos como judiciales, que hasta ahora no se han podido evitar en forma sistemática. La panacea para la defensa de los derechos humanos no aparece en unos ni en otros.

3.1. *Lentitud*

En primer lugar, la lentitud del procedimiento desde que se inicia con el recurso o acción del particular hasta que se dicta sentencia definitiva; aun en el Consejo de Estado francés "tres o cuatro años entre la decisión y su anulación se deslizan la mayor parte del tiempo, lo que quita toda eficacia práctica a la medida tomada. Es cierto que existe la posibilidad para el Consejo de Estado de ordenar la suspensión de la ejecución... Pero de hecho, la suspensión es una medida excepcional que el Consejo de Estado no toma sino raramente".[1] Más o menos lo mismo puede decirse en la generalidad de los países de América Latina, tanto en los tribunales judiciales como administrativos.[2]

3.2. *Eficacia*

En segundo lugar, difícilmente en materia administrativa el tribunal mismo, sea el judicial o administrativo, se ocupará de tomar medidas que aseguren el cumplimiento de su pronunciamiento, y es dudoso que en la *práctica* tenga la potestad *efectiva*

[3.1] CALON, JEAN PAUL, *Le Conseil d'État et la protection des libertés publiques*, París, 1980, p. 16; similares observaciones hemos efectuado al funcionamiento de los tribunales judiciales en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, *op. cit.*, capítulos XIII a XV. En materia fiscal, esta experiencia se halla consagrada a nivel de principio con la regla *solve et repete* que explicamos en dicho capítulo XIII, n° 9.7, pp. 47 y ss.

[3.2] La inquietud por la lentitud y el costo del control es generalizada y, por ejemplo, en Paraguay la recoge PUCHETA ORTEGA, JUSTO, *Lo contencioso-administrativo*, Asunción, 1973, p. 19, recordando iguales reflexiones del derecho anglosajón y de BOSCH, *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública, op. cit.*

para hacerlo en contra de la voluntad administrativa.[3] El pronunciamiento que anula un acto administrativo puede ser desoído y sobre todo la administración puede no sacar necesariamente todas las conclusiones,[4] lo que hace que su autoridad sea fundamentalmente moral; ello no lo torna en modo alguno ineficaz, pero sí menos eficaz que lo que teóricamente podría argüirse que debe serlo.

3.3. *Reparación*

En tercer lugar, salvo en los asuntos puramente pecuniarios en los cuales exista una medida cierta del perjuicio material sufrido por un individuo, no puede esperarse demasiado de una indemnización por daño moral, puesto que "el perjuicio que causa a los ciudadanos la privación de una libertad no es sino moral; qué indemnización sino simbólica podría reclamar el ciudadano que no ha podido asistir a una ceremonia religiosa, a una reunión política, que no ha podido comprar su periódico habitual o ver un film que la crítica le recomendaba... la indemnización a las víctimas de violaciones a las libertades no tiene alcance disuasivo".[5]

3.4. *Influencias subjetivas y objetivas*

En cuarto lugar, dado que tanto magistrados judiciales como miembros de tribunales administrativos son seres humanos, es obvio e inevitable que sus respectivas creencias, sensibilidades,

[3.3] En el caso de los tribunales judiciales no cabe dudar en el plano constitucional y legal que ellos tienen las más amplias facultades para ordenar a la administración el pleno e irrestricto cumplimiento de sus sentencias; pero la práctica enseña que en las cuestiones administrativas la morosidad administrativa en el cumplimiento de la sentencia judicial, o el parcial o ineficaz cumplimiento de la sentencia, o la creación de nuevas situaciones administrativas que de hecho indirectamente desconocen lo antes resuelto por la justicia, no siempre es encarado con vigor y eficacia por los tribunales. La sentencia no termina el problema, aunque brinda la base moral necesaria para luego concluirlo en la práctica con la administración.

[3.4] CALON, *op. loc. cit.*

[3.5] CALON, *op. loc. cit.* Hemos comentado el problema y sugerido algunas posibles vías de solución en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo,* tomo 2, *op. cit.,* capítulos XIII y ss.

personalidades y orientaciones jurídico-políticas hayan de influir sus pronunciamientos y que ellos hayan de ser influenciados a su vez por las circunstancias y el tiempo en que les toca desarrollar su función.

Por ejemplo, quienes tengan una formación de Derecho administrativo y fiscal que ponga más énfasis en la autoridad, encontrarán campo más propicio para el desenvolvimiento y aplicación de sus convicciones en gobiernos autoritarios; a la inversa, quienes tengan una formación con mayor énfasis en la protección de la libertad individual frente a la administración, encontrarán ámbito más natural para el desarrollo de sus principios en gobiernos democráticos, y les será más difícil hacerlo en gobiernos autoritarios.

4. *Prerrogativas y limitaciones*

Limitándonos pues a los tribunales administrativos dotados de un margen mínimo razonable de imparcialidad e independencia, las notas salientes para distinguirlos de los tribunales judiciales suelen estar dadas por aspectos en parte formales y protocolares, y desde luego en parte también de fondo. Bajo el aspecto formal, es usual señalar que los miembros de los tribunales administrativos no integran el Poder Judicial y no tienen las prerrogativas de los magistrados judiciales,[1] e incluso ocurre a veces que su *status* social, e incluso su ingreso, puede ser comparativamente menor.

En cuanto a sus atribuciones procesales, básicamente carecen de las facultades de imperio propias de la justicia [2] y no tienen la potestad de la *executio* de sus actos.

[4.1] Según los casos y los países, éstas pueden ir desde la exención de impuesto a los réditos, el derecho a no sufrir descuentos compulsivos de ninguna índole (v.gr., obras sociales), la inamovilidad mientras dure su buena conducta (con la garantía de no poder ser removidos de sus cargos, sino por juicio político, y no por mero acto administrativo), etc.

[4.2] Por ejemplo, la facultad de disponer allanamientos sobre las oficinas públicas, la de llamar a deponer como testigos con posibilidad de que el testigo incurra en falso testimonio, la de disponer, en general, el auxilio de la fuerza pública, embargar y ejecutar bienes, etc.

Existen también obvias diferencias protocolares: los magistrados judiciales están obligados por normas sociales a una importante serie de principios y limitaciones que conforman su independencia, entre otras cosas, a través de su reticencia y discreción. Generalmente, las Cámaras o Cortes hacen respetar por parte de los magistrados inferiores normas atinentes al decoro judicial, a la limitada o ninguna aparición de los jueces en medios de comunicación de masas (entrevistas periodísticas, conferencias de prensa, etc.), a la limitada actividad de divulgación docente (conferencias, cursos, etc., que están permitidos, pero siempre controlados en lo que hace al *quantum).* Hasta podría decirse que no sería bien visto, aunque quizá no sería objeto de controles formales, el tiempo mismo de relación y grado de frecuentación que un magistrado tenga con funcionarios administrativos; por ejemplo, con aquellos mismos a los cuales tiene la función de controlar. De algún modo, no se imagina uno a un magistrado asistiendo personalmente a reuniones administrativas, discutiendo con funcionarios públicos en los despachos de éstos, etc.

Trataremos de ver en este acápite cómo estas diferencias, concebidas correctamente para el fortalecimiento de la justicia y en defensa última de los propios intereses de los individuos que requieren tutela de sus derechos, conforman un mecanismo de control que puede no ser suficiente por sí para garantizar a los particulares la mejor defensa; que quizá quepa analizar si no le conviene mejor al individuo tener la doble opción de recurrir primero a tribunales administrativos y dejar para una ocasión ulterior, si aún lo necesita, el poder acudir a una instancia judicial.

Y además podrán ampliar el acceso de mayores capas sociales a una forma debilitada, pero mínima y no excluyente, de tutela de sus derechos.

5. *Potestades teóricas y prácticas*

5.1. *La reforma o sustitución del acto*

En efecto, sin perjuicio de que todas esas potestades aparecen *prima facie* como robustecedoras de los magistrados judiciales, es necesario

también destacar algunas particularidades sustanciales de las atribuciones de los tribunales administrativos, y algunas peculiaridades del desempeño concreto de sus funciones.

Desde el punto de vista de las facultades sustanciales de un tribunal administrativo en comparación a uno judicial es frecuente encontrar, en la doctrina o en la jurisprudencia, la tesis de que el tribunal judicial está limitado en cuanto a sus potestades revisoras respecto de los actos administrativos. Según los casos se dirá que puede anular los actos que repute nulos, pero que no puede reformarlos o sustituirlos, que no puede tampoco emitir un acto administrativo nuevo, o aun realizar siquiera la conversión de uno parcialmente inválido.[1]

Esta limitación a la potestad judicial, que muchos autores consideran una forma de garantizar a la inversa la división de los poderes, de tutelar a la administración frente a una "excesiva" injerencia judicial, opera en verdad, claramente, en contra de la eficacia de tales tribunales para brindar respuesta eficaz y justa a los individuos que recurren a ellos en busca de justicia. Pues sabido es que raramente una cuestión se presentará nítida en blanco y negro que haga fácil al tribunal optar por la validez o la invalidez, lisa y llana, del acto impugnado.

La más de las veces la cuestión aparece llena de matices y zonas grises, en las cuales el observador medio se verá con frecuencia inclinado a pensar que la solución justa es, de algún modo, intermedia: ni sostener el acto impugnado, tal como él está, ni tampoco invalidarlo totalmente. La solución práctica que a criterio del observador sería en tal caso justa, es así intuitivamente la reforma o sustitución del acto. Los tribunales judiciales han comenzado a hacerlo, [2] pero no es una solución uniforme.

[5.1] La situación está cambiando, como explicamos en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 8° ed., 2004, *Introducción* y cap. XII, n° 12. En Costa Rica, en doctrina se admite la reforma del acto como objeto posible del contencioso-administrativo: ver ORTIZ, EDUARDO, *Materia y objeto del contencioso-administrativo,* en "Revista de Ciencias Jurídicas", n° 5, San José, 1965, p. 47.

[5.2] Ampliar en GORDILLO, t. 3, *op. cit.*, *Introducción*, pp. 15-16; *Miranda*, Sala III, DJ, 1999, 328/9.

Por contraste, el tribunal administrativo tiene usualmente mayor latitud para el desempeño de su función de contralor que aquella de que dispone el tribunal judicial. No habrá lesión que a nadie se le ocurra invocar del principio de la separación de los poderes, en perjuicio de la administración actuante, si modifica o sustituye el acto. Y si en algún caso el sistema legal no le permite al tribunal administrativo emitir él mismo el acto, ello puede no excluir que en todo caso emita una orden, o aún un mero consejo o dictamen, en el sentido de que lo que conviene hacer, lo que *debe* hacer la administración activa, es tal o cual acto y no el anterior impugnado ante sus estrados. Nada de eso puede normalmente hacer el tribunal judicial.

5.2. *El control de mérito o conveniencia*

A más de la diferencia expuesta en cuanto a potestades de los órganos administrativos y judiciales, cabe recordar aquella clásica según la cual los tribunales judiciales sólo pueden pronunciarse sobre la legitimidad de la conducta administrativa, en tanto que los órganos administrativos revisores pueden apreciar tanto la legitimidad como la oportunidad de los actos recurridos. Si bien los tribunales administrativos existentes muestran una tendencia a considerarse a su vez tribunales "de derecho",[3] e incluso a asimilarse a los tribunales judiciales en tantos aspectos como sea posible,[4] de todos modos tienen mayor margen de posibilidad teórica y práctica de pronunciarse sobre la conveniencia o inconveniencia de la conducta administrativa,[5] en tanto que los jueces por principio no

[5.3] SERRA ROJAS, *op. cit.*, tomo II, p. 523; Tribunal Fiscal de la Nación, en la Argentina, etc.

[5.4] BREWER CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana,* Caracas, 1964, p. 441. Una tendencia parecida parece campear en el trabajo de HEDUÁN VIRUÉS, *Hacia un Tribunal Federal de Justicia Administrativa,* artículo citado, al comentar el proyecto de erigir el Tribunal Fiscal de la Federación, de México, en un Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

[5.5] Ver nuestro libro *Problemas..., op. cit.*, capítulo IV.

pueden hacerlo salvo que lo encuadren dentro de principios jurídicos elásticos como la razonabilidad,[6] el *standard*,[7] etc.

Desde luego, no sólo y no meramente con tribunales administrativos podemos corregir la generalizada inexistencia o falencia de controles de oportunidad o mérito; no ha de olvidarse que la participación es fundamental elemento de control de conveniencia u oportunidad [8] y que también el Ombudsman lo es. Hace falta, pues, un esfuerzo concertado y sistemático para lograr dar vida a un sistema de control que tutele la conveniencia de la conducta administrativa.

5.3. *La posibilidad de aconsejar*

Si bien de hecho nada impide a un tribunal judicial en el acto de dictar sentencia hacer consideraciones sobre lo que a su juicio sería conveniente que hiciera la administración, ello sólo ocurre cuando la justicia encuentra flagrantes vicios o errores. De algún modo es normal que el Juez se limite a resolver en derecho el caso litigioso, sin pronunciarse sobre otros aspectos de política administrativa que el caso le sugiera.

Un organismo administrativo, o un tribunal administrativo, podría en cambio encontrar algo más fácil efectuar consideraciones de aquella índole cuando lo crea conveniente. Incluso puede la ley asignarle en forma expresa funciones consultivas, además de las funciones decisorias que le atribuya. En una buena cantidad de supuestos importa no sólo y no tanto la irregularidad que se haya cometido en el caso concreto sometido a decisión jurisdiccional, sino fundamentalmente detectar —y corregir— la *causa* de que tal irregularidad haya podido ser cometida.

[5.6] Nos remitimos a nuestro *Tratado de Derecho Administrativo,* tomo 1, *op. cit.,* capítulo X, punto 15 y sus referencias.

[5.7] RIALS, STÉPHAN, *Le juge administratif français et la technique du standard,* París, 1980.

[5.8] Como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.,* p. 79, "La oportunidad de la decisión se mide normalmente... por su adecuación a las demandas sociales y por su aceptación por el cuerpo social... a través de las técnicas participativas".

Si la causa de una irregularidad es simplemente el error o la venalidad de un funcionario concreto, ello es mucho menos grave que cuando lo es un sistema administrativo dado, una reglamentación vigente, una práctica inveterada, una creencia equivocada de la administración. Pues, en todos estos casos, al no corregirse en el pronunciamiento la causa que permitió que el error o la irregularidad ocurriera, se está de hecho permitiendo la infinita repetición del vicio con el consiguiente desgaste jurisdiccional, administrativo y privado. Por no destacar el grave daño a la sociedad que tales irregularidades ocasionan.

Dado que muchas veces la causa de que se haya emitido un acto inválido o se haya realizado una conducta reprochable, no es la ignorancia o malicia del funcionario actuante, sino un procedimiento errado o inválido que se ha aplicado en el caso, estimamos de fundamental importancia que el tribunal pueda y, más aún, deba sugerir o disponer tantos cambios normativos como fueren necesarios en sede administrativa. Ello, como es lógico, más lo puede hacer un tribunal administrativo que uno judicial.

6. *El rol del tribunal. Imagen en la opinión pública y su efecto sobre las potestades reales*

Debe también mencionarse como dato de importancia que en la opinión pública de casi todos los países se identifica al tribunal judicial como el órgano por excelencia de control del gobierno, y en cambio se percibe a los tribunales administrativos como una suerte de integrante más de ese gran cuerpo amorfo e inorgánico que es la administración pública. Incluso puede llegar a afirmarse que si bien socialmente es elemento de prestigio integrar el Poder Judicial, no lo es en igual medida integrar un tribunal administrativo. Para la opinión pública no informada, la prensa, la televisión, etc., sus miembros son, en definitiva, parte de la administración pública.

Ello significa, entre otras cosas, que al estar menos inmunes a las influencias y presiones del medio de lo que formalmente está el Poder Judicial, pueden también recibir argumentaciones y puntos de vista constantes y fluidos tanto de los propios sectores

administrativos interesados como de los particulares afectados. La mayor fluidez posible de las comunicaciones, sin la formalización más estricta del proceso judicial, sirve a su vez a la posible búsqueda de soluciones que en mayor medida puedan satisfacer los intereses de ambas partes y de la sociedad en su conjunto.

Por lo tanto, el tribunal administrativo tiene un margen más cómodo para intentar informalmente averiguar la verdad material y no sólo formal de los hechos sometidos a su decisión, de informarse más adecuadamente de las políticas generales que el gobierno trata de seguir en la materia y de indagar cómo mejor se puede adecuar a tales políticas generales una decisión justa en el caso particular y armoniosa en la sociedad; de cómo se puede armonizar el interés de la administración con el derecho del particular. Estas cuestiones también, sin duda, están presentes en el ánimo judicial, pero al no poder expresarse pública y fácilmente, al no poder de hecho tampoco traducirse en argumentos formales del fallo,[1] son más difíciles de manejar por parte del magistrado judicial. Y ciertamente que un Juez no podría sin desmedro a su decoro, recato y prestigio, andar reuniéndose con funcionarios públicos para tratar de hallar una solución al problema, ni andar preguntando a la gente qué piensa sobre tal o cual asunto sometido a su decisión. Todo eso, en mayor medida que el Juez, sí lo puede hacer el miembro de un tribunal administrativo. Y es precisamente esa mayor libertad informal de reunirse, discutir, averiguar, informarse, debatir, conciliar, lo que le permite entonces en mayor grado encontrar, o tratar de encontrar, soluciones que den respuesta al anhelo de justicia del administrado sin perturbar innecesariamente las políticas generales del Estado.[2]

[6.1] Esto, por nuestra tradición jurídica que excluye razonamientos del tipo de los frecuentes en la jurisprudencia de intereses, para no dar sino un ejemplo. Véase al respecto ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires 1963, capítulo IV.

[6.2] Los tribunales administrativos tienen algunos rasgos en común con la institución del *Ombudsman*, en cuanto posibles arbitradores o conciliadores entre la administración y los administrados.

A ello cabe unir un segundo elemento de fundamental importancia práctica: para la opinión pública no informada, y hasta para la informada, el tribunal judicial es, cuanto menos, un "adversario" de la administración, y puede hasta ser su "enemigo". Más a veces que el enemigo o adversario verdadero. El tribunal administrativo, en cambio, para esa misma opinión pública no informada, es un "colaborador" de la administración, un arbitrador o componedor entre ella y el quejoso, raramente un adversario del gobierno y jamás un enemigo. No importa mucho que estos estereotipos sean ciertos o no; no importa que se puedan citar casos de tribunales judiciales administrativos valientes, severos y hasta demasiado exigentes con la administración. Lo que importa, porque ello determina el grado de latitud de movimiento que luego tienen, es cómo los percibe y qué rol les asigna la opinión pública.

El tribunal judicial, que asegura su independencia a través de su distancia de la administración, no puede precisamente por ello actuar como componedor o arbitrador; el tribunal administrativo, por su mayor proximidad al menos aparente a la administración, puede en cambio obrar con mayor latitud buscando soluciones intermedias que mejor conjuguen ambos intereses en juego.

7. *La repercusión periodística de sus pronunciamientos. La publicidad*

Dado que esa opinión pública los percibe a los unos como adversarios y no así a los otros, que hasta pueden llegar a ser vistos como colaboradores, sus respectivas sentencias o pronunciamientos son recibidos de muy distinto modo por la prensa: una sentencia judicial adversa a la administración publica necesariamente tiene repercusión periodística y constituye entonces un motivo de embarazo para ella; un pronunciamiento adverso de un tribunal administrativo no es digno en cambio de especial mención periodística.

Por lo demás, y dada la saludable vigencia judicial del principio de publicidad de los actos estatales, a nadie se le ocurriría

ocultar o retacear al conocimiento del publico una sentencia judicial que ha sido dictada en materia administrativa. En cambio al tribunal administrativo, por estar en alguna medida comprendido dentro del rol aparente de integrar o ser parte de la administración, le es más fácil en los asuntos sometidos a su juzgamiento evitar la inmediata repercusión periodística; le es más fácil disponer durante un lapso que solo las partes tengan acceso a sus pronunciamientos, por lo menos en lo inmediato y mientras la cuestión política que exista es aún álgida y puede por lo tanto, todavía provocar repercusiones de esa índole.[1]

Una vez pasado el momento crítico (lo cual nunca lleva demasiado tiempo) puede conocerse cómodamente el pronunciamiento, que ya no tendrá repercusión política ni periodística. En cuanto a las partes, si el pronunciamiento les es desfavorable, no serán inteligentemente las más interesadas en dar conocimiento público a la sentencia, máxime si saben que con ello pueden todavía tener algún grado de menor eficacia de acto, por cuanto el cumplimiento último siempre estará, una vez más, en manos de la administración pública controlada.

¿Significa todo esto que en verdad el tribunal judicial tiene más o menos atribuciones que el tribunal administrativo para dictar sentencia? Si analizamos el fondo de las potestades, para algunos el tribunal judicial no puede reformar o sustituir actos administrativos. Y si le sumamos el aspecto práctico de que una sentencia adversa tiene más costo político para quién le emite en sede judicial que una "sentencia" administrativa, hay menos margen de esa índole para el magistrado judicial que para el ad-

7.1 Desde luego, no estamos aquí aconsejando el secreto ni la reserva en materia administrativa, tema éste al cual hemos dedicado largas páginas de crítica en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 4, *Procedimiento y recursos administrativos*, 8ª ed., 2004, capítulo IV, y que también merece general interés; por ejemplo, ROWAT, DONALD C. (compilador); *Administrative Secrecy in Developed Countries*, Nueva York, 1979. Pero sí se trata de considerar que es prudente en un tribunal administrativo, y contribuye a su eficacia, que no tenga él mismo la iniciativa de dar a luz en lo inmediato los pronunciamientos que dicte en sentido contrario a la administración, cuando el tema tiene una actualidad que lo hace políticamente explosivo para las más altas esferas gubernativas.

ministrativo. En verdad cabe preguntarse si es más poderoso, en lo que al justiciable individual respecta, el tribunal administrativo que el judicial. La respuesta tampoco aquí puede estar en blancos y negros. Probablemente la más adecuada es que el individuo necesita tanto unos como otros órganos de control de la administración, para recurrir según las circunstancias a unos u otros, o a unos y otros sucesivamente, y sin perjuicio de otros mecanismos de control que también complementan a estos, como es el caso del Ombudsman.

A su vez, resulta interesante comparar el funcionamiento de la opinión pública en los tres casos. En materia de tribunales administrativos, la falta de publicación le otorga mayor margen real para discrepar con la administración; en materia de tribunales judiciales, si bien la publicidad es sana por muchos otros motivos, de hecho opera autolimitando al tribunal en su margen real y práctico de control. Pero en ambos casos, ni el magistrado judicial ni el administrativo pueden dirigirse habitualmente, como práctica ordinaria, a la opinión publica expresamente o intentar manejarla. En cambio el Ombudsman puede, y de hecho lo hace, tratar de persuadir e influenciar a la administración, entre otros medios, precisamente a través del manejo de la opinión publica y la prensa en general, actuando no solo como arbitrador, sino también como crítico y como innovador.

8. *El momento oportuno de dictar el pronunciamiento. La política temporal del control jurisdiccional*

El manejo del tiempo también es y puede ser distinto en uno y otro ámbito. En el ámbito judicial *stricto sensu*, el rigor de las normas procesales implica que, de cumplirlas, el Juez no tiene potestad alguna para merituar la oportunidad en la cual debe dictar sentencia. Simplemente, debería dictarla dentro de los plazos breves y limitados que le fija el Código, una vez cumplidos los actos procesales previos que también éste determina. Aun así, el observador sagaz advierte con frecuencia como pronunciamientos judiciales adversos a la administración tienen una curiosa tendencia a

producirse *después* que ha cesado en sus funciones el funcionario o el gobierno autor de los actos impugnados. Pero, en cualquier caso, lo cierto es que el Juez sólo con dificultad puede intentar, si lo hace, algún ejercicio prudente de discreción política en cuanto al momento o tiempo en que dicta su sentencia.

En este tema de la prudencia política en cuanto al momento en que la sentencia judicial o administrativa es pronunciada, también el Consejo de Estado francés ha acunado de hecho toda una propia política temporal de control jurisdiccional. Y se ha dicho así, evaluando el control del Consejo de Estado en materia, por ejemplo, de prohibiciones administrativas al derecho de reunión, que "El alcance de su intervención no debe ser despreciado ni exagerado... Sus decisiones pierden una gran parte de su valor cuando ocurren varios años después de la medida de prohibición. La situación puede haber evolucionado profundamente en el ínterin, y el perjuicio político y moral sufrido por los organizadores de la reunión no es nada atenuado por la anulación platónica y tardía de una prohibición que ha surtido todos sus efectos; solo una decisión del Juez ordenando la suspensión de la ejecución de la decisión atacada podría reforzar eficazmente el control de esta materia. El valor de la jurisprudencia del Consejo de Estado, relativa a la libertad de reunión, vale entonces menos por sus efectos prácticos en cada caso que por las afirmaciones de principio que ella importa y recuerda".[1]

Claro está que una cosa es prudencia política en momentos especialmente tensos o agitados sobre determinado tema en la opinión publica, y otra muy distinta es una general morosidad que haga que todo pronunciamiento sea necesariamente "platónico y tardío". No ha de llegarse quizá al extremo de que "el funcio-

[8.1] LONG, M.; WEIL, P. y BRAIBANT, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* 7ª ed., París, 1978, ps. 221-222. En el mismo sentido observa el Consejero de Estado M. SOUDET, en CONSEIL D'ÉTAT, *Études et documents,* París, 1978-1979, p. 66, comentando el caso del film *La Religieuse,* que fuera prohibido en 1966 y cuya prohibición fuera anulada en 1975, que el fallo "no tiene sino valor como anécdota": el debate violento que el film había ocasionado en la opinión publica en 1966 había mientras tanto desaparecido.

nario autor del acto ilegal, de hecho, no esta jamás inquieto personalmente. Cuando llegue la sanción, el habrá probablemente dejado su puesto por uno más elevado. La decisión del Consejo de Estado no le alcanzará —si aún la llega a conocer—; ella no alcanzará tampoco a su sucesor, extraño a lo que ha ocurrido antes que él".[2]

Sin llegar, pues, a estos extremos, cabe observar que el tribunal administrativo tiene más posibilidad que el judicial de tener prudencia política en cuanto al momento en que toma su decisión, en caso de ser ella anulatoria en asuntos de repercusión inmediata en la prensa; ello le permite entonces mayor latitud para ejercer el control.

9. *La discreción política de control jurisdiccional*

Más aún, hasta cabe pensar que se espera de él, tanto de parte de los administrados como de la administración, el indispensable ejercicio de un alto grado de prudencia política. En el fondo, no se le pide que dicte todas las sentencias favorables a la administración, se le pide, en cambio, que cuando las dicte desfavorables trate de no crearle problemas políticos. Cumplida la condición esencial de que su pronunciamiento no ocasione un revuelo político ni tenga repercusión en la opinión publica, asegurada en cuanto esté a su alcance la paz política del gobierno mediante la discreción o el silencio en el momento en que el tema tiene virtualidad política, nadie en verdad le pedirá demasiadas cuentas al tribunal administrativo si su decisión concreta no se consustancia con el anhelo que la administración tenía en cuanto al fondo.

Para los gobiernos con mucha frecuencia puede llegar a tener más importancia la repercusión de una sentencia que el fondo de

[8.2] CALON, JEAN PAUL, *Le Conseil d'État et la protection des libertés publiques,* París, 1980, mimeog., p. 17. El tema viene, desde luego, de larga data, como que ya fue señalado por HAURIOU, MAURICE, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* tomo I, París, 1929, p. 649, a quien hemos transcripto en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo,* tomo 2, *op. cit.*, capitulo XVIII, parágrafo 1, que repetimos con obsesión en el cap. XIX, n° 10, p. 38, tal la importancia que le asignamos.

la misma, pues es la primera la que puede costarle su propia estabilidad o continuidad, jamás la segunda si pasa desapercibida. Un gobierno no cae por perder contiendas en sede administrativa o judicial, sí puede caer por escándalo o vilipendio público, por escarnio, por bochorno, por traspiés políticos. Una sentencia adversa que no ocasione un traspié político al gobierno de turno, no es asunto grave aunque contraríe a su posición en un asunto sustancialmente importante.

Si para el gobierno es importante tal o cual cuestión concreta en cuanto al fondo, mucho más importante e incluso absolutamente vital, es que esa cuestión de fondo (u otra cualquiera intranscendente) amenace su estabilidad. Un gobierno desestabilizado, aún por una cuestión trivial, no tendrá ya tiempo ni posibilidad de encarar cuestiones de fondo; un gobierno que no ve amenazada su estabilidad ni su prestigio no se preocupará demasiado de que en alguna cuestión, aunque sea importante, le contraríen o de hecho le impidan la concreción de un propósito determinado. De donde podría formularse la conclusión tentativa de que en materia de control de la administración publica por parte de tribunales administrativos o judiciales, lo que incide más para limitar al órgano de control es la oportunidad política del pronunciamiento, antes que su eventual fondo adverso a la administración y favorable al particular.

10. *El costo*

También debe evaluarse el costo de la función de control, sea ella realizada en sede judicial o por tribunales administrativos. Es un lugar común que en materia judicial existe condena y regulación de costas, que las costas se imponen al vencido, y que son una proporción determinada por la ley entre mínimos y máximos—del monto de la cuestión debatida. También lo es, que quien piensa iniciar un juicio, si es prudente, deba pensar en que costas deberá pagar si lo pierde. Y si a esto le sumamos que lo que el particular considera es un juicio contra la administración, en el que factores políticos pueden jugarle en forma adversa, sin perjuicio de las

dificultades que su propio planteo tenga, entonces el costo parece potenciado a su espíritu. Iniciar un juicio en aguas más procelosas que las civiles o comerciales, con mayor riesgo, por tanto, de eventualmente perderlo con costas, puede ser y usualmente es, un poderoso elemento de disuasión a su ánimo de procurar justicia.

El tribunal administrativo, si puede fijar costas, lo que tampoco siempre ocurre, tiene mayor libertad sustancial para no imponer costas al actor si éste pierde, cosa que le es más difícil hacer al Juez. Ello significa que el tribunal administrativo puede disminuir y hasta eliminar el fantasma de las "costas a su cargo" que debe contemplar todo aquel que tiene pensado cuestionar ante uno u otro tribunal un pronunciamiento administrativo.

El mayor margen de actividad instructoria que el tribunal administrativo puede realizar de oficio, mediante pedidos de informes a las oficinas administrativas,[1] también puede reducir y hasta eliminar las costosas pericias judiciales a las cuales las partes deben recurrir para tratar de acreditar los hechos que les son favorables. También la posibilidad mayor que el tribunal administrativo tiene, de no optar entre validez o invalidez del acto, sino pronunciarse por su reforma o sustitución, le da paralelamente mayor posibilidad de disponer que las costas sean en el orden causado que imponérselas a un hipotético vencido.[2]

[10.1] También la justicia puede pedir a la administración informes, documentos, etc., pero aun ante la majestad y potestad de la justicia no cede la inveterada tendencia al secreto y sigilo administrativo. Es frecuente, pues, el ocultamiento, la ambigüedad, manifestar desconocimiento o ignorancia, etc., de la administración ante el Juez. Todo ello se presenta en muchísimo menor grado en materia de tribunales administrativos, porque, a la inversa, es como si lo pidiera la propia administración, es parte del mismo aparato burocrático la que aparentemente pide el informe, y no aparecen entonces tan automaticamente todos los mecanismos de defensa y de recelo que son habituales frente a la justicia.

[10.2] A veces, la legislación intenta corregir esta situación, sea resolviendo que siempre las costas son en el orden causado, lo que también es una regla demasiado rígida, o estableciendo incluso que en la acción de anulación no haya condena en costas al actor si pierde la acción (caso del Código Procesal Administrativo de la Provincia de Formosa, también en la Argentina).

11. *La asertividad del pronunciamiento*

Un tribunal judicial necesariamente debe concluir su sentencia con una clara definición de: qué le da a quién, quién ganó y quién perdió; incluso la tradicional condena en costas supone que debe haber un claro vencido y un claro vencedor.

A la inversa, los dictámenes letrados de los funcionarios de la administración pública, cuando consideran que algo de razón le asiste al particular, no suelen ser ejemplos de asertividad; antes bien, suelen dejar abiertas varias alternativas a quien debe resolver, o aconsejan una línea general de conducta, pero sin determinar el camino exacto que debe escogerse para obrar conforme a derecho. El asesor usualmente no señala entonces una única solución, sino que apunta al menos dos y a veces más; sin perjuicio de que a ciertos niveles jerárquicos como el de Director de Asuntos Legales de un Ministerio sea también frecuente que el dictaminante agregue un preciso y concreto proyecto de resolución.

Ese es el método que puede también elegir un tribunal administrativo pero no uno judicial; y ese método, si bien carece de la aparente virtud de la asertividad, de lo categórico, claro y concreto, y si bien tiene entonces el defecto de la vaguedad e imprecisión, tiene con todo la virtud de ser realista, brindar posibilidades más ciertas de solución al administrado. Le permite conciliar su posición con la de la administración, jugar con algunas de las vías de solución que son posibles y que a su vez son potables políticamente para el gobierno. La flexibilidad de un pronunciamiento favorable en sus lineamientos generales al particular, supone una posibilidad mayor de solución del conflicto en sede administrativa; permite también a la administración rectificar válidamente su conducta como si lo hiciera por propia iniciativa, lo cual en muchos casos ayuda a que efectivamente lo haga.

12. *La posibilidad de avenimiento*

Cuando administración y administrado han llegado a los estrados judiciales, las respectivas posiciones han quedado, por fuerza de las

circunstancias, demasiado nítidamente definidas. Ya no hay retroceso, ya no hay posibilidad práctica de avenimiento amistoso, transacción o arreglo alguno. Incluso la inercia administrativa hace que raramente funcionario público alguno de la administración activa tenga interés en considerar un eventual arreglo: "Que ahora lo decida la justicia" es la actitud mas corriente y más cómoda en tales casos.

En cambio, cuando la cuestión está aún en sede administrativa, y en tanto tramita ante tribunales administrativos, al no haber salido enteramente de la esfera administrativa deja siempre abierta la puerta de la negociación y del diálogo, con su posibilidad eventual de entendimiento. Eso significa también que muchos administrados que no desean romper el diálogo o las negociaciones con una administración a la cual deben necesariamente seguir vinculados, se muestren totalmente renuentes a iniciar acciones ante tribunales judiciales, pero en cambio puedan considerar la posibilidad de presentarse ante un tribunal administrativo. Dicho en otras palabras, la posibilidad mayor de avenimiento y el hecho de poder mantener un diálogo y una comunicación fluida a pesar del diferendo, hará que más cantidad de administrados intenten la defensa de sus derechos ante tribunales de esta índole que los que lo harían ante tribunales judiciales.

13. *El control de la administración publica en América Latina: la causación circular en el desarrollo cultural y político*

Con todo lo expuesto nos acercamos finalmente al meollo de la cuestión. El observador de un país desarrollado podría razonablemente preguntarse qué importancia real tiene, en definitiva, que haya uno u otro medio de control de la administración, con tal que sea efectivo; y podría señalar como funcionan adecuadamente sistemas tan diversos como el inglés y el francés, para no tomar sino dos ejemplos clásicos. Con esa perspectiva, bien podría decirse que da exactamente lo mismo instituir tribunales al estilo francés o al estilo inglés, o en cualquiera de las otras

variantes conocidas, pues todas pueden andar bien. O todas ser insuficientes.

Esto último es el problema en América Latina. Así como los economistas han podido hablar de un círculo vicioso de la pobreza, y de su causación circular, así también podría hablarse de un círculo vicioso cultural y conceptual, de una causación circular del atraso político en nuestros países.

Puesto que no hay suficiente desarrollo político, adecuada conciencia ciudadana, significativa responsabilidad y solidaridad social, sentido profundo de identidad nacional, una democracia auténtica, fuerte y estable, etc., entonces los diferentes medios e instituciones de contralor existentes no siempre responden cabalmente al fin para el cual han sido concebidos.

Se transforman fácil y rápidamente, en algunos países, en mecanismos de control más o menos formales o formalizados, que a veces no pueden llegar al fondo y a la causa de los problemas que les toca enfrentar, pues a su vez no cuentan con el suficiente apoyo, conciencia, responsabilidad y solidaridad de los ciudadanos, etcétera, que les permita cambiar y hacer cambiar.

Al no poder hacerlo, son entonces parte del círculo vicioso en que otros individuos que podrían querer contribuir al cambio social y político se desaniman o se tornan descreídos, lo cual otra vez hace que sea aún más difícil lograr la conciencia ciudadana de que hay posibilidades de progreso político e institucional y de que debe intentarse conseguirlo y así sucesivamente.

Ahora bien, así como los economistas no han logrado llevar a la realidad las teorías sobre el despegue económico, a veces ni siquiera contando con fenómenos naturales de especial riqueza en países en vías de desarrollo, así también parece inútil hacerse ilusiones sobre un despegue cultural o político: el cambio sólo vendrá probablemente por vía de la evolución del pensamiento político y administrativo en América Latina, por vía de la creación lenta y progresiva de una conciencia colectiva de cuáles son los males de la sociedad y cuáles las vías de solución.

En materia de control de la administración pública el tema es, en el fondo, el mismo en diversas manifestaciones. Hemos visto

en otra parte que la falta de participación ciudadana en la vida pública implica inexistencia de control social sobre ella.[1] El propio aparato administrativo del Estado no puede controlarse a sí mismo, como lo demuestra el fracaso de los diferentes medios de control sobre las empresas públicas, no obstante los esfuerzos que se han hecho.[2] Vemos aquí también cómo la discusión sobre si efectuar la tutela de los derechos por tribunales judiciales o administrativos, o por ambos a la vez, no es sino la punta del *iceberg* de la falta de controles que funcionen eficazmente a todo nivel en la vida pública de América Latina. Ahora bien, si no caemos en la desesperanza de pensar que todo falla y nada se puede corregir, que todo andará siempre igual y nada vale la pena de ser intentado, entonces cada uno de estos temas merece el sano debate que busque mejorar lo existente.

Desde esa perspectiva, entonces, pensamos que a las deficiencias que todos los sistemas de control han presentado y pueden presentar, vale la pena oponer el intento de introducir elementos nuevos de control que, sin desconocer ni destruir los conocidos aunque insuficientes, traten al menos de aprovechar la idiosincrasia política y administrativa de nuestros países. Ante gobiernos demasiado fuertes y sociedades demasiado débiles, a lo mejor un control intermedio como el aquí considerado puede llenar en la práctica eficazmente un vacío que no cumplen, y quizá no pueden materialmente cumplir, únicamente los tribunales judiciales. No porque sean insuficientes, si el resto de los supuestos de una sociedad democrática y desarrollada funcionan, sino porque al querer hacerlos funcionar en una sociedad que no reúne tales condiciones, puede alcanzarlos la causación circular del insuficiente desarrollo cultural y político y, restarles eficacia o acceso de la población.

[13.1] Nos remitimos a lo dicho en el capítulo II del tomo 1 de nuestro *Tratado, op. cit.,* punto 4.2.3.3. y notas.

[13.2] Nuestro libro *Problemas..., op. cit.,* capítulos III y IV.

14. *Conclusiones tentativas*

Todo lo expuesto nos lleva a sugerir la conveniencia de crear tribunales administrativos autónomos dotados de imparcialidad e independencia que no excluyan la revisión judicial amplia, a los cuales el particular pueda, si quiere, optar por acudir antes de solicitar la revisión judicial de los actos y hechos administrativos.

Con mucha mayor razón, es urgente crear entes reguladores independientes de la admnistración central, con garantías de idoneidad por concursos públicos, con participación decisoria de los usuarios, para el control de los servicios públicos privatizados. [1]

De hacérselo, debe dejarse bien en claro la potestad judicial revisora plena y amplia, como garantía de la división de los poderes y del sistema constitucional de garantía de los derechos individuales;[2] debe también, a nuestro juicio, evitarse la tendencia hacia la transformación de los tribunales administrativos existentes en tribunales judiciales, pues con ello se vuelve al punto de partida, y debe igualmente complementarse la creación de tales órganos con otros mecanismos indispensables en la administración moderna.[3]

ANEXO AL CAPÍTULO XVI

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

13 de julio de 1983

CASO ZIMMERMANN Y STEINER

SENTENCIA

En el caso *Zimmermann y Steiner*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituido con arreglo al artículo 43 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamen-

[14.1] Nos remitimos al capítulo XV del *Tratado*, t. 1, *op. cit.*

[14.2] Conf. JAFFE, LOUIS L., *Judicial Control of Administrative Action*, Boston, 1965, ps. 320-327.

[14.3] Nos referimos a la institución del Ombudsman, ya recordada anteriormente en este trabajo.

tales ("el Convenio"), y a los preceptos pertinentes de su Reglamento, en Sala compuesta de los siguientes Jueces:

Señor G. WIARDA, PRESIDENTE;

Señora D. BINDSCREDLER-ROBERT,

Señores D. EVRIGENIS, F. MASCHER, J. PINHEIRO FARINHA, L. E. PETTITI, R. MACDONAL,

y los señores M.-A. EISSEN, Secretario, y H. PETZOLD, Secretario adjunto.

Después de deliberar en privado los días 25 de enero y 20 de junio de 1983,

Dictan la siguiente sentencia, aprobada en esta última fecha:

PROCEDIMIENTO

1. El caso fue elevado al Tribunal por la Comisión Europea de Derechos Humanos ("la Comisión") y el Gobierno de la Confederación Helvética ("el Gobierno"). Se origina por una demanda (núm. 8737/79) dirigida contra este Estado y sometida a la Comisión por dos súbditos suizos, los señores WERNER ZIMMERMANN y JOHANN STEINER, el 30 de agosto de 1975, en virtud del artículo 25 del Convenio.

2. La petición de la Comisión y la demanda del Gobierno se presentaron en la Secretaría del Tribunal, dentro del plazo de tres meses previsto por los artículos 32.1 y 47, los días 17 de mayo y 8 de julio de 1982, respectivamente. La primera se remite a los artículos 44 y 48 y a la declaración de la Confederación suiza reconociendo la jurisdicción obligatoria del Tribunal (artículo 46); la segunda, a los artículos 45, 47 y 48. Ambas tienen por objeto que se resuelva si el procedimiento del recurso interpuesto por los interesados ante el Tribunal federal suizo duró más del plazo razonable que prevé el artículo 6.1 del Convenio.

3. La Sala de siete jueces, que debía constituirse, comprendía de oficio a la señora D. BINDSCHEDLER-ROBERT, elegida como juez de nacionalidad suiza (artículo 43 del Convenio), y al señor G. WIARDA, Presidente del Tribunal (artículo 21.3.b del Reglamento). El 28 de mayo de 1982, designó éste por sorteo, ante el Secretario, a los cinco miembros restantes, a saber los señores F. MATSCHER, J. PINHEIRO FARINHA, L.-E. PETTITI, R. MACDONAL y R. BERNHARDT (artículos 43 "in fine" del Convenio y 21.4 del Reglamento). Posteriormente, el Presidente dispensó al señor BERNHARDT de formar parte, sustituyéndole el señor D. EVRIGENIS (artículo 24.4 del Reglamento).

4. E1 señor WIARDA, después de asumir la presidencia de la Sala (artículo 21.5 del Reglamento), recabó, por medio del Secretario, la opinión del Agente del Gobierno y la del Delegado de la Comisión sobre el procedimiento que debía seguirse. El 12 de octubre de 1982, resolvió el Presidente, teniendo en cuenta especialmente la concordancia de sus declaraciones, que no había lugar a la presentación de Memorias y que el procedimiento oral comenzaría el 24 de enero de 1983.

Por orden de 22 de diciembre de 1982, el Presidente dispuso que el Gobierno y la Comisión aportasen determinados documentos que se recibieron en Secretaría en diversas fechas.

5. La audiencia pública se desarrolló el 24 de enero de 1983, en el Palacio de Derechos Humanos, en Estrasburgo. El Tribunal celebró, antes de la vista, una reunión preparatoria, y autorizó que la persona que asistiese al Delegado de la Comisión utilizase la lengua alemana (artículo 27.3 del Reglamento).

Han comparecido:

—Por el Gobierno: el señor J. VOYAME, Director del "Office" (Servicio) federal de la Justicia, Agente; el señor P. MULLER, Director de la Cancillería del Tribunal federal; el señor O. JACOT-GUILLARMOD, del Servicio federal de la Justicia; el señor B. MÜNGER, del Servicio federal de la Justicia, asesores.

—Por la Comisión:

el señor J. SAMPAIO, Delegado;

el señor L. MINELLI, representante del demandante ante la Comisión, asistiendo al Delegado (artículo 29.1, segunda frase, del Reglamento del Tribunal).

El Tribunal escuchó las declaraciones, así como las contestaciones a sus preguntas, del señor Voyame, por el Gobierno, y de los señores SAMBAIO y MINELLI, por la Comisión.

HECHOS

6. Los señores WERNER ZIMMERMANN y JOHANN STEINER nacieron en 1937 y 1904, respectivamente. El primero, ajustador, reside en Uster (Zurich); el segundo, jubilado, reside en Bargen (Berna).

Hasta el día 30 de septiembre de 1976, cada uno era arrendatario de un piso en una localidad cercana al aeropuerto de Zurich-Kloten, situado en el territorio del Cantón de Zurich y explotado por éste: concretamente, el señor ZIMMERMANN en Kloten y el señor STEINER en Rümlang.

a) *Procedimiento ante la Comisión federal de Valoración*

7. En 1974, los demandantes pidieron al Cantón que les indemnizara del daño que les causaba el ruido y la polución del aire como consecuencia del tráfico del aeropuerto; el señor ZIMMERMANN reclamaba 28.242 Fs. y el señor STEINER 54.199 Fs. El Cantón, al no poder llegar a un acuerdo con los reclamantes, pidió el 17 de junio de 1974 que se abriera un procedimiento de estimación, en virtud del artículo 57 de la ley federal de 20 de junio de 1930, sobre la expropiación. El asunto fue sometido a la Comisión federal de Valoración competente que era la del décimo distrito, presidida en el caso presente por un juez del Tribunal Superior de Saint-Gall, y compuesta por un arquitecto, un ingeniero y el Secretario de dicho Tribunal (artículos 59 y sig. de la ley antes citada, Orden de 24 de abril de 1972 sobre las Comisiones federales de Valoración y Orden de 17 de mayo de 1972 sobre los distritos federales de valoración).

8. La Comisión rechazó las pretensiones de los interesados por una resolución, de 6 de octubre de 1976, notificada el 7 de marzo de 1977 Se reconocía que, según la jurisprudencia y la doctrina suiza, los arrendatarios pueden, en principio, valerse del derecho de vecindad regulado por el Código Civil (artículos 679 y 684); sin embargo, se entendía que los demandantes alegaban un perjuicio moral y no patrimonial, y sólo este ultimo se podía tener en cuenta según la ley federal de expropiación.

b) *Procedimiento ante el Tribunal federal*

9. El 18 de abril de 1977, los señores ZIMMERMANN y STEINER interpusieron ante el Tribunal federal un recurso administrativo contra la resolución de la Comisión federal de Valoración (artículo 77.1 de la ley federal de expropiación). El Tribunal consultó a la Comisión el 27 de abril, y ésta presentó sus observaciones el 18 de mayo de 1977. Las Autoridades del Cantón de Zurich presentaron las suyas el 24 de mayo del mismo año, y así concluyó el procedimiento contradictorio.

10. El abogado de los interesados se dirigió por escrito al Tribunal, para informarse de la situación del procedimiento, el 8 de septiembre de 1978 y el Tribunal federal contestó el 21 que la acumulación de su trabajo le había impedido hasta el momento examinar el asunto, pero que esperaba resolverlo en los próximos meses. Se adjuntaba con la carta una copia de las observaciones del Cantón de Zurich.

Los demandantes insistieron el 15 de marzo de 1979. El juez ponente de la Sala primera de Derecho Público del Tribunal federal les anunció que, salvo imprevistos, se resolvería el asunto antes de las vacaciones judiciales.

El 29 de junio de 1980, el abogado de los demandantes pidió de nuevo al Tribunal federal informaciones sobre el estado del procedimiento. El juez ponente, aunque lamentando el retraso sufrido en la tramitación de los autos, contestó el 11 de julio que se dictaría el fallo después de las vacaciones judiciales.

11. La Sala primera de Derecho Público del Tribunal federal desestimó el recurso el 15 de octubre de 1980.

Su sentencia, con una extensión de quince páginas, examinaba, primero, la situación de los inquilinos y de los colonos en el caso de expropiación. Señalaba, a continuación, que, desde la conclusión de sus arrendamientos —en 1967 y 1958, respectivamente— con tácita reconducción cada tres meses, los demandantes conocían los perjuicios previsibles, no habían demostrado que hubiesen empeorado desde entonces (artículo 41 de la ley de expropiación).

c) *El exceso de trabajo del Tribunal federal y las medidas tomadas para afrontarlo*

12. Según las estadísticas facilitadas por el Gobierno, de 1969 a 1979 el número total de recursos pasó de 1.629 a 3.037, es decir que el aumento fue del 86 por 100. La tasa de crecimiento supone el 107 por 100 para los recursos de Derecho público (1.336 contra 634), y alcanza incluso el 318 por 100 para los de Derecho administrativo (590 contra 141).

Desde 1970, la Asamblea federal acordó elevar de 26 a 28 el número de miembros del Tribunal federal y de 12 a 15 el de jueces suplentes; la Sala de Derecho público y de Derecho administrativo cuenta en lo sucesivo con 11 miembros en lugar de 9.

El Tribunal federal, en su informe para 1971, publicado el 1 de febrero de 1972, señaló un aumento del volumen de los litigios, y anunció que “a pesar del aumento, en 1979, del número de jueces”, tendría que “examinar ya próximamente las medidas a tomar para superar la progresión de los asuntos”.

En noviembre de 1973, el Tribunal federal sometió al Consejo federal propuestas urgentes para disminuir esta sobrecarga, y sugirió, en la misma ocasión, dedicar un estudio a fondo a toda la organización judicial federal, especialmente en materia de Derecho público y

administrativo en cuanto a sus fines y a sus relaciones con la administración de la justicia cantonal.

En su mensaje de 22 de mayo de 1974 a la Asamblea federal, el Consejo federal presentó unos proyectos que pretendían, de una parte, modificar la ley federal de organización judicial en lo que se refería a la Sala de Derecho público y de Derecho administrativo del Tribunal federal; de otra, revisar el Derecho federal que fijaba el número de secretarios y escribanos, proponiendo elevar de 28 a 30 el número de jueces y de 24 a 28 el de secretarios y escribanos. El Consejo federal indicaba en sus observaciones previas:

"Los asuntos de que conoce la Sala de Derecho público y de Derecho administrativo del Tribunal federal son una carga que, desde hace mucho tiempo, no deja de aumentar y amenaza convertirse en sobrecarga permanente. A la larga, y teniendo en cuenta la organización actual del Tribunal, no se podrá dominar esta carga sin que se resientan la calidad del despacho de los asuntos y, en definitiva, la protección jurídica."

No obstante, el propio Tribunal federal pidió que se aplazase esta reforma, en espera de la refundición total de la ley federal de Organización judicial, refundición que todavía no se ha efectuado (apartado 16, posterior).

13. En su informe de 14 de febrero de 1978, sobre el ejercicio de 1977, el Tribunal indicaba que su trabajo, en especial en el ámbito del Derecho público y administrativo, no cesaba de aumentar, y lo atribuía no solamente a la extensión de las competencias de la Confederación en materia administrativa, sino también al hecho de que los ciudadanos utilizaban más las garantías que la legislación les ofrecía al Poder público.

El 14 de diciembre de 1977, el Tribunal había aconsejado al Consejo federal medidas urgentes análogas a las pedidas en 1973. En consecuencia, la Asamblea federal tomó en 1978 una primera serie de resoluciones. Aumentó de 28 a 30 el número de jueces federales, y de 24 a 28, a partir del 1 de febrero de 1979, el de secretarios y escribanos. Resolvió también dividir la Sala de Derecho público y de Derecho administrativo en dos Salas de Derecho público.

El Tribunal federal, por su parte, aprobó el 14 de diciembre de 1978 un nuevo reglamento que se aplica asimismo desde el 1 de febrero de 1979. Los asuntos de Derecho público y de Derecho administrativo se reparten en lo sucesivo, según su objeto, entre las diversas secciones del Tribunal federal.

14. Las reformas resultaron insuficientes. En su informe de 12 de febrero de 1980 sobre su actuación en 1979, el Tribunal señaló que se habían presentado 3.037 asuntos durante dicho año y resuelto 2.786; sin embargo, habían quedado pendientes para 1980 unos 1.565, o sea más de la mitad de los registrados de entrada en 1979. El Tribunal, al comprobar que la mayor parte (84 por 100) de los procedimientos pendientes se referían al Derecho público y administrativo decía:

"Si no se pone remedio inmediatamente, el justiciable tendrá que esperar años en lo sucesivo, en este campo, antes de que el Tribunal resuelva sobre su caso. Esta situación es incompatible, en un Estado de Derecho con la misión que debe cumplir el Tribunal supremo."

También el Consejo federal propuso a la Asamblea federal, en su mensaje de 17 de septiembre de 1980, aumentar de 28 a 60 el número de secretarios y escribanos. Hay que advertir que no se trata de funcionarios subalternos, sino de juristas muy calificados que desempeñan un papel fundamental en el funcionamiento del Tribunal federal (artículo 10 del Reglamento del Tribunal federal de 14 de diciembre de 1978), y que, por otra parte, tienen voz en las deliberaciones (artículo 12, segundo párrafo, del Reglamento).

15. En su informe de 6 de febrero de 1981 sobre su actuación en 1980, el Tribunal federal destacaba que la situación seguía siendo grave. Lamentaba que las dos Cámaras no hubiesen podido aprobar todavía las propuestas gubernamentales y añadía:

"Debido a la sobrecarga que le abruma, el Tribunal no está en condiciones, desde ahora y en determinadas materias, de garantizar su misión de custodia del Derecho, aunque, por su parte, haga, en su ámbito interno, todo lo que sea posible, para cumplir con su obligación."

El 20 de marzo de 1981, la Asamblea federal aprobó una resolución por la que se aumentó de 28 a 40 el número de los secretarios y escribanos del Tribunal, y se reforzó el personal administrativo.

Estas medidas mejoraron algo la situación: en su informe de 12 de febrero de 1982, sobre el ejercicio de 1981, el Tribunal señala que, por primera vez desde 1975, ha conseguido despachar aproximadamente tantos asuntos (3.164) como los registrados de entrada (3.187) sin embargo, han quedado pendientes 1.787. De lo cual deduce que "continuará abrumado todavía durante años por una sobrecarga de trabajo y, en consecuencia, no podrá resolver los asuntos dentro de un plazo que, teniendo en cuenta su naturaleza, pueda considerarse como razonable en relación a la Constitución y al Convenio".

16. Con independencia de estas resoluciones de naturaleza coyuntural, la Comisión federal de especialistas que preparaba una refundición de la ley federal de Organización judicial de 16 de diciembre de 1943, con la finalidad de disminuir el volumen de trabajo del Tribunal federal y de acelerar los procedimientos pendientes, terminó sus trabajos al final de 1981. Recientemente, el Departamento federal de Justicia y Policía ha sometido un anteproyecto al Gobierno federal, para la apertura de una información o consulta que terminaría en 1983.

17. El propio Tribunal federal ha tomado medidas de orden práctico para hacer frente a la situación que le abruma. Convencido de que la tramitación de los litigios por orden cronológico producirá injusticias graves, ha utilizado especialmente un sistema, llamado de "triage" o "sorting"[1] fundado en el grado de urgencia y en las implicaciones de cada asunto.

PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN

18. En su demanda de 30 de agosto de 1979 a la Comisión (núm. 8737/79), los señores Zimmermann y Steiner alegaron que el examen de su recurso de Derecho administrativo ante el Tribunal federal (18 de abril de 1977 a 15 de octubre de 1980) había sobrepasado el "plazo razonable" que ha de respetarse según el artículo 6.1 del Convenio.

19. La Comisión admitió la demanda el 18 de marzo de 1981. En su informe de 9 de marzo de 1982 (artículo 31 del Convenio), la Comisión entendió, por unanimidad que se había violado el artículo 6.1.

CONCLUSIONES PRESENTADAS AL TRIBUNAL POR EL GOBIERNO

20. En la vista del 24 de enero de 1983, el Gobierno pidió al Tribunal "que declarase que Suiza no había violado, en este asunto, el artículo 6.1 del Convenio".

[1] Entresaca, limpia, cribado etc., según el texto francés; separación distribución, división, clasificación, etc., según el texto inglés.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. *Sobre la violación alegada del artículo 6.1*

21. Los demandantes se quejan de la duración del procedimiento de su recurso de Derecho administrativo ante el Tribunal federal (18 de abril de 1977 a 15 de octubre de 1980). Invocan, a este respecto, el artículo 6.1 del Convenio, a cuyo tenor,

"toda persona tiene derecho a que su causa se vea (. . .) en un plazo razonable, por un Tribunal (. . .) que resolverá (. . .) los litigios sobre sus derechos y obligaciones de naturaleza civil (. . .)".

22. Hay un punto que no se discutió y que el Tribunal lo considera evidente: los "derechos" de naturaleza personal o patrimonial que los señores ZIMMERMANN y STEINER reivindicaban ante el Tribunal federal eran privados, por tanto "civiles", en el sentido del texto citado anteriormente.

La única cuestión que hay que resolver en este caso consiste en si se sobrepasó o no el "plazo razonable". Según la Comisión la contestación debe ser afirmativa, con lo cual el Gobierno no está conforme.

23. Los interesados se quejan tan sólo de la duración del procedimiento ante el Tribunal federal (apartado 18, precedente); la Comisión, cuya resolución de 18 de marzo de 1981 delimita el ámbito del asunto sometido desde entonces al Tribunal (Sentencia en el caso *Guzzardi* de 6 de noviembre de 1980, Serie A, número 39, p. 39, apartado 106), sólo ha admitido y tramitado la demanda sobre esta cuestión. Por consiguiente, no se tiene en cuenta el procedimiento previo ante la Comisión federal de Valoración.

El período que hay que considerar se extiende, pues, desde la interposición, el 18 de abril de 1977 del recurso de los señores ZIMMERMANN y STEINER hasta el 15 de octubre de 1980, fecha de la Sentencia del Tribunal federal (apartados 9 y 11, anteriores), es decir, casi tres años y medio. Semejante lapso, al ser considerable en un único nivel jurisdiccional, exige una cuidadosa fiscalización en el ámbito del artículo 6.1.

24. La característica razonable de la duración de un procedimiento, que incide en el artículo 6.1, se aprecia en cada caso según las circunstancias del mismo (Sentencia en el asunto Buchholz de 6 de mayo de 1981, Serie A, núm. 42, p. 15, apartado 49). El Tribunal debe tener en cuenta, especialmente, la complejidad del litigio en sus hechos o en sus fundamentos jurídicos, la conducta de los demandantes

y de las autoridades competentes y lo que arriesgan los primeros. Por otra parte, solamente la lentitud imputable al Estado puede llevar a la conclusión de que se incumplió la exigencia del "plazo razonable" (véase, "mutatis mutandis", la Sentencia en el caso *Ivönig* de 28 de junio de 1978, Serie A, núm. 27, pp. 34-400, apartados 99, 102-105 y 107-111, y la Sentencia en el caso *Buchholz* antes citada, Serie A, núm. 42, p. 16, apartado 40).

1. *Complejidad del asunto*

25. El Gobierno reconoce que el asunto no tenía nada de complejo; y la Comisión opina lo mismo. El Tribunal comparte este parecer: los hechos no exigían ninguna investigación, y, en cuanto a las cuestiones jurídicas suscitadas, no parece que tuvieran dificultades excepcionales.

2. *La conducta de los demandantes*

26. No se puede imputar a los señores ZIMMERMANN y STEINER los retrasos de que se quejan. El Derecho suizo—el Gobierno lo reconoce—no les ofrecía ningún medio para acortarlos. Después de recurrir ante el Tribunal federal el 18 de abril de 1977, la dirigieron además el 8 de septiembre de 1978, el 15 de marzo de 1979 y el 28 de junio de 1980—, tres cartas intentando informarse de la marcha del procedimiento (apartado 10) .

3. *La conducta de las Autoridades suizas*

27. El Gobierno, la Comisión y los demandantes coinciden en considerar como causa principal de la duración del procedimiento la manera con que el Tribunal federal cumple su tarea. Después de consultar—el 27 de abril de 1977— a la Comisión federal de Valoración, recibió en mayo las observaciones de ésta y de la Administración Cantonal de Zurich, respectivamente, y, a continuación, se limitó a contestar a las tres cartas antes citadas de los demandantes (apartados 9 y 10). La legislación suiza (artículos 109 y 110 de la Ley federal de Organización judicial) le permitía resolver a la vista de los documentos unidos a los autos; pues bien, sólo lo hizo tres años y medio después, aproximadamente.

El Gobierno invocó la Sentencia en el caso *Buchholz* de 6 de mayo de 1981 (citada antes, Serie A, núm. 42), en la que el Tribunal no comprobó que se hubiera violado el artículo 6.1, a pesar de que trans-

currieron casi cinco años hasta que se dictó la resolución interna definitiva. Sin embargo, el procedimiento en cuestión había pasado por tres niveles jurisdiccionales, y se habían tomado a lo largo del mismo numerosas medidas de instrucción o de otra naturaleza. Por el contrario, en el asunto de que ahora se trata, el Tribunal se encuentra frente a un largo y único período de completa pasividad que solamente se podría justificar por circunstancias excepcionales.

28. Con apoyo en las estadísticas, el Gobierno invoca fundamentalmente la sobrecarga de trabajo del Tribunal federal (apartados 12 y 14, precedentes). Según él, el exceso de trabajo obligaba a escoger los litigios según su urgencia y su importancia (apartado 17); ahora bien, ninguno de estos criterios justificaba mayor rapidez en la tramitación del recurso de los señores ZIMMERMANN y STEINER. Además, el Parlamento suizo había aprobado las disposiciones necesarias para enderezar la situación.

La Comisión no desconocía las dificultades con que se tropezó ni la cuantía de los créditos que se necesitaban para resolverlas; pero no le pareció que las razones dadas por el Gobierno justificasen la duración del procedimiento de que se trata.

Los demandantes defienden también esta tesis, y, sin negar que pesa una sobrecarga de trabajo sobre el Tribunal federal, y que el sistema para escoger los asuntos estaba justificado, afirman que hay un momento en que cualquier procedimiento se convierte en preferente por el mero hecho del tiempo transcurrido.

29. El Tribunal destaca, ante todo, que el Convenio obliga a los Estados Contratantes a organizar sus tribunales de manera que puedan atender las exigencias del artículo 6.1, especialmente en cuanto al "plazo razonable". No obstante, un atasco temporal en el despacho de los asuntos no implica su responsabilidad si recurren, con la deseable rapidez, a medidas adecuadas para superar una situación excepcional (Sentencia en el caso *Buchholz*, antes citada, Serie A, núm. 42, p. 16, apartado 51, y Sentencia en el caso *Foti* y otros, de 10 de diciembre de 1982, Serie A, núm. 56, p. 21, apartado 61). Entre los medios que pueden utilizarse provisionalmente figuran la elección de un determinado orden de tramitación de los asuntos, fundado no sobre la mera fecha de su presentación, sino sobre su urgencia y su importancia, en especial sobre el riesgo que suponen para los interesados. Sin embargo, cuando la situación se prolonga y afecta a la estructura del órgano, dichos medios no son suficientes y el Estado no puede retrasar más la aprobación de medidas que sean eficaces.

30. Las estadísticas facilitadas por el Gobierno ponen de manifiesto que la cantidad de litigios pasados al Tribunal federal ha aumentado en forma progresiva desde 1969, sobre todo en el campo del Derecho administrativo.

Al principio, las Autoridades suizas pudieron creer que se trataba de un exceso temporal de trabajo, pero desde 1973 el Alto Tribunal se había dado cuenta de que la situación afectaba a la estructura (apartado 12), como, por otra parte, acaecía en muchos otros Estados Contratantes.

31. Esto establecido, las disposiciones que se tomaron hasta el 15 de octubre de 1980, fecha de la Sentencia del Tribunal federal, aunque reflejaban un verdadero propósito de afrontar el problema, no han tenido en cuenta suficientemente esta característica y, por tanto, se han alcanzado resultados poco satisfactorios. El Tribunal federal propugnó en 1973 determinadas medidas urgentes, pero él mismo pidió que se aplazaran en espera de la refundición de la ley de Organización judicial (apartado 12, anterior). Volvió a pedirlas en diciembre de 1977, al aumentar la crisis. La Asamblea federal las votó en 1978 y entraron en vigor el 1 de febrero de 1979. Consistían, entre otras cosas, en aumentar de 28 a 30 el numero de jueces y de 24 a 28 el de secretarios y escribanos. Además, el Tribunal revisó con carácter general su reglamento (apartado 13, precedente). Estas medidas ni entonces se consideraron suficientes; de hecho, el atasco no cesó de aumentar, ya que el número de litigios creció también. Por lo que respecta a las medidas más enérgicas, aprobadas el 20 de marzo de 1981 — o sea, después de rechazarse el recurso de los señores Zimmermann y Steiner—, resultaron indudablemente más eficaces (apartados 11, 14 y 15, anteriores); sin embargo, el Tribunal no tiene por qué tomarlas en consideración.

32. El procedimiento de que se trata duró tres años y medio aproximadamente, y durante la mayor parte de este período no hubo ninguna actividad procesal. El Tribunal, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que concurren en el caso, considera que este lapso de tiempo fue excesivo; las innegables dificultades que encontró el Tribunal federal no podían seguir considerándose entonces como transitorias ni privar a los demandantes de su derecho a que se respetase el "plazo razonable" (Sentencia en el caso *Foti* y otros antes citada, Serie A, núm. 56, p. 23, apartado 75).

Se ha violado, por tanto, el artículo 6.1. El Tribunal no tiene por qué determinar la Autoridad nacional a la que es imputable esta infracción: se trata únicamente de la responsabilidad internacional

del Estado (Sentencia en el caso *Foti* y otros. antes citada, "ibídem", p. 21, apartado 63).

II. *Sobre la aplicación del articulo 50*

33. El artículo 50 dice lo siguiente:

"Si la resolución del Tribunal declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte Contratante se opone, total o parcialmente, a las obligaciones que se derivan del (. . .) Convenio, y si el Derecho interno de dicha Parte sólo permite, de manera manifiesta, reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la resolución del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte perjudicada."

34. En la vista, el representante de los demandantes ha pedido:

—una suma de 500 Fs. para cada cliente en reparación del perjuicio moral

—el reembolso de sus honorarios de abogado por el procedimiento ante el Tribunal federal;

—el de sus costas y gastos ante la Comisión y el Tribunal.

Como el Agente del Gobierno presentó, por su parte, observaciones detalladas a este respecto, el Tribunal considera la cuestión lista para resolverse (artículo 50, apartado 3, primera frase, del Reglamento).

1. *Perjuicio moral*

35. Según el Gobierno, si el Tribunal llegara a la conclusión de que hubo violación, la declaración de la Sentencia y su publicación supondrían ya una reparación equitativa suficiente.

Entiende el Tribunal que en el supuesto de que los demandantes hayan sufrido alguna tensión psicológica perjudicial, se compensaría adecuadamente en este caso con la comprobación, por esta sentencia, de que se sobrepasó el plazo razonable (véase, "mutatis mutandis", la sentencia en el caso *Coriglano* de 10 de diciembre de 1982, Serie A, núm. 57, p. 17, apartado 53).

2. *Costas y gastos*

36. Para tener derecho a la asignación de costas y gastos en virtud del artículo 50, la parte perjudicada debe haberse visto obligada a

ellos con la finalidad de evitar o remediar una violación en el orden jurídico interno, conseguir que la Comisión, y después el Tribunal, la pongan de manifiesto, y lograr la correspondiente reparación. Se requiere también que se pruebe su realidad, su necesidad y los límites razonables de su cuantía (véase, especialmente, la Sentencia en el caso *Minelli* de 25 de marzo de 1983, Serie A, núm. 62, p. 20, apartado 45).

37. Los interesados reclaman en primer lugar la suma de 100 Fs. por los honorarios de su abogado ante el Tribunal federal corresponde a las dos cartas del señor Kinh para enterarse de la marcha del procedimiento (apartado 10, precedente). Tienen derecho a su reembolso, ya que estas gestiones pretendían estimular al Tribunal federal a cumplir las exigencias del artículo 6.1.

38. En cuanto a los procedimientos seguidos en Estrasburgo, los demandantes no han disfrutado de la asistencia jurídica gratuita ante la Comisión ni en su relación con el Delegado de ésta ante el Tribunal. Piden 2.360 Fs. por los honorarios y gastos de su representante, señor MINELLI.

El Tribunal resuelve concederles este importe, cuyo carácter plausible y razonable no ha discutido el Gobierno.

En virtud de estos fundamentos, el Tribunal, por unanimidad,

1. *Falla* que se ha violado el artículo 6.1 del Convenio:

2. *Falla* que el Estado demandado debe pagar a los demandantes dos mil cuatrocientos sesenta francos suizos (2.460 Fs.) por costas y gastos;

3. *Desestima* la petición de reparación equitativa en cuanto al exceso.

Hecho en francés y en inglés, siendo fehaciente el texto francés, en el Palacio de Derechos Humanos de Estrasburgo, el tres de julio de mil novecientos ochenta y tres.

Firmado: GÉRARD WIARDA
Presidente
Por el Secretario,
Firmado: HERBERT PETZOLD
Secretario adjunto

Capítulo XVII

UN DÍA EN LA JUSTICIA. LOS AMPAROS DE LOS ARTS. 43 Y 75 INC. 22 DE LA CONSTITUCIÓN [1]

1. *Antes, ahora, después*

El amparo tuvo un nacimiento promisorio en los casos *Siri* [2] y *Kot*, [3] que luego se vio disminuido por el impacto de la llamada ley 16.986, que limitó su procedencia. En virtud de ella, en los años que

[1.1] Comparar, entre los comentarios posteriores a la reforma constitucional, BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI, La reforma constitucional de 1994, EDIAR, Buenos Aires, 1995, p. 311 y ss.; GOZAÍNI, OSVALDO A., *El derecho de amparo*, Depalma, 1995 (y anteriormente, aunque de publicación ulterior, *El derecho de amparo creado por la Constitución Nacional*, *LL*, 21-XI-95); NATALE, ALBERTO, *Comentarios sobre la Constitución*, Depalma, 1995; COLAUTI, CARLOS E., *Derechos humanos*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995; DROMI, ROBERTO y MENEM, EDUARDO, *La Constitución reformada*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, ps. 159 y ss.; SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional*, *LL*, 1994-D, 1551; QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO," El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución nacional", en el libro colectivo *La reforma de la Constitución*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 109 y ss.; BARRA, RODOLFO CARLOS, *La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar*, *LL*, 1994-E, 1087; RIVAS, ADOLFO A., *El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina*, *LL*, 1994-E, 1330; *Pautas para el nuevo amparo constitucional*, *ED*, 1994; ROSALES CUELLO, RAMIRO, *Nueva etapa en la vida del amparo*, *ED*, 20-II-95; PANCALLO D´AGOSTINO, MARTÍN, *Nuevas motivaciones y ámbito para el amparo*, *ED*, 160:996; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *La silueta del amparo después de la reforma constitucional*, La Ley, 15 de noviembre de 1995, Suplemento Especial, p. 54.

[1.2] *Fallos*, 239:459.

[1.3] *Fallos*, 241:291; *LL*, 92:632.

siguieron se fue imponiendo una jurisprudencia limitativa, que exigía entre otros recaudos la no existencia de otra vía administrativa o judicial para defender el derecho, la gravedad o irreparabilidad del daño, el carácter manifiesto de la lesión a la garantía constitucional, la imposibilidad de pedir la inconstitucionalidad de una ley, decreto u ordenanza, etc.

Una de las causales favoritas de rechazo del amparo fue por ejemplo que la cuestión era susceptible de mayor debate y prueba (¡qué cuestión no lo es!),[4] seguida por el no haber agotado la instancia administrativa (como si de algo sirviera que la propia autora del daño se haya pronunciado sobre un reclamo contra él), etc.

La reforma de 1994 tiene al menos un carácter múltiple: por una parte el nuevo texto del artículo 43, por otra la expresa recepción de las normas supranacionales en la materia. El artículo 43, a su vez, tiene *dos* supuestos diferentes de amparo en sus párrafos primero y segundo. Ello, sin computar los otros dos mecanismos de los párrafos tercero y cuarto: habeas data y habeas corpus. El habeas data, por lo general, se considera una modalidad de amparo.[5]

[1.4] Ya decía LEIBNIZ que mientras las características o datos de la realidad son infinitos, nuestra facultad de percepción es finita: para un desarrollo, ver la segunda parte del capítulo I del tomo 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, 8° ed., 2003 y más específicamente *El método en derecho*, ed. Civitas, Madrid, 1995, reimpresión. RIVAS considera que la cuestión está superada con la actual reforma constitucional (*Pautas...*, *op. cit.*, IX).

[1.5] Ver entre otros BIANCHI, ALBERTO B., *Habeas data y derecho a la privacidad*, *ED*, 161-866; CIFUENTES, SANTOS, *Derechos personalísimos*, Astrea, 1995; del mismo autor, *Protección inmediata de los datos privados de la persona. Habeas data operativo*, La Ley, 15 de noviembre de 1995; BERGEL, SALVADOR M., *El habeas data: instrumnento protector de la privacidad*, Revista de Derecho Pirvado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, vol. 7, p. 214; VANOSSI, JORGE R., *El habeas data: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa*, *ED*, 159-948; EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, *El hábeas data en la reforma constitucional*, *LL*, 15-XI-95, Suplemento Especial, p. 42; ITZICOVICH GRIOT, ALEJANDRO, *Habeas data.Un gran paso y una tarea pendiente*, *LL* Actualidad, 27-X-94; SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Amparo, habeas data y habeas corpus en la reforma constitucional*, *LL* 1994-D, 1151; GOZAÍNI, *El derecho de amparo*, *op. cit.*

Es cierto que así como antes se discutía si los tratados tenían o no un rango superior a la ley, lo que la Constitución contesta por la afirmativa, ahora hay quienes se preguntan si tienen o no un rango superior a la Constitución. Ahora bien, lo menos que podrá admitirse es que integran el rango normativo superior del Estado, y que la Constitución debe ser interpretada en consonancia con ellos, sin que pueda negarse la existencia o el alcance de algún derecho de carácter supranacional sobre la base de la interpretación restrictiva o limitativa de alguna norma constitucional.[6]

La primera cuestión es así determinar si las normas supranacionales reconocen un mecanismo de tutela diferente en materia de amparo; la segunda, cuál es el orden de prelación de las normas en su interpretación y aplicación y si son susceptibles de armonización.

2. *Las normas supranacionales*

2.1. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre*

El artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre dice que "Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. *Asimismo* debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente."

Dicha disposición le da al individuo el *doble derecho* (concurrente, no alternativo o excluyente) de acudir ante los tribunales de manera genérica en cualquier caso y de manera específica *también* ("asimismo") para los "derechos fundamentales consagrados constitucionalmente", caso en el cual agrega un requisito adicional a favor del individuo: requiere que el Estado le provea de un procedimiento sencillo *y breve* para la tutela de tales dere-

[1.6] Tratamos el punto en la 8° edición del tomo 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, 2003, cap. VII.

chos, *y no establece limitación alguna,* por ejemplo que no haya otro medio administrativo o judicial para hacerlo, que la violación sea manifiesta o el daño irreparable, etc.

La redacción es clara, en cada país signatario la tutela de los derechos constitucionales debe tener un remedio sencillo *y breve sin condicionamiento ni limitación alguna*.

2.2. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Lo mismo surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que se dispone: "Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso *sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales *competentes*, que la ampare contra actos que violen *sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución*, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: *a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga* tal *recurso*; *b)* a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y *c)* a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

2.3. *Declaración Universal de Derechos Humanos*

Igual concepto encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 8° establece que "Toda persona tiene derecho a un *recurso efectivo*, ante los tribunales nacionales *competentes*, que la ampare contra actos que violen sus *derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*."

2.4. *Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos*

El Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos establece en su artículo 2, inciso 3: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: *a)* Toda

persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer *un recurso efectivo*, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; *b)* La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, *decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso*, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; *c)* Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

2.5. *Resumen comparativo*

2.5.1. *Los textos*

Convención Americana sobre Derechos Humanos*:* "un recurso *sencillo y rápido* o a cualquier otro recurso *efectivo*... que la ampare contra actos que violen *sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención*."

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*:* "un procedimiento sencillo y breve... (que) lo ampare contra actos... (que violen)... los derechos *fundamentales* consagrados *constitucionalmente*."

Declaración Universal de Derechos Humanos*:* "un *recurso efectivo*... que la ampare contra actos que violen sus *derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*."

Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos*: "un recurso efectivo*... (para*) "los derechos* ***o libertades*** *reconocidos en el presente Pacto."*

2.6. *Primeras conclusiones*

Todas las normas referidas son claras en distinguir la defensa en juicio en general, de la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los tratados, las constituciones o las leyes de cada país en particular: para los segundos exige, sin limitación ni recaudo alguno, un procedimiento especial, sencillo, breve, efectivo, ante los tribunales competentes.

Y como dice el artículo 2, inciso 3, apartado *b)* del Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos, "La autoridad competente, judicial... *decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso*". O en las palabras del artículo 25 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Los Estados Partes se comprometen: *a)* a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado *decidirá sobre los derechos* de toda persona que interponga *tal* recurso."

El primer texto citado no incluye lo que sí hacen los tres últimos, que debe tratarse de un tribunal judicial competente, no cualquiera.

3. *Conflicto o complementariedad entre los arts. 43 y 75 inc. 22*

3.1. *Jerarquía o armonía*

Parece hoy en día claro es que *si la Constitución y los pactos consagran la inviolabilidad de la defensa en juicio*, lo menos que puede considerase es que *resultan también inviolables todos los mecanismos de defensa tutelados por los pactos internacionales*, ya que de otro manera se privaría de sentido tanto al artículo 18 como a los pactos y al mismo artículo 75 inciso 22.

No debe pensarse que dando esta jerarquía a los tratados se lesiona el antiguo artículo 31 de la Constitución, pues es claro por ejemplo que él queda sin efecto en el supuesto del artículo 75 inciso 24. Del mismo modo el artículo 31 no puede ser óbice para una interpretación armónica entre los artículos 43 y 75 inciso 22.

En cualquier caso, es la misma constitución que recoge los tratados en dicha norma, y no puede entenderse que lo que resuelve en el artículo 75 inciso 22 quedara negado o recortado por otro artículo del mismo cuerpo normativo. Es necesario buscar una armonía de tales disposiciones. Ello, sin entrar a que en verdad las normas supranacionales tienen jerarquía sobre las locales. [1] Pero no es necesario recurrir a ello para resolver la cuestión.

[3.1] El citado capítulo VII del tomo 1° de nuestro *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*

3.2. *Comparación del art. 43 y las normas supranacionales.*

Por lo expuesto, si bien existe un cierto margen de disfuncionalidad en la primera parte del artículo 43, ella debe resuelta a favor de la libertad y de la tutela de los derechos, en consonancia con el propio artículo 18 en su lectura a la luz de los pactos supranacionales.

Comencemos con la comparación de los artículos 43 y 75 inciso 22 en su remisión a una vía rápida, expedita, breve y sencilla para la defensa de los derechos y libertades fundamentales previstos en las constituciones o en las leyes.

4. *Diferencias entre el 43 y el 75 inc. 2*

4.1. *Mayor restricción del primer párrafo del art. 43*

El artículo 43 en su primera parte es más restringido sobre todo en dos causales de exclusión:

Exige *que no exista otro medio judicial más idóneo,* los textos supranacionales no.

Requiere arbitrariedad o ilegalidad *manifiesta*, los tratados no. La segunda cuestión en que existe aparente discrepancia entre el artículo 43 y las normas supranacionales es en la exigencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Tales recaudos no aparecen en las normas supranacionales y pensamos que en su consecuencia deben prevalecer éstas por sobre la restricción constitucional. En cualquier caso, que el vicio sea manifiesto en definitiva queda librado a la apreciación judicial. No se trata de un grado de evidencia que deba reunir requisitos extraordinarios, basta con que el propio juez luego de analizados los documentos y pruebas aportados en el amparo, pueda libremente arribar a la conclusión de que el acto es ilegítimo. *El vicio manifiesto no es un criterio de admisibilidad, sino que lo aprecia el juez en la sentencia: lo ve o no lo ve, esto es todo.* [1]

[4.1] En sentido similar QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, p. 125.

4.2. *Mayor amplitud del 43*

A la inversa, los tratados internacionales son más restringidos y el artículo 43 más amplio en otros dos aspectos:

El artículo 43 se refiere tanto a *todos* los derechos tutelados por la constitución, tratados o leyes; los pactos de derechos humanos se refieren específicamente a los derechos y libertades *fundamentales* tutelados en la Constitución, los tratados o las leyes. Esta diferencia puede no ser sustancial habida cuenta que hay consenso que el amparo no procede para la tutela de cualquier derecho (los casos típicos de la ejecución de un pagaré, un desalojo, juicio de filiación, etc.).

4.3. *Los dos amparos del art. 43 y el amparo del art. 75 inc. 22*

Los tratados internacionales reconocen el derecho al titular efectivo, personal y directo, de la libertad o derecho lesionado.

El segundo párrafo del artículo 43 reconoce legitimación amplia que incluye "*los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los* derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines". La legitimación es muchísimo más amplia en el segundo párrafo del artículo 43 al incluir a las asociaciones de usuarios y consumidores,[2] y al prever la tutela de derechos de incidencia colectiva, que es una categoría más amplia aún que las *class actions* del derecho norteamericano.[3] El recurso de los pactos es un recurso de carácter personal e individual.

Por ello GELLI ha señalado con acierto[4] que el artículo 43 de la Constitución incluye dos amparos diferentes: uno, el contempla-

[4.2] Un curioso debate es si están legitimadas ya las asociaciones existentes o si deben en cambio esperar la ley. En la primera tesis BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 320; en la segunda SAGÜÉS, *op. cit.*, III-7. Va de suyo que adherimos a la primera.

[4.3] Las equipara BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 317. Ver también QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, p. 154, quien recuerda en igual sentido a MORELLO.

[4.4] Artículo citado, punto IV, p. 55.

do en el parágrafo primero, solamente relativo a personas directamente lesionadas en sus derechos individuales; otro, el del segundo párrafo, que tutela además expresamente los derechos de incidencia colectiva en general (incluyendo usuarios, consumidores, la competencia, el medio ambiente, la discriminación, etc.).[5] El segundo párrafo, al legitimar al defensor del pueblo[6] y las diversas asociaciones expresamente está señalando que no se requiere aquí la lesión al derecho de una persona concreta, y con mayor razón que también están legitimados cuando tal lesión individual existe.

Ni siquiera hace falta discurrir acerca de la diferenciación entre derecho subjetivo e interés legítimo, interés difuso,[7] etc. No requiere demostración alguna la legitimación del Defensor del Pueblo, pues se la da la Constitución,[8] y lo mismo ocurre para las asociaciones (cooperativas, fundaciones, etc.) entre cuyo objeto expreso o implícito[9] pueda considerarse incluida la defensa de los

4.5 Parece expresar lo mismo en el punto II, aunque concluye asimilándolos en el VI, GOZAÍNI, *El derecho de amparo creado por la Constitución Nacional, op. cit.*

4.6 El defensor del pueblo aparece legitimado aquí a texto expreso para tales derechos de incidencia colectiva, en tanto que el artículo 86 lo legitima también a texto expreso para la defensa de los derechos humanos; a nuestro juicio con igual encuadre general de acción pública en defensa de la legalidad, sin necesidad de que también pleitee un individuo lesionado en forma directa e inmediata, o directa, inmediata y exclusiva según se quiera enfatizar el intento de restricción del acceso a la justicia.

4.7 Algunos autores, en un fallido intento al sarcasmo, gustan de llamarlo "interés confuso". Pero la única confusión es no distinguir los supuestos del primer y segundo párrafo del artículo 43, tan diametralmente distintos como para impedir confusión alguna.

4.8 Según ya advertimos, en dos lados: el mismo artículo 43 y nuevamente el artículo 86. Pretender negársela en caso alguno es arbitrariedad manifiesta por desconocimiento del derecho objetivo.

4.9 Pues la interpretación restrictiva de la regla de la competencia del derecho público no cabe hacerla extensiva a la competencia de las asociaciones privadas, cooperativas, fundaciones, etc., sin fines de lucro, cuyo análisis ha de hacerse más próximo al concepto de capacidad del derecho privado. Sobre la discusión ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, 8° ed., capítulo XII, "Los órganos del Estado", punto 6, "La competencia".

derechos de incidencia colectiva: del usuario, el consumidor, la competencia, el medio ambiente, etc. Lamentablemente, algunos fallos todavía razonan como si el amparo del artículo 43 se agotara en el primer párrafo, y desconocen por entero el segundo.[10]

De lo expuesto se sigue otra consecuencia: los pactos de derechos humanos se refieren exclusivamente a las personas físicas, en tanto que la Constitución en su enumeración de derechos y garantías, incluido el amparo del artículo 43, se refiere a las personas físicas o jurídicas. También en este punto, pues, son más amplios los dos recursos de amparo del artículo 43 que el de los pactos de derechos humanos.

4.4. *El procedimiento*

Hay además otra diferencia:

• El procedimiento de la ley de facto 16.986, si bien resulta modificado por una importante jurisprudencia pretoriana según cada juzgado que intervenga, sigue siendo un procedimiento reglado (aunque cabe razonablemente preguntarse si tiene sentido aplicar tal regulación al supuesto totalmente distinto e innovador del segundo párrafo del artículo 43).

• El procedimiento de los tratados en cambio no se encuentra reglado y queda entonces librado a la apreciación pretoriana de los jueces competentes, que pueden realizar en algunos casos una aplicación analógica o supletoria de algunas de las normas o principios de la ley de facto 16.986, aunque no necesariamente de todos.

4.5. *La Convención Constituyente* [11]

Si bien no lo consideramos un dato de importancia, puede tenerse presente que en la Convención constituyente de 1994 lo referente a los tratados y al amparo fueron tratados por comisiones separadas.

[4.10] Es lo que ha ocurrido en el fallo de la sala V *in re Cooperativa de Consumidores Libres Ltda*. en su impugnacion a la írrita intervención a la CNT.

[4.11] Ampliar *infra*, 9.2.

Primero se tomó la decisión de sancionar el dictamen de la Comisión de Tratados Internacionales, luego el mecanismo del amparo.[12] A su vez, la legitimación procesal del Defensor del Pueblo para los derechos humanos previstos en los tratados surge de otra cláusula (el art. 86) y otra comisión constitucional. Cuando tres distintas comisiones discutieron distintos temas dentro y sobre todo *fuera* del recinto, cada una por intermedio de miembros que a su vez consultaron a sus conocidos y amigos en la comunidad jurídica,[13] no pueden sacarse demasiadas conclusiones del "debate" publicado —léase discursos dichos, leídos o directamente transcriptos, como es la costumbre parlamentaria nuestra. Le toca al intérprete armonizar las normas, sin que sean dirimentes los informes publicados por la mayoría y minoría de cada comisión, por su propia naturaleza formales. Son doctrina, opiniones de interés a ser juzgadas por su fuerza de convicción intrínseca y no porque nos cuenten lo que "verdaderamente" se resolvió. Lo que "verdaderamente" se resolvió es exclusivamente el texto constitucional, nada más.

4.6. *El derecho comparado*

Otra diferencia ha sido apuntada por la doctrina, aunque sin desarrollo: en algunos países[14] el amparo es la vía normal[15] de protección de los derechos fundamentales —es la misma solución

4.12 Convención Nacional Constituyente, diario de sesiones, 29ª reunión, 3ª sesión ordinaria (Continuación), 11 de agosto de 1994, p. 4049.

4.13 Acerca de la supranacionalidaad de los tratados se cita la opinión favorable de BIDART CAMPOS, en un fax enviado a su constituyente consultante: concidimos con ese aspecto de la opinión, pero obviamente no estamos hablando de interpretación auténtica sino de la doctrina como fuente. Por nuestra parte y para no quedarnos atrás, nos apresuramos a decir que fuimos consultados por miembros de distintas comisiones de más de un partido: ¿agrega eso algo a la interpretación auténtica de la Constitución? ¿Tendremos que producir prueba?

4.14 Algunos ejemplos en QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, ps. 132 y 133. Ver la nota siguiente.

4.15 La dispersión es muy grande, como explica BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *El amparo de los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*, EJV, Caracas, 1993.

de los tratados— pero el artículo 43 en su primer párrafo —no así en el segundo— parece caminar por otro andarivel. Si tomamos solamente el primer párrafo, estamos entre los pocos países que pretenden resolver distinto en el plano interno a como son las cosas en el plano externo. Es una dura lección que no terminamos de aprender.[16] Sin embargo, a gusto o a disgusto, debemos cumplir los pactos internacionales que hacen del amparo una vía ordinaria de protección de los derechos fundamentales.

5. *Similitudes*

Ambos institutos comparten ciertas características básicas:

• Todos los textos expresan que debe tratarse de una vía "rápida" (en los tratados, "sencilla", "breve", "rápida"), aunque el artículo 43 enfatiza que debe además ser "expedita" (en los tratados, "efectiva"). Expedita significa sin condicionamientos ni cortapisas previas o ulteriores.[1]

• En materia de legitimación procesal, el Defensor del Pueblo de la Nación la tiene en ambos supuestos: en el artículo 43, por el texto expreso de la norma; en los derechos humanos derivados de los pactos supranacionales, por lo dispuesto en el artículo 86.[2]

4.16 Otros aspectos en el capítulo IV "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio" y en el capítulo VI "Fuentes supranacionalesde derecho administrativo" de la 8° edición, en 2003, del tomo 1 de nuestro citado *Tratado de derecho administrativo.* Ver también *Después de la reforma del Estado*, 2° ed., 1998.

5.1 Obstáculos previos son la existencia de otra vía; ulteriores los incidentes que pueden trabarla (QUIROGA LAVIÉ, *op.cit.*, p. 112). Por ello recuerda PALACIO que en el amparo no cabe recusación sin causa, cuestiones de competencia, excepciones previas, incidentes, etc. (*op.cit.*, II-4). Tal como lo hacen la mayor parte de los juzgados federales de primera instancia del país, tampoco parece indispensable la vista fiscal previa a la admisión formal y traslado del amparo: comparar OSCAR AGUAD y ELISA CARRIÓ, citados por QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, p. 134.

5.2 Esto demuestra una vez más cómo distintas comisiones contribuyeron desde distintos ángulos a conformar un conjunto que es ahora el intérprete quien debe armonizar. Correlaciona ambos artículos con el alcance de la legitimación del ombudsman para la defensa específica de los "derechos humanos" en el amparo:GOZAÍNI, *El derecho de amparo, op. cit.*, pp. 88 a 94.

• Los derechos y libertades fundamentales, desde luego, son tutelados en ambos procedimientos, con lo cual puede existir identidad de objeto procesal en amparos concretos.

• En ambos se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o cualquier otro acto estatal, y *a fortiori* también la violación a los tratados internacionales.

• Ambos procesos suponen bilateralidad.

• Se tramitan solamente ante los jueces competentes (que pueden serlo del domicilio del demandado o del lugar en que los efectos del acto han de producirse).

• Los jueces tienen la *obligación* de pronunciarse sobre el fondo de los derechos ante ellos invocados. Un incumplimiento judicial a esta obligación de acceso a la justicia es además violación a los tratados supranacionales.

• Es claro que tales recursos o acciones no tienen por objeto sustituir procedimientos *especiales*: interdictos, desalojos (locaciones en general), ejecuciones (pagarés, hipotecas, etc.), alimentos, filiación, ley de defensa del consumidor,[3] *habeas corpus*, *habeas data*, etc.

La verdadera discusión es la que contrapone el juicio de amparo a un juicio ordinario, no a juicios o procedimientos especiales.

[5.3] Ley 24.240. El art. 53 establece que "Se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario". La discusión puede resultar especiosa y en la práctica tramitan como amparos los reclamos de usuarios de servicios públicos, lo que no nos parece una irrazonable extensión de la vía. Admite el amparo del usuario contra el concesionario BARRA, *op. cit.*, p. 1093. Hemos visto en tribunales argumentar esta cuestión de manera risueña: a veces algunos letrados externos de determinadas licenciatarias pretenden que la ley 24.240 remite necesariamente al amparo, con lo cual a su juicio quien no hizo el juicio dentro de los quince días consintió el abuso. Y reputan carente de ética al abogado que citando el precepto del artículo 43 inicia una acción por la ley 24.240 contra el concesionario o licenciatario. *O mores!*

6. *Primera alternativa: los derechos supranacionales no son operativos*

La forma más antigua de encarar el punto es pensar que los tratados *no son operativos* en cuanto requieren un medio sencillo, breve, expedito, para los derechos y libertades fundamentales, y que sólo tenemos el recurso de nuestro artículo 43, no los recursos del artículo 75 inciso 22.

Esta interpretación va contra toda sana hermenéutica constitucional, aún en nuestra jurisprudencia a partir del caso *Ekmekdjian*.[1] Resultaría entonces una desinterpretación del sistema realizar una lectura limitativa de la primera parte del artículo 43 cuando establece que "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, *siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad *manifiesta*, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva."

La norma de la primera parte del artículo 43 está reconociendo *menos* que lo que reconocen los pactos supranacionales que el artículo 75 inciso 22 expresamente recepta, *pero no prohíbe ni excluye aquéllos*. Tampoco podría hacerlo.[2]

Entre los posibles medios de tutela de los derechos previstos en el ordenamiento nacional y supranacional, la primera parte del artículo 43 estatuye en efecto *uno* específico, expedito, breve y efectivo, para determinados supuestos de lesión. Pero ello en modo alguno excluye que existan *otros* también específicos en otra parte del mismo texto constitucional y sus remisiones.

6.1 *La Ley*, 1992-C, 543; *ED*, 148:354.

6.2 Por lo que hemos explicado en el capítulo VII, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo", de la 8° edición del tomo 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, 2003.

Ello ocurre en el caso del medio ambiente, de los derechos de incidencia colectiva, del habeas data y habeas corpus, y por supuesto de los derechos que emergen del artículo 75.

Una interpretación diversa llevaría las normas supranacionales a verdadera letra muerta, lo que no puede considerarse como el recto espíritu ni una lectura razonable de la Constitución. Es necesario, pues, realizar una interpretación que no prive a los ciudadanos de una expresa garantía supranacional. Y la interpretación es simple: la primera parte del artículo 43 se refiere a una forma básica y elemental de protección que no excluye ni puede razonablemente interpretarse que excluya la protección específica que le reconocen las normas supranacionales. [3]

En materia análoga, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto en el caso *Factortame* de 1990 que "El Derecho Comunitario debe ser interpretado en el sentido de que la jurisdicción nacional que, conociendo de un litigio que concierne al Derecho Comunitario, estime que el único obstáculo que se opone a que pueda ordenar medidas cautelares es una regla de su Derecho Nacional, debe excluir la aplicación de esta regla".[4] Lo mismo ha aceptado, como es lógico, el Tribunal Constitucional español,[5] entre otros tribunales nacionales.

En el conflicto entre el derecho nacional y el supranacional ha de preferirse, obviamente, al segundo, en especial en lo que hace a la rapidez y efectividad de los mecanismos de defensa en juicio.

6.3 El sentido genéricamente no excluyente fue explicado por el convencional informante: "No limita las posibilidades sino que expande de un modo determinado y específico la oportunidad de acceder a esta tutela", RODOLFO DÍAZ, Convención Nacional Constituyente, diario de sesiones, 29a reunión, 3a sesión ordinaria (Continuación), 11 de agosto de 1994, p. 4050.

6.4 Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La batalla por las medidas cautelares*, 2° ed., Civitas, Madrid, 1995, p. 113.

6.5 Como recuerda al respecto GOZAÍNI, este tribunal ha dicho que "La Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia que se hubiesen ratificado" (*El derecho de amparo creado por la Constitución Nacional*, punto I).

Si eso ha sido dicho el tribunal europeo para las medidas cautelares, es fácil imaginar qué puede decir la Corte Interamericana para la inadmisión local de un amparo expresamente previsto, sin cortapisas ni limitaciones o condiciones, por la legislación supranacional.

Así como nuestra Corte Suprema ha resuelto que el país debe cumplir de buena fe sus compromisos internacionales, así también puede decirse junto al juez francés ESTOUP que aplicar medios jurisdiccionales rápidos y abreviados es una cuestión de "honor de la justicia";[6] parafraseando a BRAIBANT, "sin vacilaciones ni murmullos".[7] Deberíamos hacer como en Europa, donde "se está generalizando la técnica de habilitar una "justicia provisional" inmediata y rápida, dejando la "justicia definitiva" remitida... a los largos y dilatados procesos".[8]

7. *Segunda alternativa: dos vías diferentes*

7.1. *Vías paralelas*

Una segunda alternativa es considerar que estamos ante dos o tres vías diferentes:

a) Una, de carácter interno, en la cual se tutelan *todos los derechos* protegidos por *la Constitución, los tratados y las leyes* pero *sólo* cuando se da la doble condición mencionada en el primer párrafo. Otra, también de carácter interno, la prevista en el segundo párrafo en la cual la legitimación es sumamente amplia (derechos de incidencia colectiva: usuarios, consumidores, defensa de la competencia, medio ambiente, discriminación, etc.) y tanto para los individuos como para las personas jurídicas, asociaciones, defensor del pueblo, etc.

b) La segunda o tercera vía, de origen supranacional, tutela *solamente los derechos y libertades fundamentales y únicamen-*

[6.6] Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, *op.cit.* p. 134,

[6.7] Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa,* 2° ed., Civitas, Madrid, 1992, refiriéndose a la celeridad en la ejecución de la sentencia.

[6.8] GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa,op. cit.*, p. 342, citando a ZAGREBELSKI.

te de las personas físicas directamente afectadas en su persona o en sus derechos, pero sin necesidad de que se den las otras condiciones de vía más idónea y carácter manifiesto del vicio que menta el primer párrafo del artículo 43.

En esta variante el procedimiento de la vía de los tratados sería comparable por analogía a la del primer párrafo del artículo 43 en los trazos generales de intervención de juez competente, existencia de bilateralidad e igualdad de las partes y plazos breves, pero *el trámite sería necesariamente de carácter pretoriano* hasta tanto se dicte una ley al respecto.

No es esto demasiada novedad en la práctica, pues los jueces en el amparo suelen actuar pretorianamente sin que ello haya llevado a nulidades ni problemas. Así por ejemplo la apelación en el amparo debe ser elevada por el juez a la Cámara dentro de las 24 horas, según la ley de facto, pero como ya la Corte Suprema resolvió hace décadas que se trata de un procedimiento bilateral, alguien tiene que dar traslado. Cuando el juez lo eleva sin traslado, lo da la Cámara. Otras veces el juez, con mejor criterio y menos apego a la norma de facto, da traslado en primera instancia y después eleva los autos, con el traslado cumplido.

7.2. *La acumulación de amparos*

Otra cuestión es que pueden impugnar un mismo acto tanto una persona jurídica y un usuario con legitimación amplia, con la limitación de que no haya vía más idónea y el vicio sea manifiesto (artículo 43), y también una persona física que se ve afectada en sus derechos y libertades fundamentales.

En tales casos deben acumularse las acciones y tramitarlas con un criterio unificador. Nuestra preferencia en tales casos será sumar lo que ambas vías tienen de más amplio: del segundo párrafo del artículo 43, la amplitud de legitimación y en general la tutela de derechos de personas jurídicas; de los tratados, la no exigencia de recaudos adicionales como la inexistencia de otra vía o el carácter manifiesto del vicio. Posiblemente quepa retener, en estos casos, la limitación de que se trate de

derechos y libertades fundamentales, aunque tanto de personas físicas como jurídicas. Lo que no tiene sentido es tomar el primer párrafo del artículo 43 y desaplicar el segundo, cuando no se presenta un individuo lesionado en forma personal y directa. Es lo que, lamentablemente, hizo la sala V de la Capital con la intervención a la CNT.

En otro aspecto, obviamente sería una desinterpretación llevar derechos normales de carácter civil o comercial a una supuesta vía de amparo (ejecutar un pagaré, realizar un desalojo por falta de pago, etc.), pero pueden también existir casos de derechos civiles, comerciales o penales en los que se encuentre en juego una libertad o garantía fundamental (la intervención estatal a una persona jurídica, la prohibición de operar civil o comercialmente, el trato de los presos, etc.). Es una cuestión de hecho a resolver en cada caso concreto, como todos los problemas de derecho.[1]

7.3. *Hacia una interpretación unificadora*

De todas maneras, más allá de las diferencias de textos normativos, es muy posible que la jurisprudencia deba evolucionar pretorianamente hacia una unificación de tales distintos medios y procedimientos de impugnación en vía de amparo, pues la diferenciación amenaza carecer de sentido práctico. En tal supuesto pensamos que el *mix* que venimos de explicar para la acumulación de amparos diversos, podría también servir como la fórmula unificadora para un sólo amparo que adapte los diversos cuerpos normativos.[2] Con el tiempo deberán abandonarse en todos los casos las demás restricciones que el amparo arrastra de una legislación de facto que hace tiempo debió abandonarse.

[7.1] Para la discusión nos remitimos a la segunda parte del capítulo I de la 8° ed. del tomo 1 de nuestro tratado.

[7.2] O sea, el primer y segundo párrafo del artículo 43, y el amparo de los tratados.

8. *Tercera alternativa: el amparo es la* primera *vía más idónea*

8.1. *Es más idónea siempre*

Autores como PALACIO, MORELLO y otros han señalado que el amparo es mas idóneo que el juicio ordinario e incluso otros sumarios o sumarísimos,[1] a lo que se ha replicado que no podría sustituir juicios como el ejecutivo, etc. Al margen de que la crítica es inadecuada, de todos modos una razonable posición minimalista da el mismo resultado, como veremos a continuación. Otros autores señalan simplemente que es más idóneo que la vía ordinaria.[2]

8.2. *Es más breve, sencilla y efectiva* antes que, no en lugar de, *la vía ordinaria*

Es posible entender que el artículo 75 inciso 22 se complementa con el artículo 43 y que éste debe mirarse en una lectura integradora y armónica, para lo cual su doble requisito de que no exista otra vía idónea y haya ilegalidad manifiesta requiere una reinterpretación. En esta variante se puede sostener que el juicio ordinario es o no una vía idónea *a criterio inicial del recurrente*,[3] no del demandado o del juez: si su necesidad es de un pronto pronunciamiento, entonces *es vía idónea* primero *el amparo* y no el juicio ordinario al efecto, que sólo operaría *secuencialmente*, luego de intentada la vía del amparo (y, claro está, dentro de los plazos procesales).[4]

El requisito de que no exista otro medio judicial más idóneo ha de referirse a la idoneidad específica de otros remedios sumarios

8.1 PALACIO, *op. cit.*, II-3, quien recuerda a MORELLO, JA, 28-XII-94 y RIVAS, *Pautas..., op. cit.,* XVI-b.

8.2 Ver DROMI y MENEM, *op. cit.*, p. 160; COLAUTI, *op. cit.*, p. 245.

8.3 Siempre exceptuando, como es obvio, los juicios sumarios o sumarísimos: interdictos, desalojos, ejecuciones (prenda, *warrant*, pagarés, cheques, hipotecas), alimentos, filiación, ley de defensa del consumidor, *habeas corpus, habeas data*, etc.

8.4 Ver GOZAÍNI, *El derecho de amparo, op. cit.*, pp. 144 a 146, por el tema de la cosa juzgada.

previstos por la ley,[5] no al juicio ordinario.[6] Al no estar especificado de otro modo en la Constitución no puede remitirse a las viejas doctrinas sobre mayor necesidad de debate y prueba en juicio ordinario, pues con ello se contravendría las normas supranacionales citadas: *más idóneo debe entenderse en el sentido de más "breve" o "sencillo" en una primera aproximación*. Por lo demás, si en el amparo se concluye que hace falta más debate y prueba, pues allí está el juicio ordinario que *luego* se puede iniciar.

Dado que la vía ordinaria no es *ab initio* más breve ni más sencilla que la del amparo, entendemos que este requisito de que no haya otra vía más idónea solamente puede permitir distinguir entre el amparo, el *habeas corpus* y el *habeas data*, el amparo ambiental, algunos interdictos y juicios sumarios o sumarísimos, pero *nunca el juicio ordinario* como acción inicial y primera. En otras palabras, la mayor o menor idoneidad de una vía judicial para ser preferida a otra como primer acceso a la justicia ha de estar dada en el momento inicial por su mayor o menor brevedad, sencillez y eficacia para la tutela de los derechos constitucionales afectados. Esto no es materia de interpretación: es lo que surge explícitamente de los textos supranacionales al exigir la existencia de una tal vía a favor del individuo.

Por lo demás, es un mito glorificar el juicio ordinario y temer al amparo. El juicio ordinario lleva varios años como mínimo en sus diversas instancias, y el amparo puede durar desde algunos meses hasta un par de años. Ocurre con el amparo algo parecido que con la cautelar en el juicio ordinario: quien la obtiene prácticamente ganó el juicio, quien la pierde virtualmente lo perdió. Y si bien todo esto es esgrimido por algunos a favor de la prudencia

8.5 Los ya mencionados: interdictos, desalojo (locaciones en general), ejecución (pagarés, hipotecas, etc.), alimentos, filiación, ley de defensa del consumidor, *habeas corpus*, *habeas data*, etc.

8.6 En todo caso, dice PALACIO que aún comparándolo con los procedimientos sumario y sumarísimo el amparo (los) "aventaja con creces... en punto a la simplicidad de sus dimensiones temporales y formales y, por lo tanto, desde el punto de vista de su mayor idoneidad para lograr una más rápida definición del conflicto" (*op.cit.*, I-4).

judicial, lo cierto es que los justiciables se dan por satisfechos cuando obtienen un pronunciamiento en un tiempo razonable, como requieren también los pactos supranacionales.[7] Estemos o no de acuerdo de *lege ferenda*, la garantía supranacional de que haya un pronunciamiento judicial dentro de un lapso "razonable" solamente se cumple en el país en el juicio de amparo y demás procesos análogos, raramente en el juicio ordinario. En todo caso luego de tramitado el amparo nada impide tramitar el juicio ordinario, dentro de los términos procesales previstos para cada uno, que son perfectamente compatibles según veremos a continuación.

8.3. *La secuencia amparo - juicio ordinario*

No ha pensarse que la elección del amparo en lugar del juicio ordinario implica la pérdida de éste. Iniciado el amparo dentro de los quince días hábiles del acto lesivo, tenemos todavía los noventa días hábiles judiciales para decidir si hacemos o no el juicio ordinario.[8]

Interponer el amparo no importa perder la vía ordinaria, sino tener dos vías en orden secuencial o sucesivo. Se lo privilegia en orden temporal e instrumental, no en atención a su "esencia" "intrínseca".[9]

Quien elige el ordinario pudiendo hacer el amparo, pierde éste; quien hace el amparo puede todavía hacer el ordinario, si no se olvida de los noventa días para iniciarlo, en el caso de la administración nacional.

Si para esa fecha el amparo no está terminado, el ordinario puede iniciarse bajo el principio de eventualidad procesal, y pedir que se reserven los autos sin ordenarse el traslado hasta tanto se

8.7 No nos referimos a la garantía de un recurso breve, sencillo y rápido, sino a la garantía de que la sentencia en un juicio ordinario se produzca en un plazo "razonable", como lo quiere el artículo 6.

8.8 Sobre la cuestión de la cosa juzgada ver GOZAÍNI, *op. ult. cit.*, pp. 145-6.

8.9 Para ello, en todo caso, nos remitimos a la primera parte del capítulo I de nuestra obra citada en la nota 2.

resuelva el amparo, o simplemente no dar traslado de la demanda por el plazo de perención de instancia, lo cual habitualmente será suficiente para tener decisión firme en el amparo.

8.4. *La competencia* ratione loci

Otra ventaja del amparo que lo hace más idóneo que la vía ordinaria es que la competencia lo es tanto por el domicilio del demandado—generalmente, la Capital Federal—como la del lugar en que el acto ha de producir sus efectos.

Ello permite litigar en el verdadero lugar de los hechos o efectos del acto, no en la sempiterna ciudad de Buenos Aires donde la concentración de población vs. cantidad de jueces es mucho más perjudicial a la posibilidad de ser oído en justicia.

También puede ser diferente la percepción de los hechos y por ende del derecho por parte de los jueces del lugar, a veces con beneficio para el actor.

9. *Conjetura, réplicas, refutación*

No es difícil imaginar las réplicas a las afirmaciones precedentes. Las enunciaremos e intentaremos su respuesta.

9.1. *Abroga la parte dogmática de la Constitución*

Podría sostenerse que como el inciso 22 establece que tales tratados no derogan los derechos reconocidos en la primera parte y son complementarios de ella, entonces no prevalecen frente al artículo 43.

a) El razonamiento desconoce, sin embargo, que los tratados no están derogando ni denegando derechos reconocidos en la parte dogmática, sino ampliándolos y complementándolos tan sólo en cuanto a la garantía de su implementación o cumplimiento. No hay pues contradicción alguna entre ambos.

b) De sentido análogo es la argumentación conforme a la cual la ley 24.309, que convocó a la Convención, estableció que no se modificarían las declaraciones, derechos y garantías. El sentido de la norma es que no se *limitarían* los derechos, *no una prohibi-*

ción de ampliarlos y menos en las vías procesales. Esto último es fundamental: *no se están modificando los derechos en sí sino tan sólo perfeccionando y ampliando sus medios de tutela*. No hay así modificación alguna a la parte dogmática. De todos modos, el argumento es especioso pues la ley que declaró la necesidad de la reforma requirió consagrar el amparo en la Constitución nacional,[1] lo cual ésta hizo de dos maneras: por las vías del artículo 43 y por la vía del artículo 75 inciso 22.

c) En cualquier caso, debe tenerse presente que el carácter supranacional de los tratados es preexistente a la Constitución; ésta no hace sino reconocerlos, pero de todos modos están por encima de ellos.

9.2. *La interpretación auténtica de la Constitución es otra* [2]

Es bien sabido que los textos se despersonalizan y desprenden de sus autores, y que las razones que los convencionales hayan expresado a título individual o de su partido para dar su voto unánime a la incorporación de los tratados, no altera lo que éstos dicen. El razonamiento por el "debate publicado"[3] recuerda la tesis de la *original intent* de ANTONIN SCALIA, que ha quedado justamente dejada de lado en el derecho norteamericano.

De todos modos el convencional informante del dictamen de mayoría, si bien recuerda la jurisprudencia que consideraba que el amparo es una vía excepcional, también declara que "El amparo es una institución central de la mecánica de garantías que establece la Constitución Nacional"[4] y en todo caso aclara que la jurisprudencia de la Corte sufre "innovaciones" en el texto pro-

[9.1] Ley 24.309, artículo 2°, apartado N. Que la inteligencia previa era amplia lo ratifica GARCÍA LEMA, ALBERTO, *La reforma por dentro*, Plantea, Buenos Aires, 1994, p. 251: "se lo considera una garantía *genérica* que tutela *todos* los derechos individuales cuando no exista otra vía *pronta* y eficaz".

[9.2] Ver también lo dicho *supra* en el punto 4.5.

[9.3] Cuyas limitaciones son por otra parte sustanciales, según lo explicamos en distintas partes.

[9.4] Convención Nacional Constituyente, diario de sesiones, 29ª reunión, 3ª sesión ordinaria (Continuación), 11 de agosto de 1994, p. 4046.

puesto,[5] entre las cuales se encuentra precisamente lo referido al "dictamen de la Comisión de Tratados Internacionales."[6]

El mismo convencional informante concluye que "el desarrollo científico de estos nuevos temas no está terminado ni maduro", pero que la fórmula propuesta es "un avance importante en la constitucionalización de la tutela. *No limita las posibilidades* sino que expande de un modo determinado y específico la oportunidad de acceder a esta tutela".[7]

Parece injusto entonces, teniendo presente que el tema de los tratados lo trató otra comisión, reprocharle a ésta una supuesta interpretación restrictiva del artículo 43, que excluya los otros medios de tutela previstos en los tratados, en remisiones de otras partes del texto constitucional. En todo caso, también el Presidente de la Convención Constituyente ha dicho que con la reforma el amparo "Ha dejado de ser el remedio de excepción, para convertirse en un medio procedimental ordinario";[8] y esa era la interpretación de GARCÍA LEMA previa a la reforma respecto del acuerdo programático.[9] Cuanto menos, pues, la cuestión es opinable.

No creemos por ello que en consideración a que triunfó el dictamen mayoritario, venciendo al de la minoría, pueda estimarse "curiosa"[10] esta opinión de EDUARDO MENEM. Nuestra propia lectura del informe del convencional DÍAZ no respalda la opinión restrictiva, ni tampoco —según se ve— lo hace la interpretación ulterior del presidente de la Convención Constituyente, ni menos la anticipaba uno

9.5 Lo afirma dos veces: "Pero vamos a realizar esta tarea con algunas innovaciones", p. 4047 y "Quiero referirme a algunas innovaciones que el texto que proponemos agrega a nuestra jurisprudencia, sobre todo la de la Corte Suprema", p. 4049. Sus citas de jurisprudencia no tienen pues el valor de ratificación de ella, sino de explicación introductoria a la reforma.

9.6 *Op. cit.*, p. 4049. Desde luego que la inclusión del artículo 75 inciso 22 dio lugar a un "áspero" debate autónomo, del que da cuenta PADILLA, MIGUEL M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, tomo I, tercera edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 80-91.

9.7 *Op. cit.*, p. 4050.

9.8 DROMI y MENEM, *op. cit.*, p. 160.

9.9 GARCÍA LEMA, *op. loc. cit.*

9.10 *Op. cit.*, p. 55, nota 11.

de los autores que instrumentó el pacto previo y también fue destacado convencional constituyente. Cabe razonablemente presumir que por la mayoría votó en el recinto lo que en su libro anterior a la Convención sostenía que era la *mens legis* del proyecto constitucional.[11] Otras opiniones en la Convención fueron del mismo tenor.[12]

Pero no es ese de todos modos el nudo de la cuestión, como jamás lo fue la discusión parlamentaria de norma alguna. El nudo de la cuestión en esta materia es *qué dicen los pactos internacionales* que el país ha suscripto y debe cumplir de buena fe. No nos enredemos en este punto con los *discursos transcriptos* (que tampoco reflejan los *debates reales*, acuerdos y consensos, obtenidos *fuera* del recinto) de la convención constituyente, pues perderemos el tiempo.

Si en la comisión del amparo vieron o no vieron qué aprobaban en la comisión de tratados internacionales, pero luego todos —mayorías y minorías, "vencedores" y "vencidos"— votaron todo en el plenario, dejémosles a sus propios autores discurrir acerca de qué pensó y quiso decir cada uno en el texto leído o transcripto para las actas, pero sepamos que ello sirve para una parte de la historia pero no es útil, en el caso, para la interpretación del derecho de los tratados internacionales. Es, en verdad, totalmente inatinente.

Veamos las normas, simplemente, la doctrina y sobre todos los hechos: una justicia ordinaria a la que el sayo *giustizia ritardata giustizia denegata* le cae con toda la fuerza del *fugit irreparabili tempus*,[13] por culpa de los poderes públicos que no designan jue-

9.11 Nos referimos, claro está, al citado libro de GARCÍA LEMA, a la sazón Procurador del Tesoro de la Nación. Su jerarquía técnica y política previa y posterior en el mismo gobierno, en este contexto de discusión, merita pues tener en cuenta su opinión así expresada a la época de la Convención. La Convención comenzó sus sesiones el día 25 de mayo, y comentamos su libro el día anterior, en "La Ley", 24-V-94.

9.12 VELARDE, pp. 4140-1; CORACH, p. 4369; ARELLANO, p. 4284.

9.13 Aunque a veces, bueno es admitirlo, son los propios letrados que apuntan a "lo opuesto,... un tiempo esperanzadamente lento, a la espera del múltiple cambio que quizás jamás se dé" (*Ninguna clase de hombres...* , "La Ley", *SJDA*, 11 de octubre de 1995, p. 3). Otra faceta es la política temporal del tribunal, cuestión distinta a la duración de los juicios, que explicamos en

ces en número suficiente y de los jueces existentes que se rehúsan a resolver el fondo de los amparos.

Si el poder público no designa jueces, los poquísimos que existen[14] deben entonces decidir *siempre* en los amparos contra ese mismo poder público que los condena a realizar la injusticia de la demora ordinaria, hasta que ello convenza al gobierno de integrar un poder judicial en que un juicio ordinario sea un trámite normal y no un calvario. Mientras tanto, que las medidas cautelares y el juicio de amparo sean, en palabras de ORTIZ ÁLVAREZ,[15] "la tabla de salvación de la —desesperadamente lenta— justicia administrativa". El tema, como se advierte, es universal,[16] y la aproximación a él también. Nos falta acompasar el ritmo, nada más.

9.3. *La doctrina lo considera excepcional (y "residual" o "heroico")*

Es un argumento de rancia autoridad, citado por el miembro informante al efectuar el *racconto* histórico previo a la constituyente, pero es replicable con la mayor autoridad de los tratados posteriores que él mismo dejó a salvo. Los tratados vigentes de manera alguna dicen que sea un remedio excepcional, sino al contrario indican que es normal. Mucho menos "heroico" o residual. Frente a la letra clara y expresa de los tratados, la vieja doctrina y jurisprudencia no hace sino probar su propio error en predecir el desarrollo futuro del derecho; más aún, es la *causa eficiente* de ese nuevo derecho; ahora, ya *in claris et expressis non fit interpretatio.*

el libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Civitas, Madrid, 1981, capítulo II.

9.14 O subsisten, pues aún el fuero federal guarda memoria de más de un magistrado que renunció y uno que literalmente *murió* por el *stress* causado por el atraso constante y sobre todo *creciente* de su juzgado.

9.15 ORTIZ ÁLVAREZ, LUIS A., *Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso-administrativo*, EJV, Caracas, 1995, p. 13.

9.16 Además de las diversas transcripciones que efectuamos de las obras más recientes de GARCÍA DE ENTERRÍA, es lo mismo que ya habíamos dicho en *Problemas del control de la administración pública en América Latina, op. loc. cit.*

9.4. *Los tribunales se abarrotarían de juicios*

En el juicio ordinario sólo es competente la justicia de la Capital Federal,[17] en tanto que en los amparos lo es la justicia federal *de todo el país*, según donde los efectos del acto hayan de cumplirse, con lo cual se amplía enormemente el ámbito jurisdiccional y se disminuye la supuesta amenaza de abarrotar los tribunales *de la Capital*, pues de eso y no de otra cosa se trata en la eventual crítica que aquí tratamos.

Los amparos en todo el país le complican la vida a los abogados de la administración, sin duda, pero no a los tribunales federales del interior. El tratamiento de los amparos en el lugar de los efectos del acto tiene un interesante efecto adicional de desconcentración del poder jurisdiccional.

Por lo demás, la crítica supone reconocer que de poder hacer más juicios la gente los haría. Hay supuestos de necesidad de acudir a la justicia que no colma la vía ordinaria porque el justiciable percibe que no le sirve; se concluye de la misma crítica que los justiciables, de poder hacer más amparos los harían, precisamente porque son mas idóneos, en la percepción del justiciable, para la defensa de sus derechos lesionados. Al menos como primer acceso a la justicia y sin perjuicio de ocurrir luego a la vía ordinaria si ello es necesario.

En cualquier caso, cualquier abogado litigante sabe que no todo el que es derrotado en un amparo inicia el juicio ordinario, y ésta es también una verdad universal, aplicable hasta para las medidas cautelares.[18] De donde es perfectamente postulable que

9.17 En la generalidad de los casos al menos, por encontrarse allí el domicilio del demandado y tal vez incluso del actor.

9.18 Como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La batalla por las medidas cautelares*, *op.cit.*, p. 339, quienes pierden la cautelar o un proceso sumario a veces ya desisten de proseguir el juicio ordinario, sea porque advierten que no tienen derecho, o porque —agregamos nosotros— advierten que no se lo reconocerán. Es lo que pasa con muchos amparos: así por ejemplo en 1995 una írrita intervención a la CNT, justamente anulada en primera instancia a través de un amparo, encontró solución diversa en Cámara: ya nadie intentó la vía ordinaria, ni siquiera el Defensor del Pueblo en defensa objetiva de la ley.

admitir el juicio de amparo en forma amplia como lo exigen los tratados no implica llevar más juicios a tribunales, sino menos y de menor duración; también, de menos esfuerzo tribunalicio, salvo el compromiso de la justicia de decidir en fecha cercana a los hechos, que tanto agravio no es. De cada amparo resuelto en cuanto al fondo —denegado o admitido, no importa— no nace un juicio ordinario posterior. Simplemente, no es cierto. El amparo aligera la carga tribunalicia mientras aumenta las chances de los justiciables.

9.5. *No tiene procedimiento. Crea inseguridad jurídica. La ley lo limitará. Hay que reformar el sistema.*

Esta observación sólo implica que la jurisprudencia debería una vez más actuar como en los casos *Kot* y *Siri*, o aplicar analógicamente *el procedimiento* (no las restricciones) del amparo de la ley de facto 16.986.

• Una variante argumental es que la falta de procedimiento crea inseguridad jurídica, lo que como vemos no tiene razón de ser pues la incertidumbre se resuelve sin demasiado problema. Parece un argumento extremo: es como decir que se tiene miedo a que haya justicia.[19] La "inseguridad" es, en buena hora, del que comete las violaciones que dan lugar al amparo, no de quienes ven sus derechos violentados por el poder público.

• Un enfoque diferente del mismo temor es afirmar que si el juicio ordinario no sirve, no hay que extender el amparo sino que hay que reformar el sistema.[20] Pero ello es no advertir que ese problema lo vieron los tratados y previeron como solución *precisamente la reforma del sistema*, pero no la reforma como la sueña el crítico, sino la *reforma como la vieron los pactos: haciendo*

[9.19] Se trata de una variante de la "búsqueda de lo incondicionado" a que hiciera referencia CARRIÓ y que explicamos en la primera parte del capítulo I de la quinta edición del primer tomo de nuestro *Tratado de derecho administrativo*.

[9.20] NATALE, *op. cit.*, p. 65, quien agrega "pero esa harina es de otro costal."

el amparo accesible a todos. Coincidamos o discrepemos, pero no olvidemos que ese es el sistema de los pactos y por lo tanto el sistema del derecho interno que los jueces deben aplicar.

• Otra variante de esta crítica es que el legislador vendrá inmediatamente a limitar de nuevo el amparo:[21] ello olvida *a)* que ahora hay un *texto supranacional*,[22] *b)* que el legislador no es de facto como en la 16.986; *c)* que el propio tribunal nacional tal vez no guarde el silencioso acatamiento que antaño brindó la Corte a aquel decreto-ley; *d)* que ahora existe también recurso ante el *tribunal supranacional.* Tal vez más que apurarse a regular y limitar el amparo, el legislador debiera tomar guía de la Constitución de Salta que en su artículo 85 establece que "Son nulas y sin valor alguno las normas de cualquier naturaleza que reglamenten la procedencia y requisitos de esta acción"

9.6. *Importaría la desprotección de quienes ven lesionados sus derechos*

Ello no es así porque no pierde la vía ordinaria, si es que se supone que ella es más apta.[23] En cualquier caso, para eso están los abogados que resolverán cómo mejor aconsejar a sus clientes para la mejor defensa de sus derechos:[24] si consideran que el amparo los perjudica, su deber profesional será no utilizarlo. Pero quienes discrepan no tienen el derecho de impedirles hacerlo a quienes piensen de otra manera.

Desde el punto de vista del actor, la vía del amparo es óptima: permite conocer de inmediato la posición de la administración, acceder a la documentación de que ésta se haya intentado valer,

9.21 En tal sentido SAGÜÉS, *op. cit.*, III-7.

9.22 Ver el artículo *La creciente internacionalización del derecho y sus efectos,* artículo citado.

9.23 La defiende desde el ámbito tribunalicio SAGÜÉS, *op. cit.*, punto III-3: "es un hecho notorio que los trámites ordinarios son más generosos... que la acción de amparo": trátese de explicárselo a un justiciable, desde el otro lado del mostrador.

9.24 Como dice COLAUTI, *op. cit.*, p. 245, "el amparo ha dejado de ser una vía subsidiaria para convertirse en una vía alternativa cuya elección como medio mas idóneo se halla a cargo de la asistencia letrada".

contestarla y quedar luego en condiciones de iniciar la vía ordinaria con mejor conocimiento de causa, si el pronunciamiento en el amparo le es adverso. Es, como se ve, especialmente apta para la defensa de los derechos de los ciudadanos y particulares en general. Quizás por eso desde el ángulo del poder se lo ve con disfavor. Pero es el poder quien pierde protección; el individuo la gana.

Es que, en última instancia, está en juego la visión que se tenga de la justicia: si reconocemos que en el mundo hay por doquier una "dilación escandalosa de los procesos,"[25] entonces es inevitable admitir con GARCÍA DE ENTERRÍA y ESTOUP que "«el honor de la justicia», nada menos, está precisamente en estos juicios cautelares y rápidos".[26]

9.7. *Se desnaturalizaría el amparo*

Este argumento olvida que las instituciones no son eternas, cambian, y en el presente caso existe el cambio fundamental de la introducción de un orden jurídico supranacional que debemos cumplir en el orden interno. Todo cambio no es progreso, pero tampoco se puede decir que todo sea negativo porque sea cambio. Por lo demás, en el derecho comparado es común ver al amparo como el modo específico de tutela de garantías constitucionales.

• En otra variante, se puede argumentar que de este modo se "devalúa" el amparo.[27] Esto supone que en lugar de ser una medida excepcional, pasaría a ser moneda corriente.[28] Para este tipo

[9.25] GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La batalla por las medidas cautelares*, 2° ed., Civitas, Madrid, 1995, p. 338.

[9.26] GARCÍA DE ENTERRÍA, *op.cit.*, p. 344, citando al juez francés ESTOUP, P., *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédure d´injonction*, París, 1990, p. 11, a quien también recuerda en la página 134.

[9.27] Que el temor a la inflación sigue pesando en el inconsciente colectivo lo demuestra el reiterado uso del término en SAGÜÉS, *op. cit.*, punto III-5. Pero el amparo no es moneda.

[9.28] Similar es el temor de NATALE, *op. cit.*, p., 64, de que "terminaríamos transformando al procedimiento especialísimo en un vulgar trámite ordinario, con el disloque se causaría". Esto se parece en fondo a la disidencia de BARCESAT en la Convención, en el sentido de que el amparo es una vía "regia". Ni "regia", ni "vulgar", simplemente normal para toda violación de

de criterio, una vía judicial usual y corriente es una medida judicial devaluada. ¿Solamente una vía judicial casi inaccesible por tardía y costosa es una medida "valiosa"?

• Todavía una variante más del mismo argumento es sostener que se "ordinarizaría" el amparo. Pero se olvida que no es infrecuente que un juicio iniciado como amparo efectivamente se ordinariza a instancias del actor, a lo que mal puede oponerse el demandado pues teóricamente le ofrece mayor amplitud de defensa y prueba. Si la crítica es que el amparo se torna en vía común, de principio, general, entonces el argumento está en un círculo vicioso: según las normas supranacionales, efectivamente es la vía ordinaria, de principio, general, para la primera defensa de derechos y libertades fundamentales. Lo que no excluye la ulterior defensa en juicio ordinario.

• Otra variante de este argumento es que se "amparizaría" el juicio ordinario. Este argumento olvida *a)* que el juicio ordinario de todos modos puede hacerse luego, no se lo "elimina"; *b)* que también un juicio ordinario puede perder sentido como tal en la vía diaria, por ejemplo cuando se declara la cuestión de puro derecho, o no hay pruebas de importancia como es frecuente en el caso de la administración pública que ya ha tramitado largos expedientes de los cuales surge la verdad o falsedad de los asertos de cada uno. En estos supuestos es el ordinario que se ha desnaturalizado y podría perfectamente haber tramitado como amparo.

9.8. *Lleva al "gobierno de los jueces"*

Como recordaba FIORINI, "no le temo a la dictadura de los jueces, le temo a la dictadura de la administración"; o como dice BICKEL,

la Constitución. Si normal es que violen la Constitución, normal deberá ser que encontremos tutela. Por ello no nos parece "sagaz", como considera GELLI, *op. cit.*, p. 55, nota 11, la observación de SAGÜÉS en el sentido que la posición de BARCESAT "resultó derrotada": las ideas no se ganan ni vencen en votación, son tan sólo hipótesis y conjeturas sujetas a refutación (como ya lo explicamos en la primera parte del capítulo I del tomo 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*).

recordado por BARRA, es "la menos peligrosa de las ramas de gobierno" [29] y ciertamente la más necesaria para la tutela de los derechos.

9.9. *Dejaría abierta la vía supranacional*

Más que una crítica, es una constatación: rechazado el amparo (incluido el recurso extraordinario contra la sentencia de Cámara) por motivos formales y no de fondo, quedan agotados los recursos internos y se encuentra expedita la acción ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por lesión a la garantía de acceso a la justicia en el derecho a tener un recurso "sencillo y rápido" "ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención" (art. 25 inc. 1), y a "que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado" decida "sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso" (art. 25 inc. 2).

Habida cuenta del hecho que la Nación a veces transa estos juicios en la Comisión para no ser llevada ante la Corte Interamericana, y que tales transacciones son obligatorias en el derecho interno, no se trata de una advertencia baladí.

9.10. *Elimina el privilegio del procedimiento administrativo previo*

Sí. [30]

[9.29] ALEXANDER BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, citado por BARRA, *op. cit.*, p. 1089.

[9.30] CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, *Schroeder, LL*, 1994-E-449, cons. IV, *c);* CNFed. Paraná, *Velázquez*, JA 28-XII-94; PALACIO, *op. cit.*, II-2; BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 312; RIVAS, *Pautas*, *op.cit.*, IX; QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, p. 113. Como dice con acierto BARRA, "el amparo no es subsidiario de las vías administrativas, precisamente porque el agraviado precisa de una acción expedita y rápida, sin estar sujeto a ninguna clase de agotamiento de la instancia administrativa", aunque a su juicio la interposición del amparo no empece a la articulación de los recursos administrativos (*op. cit.*, p. 1093).

10. *Un día en la justicia*

En la vida profesional, cuando un juez nos escucha de pie [1] un apurado alegato de cinco minutos en pro de una cautelar y efectivamente decide, por sí o por no, en ese corto lapso, nos quedamos satisfechos al menos con que hemos sido oídos. La famosa frase norteamericana de tener "un día en la justicia" puede traducirse aquí como tener "cinco minutos en la justicia", y ciertamente no con sentido peyorativo: al menos tenemos la satisfacción de que alguien imparcial e independiente nos diga su visión de lo que para él es el derecho en el caso concreto. Quedaremos satisfechos o insatisfechos con el resultado final, no lo quedamos con el rápido pronunciamiento jurisdiccional. Hemos tenido acceso a la justicia.

Cuando en un juicio ordinario nos enteramos una década después del derecho judicialmente aplicable a nuestro caso, no hemos tenido acceso a la justicia sino a la historia.

Con mayor razón tenemos entonces acceso real a la justicia en el amparo, en que el juez da traslado a la administración, ésta aporta los expedientes, se da nuevo traslado de ellos, se pide algún otro informe o prueba en su caso y se adopta una decisión, a favor o en contra, en un plazo de semanas. En un total de tres meses generalmente tenemos la confirmación o revocación de Cámara y ya el recurso extraordinario es una espera menos angustiante.

El amparo es al menos el equivalente a un día en la justicia. Para la vigencia concreta de los derechos individuales, es mejor que una página en la historia. No lo desinterpretemos con nuestros prejuicios y temores, pues la realidad es otra: en lo que va desde la reforma constitucional el ámbito real del amparo se ha

[10.1] Esto no es una figura de lenguaje, es una realidad que vivimos constantemente. La vieja afirmación española del siglo XIX de que en la instancia contenciosoadministrativa la justicia se resolvía "sentado" lo que la administración había resuelto "de pie", es ahora al revés: lo que la administración resolvió sentada, lo trata el juez de pie. *O tempora*.

ampliado, pero no ha habido ningún trastocamiento institucional.[2] Simplemente se ha afianzado la justicia.

Elijamos la segunda o la tercera variante u otras parecidas, no caigamos otra vez en variantes renovadas de la "naturaleza programática" de los tratados internacionales.

[10.2] Un recuento de algunos casos se encuentra en GELLI, artículo citado, p. 56, punto V.

Capítulo XVIII

EL PROCEDIMIENTO PARA CONOCER DE LAS VIOLACIONES AISLADAS DE DERECHOS HUMANOS.

GREGORIO A. FLAX

1. Introducción

El sistema interamericano cuenta con un procedimiento para conocer de las violaciones aisladas de derechos humanos el que, salvo algunas diferencias, es similar al del sistema europeo y al del Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Debemos recordar que dicho procedimiento se aplica tanto para proteger los derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, cuando la presunta violación se atribuye a un Estado miembro de la OEA que no sea parte en la Convención, como para proteger los derechos humanos enunciados en el catálogo de la Convención Americana, cuando la violación es atribuida a un Estado que ha ratificado el Pacto de San José.

A partir de las reformas producidas en los reglamentos,[1] tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de la

[1] A partir del año 2000 en su 109º período extraordinario de sesiones celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000, 116º período ordinario de sesiones celebrado del 7 al 25 de octubre de 2002 y en su 118º período ordinario de sesiones celebrado del 6 al 24 de octubre de 2003 se aprobaron las reformas al Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se han producido modificaciones en el régimen procedimental originario, actualizando los antiguos standars.[2]

Como fue manifestado por el Tribunal Administrativo de la OEA en su sentencia 151 de fecha 18 de mayo de 2004, "Existe alguna controversia en el sentido de si las nuevas normas vigentes desde 2001 modifican o simplemente mejoran la aplicación del esquema básico de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero en todo caso no hay duda que registra un notable incremento en el número de casos tanto de la Comisión como en la Corte y un procedimiento más ágil y efectivo en la tramitación de las causas."

Dicho procedimiento consta de distintas etapas ante órganos diferenciados: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. El procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Ante la Comisión, el procedimiento consta de tres etapas, la primera de ellas es la de revisión inicial de la denuncia, la segunda es la etapa de admisibilidad y la tercer etapa es la de fondo o de análisis de la presunta violación.

su parte en su LXI período ordinario de sesesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, durante las sesiones 9 y 10 el día 25 de noviembre de 2003 la Corte Interamericana de Derchos Humanos aprobó la redacción actual de su Reglamento.

Estos pueden obtenerse en las páginas web de la Comisión y de la Corte **www.cidh.org** y **www.coridh.org**.

[2] En este sentido es interesante la lectura de la Sentencia 151 del Tribunal Administrativo de la OEA de fecha 18 de mayo de 2004 donde en su punto 7 dicho Tribunal manifestó: *"los cambios normativos y operativos producidos en el funcionamiento u operación del sistema interamericano de derechos humanos, entre otros aspectos, fueron los siguientes1º) La Comisión presenta ante la Corte la casi totalidad de los casos en que realiza el informe del artículo 50 y el país no efectúa los cambios propuestos o brinda respuestas satisfactorias. 2º) Las víctimas y sus representantes directos o indirectos tienen legitimación directa para defender su caso ante la Corte, con independencia de la Comisión. 3º) Las ONGs tienen participación activa en el sistema interamericano de defensa de los derechos hu-*

Este procedimiento podrá iniciarse por cualquier persona[2.1], grupo de personas, por una organización no gubernamental legalmente reconocida en uno o más de los Estados miembros de la OEA e inclusive por los Estados miembros de la OEA y la propia Comisión "motu propio."

En éste sentido vemos una de las diferencias que existen respecto a otros sistemas internacionales en dónde solamente la acción puede ser ejercitada por la propia víctima de la violación.

En el caso de los Estados partes de la Convención, el procedimiento puede ser iniciado siempre que el Estado que ejerce la acción como aquél en contra del cual se ejerce hayan reconocido la competencia de la Comisión para admitir a tramitación un caso entre Estados. Hasta ahora ningún Estado ha hecho uso de esta disposición.

En el caso del inicio del procedimiento por parte de la Comisión "motu propio," esto responde principalmente a los casos en los que la misma ha receptado distintas denuncias sobre violaciones y que a su juicio considere necesario comenzar.

manos. 4º) Se consagra la delegación dentro de la Comisión. 5º) Aumenta sensiblemente el número de casos tramitados en la Corte y la Comisión. 6º) Para ello se introducen nuevos modos de trabajo en eqipo, se incorporan nuevos abogados, se aumenta la carga del trabajo litigioso. 7º) La mayor cantidad de casos acarrea una mayor cantidad de plazos procesales que deben ineludiblemente cumplirse y que los abogados deben satisfacer para desempeñar eficazmente tales nuevas funciones. 8º) Estos cambios.... hacen que la Comisión funcione ahora como un estudio jurídico (de interés público, claro está), mas que como una organización administrativa tradicional."

Y en el mismo sentido, en su punto 7.1 – "*El resultado de los cambios normativos y nuevas metodologías de trabajo manifiesta "in fine" que los nuevos standars permite que los funcionarios tomen visión de su competencia para una mejor protección de los derechos humanos en el hemisferio dejando de lado el manejo burocrático del mismo.*"

[2.1] A los efectos de la Convención persona es todo ser humano.

2.1 La etapa de la revisión inicial de la denuncia

Es la Secretaria Ejecutiva de la Comisión[3] la que tiene la responsabilidad del estudio y tramitación inicial de las peticiones o denunciadas presentadas a la Comisión.

La presentación, que en principio debe ser por escrito,[4] debe reunir los requisitos exigidos tanto en el Reglamento como en el Estatuto.

Estos requisitos son:

a) Nombre, nacionalidad y firma de la persona o personas que efectúan la denuncia. En el supuesto que sea una Organización No Gubernamental, debe contener el nombre y firma de su representante legal.

b) Debe constar si el peticionario desea que su identidad sea mantenida reservada frente al Estado denunciado

c) La dirección para recibir correspondencia de la Comisión y en su caso numero de teléfono, fax y dirección de e-mail

d) Un relato del hecho o los hechos denunciados tratando de especificar lugar, fecha y de ser posible el nombre de la víctima o víctimas así como de cualquier autoridad publica que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada, correspondiente al Estado que se considera responsable

e) Que la presentación haya sido efectuada dentro de los seis meses contados a partir que la presunta víctima fue notificada de la decisión que agota los recursos internos o en un plazo razonable en el supuesto que resulten aplicables las excepciones

[3] Ver conformacion de la Comision Interamericxana de Derechos Humanos en el Estatuto de la Comision de Derechos Humanos en **www.cidh.org**.

[4] *Conf.* VARGAS CARREÑO, EDMUNDO, Si uno se atiene a la letra de la Convención y el Reglamento de la Comisión, debería ser asi siempre, que la denuncia se presente por escrito; pero, en la práctica, ha habido algún grado de flexibilidad; así, algunas veces, cuando ocurren situaciones graves y alarmantes, cuando, por ejemplo, se ha secuestrado a alguien en un país, alguien que puede ser candidato a convertirse en desaparecido, ha ocurrido que ONG han llamado por teléfono poniendo los hechos en conocimiento de la Comisión. En esos casos, si se conoce la seriedad de los denunciantes, la Comisión ha recibido la denuncia y pedido a los denunciantes que se comprometa a la brevedad posible a formalizar la denuncia por escrito.

f) La indicación de si la denuncia ha sido sometida a otro procedimiento de arreglo internacional.

Si una petición no reúne los requisitos antes enunciados, la Secretaria Ejecutiva podrá solicitar al peticionario o a su representante que los complete y en el caso de tener alguna duda sobre el cumplimiento de los requisitos, consultara a la Comisión.

Una vez revisada la existencia de estos requisitos, la Comisión a través de la Secretaria Ejecutiva le dará el número de admisión a tramitación, es decir, asignarle entrada a la denuncia anotándola en un registro especialmente habilitado a tal fin por parte de la Secretaría Ejecutiva.

Pudiendo en el supuesto que la petición exponga hechos distintos o que se refiera a mas de una persona o a presuntas violaciones sin conexión en el tiempo, desglosarlas y formar expedientes separados.

Asimismo también podrá acumular y tramitar en un solo expediente las denuncias que versen sobre hechos similares o involucren a la misma persona o si a través de distintas denuncias se vislumbra el mismo patrón de conducta.

2.2 La etapa de admisibilidad

Una vez concluida la etapa de revisión inicial de la denuncia y ya inscripta la misma en el registro correspondiente, la Comisión, a través de la Secretaría Ejecutiva, dará tramite a la petición formulada.

A ese fin, transmitirá al Estado denunciado las partes pertinentes de la petición, no haciendo esta solicitud de información prejuzgamiento sobre la admisibilidad que adopte la comisión.

El Estado tendrá un plazo de dos meses contados a partir de la fecha de transmisión, pudiendo solicitar prórroga debidamente fundada, la que será evaluada por la Comisión.

Antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la petición, la Comisión tiene la facultad de invitar a las partes a presentar observaciones adicionales sea en forma escrita o sea en una audiencia que fije al efecto.

Una vez recibidas las observaciones o vencido el plazo determinado para la presentación por escrito sin que se haya efectuado, la Comisión, de considerar que no existen o no subsisten los motivos de la petición, mandará archivar el expediente.

De no archivar las actuaciones, la Comisión comenzará el tratamiento de admisibilidad o inadmisibilidad de la denuncia.

Una presentación podrá ser declarada inadmisible si se configuran algunas de las circunstancias que ha continuación detallamos:

a) Si el fondo de la cuestión que se pretende dirimir esta siendo conocido en otro procedimiento de arreglo internacional;

b) Si la cuestión ha sido ya conocida y resuelta por la Comisión o por otra organización intergubernamental.

Debemos aquí mencionar que la petición igual será admisible si:

i) El procedimiento seguido ante otro Tribunal internacional se encuentra limitado al examen general de la situación de derechos humanos en un país y no ha habido decisión en los hechos específicos sometidos al conocimiento de la Comisión

ii) Es un procedimiento que no conduce a una solución efectiva de la violación denunciada. Un ejemplo típico sería el procedimiento de la Resolución 1235 (XLII) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

iii) Tampoco habrá inadmisibilidad si quien actúa ante el otro organismo internacional es un tercero que no tiene poder de alguna de estas personas y el peticionario ante la Comisión es la propia víctima o un miembro de su familia y el peticionario.

c) La pretensión también será declarada inadmisible si a simple vista resulta manifiestamente infundada o si es palmariamente improcedente.

Otro de los requisitos de admisibilidad es el agotamiento de los recursos internos. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos que fueron sometidos a su jurisdicción contenciosa ha expresado que los recursos que deben ser ago-

tados son los **adecuados**, es decir aquellos que sean **idóneos** para proteger el derecho infringido y **eficaces,** para producir el resultado para el que han sido concebidos. Los recursos que no sean adecuados o eficaces no precisan ser agotados.

Conforme la Convención,[5] el peticionario estará exento de agotar los recursos cuando:

(i) No exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

(ii) No se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

(iii) Haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos. En la mayoría de los casos, la Comisión ha eximido a los peticionarios del cumplimiento de este requisito.

A fin de obtener una cabal interpretación respecto del alcance de lo enunciado por la Convención en el artículo 46.2, la Comisión consultó a la Corte,[6] si el requisito de agotar los recursos legales internos se aplicaba a:

(i) Un indigente que, debido a circunstancias económicas, estaba imposibilitado de ejercer estos recursos; y

(ii) A un reclamante individual que no podía conseguir asistencia legal por el temor de los abogados a sufrir represalias si lo representaban.

La Comisión también consultó, para el caso de que la Corte estimara que dichas personas estaban exentas de cumplir este requisito, qué criterios debería aplicar para decidir sobre la admisibilidad de las comunicaciones interpuestas por estas personas. La Comisión estimaba que el no eximir a los indigentes de la exigencia de agotar los recursos internos cuando no podían pagar asistencia legal y el Estado no se las brindaba se las estaría discriminando por razones de condición social, infringiendo así el artículo 1.1. de la Convención.

[5] Ver art. 46.2
[6] Ver O.C. Nº 11

La Corte examinó, en primer lugar, el problema de la indigencia, para lo cual analizó conjuntamente los artículos 1.1., 24 y 8 de la Convención Americana. El artículo 1.1., obliga a los Estados a respetar los derechos y a garantizar su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna. El artículo 24 consagra el derecho a la igual protección de la ley, sin discriminación; Si una persona se ve impedida de hacer valer los derechos que la Convención le garantiza por su posición económica, es decir, por su indigencia, quedaría discriminada y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley, lo que infringiría los artículos 1.1. y 24 de la Convención.

El artículo 8, que consagra el debido proceso legal, está relacionado con el deber del Estado "*de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.*"[7]

El artículo 8 consagra, en materia penal, entre otras garantías mínimas la asistencia legal y que en aquellos casos en los que el inculpado no pueda designar un defensor, es el Estado el que debe proporcionárselo en forma gratuita.

El incumplimiento de esto por parte del Estado traerá aparejado la imposibilidad del estado de sostener que los recursos internos no fueron agotados por lo que la Comisión podrá conocer del caso sin exigir este agotamiento.

En cuanto a materia civil, comercial, contravencional, laboral, etc. si bien el art. 8 no consagra garantías mínimas, no podemos olvidar que el individuo tiene derecho a gozar de un debido proceso, por lo que la asistencia letrada se encuentra consagrada, dependiendo para el caso concreto de "*las circunstancias....., su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular.*"

[7] (Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166 ...)

"Estas consideraciones se hacen extensivas a la imposibilidad de pagar los costos del proceso."

En relación a la segunda pregunta efectuada por la Comisión en la referida O.C., referente a la posibilidad de eximir del agotamiento de los recursos internos cuando un individuo es incapaz de obtener asistencia letrada debido a un temor generalizado en círculos jurídicos de hacerse cargo de su caso, la Corte utiliza los mismo principios básicos señalados anteriormente.

En cuanto al criterio a emplear por la Comisión para decidir si exige o exime a un individuo el agotamiento de los recursos internos, la Corte estimó que la Comisión debía considerar a la luz de las circunstancias de cada caso si la asistencia legal era necesaria para agotar los recursos y si tal asistencia estuvo o no disponible.

La Corte expresó asimismo que el Estado que ha planteado la excepción de no agotamiento deberá probar que:

a) En su sistema jurídico existen recursos internos cuyo ejercicio no ha sido agotado;

b) Una vez probado esto por parte del Estado recién allí le corresponde al reclamante probar que las excepciones del artículo 46.2 de la Convención aplicables a su caso,.

En síntesis podemos decir que la Corte fue de la opinión: "*Que si por razones de indigencia o por el temor generalizado de los abogados para representarlo legalmente, un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele su agotamiento.*"

Por último debemos mencionar que un último requisito de admisibilidad es el temporal. Es decir que la comunicación sea presentada dentro de los seis meses siguientes a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva del juez nacional y cuando el agotamiento de los recursos internos no es exigible, el plazo para la presentación de la petición será "un período de tiempo razonable, a criterio de la Comisión."

Una vez que se considere todo la antes expuesto, la Comisión se debe pronunciar sobre la admisibilidad del asunto emitiendo al respecto un informe que es público. En el caso que a través de este informe, la Comisión considere admisible un caso, no hace prejuzgamiento sobre la responsabilidad del Estado denunciado.

A partir de éste informe, de ser considerada admisible la denuncia, se la considera y registra como caso y se inicia la etapa de examen sobre el fondo de la cuestión

2.3 Etapa de fondo o de análisis de la presunta violación

Una vez que la Comisión, a través de su Secretariado, acepta el tratamiento del caso que le fue planteado, comienza la etapa de fondo o análisis de la presunta violación.

A tal efecto, la Comisión fija un plazo de dos meses para que los peticionarios presenten las observaciones adicionales que consideren, las que serán transmitidas al estado a fin que presente sus observaciones en el mismo plazo.

En ésta etapa, tanto el Estado como el peticionante pueden aportar pruebas, hacer observaciones sobre las manifestaciones, declaraciones y evidencia presentadas por el otro.

En aquellos casos que la Comisión estime que la vida, la integridad personal o la salud de una persona se encuentra en inminente peligro o que es un caso grave o urgente, solicita al Estado su más pronta repuesta, "utilizando para ello el medio que considere más expedito." En la práctica diaria, este medio es una llamada telefónica, un fax, E-Mail o un telegrama. En estos casos, la Comisión puede también pedir al Estado que tome medidas precautorias para evitar un daño irreparable.

La Comisión ha hecho uso de la facultad de solicitar medidas precautorias en reiteradas oportunidades, pudiendo citar como ejemplo los casos en contra del Estado de Honduras, para pedir al gobierno la suspensión de la ejecución de los condenados por tribunales sumarios especiales.

Cuando los casos graves o urgentes involucran a un Estado parte en la Convención, la Comisión puede pedir de inmediato el

consentimiento del Estado para efectuar una visita "in loco" (visitas por parte de miembros designados por la Comisión en el lugar de los hechos) , y cuando el caso es de extrema gravedad o urgencia, puede pedir a la Corte Interamericana que adopte medidas provisionales.

Ahora bien, ¿cual ha sido normalmente la posición de los gobiernos cuando reciben una denuncia?.

En la práctica los gobiernos, sin entrar a pronunciarse sobre el fondo del caso, aducen la inadmisibilidad por carecer de alguno de los requisitos exigidos (agotamiento de los recursos internos), por ser hechos jurídicamente legales (detenciones efectuadas en virtud de facultades concedidas por el estado de sitio o estado de emergencia), etc.

Antes de pronunciarse sobre el fondo de la petición, la Comisión fijará un plazo para que las partes manifiesten si tienen interés en iniciar el procedimiento de solución amistosa.

A ese fin, la Comisión puede ponerse a disposición de las partes para intentar un arreglo amistoso, fundado sobre el respeto de los derechos humanos. Para que esto suceda, es necesario que se hayan precisado suficientemente las posiciones y pretensiones de éstas y que, a juicio de la Comisión, el asunto sea por su naturaleza susceptible de solucionarse de esta manera.

La Comisión ha sostenido en forma reiterada que los casos de desapariciones de individuos y de ejecuciones ilegales no son susceptibles de ser solucionados por medio de un arreglo "amistoso", pero esto no parece ser compatible con la Convención, ni tampoco aparece como conveniente para la debida protección de los derechos de las víctimas.

En el caso Velásquez Rodríguez c/Honduras, la Corte se pronunció sobre el artículo 45.2 del Reglamento de la Comisión que regula el trámite de la solución amistosa y, aunque no lo estimó contrario a la Convención, aclaró su posición expresando que ".....la Comisión posee facultades discrecionales, pero de ninguna manera arbitrarias, para decidir, en cada caso, si resulta conveniente o adecuado el procedimiento de solución amistosa para resolver el asunto en beneficio del respeto a los derechos humanos".

La Comisión tiene diversos instrumentos para investigar y examinar el fondo del asunto sometido a su consideración por iniciativa propia. Puede requerir información de las partes, oír testigos o expertos, realizar inspecciones oculares en el terreno, etc.

A pesar de contar con estos medios, su tarea es harto dificultosa ya que en general los gobiernos no cooperan con la Comisión, dejándola en una posición de impotencia para investigar. Esta situación se ha intentado paliar mediante una disposición del Reglamento de la Comisión que establece una presunción de veracidad de los hechos contenidos en la petición que se han puesto en conocimiento del gobierno del Estado correspondiente si, en el plazo máximo fijado por la Comisión, dicho Gobierno no suministra la información correspondiente. Esta presunción opera "siempre y cuando de otros elementos de convicción, no resultare una conclusión diversa."

En ésta etapa de decisión del asunto, el procedimiento es diferenciado según el Estado contra el que se siguen las actuaciones sea parte en la Convención y aquél en contra de los que no son parte. En los casos en que esta involucrado un Estado que no es parte en la Convención, la Comisión adopta una decisión final, que incluye recomendaciones para el Estado y un plazo para que el Estado las cumpla. Si el Estado no adopta las medidas recomendadas dentro de plazo, la Comisión puede publicar la decisión en su informe anual o de cualquier otro modo que estime conveniente.

Como puede verse, los casos en contra de Estados que no son partes en la Convención terminan siempre por una resolución no obligatoria de la Comisión. Sin embargo, teóricamente es posible que los órganos políticos de la OEA (vgr. Asamblea General), discuta el caso ya que la resolución es publicada en el Informe Anual de la Comisión que es enviado a la OEA para su información y discusión.

En la práctica, esto no ha sucedido nunca.

En los casos contra Estados partes en la Convención, luego de deliberar sobre el fondo del caso, a cuyo efecto prepara un informe

en el que examina los alegatos, las pruebas suministradas, la información obtenida tanto en las audiencias como en las visitas "in loco" efectuadas, la Comisión debe proceder de la siguiente manera:

a) Si considera que no hubo violaciones lo manifestará, lo pondrá en conocimiento de las partes y deberá publicarlo en el informe Anual de la Comisión a la Asamblea General de la OEA

b) Si considera que hubo violaciones preparará un informe preliminar, señalando los hechos y conclusiones del caso y proponiendo las medidas que estime convenientes y un plazo para que el Estado las cumpla. Esta opinión se transmite al Estado, quien no la puede publicar hasta que la Comisión adopte una decisión al respecto.

Notificado el Estado de esta opinión, empieza a correr un plazo que determinará meses dentro del cual:

(a) el caso puede ser solucionado, por ejemplo por un arreglo amistoso, o por haber el Estado tomado las medidas recomendadas por la Comisión, o

(b) el caso puede ser enviado a la Corte, ya sea por la Comisión o por el Estado correspondiente.

Si esto no sucede, la Comisión puede emitir su opinión y sus conclusiones sobre el caso y hacer nuevamente recomendaciones, fijando un plazo para que el Estado las cumpla. Si el Estado no cumple con las recomendaciones, la Comisión decidirá, por mayoría absoluta de votos, si publica o no su informe.

En la práctica, la Comisión no emitía dos informes en estos casos, sino que solamente uno al que llamaba "resolución" en el que advierte al Estado que en caso de incumplimiento de las recomendaciones, la resolución será publicada en el informe anual de la Comisión.

En julio de 1993 la Corte emitió una opinión consultiva[8] respecto, entre otros, de este punto, a solicitud de los gobiernos de Argentina y Uruguay, los que solicitaron a la Corte se pronun-

[8] Ver O.C. 13 del 16/07/1993

ciara sobre si era “posible subsumir en un solo informe los dos que determinan los artículos 50 y 51 y si la Comisión puede ordenar la publicación del informe a que se refiere el artículo 50 antes de que transcurra el plazo que indica el artículo 51.

La Corte estimó que, dado el mecanismo establecido por la Convención, la Comisión no puede subsumir “en uno solo los dos informes regulados de manera separada por los artículos 50 y 51 de la Convención, ya que dichos preceptos establecen dos etapas diversas, aun cuando el contenido de esos documentos, de acuerdo con la conducta asumida por el Estado afectado, puede ser similar.”

Ha habido también distintos casos en los que los Estados interpusieron excepciones preliminares en asuntos frente a la Corte, basadas en una presunta violación de los artículos 50 y 51 de la Convención. Todo ello ha traído como consecuencia un cambio en la práctica de la Comisión.

Los casos en contra de Estados partes en la Convención conocidos por la Comisión son también susceptibles de ser discutidos en los órganos políticos lo que no se ha dado hasta ahora pero, además, es posible que ellos terminen por una resolución de la Corte legalmente vinculante, si se cumplen los requisitos para ello.

Si el peticionario continuara teniendo interés en que el caso sea sometido por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deberá acompañar los siguientes elementos:

a) Un memorial con la posición de la victima o sus familiares si fueran distintos del peticionario;

b) Los datos de la víctima y sus familiares:

c) Los fundamentos con base en los cuales considera que el caso debe ser remitido a la Corte;

d) Toda la prueba producida disponible (documental, testimonial, pericial, etc.)

e) La pretensión en materia de reparaciones y costas.

Como dijéramos “ut supra”, si el estado denunciado ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana y la Comisión consi-

dera que no ha cumplido con las recomendaciones del informe aprobado, someterá el Caso a la Corte Interamericana, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

3. El procedimiento ante la Corte Interamericana de Derecho Humanos.

Para que la Corte pueda conocer de un caso de violación de la Convención deben darse determinadas condiciones:

(a) En primer lugar es necesarios que los Estados Partes en el caso de que se trate hayan reconocido o reconozcan la competencia de la Corte para ello.

(b) En segundo lugar, la Corte sólo puede conocer de un caso cuando se haya terminado el procedimiento ante la Comisión y ésta haya concluído en su informe o resolución que ha habido una violación a un derecho humano reconocido por la Convención.

La Corte ha ejercido en distintas oportunidades su jurisdicción contenciosa y es de esperar que esta actividad se incremente, después de haber tenido un comienzo lento.

Sólo los Estados partes en la Convención y la Comisión se encuentran legitimados para presentar un caso ante la Corte. La Convención no explicita qué Estados partes pueden ejercer este derecho.

El Artículo 57 de la Convención dispone que "la Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte".

El rol que desempeña la Comisión, en mi opinión, no es el de parte en el proceso, sino que es una especie de Ministerio público que vela por el interés público del sistema interamericano, no obstante que la Corte sistemáticamente en los casos contenciosos resueltos al día de la fecha le ha asignado a la Comisión el rol de "parte" en el proceso.

Considero que esto no es conveniente, ya que, en interés de sus diversas funciones, la Comisión debe tener completa independencia frente a las partes involucradas en un caso de violación de los

derechos humanos y esta independencia parece imposible de mantener si la Comisión se transforma en la defensora de una víctima particular. Asimismo, tampoco parece conveniente esta asignación de "parte" si se piensa en la posibilidad de que un asunto llegue a la Corte cuando la Comisión no ha encontrado que haya habido una violación por el Estado parte, en cuyo caso las posiciones de la presunta víctima deberían ser defendidas por la Comisión, que no las comparte.

El individuo no tiene hasta ahora locus standi ya que el artículo 71 del Reglamento de la Comisión dispone que esta debe ofrecer al peticionario la oportunidad de hacer observaciones por escrito a la petición por la cual la Comisión someta un asunto a la Corte.

El Reglamento de la Corte, a su vez, permite que los delegados de la Comisión ante la Corte sean asistidos por cualquier persona que la Comisión elija y uno de ellos puede ser el representante del peticionario." Esta persona puede examinar a los testigos y expertos. En los casos de que ha conocido la Corte, la Comisión ha nombrado para asistirla, constantemente, a abogados que representaban a las partes. Ambas normas disminuyen en parte la injusta posición en que el peticionario ha sido puesto por la Convención frente al procedimiento que se sigue ante la Corte, pero una mejor solución sería el de dar al individuo derechos en el proceso, por lo menos una vez que éste se ha iniciado, como lo hace el Reglamento de la Corte Europea.

El procedimiento ante la Corte consta de una etapa escrita y otra oral.

3.1 La etapa escrita

La misma se inicia ante la Secretaría de la Corte mediante la interposición de la demanda en el idioma de trabajo[9].

El escrito de demanda deberá expresar:

a) la totalidad de las pretensiones, incluidas aquellas que se refieren a las reparaciones y costas,

[9] El mismo puede ser español, portugués, francés o ingles, aunque hasta el presente en todos los casos ha sido incorporado el español como idioma alternativo en aquellos casos en que no fue el idioma de trabajo

b) Las partes del caso,

c) Una exposición circunstanciada de los hechos;

d) Las resoluciones de apertura del procedimiento y de admisibilidad emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos;

e) Las pruebas ofrecidas con expresa indicación de los hechos sobre los que versará cada prueba;

f) La individualización de los testigos y peritos

g) Los fundamentos de derecho y

h) Las conclusiones pertinentes.

i) Los nombres de los agentes o los Delegados

j) Nombre y dirección de los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares

k) El informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Una vez presentada la demanda, El Secretario de la Corte comunicará la misma al Presidente y los jueces de la Corte, al Estado demandado, a la Comisión si no es ella la demandante, al denunciante original si se lo conoce, a la presunta víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados.

Asimismo el Secretario informará sobre la presentación de la demanda a los otros Estados Partes, al Consejo Permanente de la OEA y al Secretario General de la OEA.

Una vez notificada la demanda, la presunta víctima, sus familiares o representantes disponen de un plazo de 2 meses para presentar en forma autónoma a la Corte sus solicitudes, argumentos y pruebas.

El Estado denunciado podrá plantear excepciones preliminares junto con la contestación de la demanda.

La presentación de excepciones preliminares por parte del Estado no suspende el procedimiento en cuanto al fondo ni a los plazos, ni los términos respectivos.

La Corte podrá fijar una audiencia especial para las excepciones preliminares, después de la cual decidirá sobre las mismas.

El estado demandado deberá contestar por escrito la demanda dentro del plazo improrrogable de 4 meses a partir de la notificación de la misma, debiendo reunir los mismos requisitos que la demanda.

Contestada la demanda y antes de la apertura del procedimiento oral, las partes pueden solicitar al Presidente del Tribunal la celebración de otros actos del procedimiento escrito lo que de ser considerados pertinentes, se fijarán los plazos para la presentación de los documentos respectivos.

3.2 La etapa oral

Es el Presidente de la Corte quien señalará la apertura del procedimiento oral y fijara las audiencias que sean necesarias., dirigiendo los debates en las audiencias y determinando el orden en el que tomarán la palabra las personas que en ella puedan intervenir.

Los jueces podrán formular las preguntas que consideren pertinentes, pudiendo ser interrogados no sólo los testigos sino también los peritos, los familiares de las víctimas, etc.

Se celebrarán actas de las audiencias y la Secretaría grabará las audiencias y anexará una copia de la grabación al expediente y entregará una copia a los Agentes, Delegados, víctimas, familiares o sus representantes acreditados, dentro de los 15 días siguientes.

El procedimiento termina con un fallo definitivo e inapelable. Si la Corte estima que ha habido una violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, “dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados.” Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

Dentro de los noventa días corridos a contar de su notificación, las partes pueden solicitar a la Corte una interpretación del fallo, en caso de desacuerdo sobre su sentido y alcance como la disposi-

ción habla de "las partes," no le está vedado al individuo -directo beneficiario de la sentencia pedir que ésta se interpreta.

Los Estados Partes tienen la obligación internacional de cumplir el fallo de la Corte. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

La Corte no tiene imperio para hacer cumplir sus fallos. El artículo 65 de la Convención dispone que la Corte informará a la Asamblea General de la OEA cuando un Estado no haya cumplido con un fallo y hará las recomendaciones que estime pertinentes.

Esto permite a la Asamblea discutir el caso y adoptar una resolución al respecto. Hasta ahora, la Asamblea General no ha ejercido esta función, a pesar de que la Corte le informó, en casos contra Honduras, que dicho Estado no había cumplido en forma cabal con dos fallos de la Corte en que se le condenaba al pago de una indemnización.

6. *Caso Hipotético*
"PACÍFICA"

Pacífica, un Estado miembro de la Organización de Estados Americanos emergió a fines de los años ochenta de un agudo período de conflicto armado interno entre una Administración electa pero cada vez más represiva y algunas facciones armadas irregulares. En 1990, y debido a las restricciones impuestas por el régimen y a la profunda crisis económica existente agravada por el conflicto, el electorado eligió una nueva Administración del estado, con el mandato de conducir la transformación hacia un período de gobierno más democrático.

La nueva Administración inició su mandato con una serie de medidas para fortalecer la economía, renovar la imagen en el exterior, atraer inversiones extranjeras y revitalizar el rol de las instituciones civiles dentro de la nación. En particular, el Gobierno de Pacífica determinó que para construir una democracia estable y llevar adelante una economía sostenible y en crecimiento, era necesario capacitar adecuadamente a la mujer para posibilitar su participación plena, en igualdad de condiciones en el proceso de toma de decisiones a nivel local y nacional.

Tradicionalmente, el porcentaje de mujeres elegidas o nombradas en Pacífica para integrar puestos públicos designados para la toma de decisiones, había sido muy bajo. En 1992, a fin de motivar el reconocimiento de los

derechos y responsabilidades de la ciudadanía femenina el Poder Ejecutivo diseñó una serie de medidas políticas tendientes a promover la participación de la mujer en la vida política nacional, recomendando, ínter alia, que la legislatura nacional aprobara el financiamiento del programa nacional diseñado para educar e informar a las mujeres sobre sus derechos y responsabilidades cívicos, y que los partidos políticos aseguraran una mayor y equitativa participación de las mujeres en las estructuras partidarias y en la selección de las listas de candidatos para funciones públicas.

Sin embargo en la pequeña y rural provincia de Concordia, la promulgación de estas tuvo medidas muy poco impacto.

A principios de 1992, un pequeño grupo de mujeres de Concordia conformó un nuevo partido político llamado la Coalición para la Renovación de la Comunidad. Los objetivos básicos del partido eran:

1)desarrollar y fomentar la capacidad de todos los ciudadanos y sectores de la comunidad particularmente de las mujeres, de participar en la vida política del país; diseñar una plataforma política comunitaria dirigida a consolidar: la educación, los servicios sociales y las fuentes alternativas de créditos a través de un programa para sostener el establecimiento y desarrollo de microempresas;

3)trabajar para la implementación de una mejor y equitativa distribución de los impuestos entre las provincias, y eliminar la corrupción del gobierno local con el propósito de proveer al pago de mejores servicios básicos.

Los fundadores del partido crearon un Comité de Coordinación, y trabajaron durante el año 1992 para incorporar un electorado pequeño pero en crecimiento, compuesto en los comienzos por mayoría de mujeres. Al año siguiente, el partido comenzó a atraer el apoyo de los trabajadores, los estudiantes y otros grupos comunitarios.

A principios de 1994, año de elecciones, la Coalición presentó doce candidatos para los puestos vacantes en cada una de las seis Municipalidades de la Provincia. Ocho de los doce candidatos eran mujeres

A medida que la coalición comenzó a hacer campaña en favor de sus candidatos y a publicar su plataforma partidaria, ciertos grupos locales comenzaron a manifestar su oposición con la idea de la participación activa de las mujeres en la vida política de la provincia. El Consejo Municipal de Concordia había sido controlado tradicionalmente por un pequeño grupo de políticos que respondía a los intereses de ricos terratenientes, quienes les proveían el financiamiento para sus actividades públicas, Solo un reducido número de mujeres había sido alguna vez miembro del Consejo Municipal. Un grupo de oponentes de la Coalición que respondía al lema “Comité para la Protección de la Familia”, se opuso públicamente a los objetivos de la Coalición de promover e incrementar la presencia femenina en la vida política e inició una campaña publicitaria y periodística en la que lamentaba “que miembros de la Coalición estuviesen perdiendo su tiempo en política, en lugar de ocuparse de sus hogares y familias”.

En Febrero de 1994, el Comité de Coordinación decidió que sería necesario para la Coalición establecer una red de computación y una base de datos. Como el partido carecía de recursos dinerarios disponibles, tres miem-

bros del Comité, Teresa Salieri, María Gómez-Clark y Cecilia Herold, se ofrecieron a adquirir las computadoras y prestarlas a la Coalición por el tiempo de duración de la campaña. Cada una de ellas solicitó al Primer Banco Provincial de Concordia, un préstamo para financiar la compra e instalación del equipo apropiado, ofreciendo una garantía adicional a la garantía sobre el equipo mismo. El Primer Banco Provincial de Concordia está regulado por la ley federal y es propiedad de una sociedad integrada con capital público y privado; el Gobierno federal posee el 33% de las acciones, y el resto pertenece a titulares privados.

De acuerdo a la legislación establecida en Pacífica en las primeras etapas de la crisis financiera iniciada en los años ochenta, el Banco estableció un seguro sobre un porcentaje de sus depósitos.

En el plazo de una semana, la entidad bancaria rechazó las solicitudes de cada una de las mujeres, alegando, en una breve explicación verbal, que las mujeres no se ajustaban al perfil del prestatario del Banco. Estos rechazos fueron coherentes con la práctica usual de préstamos de la mayoría de los bancos locales que generalmente extendían créditos agrícolas para los hombres cabezas de familia, que poseían grandes parcelas de tierra. Aunque la Constitución de Pacífica prohibe la discriminación, las costumbres locales bancarias en Concordia han, cambiado muy poco desde la época en que ciertas disposiciones legales establecían la inhabilidad de la mujer para ser propietaria de bienes y, consecuentemente, para obtener crédito. Cada una de las solicitantes requirió al Banco una explicación escrita sobre el rechazo. Sin embargo, no recibieron ninguna respuesta.

De hecho, la ley de Pacífica no requiere que las instituciones financieras provean una explicación escrita a quienes se les ha negado un crédito.

El 4 de marzo de 1994, Teresa Salieri, María Gómez-Clark y Cecilia Herold iniciaron una acción civil ante los Tribunales locales de Primera Instancia, solicitando se declare judicialmente que el Primer Banco Provincial de Concordia actuó de manera discriminatoria contra las peticionarias, en violación al artículo 5 de la Constitución de Pacífica, pues sostenían que el rechazo del crédito no se debió a su posición financiera, sino a su condición de mujeres. Adicionalmente reclamaron indemnización por daños y perjuicios. El artículo 5 de la Constitución prohibe la discriminación con base en el sexo, entre otros criterios, y establece que "los derechos y obligaciones de las mujeres son iguales a los de los hombres en el ámbito público, privado y familiar". Las demandantes posteriormente obtuvieron archivos bancarios federales concernientes al Primer Banco Provincial que indican que menos del 10% de los préstamos han sido extendidos a favor de aplicantes femeninas. Debido a la sobrecarga de casos ante los Tribunales y a la necesidad de clarificar los procesos penales, el caso continua pendiente y no ha sido todavía llamado a juicio.

Mientras la campaña se fue intensificando, la oposición a la Coalición y a sus miembros asumió nuevas formas. Durante los meses de febrero y marzo de 1994, personas que trabajaban en la oficina central del partido recibieron una serie de llamados telefónicos anónimos.

Teresa Salieri recibió un llamado en el cual se le advirtió que "la política era una oficio complicado, y que debería irse a su hogar donde pertenece."

Debido a que el contenido de los llamados variaba, y a que fueron recibidos por diferentes miembros de la Coalición, no fue posible determinar si eran llamadas que no estaban vinculadas entre sí, o si eran realizados por algún individuo o grupo en particular.

En la noche del 4 de abril de 1994, las oficinas de la Coalición para la Renovación de la Comunidad fueron violentadas y saqueadas. Algunos equipos de oficina fueron dañados pero las únicas cosas sustraídas fueron documentos que identificaban miembros y contribuyentes del partido. La policía local inició una investigación sobre el incidente, pero no fue posible individualizar a ningún testigo y no se recobraron huellas digitales de la escena. Debido a la falta de prueba, la policía realizó pocos avances en relación a la identificación de los perpetradores del hecho. El Comité de Coordinación del partido solicitó formalmente a la policía local una custodia policial en las oficinas del partido para la protección de los miembros que trabajaban en ella.

La policía indicó que no podía remover oficiales de sus tareas ordinarias para proveer este tipo de protección, pero que utilizaría las patrullas regulares para recorrer la zona de las oficinas de la Coalición cada media hora. Después de este incidente, varios de los voluntarios del partido dejaron de trabajar en las oficinas de la Coalición.

El 21 de Abril de 1994, Teresa Salieri y María Gómez-Clark, después de haber trabajado hasta tarde diseñando algunas estrategias de campaña cerraron la oficina y abandonaron juntas el edificio. Teresa acompañó a María hasta su automóvil. Acababa de oscurecer, y como era una noche agradable, Teresa decidió caminar hasta su casa situada a pocas cuadras del lugar, declinando la oferta de María de conducirla en su automóvil. Teresa inició la marcha, y una cuadra antes de llegar a su casa, un hombre salió de una entrada oscura e interrumpió su paso. Al darse vuelta, vio a otro hombre aproximarse hacia ella por detrás. Los dos hombres tenían máscaras sobres sus caras y llevaban ropa oscura y guantes. El primer individuo llevaba un cuchillo y en un tono de voz muy bajo le dijo: “es muy tarde, debería estar en su casa donde pertenece.” Se acercó y la tajeó con el cuchillo sobre el lado derecho de su mandíbula. En ese momento las luces de un automóvil iluminaron la calle oscura. El segundo hombre tomó el maletín de Teresa, dejando su cartera, y empezó a correr junto con el otro.

Los ocupantes del automóvil se detuvieron para ayudar a Teresa Salieri y la llevaron a una clínica cercana. Luego de que un cirujano suturó la herida causada en el cuello que requirió de 18 puntos Teresa Salieri habló con dos policías de investigación para reportar el crimen. Los investigadores examinaron la escena del crimen, pero no pudieron encontrar ninguna evidencia física que tuviera algún nexo con los perpetradores del crimen. La cuadra donde ocurrió el ataque está rodeada de oficinas de negocios que se encontraban cerradas al momento del ataque. Los ocupantes del automóvil pudieron describir a los atacantes únicamente en forma general, como de contextura normal.

La policía, preocupada porque el hecho podía no ser un crimen casual, envió un investigador a las oficinas del partido con las siguientes directivas: informar a los trabajadores que se había iniciado una investigación y que

una patrulla iba a circular por el vecindario cada 15 minutos entre las 5:00 p.m. y las 8:00 p.m.; averiguar si alguna persona tenía información sobre el ataque producido el 21 de Abril o el hecho perpetrado el día 4 del mismo mes y alertar a los trabajadores del partido sobre la necesidad de evitar abandonar sin compañía la oficina y caminar solos en la noche.

Cecilia Herold presidenta del Comité de Coordinación del partido, solía trabajar largas horas, y, generalmente era la primera en llegar a las oficinas de la Coalición por la mañana.

El 14 de mayo de 1994, al arribar a la oficina, Cecilia Herold fue atacada, golpeada y violada por tres hombres encapuchados y fuertemente armados que tras irrumpir previamente en la oficina, la esperaban allí dentro. Los agresores huyeron cuando arribaron algunos colegas del partido.

Cecilia Herold fue abandonada con serias heridas que la obligaron a permanecer hospitalizada durante 10 días y le impidieron regresar a su trabajo por varias semanas. Lo único que se llevaron sus agresores fue una lista de las contribuciones económicas recibidas por la Coalición, con los nombres de los contribuyentes. Cecilia Herold denunció el ataque en la policía local, quien registró la denuncia e inició la investigación.

Uno de los trabajadores del partido, cuyo arribo al lugar del hecho causó la huida de los agresores, informó a la policía que en el momento en que estaba ingresando al edificio donde se encuentran las oficinas de la Coalición, reconoció al guardaespaldas de un político local miembro del Consejo Municipal, llamado Víctor Huff, parado en las sombras de un callejón al otro lado de la calle observando el edificio. El partidario declaró además, que cuando los tres agresores huyeron, el guardaespaldas escapo también con ellos; que los cuatro hombres corrieron por un callejón, doblando en la esquina, y que aproximadamente veinte segundos después, una camioneta blanca huyó rápidamente a través del mismo callejón y giró hasta perderse de vista.

El testigo reportó un número parcial de la placa de la camioneta: 860.

Si bien Pacífica inició un programa piloto para establecer personal policial especialmente entrenado para enfrentar los problemas de violación y otras formas de violencia contra las mujeres, ninguna de las cinco oficinas entrenadas fueron localizadas en la Provincia. Por otro lado, a causa de los limitados recursos financieros con los que la Provincia de Concordia estaba operando, la policía local recibió muy limitado entrenamiento en técnicas apropiadas para recuperar información concerniente a denuncias de ataque sexual o violación. Debido a los limitados recursos humanos la policía inició la investigación del caso 36 horas después del ataque y como las oficinas del partido fueron usadas durante ese tiempo, evidencia crítica se perdió en este intervalo. Por ejemplo, la policía no encontró ninguna huella digital u otra evidencia física que estuviese relacionada con el caso. Debido a los limitados recursos de la Provincia, el examen médico de las víctimas que alegan violación es realizado por médicos de las hospitales estatales más cercanos, que son especialmente designados para el caso.

Este examen médico es un prerequisito legal para poder instar la acción penal de ciertos crímenes sexuales, incluyendo el de violación. En el caso de

Cecilia Herold, el médico designado no se encontraba disponible, y el largo, retraso en la localización de otro experto, afectó el resultado de varios importantes exámenes de laboratorio que fueron considerados poco convincentes.

Los investigadores de policía rastrearon una camioneta blanca registrada en la provincia con los números de placas -860-. La camioneta estaba registrada bajo el nombre de otro guardaespaldas privados de seguridad de Víctor Huff.

La policía detuvo a los dos guardaespaldas para interrogarlos, dentro de los siguientes nueve meses el propietario del vehículo fue acusado y procesado por allanamiento de morada, destrucción de propiedad y asalto; posteriormente fue condenado a tres años de prisión, de acuerdo con las normas legales aplicables. El otro guardaespaldas, que fue visto en la escena observando y escapando con los perpetradores del hecho, fue acusado y procesado por haber actuado como cómplice en los crímenes anteriores y fue finalmente condenado a dieciocho meses de prisión, de acuerdo con las normas legales aplicables. Debido a la falta de identificación de testigos oculares, la escasez de evidencia física recogida en el lugar de los hechos y los resultados poco concluyentes de los exámenes de laboratorio realizados, el Fiscal del caso retiró los cargos con respecto a la violación. Ninguna otra persona fue arrestada, y los dos otros agresores nunca fueron identificados.

Con motivo del ataque cometido contra Cecilia Herold, un oficial de policía de la comisaría local fue designado para patrullar y monitorear las oficinas de la Coalición y los alrededores, por el tiempo de duración de la campaña. Sin embargo, varios miembros de la Coalición dejaron de asistir a las oficinas, mientras que otros empezaron a abandonarlas más temprano y en grupo. Durante los meses previos a las elecciones, no se produjeron ataques contra las oficinas o miembros de la Coalición.

El 30 de diciembre de 1995, Cecilia Herold, Teresa Salieri y María Górnez-Clark presentaron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Alegaron que el Estado de Pacífica omitió cumplir con en el deber de respetar y garantizar sus derechos conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Específicamente, alegaron que el Estado omitió cumplir con las obligaciones a las cuales se comprometió de acuerdo a los artículos 1, 2, 5, 8, 23, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pacífica es Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 20 de marzo de 1983. En el instrumento de ratificación de la Convención, el Estado de Pacifica declaró reconocer la competencia ipsofacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a todos los casos concernientes a la interpretación y aplicación de la Convención en consonancia con lo dispuesto en el articulo 62 de dicho instrumento. El 20 de febrero de 1990, Pacífica ratificó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y el 20 de marzo de 1995 ratificó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Pacífica ha sido parte de la Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de Todas la Formas de Discriminación Contra la Mujer desde el 11 de junio de 1991.

El 1º de enero de 1997 la Comisión adoptó un informe preliminar estableciendo sus consideraciones y conclusiones, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 50 de la Convención. El 5 de enero de 1997, la Comisión transmitió el informe al Gobierno de Pacífica y requirió que éste informe a la Comisión dentro del plazo de 2 meses sobre las medidas adoptadas para resolver la situación denunciada. Durante el trámite del caso, el Gobierno alegó que aún no se habían agotado los recursos internos adecuados y efectivos y que las autoridades pertinentes se encontraban tomando las medidas necesarias. Mediante nota del 5 de Febrero de 1997, el Gobierno presentó su respuesta al informe de la Comisión. En la misma alegó, por primera vez, que el caso nunca debió ser admitido porque la petición original había sido presentada después del vencimiento del plazo de seis meses desde la fecha de la sentencia que condenó a los dos guardaespaldas a prisión del Sr. Huff.

Según resolución de fecha 5 de marzo de 1997, la Comisión concluyó que las recomendaciones efectuadas en el informe del artículo 50 no hablan sido implementadas y decidió remitir el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El mismo 5 de Marzo de 1997 el caso fue sometido a la Corte.

Mediante resolución de la misma fecha, la Comisión designó a los tres abogados de las víctimas como sus asesores legales en la tramitación del caso ante la Corte Interamericana Las normas de procedimiento aplicables a la tramitación de este caso son las del nuevo reglamento de la Corte, adoptado durante el XXXIV Período Ordinario de Sesiones, las cuales entraron en rigor el 1/1/97. El Reglamento de la Comisión aplicable al presente caso fue reformado durante el 92 Período Ordinario de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

7. *Otras actividades de aprendizaje*

1. Confeccione el escrito de denuncia como abogado de la/s denunciante/s determinando en el mismo los hechos del caso.
2. Confeccione un cuadro dónde en la primer columna colocará los hechos del caso determinados en la denuncia; en la segunda columna determinará que derecho/s se encuentran lesionados y en la tercer columna en que norma se encontraría plasmado el derecho lesionado.
3. Argumente en representación del Estado el descargo que efectuaría ante el pedido de informes de la Comisión.
4. Determine que vías de solución al conflicto considera pertinentes
5. Redacte la presentación que efectuaría la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
6. Redacte el escrito fundado que considere pertinente a fin de interponer en representación del Estado excepciones preliminares.
7. Ud. es miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

* Redacte la sentencia resolviendo las excepciones preliminares planteadas por el Estado.

* Redacte la sentencia resolviendo el fondo del planteo.

8. Formulario de denuncias

La denuncia debe enviarse a:
Comisión Interamericana de Derechos Humanos
1889 F Street, N. W.
Washington, D. C. 20006
Telex número: 641281
Teléfono número (202) 458-6002
Facsímil número: (202) 458-3992
Víctima:
Nombre:.....Edad:.....
Nacionalidad:.....Ocupación.....
Estado civil:..... Documento de identidad Nº:.....
Teléfono número: .....
Número de hijos:.....
Gobierno acusado de violación:.....
.....

Violación de derechos humanos alegada. Explique lo ocurrido con todos los detalles posibles, e informando el lugar y la fecha de la violación:.....

Artículo (o artículos) de la Declaración o Convención Americana que han sido violados:.....
.....

Nombres de las personas (autoridades) **que cometieron la violación**:.....
.....

Testigos de la violación:.....
.....

Direcciones y números telefónicos de los testigos:.....
.....

Documentos/pruebas (por ejemplo cartas, documentos jurídicos, fotos, autopsia, grabaciones, etc.):.....
.....

Recursos internos que se han agotado (Por ejemplo, copias de mandamientos de Habeas Corpus o de Amparo).....
.....

Acciones jurídicas por intentar:.....
.....

Indique si su identidad debe ser mantenida en reserva por la Comisión:

SI: ..... NO:.....
Denunciantes:
Nombre: .....
Dirección .....
Teléfono número.....Telex número:.....
Facsímil número .....
Numero de Documento de Identidad:.....
Representante legal, si lo hay: .....
¿Es su representante legal un abogado?
SI:..... NO:.....
Dirección: .....
Teléfono número:.....Telex número:.....
Facsímil número.....
Adjunte el poder otorgado al abogado designado corno representante legal.
Firma: .....
Fecha.....

Capítulo XIX

GUÍAS DE LECTURA

ADELINA LOIANNO

1. *Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.*

1.1. Caso *E., F.E., supra,* cap. IV.

1.2. Casos *Ekmekdjian c/ Neustadt* y *Ekmekdjian c/ Sofovich*. (Se analizan los casos mencionados exclusivamente en relación con el juego de normas convencionales de derecho internacional y de derecho interno, y su interpretación desde el punto de vista de la asignación de sentido dada por la Corte Suprema).

1.2.1. Analice en forma conjunta ambos casos con el objeto de verificar similitudes y diferencias en los aspectos fácticos, normativos y axiológicos, que permitan responder los siguientes interrogantes:

1.2.2. ¿Cuáles son los hechos que diferencian ambos casos? ¿Y cuales son los que los asimilan? ¿Qué circunstancias aparecen como trascendentes en *Ekmekdjian c/ Sofovich* desde el punto de vista del Tribunal que no se encontraran presentes en *Ekmekdjian. c/ Neustadt*? ¿La diferencia es fáctica o ha existido una valoración diferente de los hechos en cada uno de los casos?

1.2.3. ¿A qué causas atribuye el cambio de criterio del Tribunal? ¿Se mantenía en *Ekmekdjian. c/ Sofovich* la misma inte-

gración de la Corte Suprema que en *Ekmekdjian c/ Neustadt*? ¿Cree Ud., que ello tuvo alguna incidencia en el criterio mayoritario expuesto en la sentencia del caso sentenciado en último lugar?

1.2.4. ¿Explicitó el Tribunal las razones de su cambio de criterio respecto de la operatividad del derecho a réplica, negada en *Ekmekdjian c/ Neustadt* y admitida en *Ekmekdjian c/ Sofovich*? ¿Según su respuesta, qué razones tuvo para ello?

1.2.5. ¿Qué argumentos usó la Corte en *Ekmekdjian c/ Sofovich* para fundamentar la ubicación jerárquica de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con la Constitución Nacional? ¿Pudo arribar a la misma conclusión recurriendo a normas que no fueron mencionadas en el caso?

¿Qué diferencia puede destacarse respecto de la sentencia recaída en *Ekmekdjian c/ Neustadt* respecto de la vigencia en el derecho interno de la CADH?

1.2.6. ¿La jerarquía normativa otorgada a la C.A.D.H. en *Ekmekdjian c/ Sofovich*, es aplicable según el fallo a todos los tratados? ¿Fue correcto el razonamiento de la Corte en este aspecto atento el texto constitucional vigente a la fecha de la sentencia? ¿Considera Ud que ha variado dicha jerarquía una vez reformada la Constitución en 1994?

1.2.7. Según los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución reformada, ¿sobre qué pautas radica la diversa jerarquía normativa de los pactos y tratados internacionales?

1.2.8. ¿Cómo ha quedado definida la *operatividad* de una norma en *Ekmekdjian c/Sofovich*? ¿Existen otros elementos que permitan considerar que una norma es operativa? ¿El derecho a réplica regulado en el art. 14 CADH, es o no operativo según la definición de esa cualidad descripta en el caso citado?

1.2.9. Según lo expuesto en *Ekmekdjian c/ Sofovich*, ¿cuáles serían los aspectos del derecho a réplica que se encuentran reglamentados en el art 14 de la CADH?

1.2.10. En *Ekmekdjian c/ Neustadt*, la Corte se preocupó especialmente por negar que el derecho a réplica se encontraba entre los derechos implícitos del art 33 de la Constitución Nacional. ¿Considera acertada la posición del Tribunal? ¿Qué normas de la misma Constitución que justifican la existencia de ese derecho se omitieron en el fallo? ¿Qué razones existieron para ello? ¿Por qué variaron al dictarse la sentencia en *Ekmekdjian c/ Sofovich*?

1.2.11. Exponga una argumentación que fundamente la compatibilidad entre el derecho a réplica y la libertad de prensa.

1.2.12. Exponga la argumentación contraria a lo expuesto en el punto anterior.

1.2.13. ¿Tiene una *finalidad* el derecho a réplica, según lo dicho por la Corte en *Ekmekdjian c/ Sofovich*? ¿Qué juicio de valor le merece esa opinión y porqué?

1.2.14. En *Ekmekdjian c/ Sofovich*, la Corte especifica taxativamente el alcance de la legitimación procesal del actor. ¿Por qué se la reconoce limitadamente? ¿Se justifica desde el punto de vista normativo esa limitación? ¿Y desde el punto de vista valorativo?

1.2.15. Según el fallo citado, ¿el derecho a réplica es de interpretación extensiva o restrictiva? ¿Es acertada esa consideración? ¿Se justificaba ese criterio constitucionalmente, antes de la reforma de 1994?

1.2.16. Analice comparativamente los criterios valorativos expuestos por la Corte en *E., F.E.; Ekmekdjian c/ Neustadt y Ekmekdjian c/ Sofovich*. ¿Qué valores no fueron explicitados en los dos primeros, pero resultaron definitorios para la sentencia dictada? Determine en qué considerandos de cada fallo se fundamenta su respuesta.

2. *Interpretación Constitucional en Materia de Derechos Humanos*

(Se analizan los casos *Siri y Kot*, por la riqueza de los fundamentos en el plano interpretativo, al hacer operativa una garan-

tía que no aparece expresamente contemplada en el texto constitucional de 1953/60)

2.1. Determine cuáles fueron los hechos que provocaron la lesión en uno y otro caso. ¿Existen diferencias en esos hechos que justifiquen una solución diversa para ambos? ¿Qué importancia tuvo el encuadre jurídico que el actor utilizó para denominar la garantía apropiada en *Siri*? ¿Y en *Kot*?

2.2. ¿En qué momento del proceso judicial se perfila el surgimiento del amparo en *Siri*? ¿A qué causas obedeció el planteo del actor en esa instancia? ¿Qué circunstancias fácticas lo obligaron a proceder de esa manera?

2.3 ¿Contaba el Tribunal con "todos" los elementos necesarios para dictar sentencia? ¿Cuáles revisten carácter esencial al punto de justificar la sentencia que se dictó?¿ Cuáles resultan intrascendentes a la solución del caso?

2.4. ¿Qué importancia tuvo la prueba producida? ¿Fue suficiente para acreditar la identidad de los hechos lesivos o sirvió para demostrar la falta de justificación de la restricción a los derechos de *Siri*?

2.5. ¿Qué diferencia existe entre *Siri y Kot* en relación con el agente productor del hecho lesivo de los derechos cuya protección invoca el actor? ¿Qué incidencia tiene en cada caso? ¿En qué fundamentó la Corte la necesidad de dar protección cualquiera fuera el sujeto que provocara el daño?

2.6. Tanto en *Siri* como en *Kot* el Tribunal debió resolver si el remedio legal existente era apto para alcanzar una solución justa y oportuna. ¿Cómo se pronuncia la mayoría a ese respecto en ambos casos? ¿Tiene el Poder Judicial facultades innovativas? ¿Cuáles y bajo que circunstancias?

2.7. Según lo resuelto en *Siri y Kot*, ¿se puede considerar que la reglamentación procesal está exclusivamente en manos del Poder Legislativo? ¿Qué ámbito de acción en ese aspecto corres-

ponde al Poder Judicial? Precise el fundamento constitucional de su respuesta.

2.8. Determine que normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos habilitan la acción de los jueces cuando no existen normas que expresamente protejan el ejercicio de un derecho o habiliten su garantía.

2.9. En *Kot* se invoca expresamente una norma de la Declaración Universal de Derechos Humanos. ¿Con qué objeto? ¿En qué radica la importancia de esa mención?

2.10. ¿En qué casos corresponde, según lo sentenciado en *Kot*, que los jueces intervengan de inmediato ante la evidencia de lesión a los derechos fundamentales, por medio de la vía rápida del recurso de amparo? Según el fallo, ¿cuáles son las condiciones necesarias en un caso para la procedencia del amparo?

2.11. Establezca la identidad entre el perfil otorgado al amparo a través de los fallos *Siri y Kot* y la definición expresada en el art. 43 de la Constitución Nacional. Compare la amplitud de la garantía en relación con el art. 25 de la CADH y el art. 2° inc. 3° del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*

3.1. *Medios de Protección en la Convención Americana de Derechos Humanos.*

(*Para una evaluación en 15 minutos, del funcionamiento básico de los órganos del control. Marcar exclusivamente la opción correcta).*

3.1.1. Para ser Miembro de la Comisión Americana de Derechos Humanos es requisito ser:

* Abogado o juez.
* Especialista en temas relacionados con los derechos humanos.

3.1.2. Se encuentran habilitados para proponer candidatos a integrar la Comisión:

* Sólo los estados partes en la CADH.
* Cualquier Estado miembro de la OEA.

3.1.3. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es:

* Un órgano con funciones jurisdiccionales
* Un órgano de control sin jurisdicción.

3.1.4. Se encuentran legitimados para presentar peticiones a la Comisión:

* Las entidades gubernamentales con competencia en temas de derechos humanos.
* Las entidades no gubernamentales legalmente reconocidas.

3.1.5. Para que se admita el ingreso de una petición ante la Comisión, es necesario:

* Que sin excepciones se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna de cada Estado parte.
* Que no hayan transcurrido más de seis meses desde la notificación de la decisión definitiva dictada en el ámbito interno del Estado Parte.
* Que la denuncia contenga la legalización pertinente del órgano administrativo que corresponda según la reglamentación interna de cada estado parte.

3.1.6. Una denuncia será rechazada *in limine* cuando:

* Carezca de la firma de la persona cuyos derechos han sido presuntamente violados.
* Resulte manifiestamente infundada.
* Resulte manifiestamente infundada a criterio de la Comisión.

3.1.7. La Comisión mandará archivar la petición cuando recibido el informe del Estado:

* Considere inadmisible la denuncia por falta de pruebas.
* Verifique que no subsisten los motivos de la denuncia.

* El Estado se comprometa a solucionar amistosamente el conflicto.

3.1.8. Realizada la investigación en el ámbito de la Comisión, ésta emitirá un informe que será secreto cuando:

* Se haya arribado a una solución amistosa.
* No se haya arribado a una solución amistosa
* En el plazo de tres meses el asunto no haya sido solucionado.

3.1.9. Un asunto puede ser sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

* Por la Comisión o el Estado interesado.
* Exclusivamente por la Comisión.
* Por el denunciante.

3.1.10. Los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden ser propuestos:

* Sólo por los Estados parte en la CADH.
* Por todos los Estados miembros de la OEA.

3.1.11. Para ser miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es necesario:

* Tener más de treinta años.
* Ser profesor universitario especialista en derechos humanos.
* Ser juez en las condiciones que imponga la ley del país que lo proponga.
* Reunir las condiciones necesarias para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales en el país que lo proponga.

3.1.12. Los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos duran en su cargo:

* Seis años y pueden ser elegidos indefinidamente.
* Seis años y pueden ser reelegidos por una sola vez.
* Seis años y no pueden ser reelegidos.

3.1.13. Si uno de los jueces llamados a conocer en el caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados parte en el conflicto:

* Conserva su derecho a conocer en ese caso.
* Pierde el derecho a conocer en ese caso.
* Conserva su derecho a conocer en el caso, bajo ciertas condiciones.

3.1.14. La comparecencia de la Comisión Intermericana ante la Corte Interamericana durante el proceso contencioso es:
* Una facultad.
* Una obligación.

3.1.15. Todo Estado parte en la Convención se encuentra sometido a la Jurisdicción de la Corte Interamericana:
* En todos los casos en que sea denunciado.
* Exclusivamente cuando se ha sometido expresamente a esa Jurisdicción.

3.1.16. Los Estados que deciden reconocer la competencia de la Corte Interamericana deben hacerlo:
* En el momento del depósito del instrumento de ratificación o adhesión a la CADH.
* Con posterioridad al depósito del instrumento de ratificación o adhesión a la CADH.

3.1.17. Aún cuando el asunto no se encuentre en juzgamiento ante la Corte Interamericana:
* El Tribunal puede tomar medidas provisionales relacionadas con el caso.
* El Tribunal se encuentra imposibilitado de tomar medida alguna relacionada con el caso.

3.1.18. Si existe disconformidad con el fallo dictado por la Corte Interamericana, éste puede ser recurrido:
* Por apelación dentro de los cinco días.
* Por aclaratoria dentro de los noventa días.
* No puede ser recurrido.

3.1.19. El fallo dictado por la Corte Interamericana debe contener necesariamente:
* La opinión unánime de todos los jueces.

* La motivación.
* La indemnización a cargo del Estado condenado.

3.1.20. Los Estados miembros de la OEA se encuentran autorizados a consultar a la Corte Interamericana sobre la interpretación de:

* La Convención Americana sobre Derehos Humanos.
* La Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados sobre derechos humanos vigentes en el ámbito regional.

3.2. *Características distintivas del proceso transnacional a través de los fallos y opiniones consultivas dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

3.2.1. ¿Cómo ha sido definido el concepto de *parte* a través de las sentencias de la Corte Interamericana? ¿Qué limitaciones presenta en relación con la noción de parte en el derecho procesal común? ¿Existen circunstancias fácticas que justifiquen la diferencia? ¿Qué consideraciones le merece en este punto el sistema interamericano en relación con el sistema europeo de protección de los derechos humanos?

3.2.2. ¿Qué originalidades presenta el sistema interamericano en relación con las pautas de apreciación de la prueba? ¿Qué razones invocan los fallos para modificar sustancialmente las reglas sobre carga de la prueba que informan el derecho procesal común? ¿Son estas últimas más o menos favorables a la protección y vigencia de los derechos humanos? ¿Se perfila a través de la jurisprudencia de la Corte Intermericana una nueva noción del concepto de *apreciación de la prueba*? ¿Qué margen de discrecionalidad conserva cada uno de los jueces para valorar la prueba?

3.2.3. En las tres primeras sentencias dictadas en casos contenciosos, la Corte Interamericana elaboró una tesis sobre los elementos que definen el delito de "*desaparición forzada de personas*": ¿Cuáles son esos elementos? ¿Qué trascendencia tiene

para el derecho internacional de los derechos humanos? ¿Se constituye una nueva figura delictual? ¿Se asimila a la privación ilegítima de libertad? ¿Cómo se proyecta en la medida de la sanción impuesta por la sentencia condenatoria dictada por la Corte Interamericana?

3.2.4. ¿Qué novedades introduce en la Jurisprudencia interamericana, la sentencia dictada por la Corte en el caso *Aloeboetoe y otros*? ¿Bajo qué argumentos consideró la Corte que debía prevalecer el derecho doméstico de los *saramacas*? ¿Qué fundamento sociológico justificaría la prevalencia de ese derecho por sobre el "oficial" de Suriname? ¿Se modifica la argumentación si se intenta una justificación axiológica? ¿Cómo juega en el caso el principio de *progresividad* de los derechos humanos?

3.2.5. Describa cuáles han sido los hechos definitorios de la responsabiliad de Perú, declarada por la Corte Interamericana en el caso *Neira Alegría y otros*. ¿Qué incidencia tuvo en el fallo la investigación efectuada por la propia Corte Interamericana? ¿Qué valor otorgó la sentencia al proceso de instrucción realizado por el Estado en el lugar de los hechos? ¿Puede establecerse alguna diferencia fundamental entre la valoración de la prueba en los casos *Aloeboetoe y Neira Alegría*? ¿A qué causas respondió el criterio fundante de la sentencia en uno y otro caso?

OTRAS OBRAS DEL AUTOR:

NIETO, ALEJANDRO /GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones al conocimiento jurídico,* Madrid, Trotta, 2003.

GORDILLO, AGUSTÍN:

Tratado de derecho administrativo,

—t. 1., *Parte General*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª ed.

—t. 2., *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2003, 6ª ed.

—t. 3, *El acto administrativo,* Buenos Aires, FDA, 2004, 8ª ed., con prólogo del Dr. JORGE ALBERTO SÁENZ.

—t. 4, *El procedimiento administrativo,* Buenos Aires, FDA, 2004, 8ªed. con prólogo del Dr. JORGE ALBERTO SÁENZ.

El método en Derecho, Madrid, Civitas, 1997, 3ª reimpresión 2001

La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo, Madrid, Civitas, 4ª reimpresión 2001.

An Introduction to Law, Londres, Esperia, 2003, prólogo del Director del Centro Europeo de Derecho Público Profesor SPYRIDON FLOGAITIS.

Une introduction au droit, Londres, Esperia, 2003, prólogo del Director del Centro Europeo de Derecho Público Profesor SPYRIDON FLOGAITIS.

The Future of Latin America: Can the EU Help?, Londres, Esperia, 2003, prólogo del Director del Centro Europeo de Derecho Público Profesor SPYRIDON FLOGAITIS.

Cien notas de Agustín, Buenos Aires, FDA, 1999.

ISBN 950-9502-36-7

9 789509 502369

FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO